ISSN 2724-0878

PENALE
Diritto e Procedura

n. 4 | 2025

Rivista trimestrale | Ottobre/Dicembre 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, **È ora di dare esecuzione alla VII disposizione transitoria della Costituzione**

ARTICOLI

Matilde Botto, **Il clima come bene giuridico "autonomo"? Una riflessione in chiave critica nel solco dei recenti orientamenti delle Corti dei diritti umani**

Gianfederico Cecanese, **L'arresto in flagranza differita per i reati di violenza di genere**

OPINIONI

Marco Gambardella, **Occupazione arbitraria di immobili e figure di "resistenza passiva" nel recente decreto-legge in materia di sicurezza pubblica**

Cristiano Cupelli, Valentina Stella, **Colpa medica: più tutele per i sanitari. "Non è uno scudo, solo buon senso"**

DALLE CORTI

Leonardo Filippi, **Intercettazioni: dopo la sentenza Cavallo, arriva la cavallina storna: si ritorna alle autorizzazioni in bianco?**

Pacini Giuridica

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 Risicato – 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:

Alì 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

Indice

Editoriali

Giorgio Spangher, *È ora di dare esecuzione alla VII disposizione transitoria della Costituzione* » 777

Articoli

Giovanni Cocco, *La (prima) giurisprudenza sulla estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. Problemi di ricostruzione della disciplina e di utilizzazione dei precedenti giudiziali* » 779

Matilde Botto, *Il clima come bene giuridico "autonomo"? Una riflessione in chiave critica nel solco dei recenti orientamenti delle Corti dei diritti umani* » 799

Gabriella Micheli, *Procedure conciliative e sospensione del procedimento penale: quando la rateizzazione tributaria è vantaggiosa per l'Erario e per l'imputato* » 843

Piero Brunetti, *Riflessioni sul diritto penale dell'atteggiamento interiore tra teoria, legislazione e prassi* » 857

Gianfederico Cecanese, *L'arresto in flagranza differita per i reati di violenza di genere* » 889

Valeria Zega, *Il "nodo gordiano" dell'esecuzione penale: i punti di massima tensione* » 909

Ottavia Murro, *Il ruolo delle piattaforme online nella prevenzione della violenza di genere: cosa cambia con il* Digital Service Act » 931

Opinioni

Marco Gambardella, *Occupazione arbitraria di immobili e figure di "resistenza passiva" nel recente decreto-legge in materia di sicurezza pubblica* » 953

Giulia Soldini, *Brevi note alle Sezioni unite n. 13783 del 2025 in tema di confisca: sulla solidarietà passiva dei correi e sulla natura della confisca di denaro* » 961

Cristiano Cupelli, Valentina Stella, *Colpa medica: più tutele per i sanitari. "Non è uno scudo, solo buon senso"* » 975

Dalle corti

Ottavia Murro, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 979

Guido Colaiacovo, Luigi Ludovici, *Osservatorio Sezioni Unite* » 985

Leonardo Filippi, *Intercettazioni: dopo la sentenza Cavallo, arriva la cavallina storna: si ritorna alle autorizzazioni in bianco?* » 999

Lorenzo Algeri, *Per l'ammissione dell'incidente probatorio "speciale" resta preclusa al giudice la valutazione della vulnerabilità* » 1009

Lorena Puccetti, *L'art. 578-*bis *c.p.p. non può essere applicato retroattivamente in violazione del principio di prevedibilità del diritto* » 1027

Giorgia Fucito, *Commento alla sentenza della Corte costituzionale 3 luglio 2025, n. 95: sindacato* in malam partem *e obblighi internazionali di tutela penale* » 1047

Federico Bologna, *Diniego d'incidente probatorio e teste vulnerabile: il recente approdo delle Sezioni unite* » 1063

Pagine senza tempo

Giuliano Vassalli, *Alfredo de Marsico (dalla Commemorazione tenuta in Sala Consilina, città natale di Alfredo de Marsico, il 25 maggio 1986)* » 1079

È ORA DI DARE ESECUZIONE ALLA VII DISPOSIZIONE TRANSITORIA DELLA COSTITUZIONE

Giorgio Spangher*

Nel 1941, con un R.D. n. 12 del 1941 (tutt'ora vigente, seppur riformato in larga parte) il governo varò la riforma dell'ordinamento giudiziario che all'art. 69 prevedeva: "Funzioni del pubblico ministero. Il pubblico ministero esercita, sotto la direzione del Ministro di grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce".

Nel 1944, con un decreto luogotenenziale, a correttivo di questa previsione, si stabilì che il p.m. doveva chiedere al giudice il provvedimento di archiviazione.

Nel 1946 si modificò l'art. 69 dell'ord. giudiziario prevedendo che *il pubblico ministero esercita, sotto la vigilanza del Ministro per la grazia e giustizia, le funzioni che la legge gli attribuisce*.

Nel 1948 con la VII disposizione transitoria della Costituzione si stabilì che, *fino a quando non sia enunciata la nuova legge sull'ordinamento giudiziario, in conformità alla Costituzione, continua ad osservarsi le norme dell'ordinamento vigente*. Si riconosce così l'inadeguatezza dell'ordinamento del 1941 e la necessità di una riforma costituzionalmente orientata.

L'ordinamento giudiziario è stato inserito nella Costituzione sia nella parte dei diritti attraverso le previsioni dell'«autorità giudiziaria», sia nella disciplina dell'organo di governo della magistratura, cioè, nel C.S.M., dove si trovano i giudici e i pubblici ministeri.

Con la legge ordinaria sono state fatte molte modifiche a questa struttura ordinamentale; molti interventi correttivi sono stati introdotti dalla Corte costituzionale e dalla giurisprudenza costituzionale. Ora si tratta di recepire quanto disposto dalla Costituzione con la riforma dell'art. 111 Cost., che rappresenta proprio quel richiamo che la VII disposizione richiedeva e ancor più richiede oggi.

La riforma, pertanto, preclude ogni possibilità di subordinazione del p.m. al potere esecutivo, rafforzato nelle sue garanzie dalla riforma dell'art. 104 Cost.

---

* Professore emerito di Diritto processuale penale Università Sapienza di Roma.

LA (PRIMA) GIURISPRUDENZA SULLA ESTINZIONE DEL REATO CONSEGUENTE A CONDOTTE RIPARATORIE. PROBLEMI DI RICOSTRUZIONE DELLA DISCIPLINA E DI UTILIZZAZIONE DEI PRECEDENTI GIUDIZIALI

Giovanni Cocco*

Sommario: 1. Introduzione. – **2**. Breve inquadramento sistematico dell'istituto e significato della soglia temporale. – **3**. La confusione giurisprudenziale sull'oggetto della condotta riparatoria. – **4**. Volontarietà *versus* spontaneità della condotta riparatoria. – **5.** Le peculiarità dell'istituto rispetto alla c.d. giustizia riparativa *e l'offerta reale*. – **6**. La questione dell'estensione ai concorrenti dell'effetto della condotta riparativa. – **7**. Conclusioni e proposte.

ABSTRACT

Il saggio propone una analisi critica della giurisprudenza di legittimità sulla causa di non punibilità delle condotte riparatorie (art. 162-*ter* c.p.), analizzando il fondamento delle soluzioni applicative adottate e l'uso del precedente giudiziale.

The essay proposes a critical analysis of the jurisprudence on the cause of "non punibility" of restorative conducts (art. 162-ter c.p.), analyzing the basis of the adopted application solutions and the use of judicial precedent.

1. Introduzione.

L'istituto previsto dall'art. 162-*ter* c.p., di cui mi sono già occupato allo scopo di offrire un inquadramento dogmatico e soluzioni applicative[1], pre-

* Professore ordinario di Diritto penale presso l'Università di Padova.

[1] Ho trattato i profili teorici e applicativi della figura in G. Cocco, *Una messa a punto sulle condotte riparatorie di cui all'art. 162-ter c.p. quale causa di non punibilità*, in *Penale diritto e procedura*, 2022, 1, 43 ss.; G. Cocco, *L'autonomia della punibilità e la giustizia riparativa a confronto verso le riforme*, in *Indice Penale* 2/2023, 3 ss.; G. Cocco, *Le condotte riparatorie (162-ter)*, in G. Cocco, E.M. Ambrosetti, *Trattato di diritto penale. Parte generale*. - II. *Punibilità e pene*, Padova, 4 ed., 2025. Più in generale, ho affrontato il tema nei volumi: G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, Padova, 2017; G. Cocco, *L'uso della punibilità nella modernizzazione del diritto penale*, Cagliari, novembre 2001. Peraltro, già nella monografia: G. Cocco, *L'atto amministrativo invalido nelle fattispecie penali*, Cagliari, 1996, affrontavo il tema dell'inquadramento dogmatico della concessione in sanatoria c.d. di regime. Ovviamente, molti argomenti generali attinenti

senta ormai una significativa giurisprudenza di legittimità, la quale appare consolidarsi su alcune soluzioni relative alla disciplina che tendono a restringerne l'applicazione anche con assimilazioni a figure di differente natura e che sembrano indicare un difetto di comprensione della natura peculiare e innovativa del rilievo attribuito alle condotte riparatorie dalla previsione.

Oltre al difetto di un puntuale inquadramento dogmatico dell'istituto e dei suoi corollari applicativi, dalla analisi delle soluzioni adottate su alcuni aspetti centrali, emerge per la nuova materia un uso improprio del precedente e, in particolare, dei principi massimati, la cui "autorevolezza" – diversamente da quanto riduttivamente si teorizza in Italia – è nella pratica talvolta eccessiva, fino al punto che l'applicazione del vecchio precedente ai nuovi istituti non pare l'effetto di una attenta analisi di questi ultimi, ma al contrario l'autorità attribuita alle massime giunge a far assimilare forzatamente istituti differenti nella struttura e negli effetti[2]. Insomma, la nuova materia costituisce un interessante osservatorio su come si valorizzi il precedente nella nostra giurisprudenza, nella specie evidenziando che talvolta si ribadiscano in modo scarsamente meditato massime e principi affermatisi con riferimento a differenti istituti.

2. Breve inquadramento sistematico dell'istituto e significato della soglia temporale.

Un breve inquadramento dell'istituto si impone per l'autosufficienza del contributo e deve ricordare, in particolare, le istanze riformatrici – pur senza successo – del Progetto alternativo sulla cd. *Wiedergutmachung* (riparazione o risarcimento del danno) costituente, nell'ultimo mezzo secolo, il primo significativo riconoscimento del ruolo della riparazione in sede penale, considerata come terzo binario sanzionatorio (unitamente a pene e misure di sicurezza). In Italia, oltre a qualche studio che poneva la questione della riparazione come causa di non punibilità, fu per prima la Commissione Grosso per la riforma del codice penale (1999)[3] a riconoscere la possibilità di attribuire rilievo a comportamenti successivi al reato, pur nella limitata prospettiva della teoria dell'incentivo, risalente alla celebre formula di von Listzt:

all'inquadramento dogmatico e alle conseguenze applicative, che riprenderò in sintesi in questo scritto per quanto necessario per illustrare i problemi che pongono le soluzioni adottate dalla giurisprudenza, sono stati già trattati nei miei precedenti studi che per non appesantire il testo eviterò di citare ulteriormente.

[2] Il problema non avrà una trattazione a sé stante, ma verrà analizzato con la valutazione della giurisprudenza sui singoli problemi. Seppure con alcune differenziazioni, si ripropone il tema che ho trattato in G. Cocco, *L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto. Alcune vicende esemplari*, in *DPC-RT*, 4/2023, 16 ss., con riferimento, in particolare, alla necessità di una attenta massimazione dei principi giurisprudenziali che non consenta – per la sua capacità di andare oltre la soluzione del caso concreto – lo sfruttamento dell'autorità del precedente per l'applicazione delle sue soluzioni a istituti e casi per le quali non sono appropriate.

[3] In C.F. Grosso (a cura di), *Per un nuovo codice penale II*, Padova, 2000.

a delinquente che fugge ponti d'oro, tradizionale spiegazione della disciplina della desistenza volontaria nel tentativo, costituente in definitiva il modello seguito per l'approccio alla tematica. In particolare, la Commissione Grosso ritenne compatibile con la tenuta generalpreventiva del sistema penale la previsione di cause di non punibilità sopravvenuta collegate «a condotte di riparazione dell'offesa realizzate entro soglie temporali che assicurino una reintegrazione utile, perché tempestiva, dell'interesse offeso dal reato, e consentano di ravvisare nella condotta riparatrice un ritorno all'osservanza del precetto violato»[4]. Ne seguì l'introduzione dell'istituto della estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie per i reati di competenza del Giudice di Pace (art. 35, d. lgs. n. 274/2000), che collega la estinzione del reato alla riparazione del danno cagionato mediante le restituzioni o il risarcimento e alla eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, in origine prima dell'udienza di comparizione davanti al giudice, seppure con la presenza di forti ambiguità dovute al rilievo riconosciuto non solo alle finalità general-preventive ma anche a quelle special-preventive, con l'attribuzione al giudice dell'accertamento del soddisfacimento di entrambe[5].

Il percorso riformatore, in cui si sono inserite le istanze politico-criminali della c.d. giustizia riparativa[6], ha prodotto in tema negli anni più recenti diversi nuovi istituti, tra cui l'introduzione all'art. 162-*ter* c.p., ad opera della legge

[4] Un punto fermo venne individuato nella introduzione di una norma generale escludente la sanzione di chi impedisce volontariamente la verificazione dell'evento dannoso nei reati a consumazione anticipata e, dunque, anche con riferimento al recesso attivo, diversamente dalla Commissione Pagliaro. Inoltre, si propose di attribuire rilievo – in particolare con riguardo ai reati contro il patrimonio – alla condotta del reo che, prima che l'autorità abbia avuto notizia del fatto (sul modello del § 167 öStGB) risarcisca o si obblighi a risarcire interamente il danno cagionato; nonché alle condotte riparatorie successive alla scoperta della responsabilità con l'aggiunta di qualche ulteriore costo. Infine – sul modello dell'art. 74 c.p. portoghese (ricondotto alla terza tipologia di sanzione penale del già citato progetto alternativo della *Wiedergutmachung*) – propose che per i reati meno gravi il giudice possa dichiarare il reo colpevole senza applicare la pena, quando l'illiceità del fatto e la colpevolezza appaiano diminuite, il danno sia risarcito e non vi si oppongano ragioni preventive.

[5] Per rilevarne le significative differenze con l'istituto in esame si riproduce il testo dell'art. 35 co. 1 e 2, d. lgs. n. 274/2000: «Estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie. – 1. Il giudice di pace, sentite le parti e l'eventuale persona offesa, dichiara con sentenza estinto il reato, enunciandone la causa nel dispositivo, quando l'imputato dimostra di aver proceduto, [prima della dichiarazione di apertura del dibattimento*], alla riparazione del danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e di aver eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato. - 2. Il giudice di pace pronuncia la sentenza di estinzione del reato di cui al comma 1, solo se ritiene le attività risarcitorie e riparatorie idonee a soddisfare le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione».

* La Corte cost. n. 45/2024 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 35, co. 1, in questione, «nella parte in cui stabilisce che, al fine dell'estinzione del reato, le condotte riparatorie debbano essere realizzate "prima dell'udienza di comparizione", anziché "prima della dichiarazione di apertura del dibattimento" di cui all'art. 29, comma 7, del medesimo decreto legislativo».

[6] Cfr. S. Seminara, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie: spunti di riflessione*, in *Criminalia* 2018, 396 s.

n. 103/2017, dell'istituto di carattere generale della estinzione del reato conseguente a condotte riparatorie[7], che ritengo vada inquadrato tra gli istituti della non punibilità sopravvenuta per fondamento e struttura, nonché per la pacifica estraneità alle istanze conciliative proprie della giustizia riparativa in senso stretto, come rimarcato seppur criticamente dai primi commentatori[8].

L'istituto correla la non punibilità alle restituzioni o alla mera integrale riparazione del danno provocato e alla eventuale restaurazione del bene leso in termini piuttosto stringenti con riferimento ai reati perseguibili a querela per i quali è ammessa la remissione[9], in cui ciò è certamente possibile, e pare univoca espressione del principio di sussidiarietà esterna[10]. Infatti, secondo il principio di sussidiarietà esterna – che entra in gioco superato il vaglio del principio di *extrema ratio*-frammentarietà – il diritto penale può utilizzarsi a tutela dei beni giuridici solo quando gli altri sistemi di tutela falliscono, e nella specie, con la previsione della non punibilità a seguito del comportamento restaurativo post delittuoso, vi è la presa d'atto della sufficienza per la tutela del sistema extra-penale.

Lo stesso assoggettamento a querela, pur istituto di carattere ambivalente sostanziale-processuale, pare espressione del detto principio di sussidiarietà esterna con riguardo a reati dei quali si riconosce un interesse pubblico al perseguimento, anche in ragione della natura del bene tutelato, esclusivamente su impulso della persona offesa, presupponendo dunque la utile composizione in sede extrapenale tra offensore e offeso o, comunque, una complessiva valutazione di irrilevanza penale dell'offesa effettuata da chi ne vittima, in sostanza riconoscendo un ruolo al diritto penale solo quando la

[7] La previsione recita: «Nei casi di procedibilità a querela soggetta a remissione, il giudice dichiara estinto il reato, sentite le parti e la persona offesa, quando l'imputato ha riparato interamente, entro il termine massimo della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il danno cagionato dal reato, mediante le restituzioni o il risarcimento, e ha eliminato, ove possibile, le conseguenze dannose o pericolose del reato ...». La legge n. 172/2017, che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. n. 148/2017, ha aggiunto alla previsione in esame un comma che esclude espressamente dalla sua applicazione i casi *ex* art. 612-*bis* c.p. (cd. *stalking*).

[8] S. Seminara, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno*, cit., 396 s.; G.P. Demuro, *L'incerta parabola della riparazione del danno nel sistema penale*, in *Studi Dolcini*, II, Milano, 2018, 717; C. Perini, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato ex art. 162* ter *c.p.: deflazione senza Restorative Justice*, in *Dir. Pen. Proc.*, 10/2017, 1282; C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *Leg. Pen.*, 2017, 3.

[9] Va precisato, secondo condivisibile giurisprudenza, che l'istituto può applicarsi anche nel caso in cui vi sia stata, da parte del giudice, la riqualificazione del reato procedibile d'ufficio in una fattispecie procedibile a querela, a condizione che l'offerta riparatoria o risarcitoria sia tempestivamente formulata, così da consentire al giudice di verificarne la congruità e salva la possibilità di concessione, su richiesta dell'imputato impossibilitato ad adempiervi per causa a lui non addebitabile, di un termine per provvedervi anche ratealmente (in tal senso vedi C. IV, 29.11.2023, n. 640/2024, ced rv 285631–01; C. V, 6.12.2024, n. 7263/2025).

[10] Oltre ai miei saggi citati in n. 1, cfr. G. Manca, *La riparazione del danno tra diritto penale e diritto punitivo*, Padova, 2020, 88 ss.

persona offesa non trovi vie di soddisfazione extrapenali o, comunque, ne reputi essenziale l'intervento.

Particolarmente significativo per individuare la natura dell'istituto è il termine posto alla condotta riparatoria che costituisce un carattere tipico della non punibilità sopravvenuta, la quale, nel riconoscere il valore della regressione offensiva, per rispondere al principio di ragionevolezza - diversamente scardinandosi il sistema penale – deve subordinarne e di regola ne subordina la rilevanza a precisi limiti temporali, espliciti – come, ad esempio, negli artt. 308, 309, 376 co. 1 e 2, 387 co. 2 e 463 c.p. – o impliciti, che assicurino la reintegrazione utile dell'offesa o la eliminazione del pericolo ricollegabili alla minaccia edittale in modo che le relative condotte possano apparire come osservanza, sia pure tardiva, del precetto violato, con l'effettiva salvaguardia della esigenza di prevenzione generale[11].

Termine la cui importanza è ribadita anche dalla previsione di una proroga assoggettata a rigide condizioni, all'esito positivo della quale il giudice dichiara l'estinzione del reato (co. 2 e 3)[12]. Peraltro, una volta effettuata nei termini la condotta riparatoria, il giudice può valutarla congrua all'esito del dibattimento così come in sede di gravame[13].

Insomma, il legislatore penale affianca alla perseguibilità a querela le condotte riparatorie quale causa di non punibilità, ambedue le figure basate sul principio di sussidiarietà esterna, determinando per i reati interessati uno *status* del tutto peculiare, molto prossimo alla depenalizzazione (in astratto) *tout court*.

3. La confusione giurisprudenziale sull'oggetto della condotta riparatoria.

Conferma la collocazione dogmatica anche l'oggetto della condotta riparatoria consistente nell'integrale riparazione del danno cagionato dal fatto di reato mediante le restituzioni – cioè con la reintegrazione dello *status quo*

[11] In particolare, il termine tende di norma a riconnettere il conseguimento del risultato utile alla minaccia iniziale e, dunque, a farlo apparire come effetto dell'osservanza dello stesso precetto violato, che così si dimostra efficace e convalidato con l'effettiva salvaguardia della esigenza di prevenzione generale, benché un risultato utile possa ottenersi anche dopo il suo superamento, ad esempio dopo qualche tempo dall'ingiunzione dell'autorità nella banda armata o dopo che la notizia è pervenuta all'autorità nel falso nummario. Cfr. anche T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze. 'Premio' e 'corrispettivo' nella dinamica della punibilità*, in *RIDPP*, 1986, 398 ss., in part. 408 ss.

[12] «Quando dimostra di non aver potuto adempiere, per fatto a lui non addebitabile, entro il termine di cui al primo comma, l'imputato può chiedere al giudice la fissazione di un ulteriore termine, non superiore a sei mesi, per provvedere al pagamento, anche in forma rateale, di quanto dovuto a titolo di risarcimento; in tal caso il giudice, se accoglie la richiesta, ordina la sospensione del processo e fissa la successiva udienza alla scadenza del termine stabilito e comunque non oltre novanta giorni dalla predetta scadenza, imponendo specifiche prescrizioni. Durante la sospensione del processo, il corso della prescrizione resta sospeso. Si applica l'articolo 240, secondo comma».

[13] In tal senso vedi C. V, 10.6.2024, n. 26894.

ante delictum del patrimonio della persona offesa o del danneggiato in genere – o, congiunzione disgiuntiva che significa in alternativa al primo, con il risarcimento.

Ritengo che l'alternativa e l'equivalenza tra restituzione, sufficiente di per sé a soddisfare l'integrale riparazione, e risarcimento del danno, cioè del danno che deriva dalla impossibilità delle restituzioni, poiché la restituzione costituisce una mera reintegrazione patrimoniale[14], escluda che assuma rilievo il cd. danno non patrimoniale che caratterizza il danno risarcibile *ex delicto* ai sensi dell'art. 185 co. 2 c.p., confermando la collocazione dogmatica riconosciuta all'istituto giacché l'integrazione della fattispecie di non punibilità esclude la stessa esistenza di un reato in tutte le sue componenti[15].

Tuttavia, pare che la giurisprudenza vada attestandosi sulla pretesa del risarcimento anche del danno morale[16], riprendendo massime/principi affermati con riferimento a specifici contesti di fatto, in cui non si riconosce rilievo alle restituzioni non perché insufficienti ma perché non *spontanee*[17]. Si manifesta, dunque, il problema dell'utilizzo espansivo di massime fortemente legate al caso concreto, offrendo soluzioni in ipotesi condivisibili per quel caso ma inidonee a costituire un valido precedente per le decisioni future, ovvero incapaci di guardare oltre il caso esaminato verso l'intera classe di casi delimitati dalla descrizione legislativa, affinché la interpretazione proposta attribuisca un significato al testo normativo in grado di renderlo più preciso e determinato ovvero certo in termini generali e astratti.

Può rilevarsi, infatti, che in un gruppo di decisioni l'affermazione dell'insufficienza della mera restituzione del bene, espressa nella massima secondo cui l'istituto «presuppone condotte restitutorie o risarcitorie spontanee e non coartate, nonché destinate definitivamente ad incrementare la sfera

[14] In effetti, in giurisprudenza non manca che esclude rilievo a «un'offerta di risarcimento inferiore al danno patrimoniale» ai fini della valutazione dell'applicabilità dell'istituto (C. II, 4.6.2024, n. 27170).

[15] Conf. G. Manca, *La riparazione del danno*, cit., 117 s., che parla di riparazione algebrica (114 ss., e *passim*), con riferimento a C. S.U. 23.4.2015, n. 33864, ced rv 264238-01; *contra G.* Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta*, Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 13 ed., 2024, 538, che però non approfondiscono il tema e, in definitiva, rinviano alla giurisprudenza; analogamente G. Flandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, 8 ed., 2019, 847, non motivano e non considerano la sufficienza delle restituzioni. Cfr., in generale, sul tema G. Toscano, Post crimen patratum. *Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso*, Torino, 2022, 114.

[16] Espressamente in tal senso vedi C. VII, 22.10.2024, n. 43299. Non si accontenta della mera reintegrazione patrimoniale anche C. V, 14.2.2025, n. 7993, che annulla una decisione che riconosce integrato l'istituto in esame in un caso in cui il *quantum* offerto a titolo di risarcimento del danno corrisponde al prezzo dei beni sottratti, asserendo la necessità del soddisfacimento per intero (!) della pretesa restitutoria e risarcitoria della persona offesa, rinviando a una massima tratta da C. V, 13.11.2020, n. 2490/2021, ced rv 280253-01, che riprende a sua volta la massima tratta da C. V, 25.2.2020, n. 14030, ced rv 279082-01, su tutt'altro genere di fatto. In letteratura, in tal senso v. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Le principali modifiche introdotte dalla c.d. 'riforma Orlando' al diritto penale sostanziale*, aggiornamento del Manuale di diritto penale, parte generale, 2 ed., Bologna, 2017, 2 s.

[17] La questione verrà approfondita nel paragrafo seguente.

economica e giuridica della persona offesa, non essendo configurabile nel caso di sola restituzione del bene sottratto», è in realtà legata al tema della volontarietà della riparazione in ambiti in cui il comportamento dell'agente ne pare privo[18], anch'esso peraltro affrontato in termini non puntuali, come vedremo in seguito[19].

D'altra parte, pare evidentemente estranea alla previsione normativa la lettura della formula utilizzata nella massima «incrementare la sfera economica e giuridica della persona offesa» come riferita della necessità di un *quid pluris* (dunque, pretesa del danno morale) rispetto alla restituzione del bene sottratto (o al risarcimento) che si limita a reintegrare il patrimonio: il punto è che la previsione normativa espressamente pretende e si limita a pretendere la riparazione mediante restituzione e che è del tutto arbitraria ogni ulteriore pretesa.

Ma andando a verificare l'originario uso dell'espressione «incrementare definitivamente il patrimonio della persona offesa» si comprende come sia riferita a ben differenti situazioni, come è chiaro nella decisione del 2018 in cui appare, presumibilmente per la prima volta[20], riferita al fatto di un imputato che versa delle somme a titolo di risarcimento perché costretto dall'efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado (di qui anche il riferimento alla spontaneità), senza però fare acquiescenza ai capi civili della sentenza, e, pertanto, solo in via provvisoria e con diritto alla ripetizione in caso di esito favorevole dell'impugnazione svolta in sede di legittimità, laddove il senso della pretesa dell'incremento definitivo è chiaramente in contrapposizione alla provvisorietà del versamento in questione. Insomma, l'affermarsi del riferimento nei principi massimati a condotte restitutorie «destinate definitivamente ad incrementare la sfera economica e giuridica della persona offesa», pare sottolineare esclusivamente la necessità che si tratti di prestazioni patrimoniali irripetibili, ma la non chiarezza (in particolare per chi ignora il linguaggio civilistico) della massima evidentemente induce in errore.

La previsione della causa di estinzione (*recte*: di non punibilità) in questione, d'altra parte, esclude a mio avviso la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in sede civile perché, escludendo la sussistenza del reato in un suo elemento essenziale, impedisce l'applicabilità dell'art. 185 c.p. che la presuppone, ancorché l'agente per difetto della colpevolezza non sia punibile. Come accade, del resto, per i casi di depenalizzazione con la previsione della sanzione pecuniaria civile. Diversamente ragionando, l'istituto escluderebbe il reato pretendendo l'effettuazione di un risarcimento che ne implica la esistenza, scelta legislativa possibile ma che deve essere espressa, mentre

[18] Così C. V, 13.11.2020, n. 2490/2021, ced rv 280253-01, che riprende la massima da C. V, 25.2.2020, n. 14030, ced rv 279082-01, con riferimento a una fattispecie in tema di furto in cui l'autore, una volta scoperto, restituisce la merce asportata agli addetti alla vigilanza dell'esercizio commerciale (conf. C. VII, 17.4.2024, n. 19442).

[19] Il tema della volontarietà *versus* spontaneità è specificamente affrontato nel § 4.

[20] C. V, 3.4.2018, n. 21922, ced rv 273187-01.

nella specie sono previste esclusivamente le restituzioni o l'equivalente e non è proponibile alcuna interpretazione estensiva.

Netta, dunque, la differenza con la attenuante *ex* art. 62, n. 6 c.p., a cui arbitrariamente l'istituto in esame viene spesso assimilato in giurisprudenza, che richiede l'integrale riparazione del danno mediante il risarcimento e, quando possibile, mediante le restituzioni, la quale si riferisce al danno *ex* art. 185 c.p., infatti per definizione la circostanza attenuante concerne un reato che non viene meno malgrado la sua integrazione, pertanto, a dover essere riparato è il danno da reato.

Con la circostanza attenuante non può in effetti proporsi alcun parallelismo nemmeno per affermare l'inapplicabilità dell'istituto alle ipotesi di tentativo[21], poiché non vi sono ragioni letterali o sistematiche per escludere l'applicabilità della previsione in esame alle ipotesi tentate[22].

Coerente con fondamento e natura dell'istituto è la pretesa legislativa, in aggiunta alla reintegrazione risarcitoria, dell'eliminazione ove possibile delle conseguenze dannose o pericolose del fatto di reato[23], anch'esse certamente non ricollegabili al danno morale, riguardo alle quali è sufficiente che l'imputato abbia fatto quanto possibile per eliderle.

In tema, ai fini di una corretta interpretazione della pretesa, si può proporre anche un interessante riferimento sistematico alla immediatamente precedente previsione della oblazione discrezionale *ex* art. 162-*bis* c.p.[24], in cui l'espressione si riferisce all'offesa o alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice e lo stesso va affermato con riguardo a quella commentata, differenziandole dal danno materiale arrecato alla persona offesa del reato ancorché possano coincidere con esso, non contemplato nel caso dell'oblazione dalla fattispecie estintiva. Va da sé che quando il danno arrecato alla persona offesa e l'offesa al bene giuridico coincidano null'altro è richiesto all'autore dell'illecito ai fini della non punibilità se non la riparazione praticabile[25].

---

[21] Proposte da S. Seminara, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie*, cit., 399 s., ribadendo la esclusione affermata in giurisprudenza in materia di circostanza attenuante *ex* art. 62 co. 6 c.p., e paventando che si darebbe altrimenti vita ad una ipotesi sostanzialmente di depenalizzazione, cui si può opporre che effettivamente si tratta di una peculiare forma di depenalizzazione.

[22] Per una applicazione dell'istituto alle figure tentate degli artt. 628 c.p., 629 c.p. e 630 c.p., assoggettate a querela di parte dall'art. 649 c.p., vedi C. II, 17.10.2019, n. 44863. In tema v. anche Manca, *La riparazione del danno*, cit., 119 s.

[23] Cfr. C. V, 25.2.2020, n. 14030, secondo cui la causa estintiva del reato per riparazione del danno, *ex* art. 162-*ter* c.p., richiede, ove possibile, anche l'eliminazione del cd. danno criminale, per cui, se tra le conseguenze del reato rientra anche il mancato reintegro nell'abitazione coniugale, il beneficio può essere conseguito solo se l'imputato consenta il libero e pieno godimento dell'immobile.

[24] In cui comportano l'estinzione del reato il pagamento di una somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda, prevista alternativamente all'arresto dalla contravvenzione, e l'eliminazione delle 'conseguenze dannose o pericolose del reato' quando possibile.

[25] C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie. Profili di diritto sostanziale*, in *Leg. Pen.*, 2017, 19.

Si può, pertanto, concludere che nella figura in esame a causare la non punibilità del reato non è il risarcimento del danno da reato ai sensi dell'art. 185 c.p., a cui la previsione non fa alcun riferimento esplicito o implicito; al contrario puntualmente descrivendo l'oggetto della condotta riparatoria, costituita dalla mera restituzione o, quando non possibile, dal risarcimento del danno emergente e del lucro cessante, necessariamente integrale, in unione all'eventuale eliminazione dell'offesa o della messa in pericolo del bene giuridico tutelato, ove possibile.

D'altra parte, il riconoscimento della congruità da parte del giudice penale di restituzioni e risarcimenti ai fini dell'estinzione del reato, ancorché si parli di integralità, ma evidentemente su un piano squisitamente interno al diritto e al processo penale, non ha autorità di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni o per il risarcimento del danno e non produce alcun effetto pregiudizievole nei confronti della parte civile di cui non è necessario il consenso, come afferma anche la giurisprudenza[26].

Coerente con la natura del riconoscimento dell'estinzione (*recte*: non punibilità) per intervenuta riparazione del danno è la esclusione della condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali[27], invece contemplata dall'art. 340, co. 4 c.p.p., a carico del querelato per il caso di remissione della querela. Un evidente differente trattamento per due istituti a cui il legislatore ricollega la estinzione del reato, ma che sono di natura differente a riprova della limitata valenza della definizione legislativa.

Con il chiarimento del significato delle restituzioni e del risarcimento del danno rilevanti ai fini dell'interazione dell'istituto, peraltro imposto dalla lettera della previsione, vengono meno anche i problemi collegati alla diversità di condizioni economiche degli autori dei reati[28], i quali debbono semplicemente rinunciare agli indebiti vantaggi frutto della condotta illecita e, dunque, perde rilievo la loro condizione economica di partenza.

4. Volontarietà *versus* spontaneità della condotta riparatoria.

Tipicamente, nelle cause di non punibilità sopravvenute a cui è assimilabile la figura in esame è sufficiente e necessario che la condotta riparatoria sia volontaria[29], ovvero che l'agente possa tenere un comportamento differente

[26] Vedi C. V, 14.2.2019, n. 10390, ced rv 276028–01; C. II, 15.12.2022, n. 16714/2023, che richiama C. S.U., 23.4.2015, n. 33864, ced rv 264238-01, in tema di art. 35, d.lgs. n. 274/2000; C. II, 22.6.2021, n. 39252, ced rv 282133; C. V, 9.1.2024, n. 5349.

[27] Così C. IV, 19.9.2024, n. 42949; C. IV, 24.1.2012, n. 9472, ced rv 251987, quest'ultima in tema di art. 35, d.lgs. n. 274/2000.

[28] Sollevati, ad es., da S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Le principali modifiche introdotte dalla c.d. 'riforma Orlando' al diritto penale sostanziale*, cit., 2 s.; S. Seminara, *Perseguibilità a querela ed estinzione del danno per condotte riparatorie*, cit., 398.

[29] Per tutti U. Brauns, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*, Berlin, 1996, 215 s.; P. Feraldo Cabana, *Las causas de levantamiento de la pena*, Valencia, 2000, 28 s.; *Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM)*, München, 1992, 25 e 39 s.

in assenza di costrizioni che lo inducano alla condotta sopravvenuta, perché altrimenti la restaurazione del bene leso non potrebbe essere ascritta alla efficacia generalpreventiva, seppure tardiva, della comminatoria edittale[30].

Le previsioni di non punibilità fanno leva anche sui *calcoli* utilitaristici del soggetto agente, sebbene questi non ne costituiscano il fondamento, e necessitano di una condotta volontaria correlata alla natura riparatoria delle stesse nonché all'abituale previsione di un limite temporale da osservarsi, così come del resto alla stessa finalità generalpreventiva della previsione incriminatrice

Non è necessario invece, di norma, che la condotta esprima ravvedimento, inteso come trasformazione in senso socialmente o moralmente apprezzabile della personalità dell'agente[31].

La previsione univocamente si adegua al tipo comune, eliminando dal testo ogni ambiguità esistente nell'art. 35, d. lgs. n. 274/2000, cosicché la pretesa della spontaneità del comportamento contenuta nella massima già citata, oltre ad utilizzare una espressione del tutto inusuale e inappropriata in materia, è palesemente contraddittoria con la natura e la struttura dello specifico istituto, che attribuisce rilievo al comportamento tenuto entro l'apertura del dibattimento di primo grado, cioè a un comportamento tenuto in presenza e, inevitabilmente, sotto la spinta dell'avvio di un procedimento penale, pertanto e per definizione nient'affatto spontaneo.

In verità il principio massimato si afferma, come ho già rilevato per altro aspetto, in un contesto del tutto peculiare ed è costruito sulla soluzione offerta ad uno specifico caso, di conseguenza è privo di quel carattere generalizzante capace di fornire adeguata soluzione ad una ampia gamma di casi[32]. Oltretutto, la questione decisa è cronologicamente limitata alle prime applicazioni dell'istituto in esame ai processi in itinere al momento della sua introduzione, in particolare ne esclude l'applicazione quando il reo abbia agito costretto dall'efficacia esecutiva della sentenza di secondo grado[33], in cui il riferimento alla assenza di spontaneità è evidentemente improprio perché semmai si tratta di assenza di volontarietà, ma soprattutto a rendere un sem-

[30] *Amplius* G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., cap. IV, § 7; T. Padovani, *Il traffico delle indulgenze*, cit., 409.

[31] G. Contento, *La condotta susseguente al reato*, Bari, 1965, 114; G. Flora, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984, 1 s.; T. Padovani, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *RIDPP*, 1981, 429 535; M. Prosdocimi, *Il recesso dal reato consumato: profili di diritto penale comparato*, in *La legislazione premiale*, Milano, 1987, 134; C. S.U., 23.11.1985, n. 2816.

[32] Sul tema mi sono diffuso in Cocco, *L'interpretazione giudiziale deve guardare oltre la soluzione del caso concreto*, cit., passim, in effetti la massima, divenuta oggetto di sistematico richiamo nella giurisprudenza in materia, appare eccessivamente legata al caso in cui viene in origine formulata.

[33] Si veda la già citata C. II, 17.5.2018, n. 21922; inoltre C. V, 25.2.2020, n. 14030, ced rv 279082, relativa al versamento da parte dell'imputato delle somme a titolo di risarcimento e rimborsi le spese legali, a cui è condannato dalla sentenza oggetto di impugnazione.

plice ed irrilevante *obiter* il riferimento alla spontaneità è la circostanza, già in precedenza evidenziata con riferimento alla nozione di definitivo incremento del patrimonio della persona offesa, dell'assenza nelle condotte riparatorie in questione del carattere della definitività.

Insomma, si tratta di un principio/massima privo della proprietà transitiva, che fotografa la decisione massimata ma non è utilizzabile come precedente se non in limitatissimi casi, legato com'è, anche nei suoi limiti e financo negli errori espressivi e contenutistici, al peculiare fatto *sub iudice*.

Accade, invece, che venga sistematicamente acriticamente ripreso, apparentemente nemmeno comprendendone l'effettivo significato, a riprova dell'importanza di una corretta massimazione dei principi e della necessaria correlazione della massima con il caso deciso[34], inevitabilmente producendo lo stravolgimento dell'istituto, che rappresenta una modalità peculiare di *depenalizzazione* in astratto, come in definitiva sono tutte le cause di non punibilità in senso stretto, legate a un comportamento privo di ogni peculiare valenza soggettiva se non il requisito minimo della volontarietà, in un contesto per definizione estraneo all'attribuzione di rilievo alla spontaneità della contro condotta, ed anche sul piano oggettivo di estremamente limitato contenuto, pretendendosi la mera restituzione.

Un esempio significativo degli effetti distorsivi dell'applicazione della massima/principio senza tenere conto del fatto che la origina nonché della incomprensione, in definitiva, dell'istituto è emblematicamente rappresentato dalla questione del *furto nei supermercati*, la cui depenalizzazione già si auspicava mezzo secolo fa nella elaborazione dell'*Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuche*[35]. Il legislatore italiano contemporaneo non ha optato per la depenalizzazione secca di questa tipologia di condotta, tuttavia per il furto semplice di cui all'art. 624, e più recentemente anche per il furto aggravato, per i quali è prevista la procedibilità a querela, prevede la non punibilità in presenza della condotta riparatoria prima dell'apertura del

[34] Rinvio, per qualche approfondimento sulla attività di massimazione, al volume G. Cocco (a cura di), *L'interpretazione per un giudice liberale*, Padova, 2025, e, in particolare, per quanto riguardo i problemi attinenti l'uso dei precedenti al contributo di Maria Meloni, *Il ruolo del precedente nella corte di cassazione*, [già pubblicato in G. Cocco (a cura di), *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, Padova, 2005, 163-189], la quale, tra l'altro, evidenzia che «anche quando i precedenti sono citati, spesso si fa riferimento solo alla massima estratta dalla decisione, non già alla fattispecie o al caso deciso nel precedente, la quale non viene posta, secondo gli insegnamenti di Gorla, in relazione al caso che si sta per decidere. Correlativamente non si ha alcuna possibilità di controllare in virtù del testo della decisione se e come i due casi siano diversi e fino a che punto tale diversità possa incidere sulla regola da adottare. In tutte queste ipotesi può essere estremamente complesso estrarre la massima e collocare correttamente la decisione nei filoni giurisprudenziali esistenti» (p. 301).

[35] *Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl (AE-GLD)*, in *Recht und Staat*, 1974, Heft 439; nonché il contributo di G. Arzt, *Entkriminalisierung des Ladendiebstahls – Zum Vorschlag des Entwurfs eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl*, in: A. Schoreit [a cura di], *Problem Ladendiebstahl*, Heidelberg, 1979, s. 9-17.

dibattimento: insomma è sufficiente che l'agente, pur scoperto ed avviata l'azione penale, restituisca il maltolto nel termine detto.

Non sono, pertanto, comprensibili le resistenze giurisprudenziali all'applicazione dell'istituto che emergono proprio con riferimento alla fattispecie concreta in questione, da cinquant'anni in testa alla lista dei reati da depenalizzare. In particolare, non si comprende per quale ragione non si riconosca la integrazione della causa di non punibilità in presenza della restituzione del maltolto a seguito della scoperta della sottrazione in un supermercato, come fa quella giurisprudenza che utilizza la nota massima che richiede erratamente la spontaneità[36] ed aggiunge che la restituzione non è sufficiente, sempre riprendendo la stessa massima che fa riferimento all'incremento il del patrimonio dell'offeso, malamente letto, invece che con riferimento alla necessità di una reintegrazione definitiva dello stesso, per affermare, contro il chiaro ed insuperabile tenore letterale della previsione, che l'istituto non è configurabile nel caso di mera restituzione del bene sottratto[37].

Il comportamento in questione rappresenta con tutta evidenza, invece, proprio la ideale integrazione dell'istituto, il quale espressamente richiede la sola volontaria restituzione, come già detto, ed è certo ben più utile e non meno volontaria l'immediata restituzione del bene rispetto a quella che avvenga successivamente a seguito del rinvio a giudizio prima della apertura del dibattimento, con un inutile aggravio dell'amministrazione della giustizia.

In altri giudizi, è evidente che si confonde spontaneità con volontarietà, giacché l'arresto in flagranza laddove comportante *ipso facto* e senza il contributo del reo il recupero del bene illecitamente sottratto esclude evidentemente la sussistenza di una condotta riparatoria [38]: va da sé che il recupero

[36] Così C. IV, 29.11.2023, n. 640/2024, che concerne il caso in cui l'autore scoperto restituisca la merce asportata (del valore di euro 127,24) agli addetti alla vigilanza dell'esercizio commerciale (e prima ancora dell'arrivo delle forze dell'ordine), la quale riprende la massima tratta da C. V, 13.11.2020, n. 2490/2021, ced rv 280253–01, che in un caso analogo specifica che «l'avvenuta restituzione al personale addetto alla vigilanza dell'esercizio commerciale dove il furto per cui si è proceduto è stato consumato, non può certo ritenersi il frutto di una scelta spontanea, perché l'imputato non poteva sottrarsi alla restituzione della merce illecitamente sottratta una volta scoperto». Si tratta evidentemente in ambedue i casi di condotta, per come descritta, chiaramente volontaria, giacché si parla di restituzione e non di riappropriazione di fatto da parte del citato personale.

[37] Ho già riferito della pretesa del risarcimento del danno da reato nel precedente paragrafo.

[38] Invoca la pretesa della spontaneità con riferimento a un caso di arresto in flagranza, in cui è comunque l'autore dell'illecito a fare immediatamente ritrovare il portafogli sottratto alla persona offesa e, dunque, non vi è il recupero autonomo da parte delle forze dell'ordine, C. IV, 4.6.2021, n. 34333, peraltro una delle più approfondite nella ricostruzione dell'istituto, che ne sintetizza così la ratio: «il venir meno dell'esigenza punitiva, a fronte della piena restaurazione dell'interesse leso, dall'altro, si persegue un intento deflattivo, giustificato dall'insussistenza della necessità rieducativa a mezzo di ulteriori condotte risocializzanti, stante la neutralizzazione del danno arrecato alla vittima, in attuazione del principio dell'*extrema ratio* del diritto penale». Aggiunge anche, puntualmente, che la natura dell'istituto «implica che la condotta riparatoria debba precedere la celebrazione del processo, non realizzandosi altrimenti l'effetto deflattivo che condiziona l'istitu-

operato dalle forze dell'ordine, non per iniziativa degli autori della sottrazione, è irrilevante ai fini dell'art. 162-*ter* c.p.[39].

Del resto, va ribadito che è del tutto forzata l'analogia anche a tal fine proposta, considerandoli espressione della medesima *ratio*, tra l'istituto che esclude la punibilità e la circostanza attenuante del reato di cui all'art. 62, co. 1, n. 6 c.p.[40], per applicare anche in tema di condotte riparatorie il principio espresso sull'attenuante dalle Sezioni unite, 22.1.2009, n. 5941[41], secondo cui il legislatore privilegia non il concreto soddisfacimento degli interessi della persona offesa del reato, bensì l'aspetto psicologico e volontaristico della riparazione, ossia «la condotta del colpevole dopo il reato, come sintomo della sua attenuata capacità a delinquere». In vero, la causa di non punibilità in esame espressamente e nettamente si distacca da tale impostazione, come ho già più volte rilevato ed è evidente, non mutuando la formulazione del citato art. 35, d. lgs. n. 274/2000, relativo ai reati di competenza del Giudice di pace[42], perché non contiene alcun riferimento a valutazioni del giudice relative al soddisfacimento delle esigenze di riprovazione del reato e di quelle special-preventive, ma ricollega *tout court* la estinzione (*recte*: non punibilità) del reato alla sussistenza delle condotte riparatorie. D'altro canto, non è discutibile sotto ogni altro profilo la differenza tra una circostanza attenuante e una condotta che esclude la punibilità del reato.

to e che coniuga la neutralizzazione del danno e la rilevanza penale concreta del fatto con la necessità di evitare il processo, laddove il suo accertamento e l'applicazione della sanzione penale si dimostrino non solo un irragionevole spreco di risorse, ma una sproporzionata reazione dello Stato rispetto ad una condotta violativa di un interesse esclusivamente privato e ad un soggetto che ha volontariamente provveduto alla sua riparazione». Conclude che in tal caso la restituzione «non sia frutto di una scelta spontanea, bensì coartata, per il tempestivo intervento delle forze dell'ordine. Essendo chiaro che in una simile situazione la restituzione non è una facoltà del reo, ma l'effetto di provvedimenti dell'autorità». La conclusione, tuttavia, non è affatto coerente con il fatto, giacché non è sufficiente l'arresto degli autori dell'illecito (come evidenziano numerosi casi di cronaca) per far restituire il maltolto e non si vede quale differenza vi sia anche nel caso di specie tra il recupero effettuato con la collaborazione del reo assoggettato a misura cautelare e la stessa restituzione effettuata dal reo ormai in libertà prima della dichiarazione di apertura del dibattimento.

39 Vedi C. I, 12.1.2021, n. 17541.

40 Vedi C. IV, 12.11.2019, n. 10107/2020, ced rv 278607; C. II, 31.3.2023, n. 20210, secondo cui «il legislatore del 2017, per il nuovo istituto (di natura inequivocabilmente premiale), si è ispirato dunque alla circostanza attenuante di cui all'art. 62, comma primo, n. 6, cod. pen., nonché alla struttura procedimentale delineata dall'art. 35, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, che disciplina l'analogo meccanismo estintivo per intervenuta riparazione del danno nel procedimento dinanzi al giudice di pace»; essendo al contrario evidente che il legislatore del 2017 supera le precedenti previsioni costruendo un istituto originale per *ratio*, struttura ed effetti, inquadrabile in differenti e consolidati schemi facilmente individuabili.

41 C. S.U., 22.1.2009, n. 5941, ced rv 242215.

42 A cui, peraltro, non è applicabile, data la peculiarità del sistema sostanziale e processuale relativo a tali reati (C. V, 10.6.2019, n. 47221, ced rv 277256; C. IV, 15.3.2019, n. 25843, ced rv 276370; C. S.U, 22.6.2017, n. 53683, ced rv 271587).

5. Le peculiarità dell'istituto rispetto alla c.d. giustizia riparativa e *l'offerta reale*.

L'istituto in esame è, dunque, applicabile esclusivamente in ragione della presa d'atto da parte dell'ordinamento della restaurazione del patrimonio del danneggiato. Va ribadita, infatti, la evidente irrilevanza nell'art. 162-*ter* c.p. delle tematiche conciliative e vittimologiche ed ancor più di quelle special-preventive concernenti il riconoscimento di una minore capacità a delinquere e della risocializzazione del reo, opportunamente escluse da ogni rilievo dal suo tenore letterale, che oltretutto attribuisce alle parti un ruolo marginale: debbono essere solo sentite. La previsione opportunamente supera, tra l'altro, proprio l'*impasse* in cui potrebbero trovarsi le parti riguardo alla conclusione di accordi conciliativi finalizzati alla remissione della querela[43].

Va detto che le restituzioni non ammettono un sindacato giudiziale in senso proprio, ma esclusivamente il mero accertamento del fatto; in difetto delle restituzioni, l'alternativa integrale riparazione del danno può essere riconosciuta dal giudice (co. 1, parte 2), sussistendo in tal caso una componente valutativa più pregnante, anche a seguito di offerta reale *ex* artt. 1208 c.c. e seguenti formulata dall'imputato e non accettata dalla persona offesa.

La lettera della previsione, che fa riferimento agli articoli 1208 e seguenti del codice civile, attribuisce rilievo alle offerte formali e non-formali *ex* art. 1220 c.c., ovvero a qualsiasi condotta del debitore idonea a manifestare il serio intento di effettuare la prestazione, che deve essere posta a disposizione del creditore con modalità tali da consentirne concretamente la fruibilità[44]. Anche sul punto in giurisprudenza sembra però affermarsi una lettura restrittiva, con la pretesa della presenza dei requisiti previsti dagli artt. 1208 e 1209 c.c.[45], letteralmente contrastante con il riferimento agli articoli seguenti il 1208 c.c. e dunque non ai soli 1208 e 1209 c.c.

È interessante rilevare, oltretutto, che, malgrado i continui riferimenti già stigmatizzati all'art. 62, n. 6 c.p.[46], per negare un ampio riconoscimento del

[43] Per tutti F. Palazzo, *La riforma penale alza il tiro?*, in *DPC-RT*, 1/2016, 54; nella manualistica G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., 538.

[44] Ad esempio, in sede civile, si reputa idonea la offerta non formale di pagamento del prezzo di cessione in proprietà di un alloggio di edilizia residenziale pubblica, giudizialmente determinato, effettuata mediante intestazione di un libretto bancario all'ente e deposito dello stesso presso il tribunale sin dall'iscrizione della causa a ruolo (C. VI-2 civ., 27.10.2014, n. 22734).

[45] Per quanto spesso il principio si ribadisca solo tuzioristicamente: C. V, 11.4.2024, n. 28089 (in cui è sostanzialmente irrilevante ai fini decisori); C. II, 19.1.2024, n. 13546 (si afferma che non è sufficiente l'esibizione di un assegno circolare in udienza e si fa generico riferimento all'assenza di un'offerta reale *ex* artt. 1208 e ss. cod. civ); C. IV, 16.11.2023, n. 48058 (si fa generico riferimento ai canoni previsti dall'art. 1208 cod. civ.).

[46] Analogia tra i due istituti che, in presenza di valutazione giudiziale positiva con riferimento all'attenuante *ex* art. 62, n. 6 c.p., porta la giurisprudenza a considerare il risarcimento che lo integra equipollente a quello che sostiene la causa estintiva (C. IV, 20.11.2024, n. 46572; C. V, 9.1.2024, n. 10861), sebbene potrebbe più correttamente dirsi che lo integra per eccesso.

beneficio del 162-*ter* c.p., la giurisprudenza sembra distaccarsene proprio sulla questione in esame, in cui il riferimento potrebbe sortire effetti positivi per il reo, riconoscendosi in tema di circostanza attenuante il rilievo anche di offerte non-formali *ex* art. 1220 c.c.[47].

L'irrilevanza nell'istituto in esame dei profili specialpreventivi comporta anche l'irrilevanza dell'origine dei mezzi necessari alla riparazione, perché la condotta riparatoria non deve esprimere un soggettivo ravvedimento del reo desumibile dal suo sacrificio patrimoniale, nonché delle modalità di formalizzazione della attività di reintegrazione, a cui può provvedere anche un terzo purché nell'interesse dell'imputato[48]. Correttamente, in particolare, si afferma in giurisprudenza che l'art. 162-*ter* c.p. «è applicabile anche nel caso in cui il danno sia integralmente risarcito dalla compagnia assicuratrice dell'imputato»[49].

Non v'è dubbio, invece, che la ricezione da parte della vittima di un risarcimento del danno, nei cui confronti si sia assicurato, da parte della propria assicurazione privata o pubblica sia irrilevante ai fini dell'applicazione dell'istituto in esame[50].

È comunque necessario in caso di risarcimento, l'accertamento giudiziale della congruità della somma offerta nel contraddittorio delle parti[51]. Valutazione di congruità che è richiesta dalla previsione anche nel caso dell'accettazione da parte della persona offesa, competendo ovviamente al giudice la verifica della sussistenza degli elementi integranti la causa di non punibilità sopravvenuta e, dunque, anche dell'integrale riparazione del danno cagionato dal fatto illecito[52]. Fermo restando che la persona offesa può con la

[47] Secondo una consolidata massima sull'attenuante, la riparazione del danno deve essere effettiva nel senso che «la somma di danaro proposta dall'imputato come risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale deve essere offerta alla parte lesa in modo da consentire alla medesima di conseguirne la disponibilità concretamente e senza condizioni di sorta, nel rispetto delle prescrizioni civilistiche relative al versamento diretto del danaro o a forme equipollenti che rivelano la reale volontà dell'imputato di eliminare, per quanto possibile, le conseguenze dannose del reato commesso» (così C. V, 8.2.2018, n. 21517, ced rv 273021; C. II, 7.11.2017, n. 56380, ced rv 271556; C. II, 24.1.2013 n. 9143, ced rv 254880; C. II, 6.7.2011, n. 36037, ced rv 251073. Fa riferimento, invece, al 1209 c.c. C. I, 23.2.2024, n. 16493, ced rv 286309).

[48] C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 22; G. Manca, *La riparazione del danno*, cit., 127.

[49] In tal senso: C. IV, 12.11.2019, n. 10107/2020, ced rv 278607-01, che richiede la sollecitazione dell'imputato; mentre per C. IV, 29.2.2024 n. 11379, è sufficiente che l'imputato mostri di voler fare proprio il risarcimento dalla compagnia assicurativa.

[50] Cfr. G. Manca, *La riparazione del danno*, cit., 126 s.

[51] Vedi C. V, 14.3.2025, n. 17243; C. V, 14.11.2023, n. 7362/2024, ced rv 286078-01; C. III, 2.3.2021, n. 16674, ced rv 281204-01.

[52] Vedi C. V, 14.2.2025, n. 7992; C. VI, 23.10.2018, n. 52671, ced rv 274579; diversamente argomentando dalla lettera della previsione: S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Le principali modifiche introdotte dalla c.d. 'riforma Orlando' al diritto penale sostanziale*, cit., 4 s.. Analogamente la giurisprudenza in tema di circostanza attenuante *ex* art. 62, n. 6 c.p., afferma che il giudice «può anche disattendere, con adeguata motivazione, finanche ogni dichiarazione satisfattiva resa dalla parte lesa» (C. IV, 14.7.2011, n. 34380; C. V, 4.11.2015, n. 44562, ced rv 251508).

remissione della querela, che se non è ricusata dal reo estingue il reato (152 c.p., 155 c.p.), escludere ogni interferenza giudiziale sulla valutazione della congruità del risarcimento.

Conseguentemente, va consolidandosi in giurisprudenza la esclusione della subordinazione della dichiarazione dell'estinzione del reato per condotta riparatoria intervenuta prima del dibattimento alla mancata opposizione del pubblico ministero e dell'imputato, come invece richiesto dalla procedura prevista dall'art. 469 c.p.p., che riguarda le ipotesi di proscioglimento predibattimentale, tra le quali compare la declaratoria di intervenuta estinzione del reato, assoggettata alla condizione, a pena di nullità di ordine generale, della citata non opposizione di pubblico ministero e imputato previamente consultati[53].

Insomma, anche sotto i profili sopra esaminati, il nuovo istituto costituisce un importante riconoscimento della non punibilità sopravvenuta espressione del principio di sussidiarietà esterna, quale presa d'atto del successo conseguito dalla previsione incriminatrice in termini di tutela dei beni giuridici.

6. La questione dell'estensione ai concorrenti dell'effetto della condotta riparativa.

Al collocamento dogmatico e alla comprensione della *ratio* dell'istituto segue la risposta all'interrogativo sulla estensione a tutti i concorrenti degli effetti di non punibilità del reato a causa della condotta riparatoria posta in essere solo da taluno di essi, evidentemente positiva proprio perché non assumono alcuna valenza i profili soggettivi del pentimento e riconciliazione, ma esclusivamente la restituzione o la riparazione integrale del danno, di valenza chiaramente oggettiva ed esclusivo oggetto di valutazione giudiziale, pertanto non v'è alcuna ragione per inquadrare l'istituto tra le cause soggettive di esclusione della pena ai sensi dell'art. 119 c.p.[54]; d'altra parte, l'art. 182 c.p. non dice nulla circa coloro ai quali la causa di estinzione del reato si riferisca lasciando all'interprete la sua individuazione, e ciò a prescindere dalla peculiarità della figura in esame rispetto alle cause di estinzione del reato in genere.

[53] C. V, 25.9.2024, n. 41899; C. V, 19.6.2024, n. 29669, che rinvia a C. S.U., 23.4.2015, n. 33864, ced rv 264240-01, in tema di art. 35 co. 1, d.lgs. n. 274/2000. In senso contrario, per l'applicazione pedissequa dell'art. 469 c.p.p., vedi C. II, 22.6.2021, n. 39252, ced rv 282133; conf. C. V, 10.6.2024, n. 26894, che però evidenzia che la causa di non punibilità può comunque essere riconosciuta all'esito del dibattimento anche in presenza di opposizione.

[54] *Amplius*, in generale sulla questione della estensione della non punibilità ai concorrenti nel reato G. Cocco, *La punibilità quarto elemento del reato*, cit., 157 ss.; cfr., inoltre, F. Fasani, *L'estinzione della punibilità*, Torino, 2024, 13 ss.; e G. Toscano, Post crimen patratum, cit., 108. Sul tema specifico, conf. G. Manca, *La riparazione del danno*, cit., 128; *contra* C. Grandi, *L'estinzione del reato per condotte riparatorie*, cit., 22, argomentando *ex* art. 182 c.p.

In senso contrario la giurisprudenza rinnova ancora una volta l'abusato ed errato parallelismo con la circostanza di cui all'art. 62, co. 1, n. 6 c.p., nonché con l'art. 35, d. lgs. n. 274/2000, e afferma il principio secondo cui l'istituto ha natura soggettiva, sicché ha effetto, ai sensi art. 182 c.p., nei soli confronti di colui al quale si riferisce, non estendendosi ai correi[55].

Per comprendere che non v'è alcuna analogia dell'istituto in esame con la circostanza attenuante di cui all'art. 62, co. 1 n. 6[56], in particolare con riferimento alla estensione degli effetti ai concorrenti nel reato, basta riesaminare l'argomento centrale utilizzato dalla richiamata decisione dalle Sezioni unite 22.1.2009, n. 5941[57], per individuarne la *ratio*: il legislatore privilegia «la condotta del colpevole dopo il reato, come sintomo della sua attenuata capacità a delinquere», che esprime compiutamente la differenza di *ratio* con la formulazione dell'art. 162-*ter* c.p., che si distacca proprio sul punto dalla formulazione dell'art. 35 , d. lgs. n. 274/2000, e che si riferisce ai reati perseguibili a querela di parte, non lasciando adito a dubbi sull'obiettivo di dare soddisfazione proprio agli interessi della persona offesa del reato, peraltro oggettivati per soddisfare anche l'obiettivo della fuoriuscita dal diritto penale delle fattispecie considerate, prosaicamente riconosciuto dalla stessa giurisprudenza con riferimento alla conseguente deflazione processuale.

Inoltre, è intrinsecamente contraddittoria la valorizzazione della finalità del nuovo istituto come teso primariamente a favorire il risarcimento del danno da reato, dunque eminentemente oggettiva, per poi evincerne che «non possa essere ragionevolmente posta in discussione la natura schiettamente soggettiva»[58]. Anche l'analogia con l'oblazione è del tutto inappro-

---

[55] Così C. II, 31.3.2023, n. 20210, ced rv 284712-01; conf. C. VII, 7.5.2024, n. 25102.

[56] Affermata da C. II, 31.3.2023, n. 20210, che così si esprime: «la consolidata linea ermeneutica in materia dell'attenuante del risarcimento del danno era netta nell'affermare che, quando il danno sia stato cagionato da più persone concorrenti nel reato, la circostanza non può essere riconosciuta al singolo che non abbia contribuito all'adempimento, di modo che, qualora uno solo dei còrrei abbia provveduto, in modo integrale, al risarcimento stesso, l'altro concorrente, per fruire della menzionata attenuante, deve almeno dimostrare la sua concreta e tempestiva volontà di riparazione del danno cagionato, non più direttamente verso la parte lesa – ormai priva di titolo a ricevere altro – ma indirettamente, provando di avere rimborsato al complice più diligente la propria quota, prima del giudizio (Sez. 1, n. 4177 del 27/10/2003, dep. 2004, Balsano, Rv. 227102. Cfr. Sez. U, n. 5941 del 22/01/2009, Pagani, Rv. 242215, secondo cui, ove un solo concorrente abbia provveduto all'integrale risarcimento del danno, la relativa circostanza attenuante non si estende ai compartecipi, a meno che essi non manifestino una concreta e tempestiva volontà di riparazione del danno). Anche il Giudice delle leggi, con sentenza n. 138 del 20 aprile 1998, in merito alla medesima circostanza di cui all'art. 62, n. 6, cod. pen., ha affermato la necessaria riferibilità dell'evento risarcitorio all'imputato, sia pure in chiave non meramente soggettiva, anche valorizzando l'istituto dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti».

[57] Vedi C. S.U., 22.1.2009, n. 5941, ced rv 242215, che peraltro si limita a richiedere ai compartecipi che manifestino una concreta e tempestiva volontà di riparazione del danno.

[58] Vedi C. II, 31.3.2023, n. 20210, secondo cui non può «essere ragionevolmente posta in discussione la natura schiettamente soggettiva della causa estintiva di cui all'art. 162-*ter* cod. pen., che opera in favore di chi voglia sottrarsi rapidamente al circuito penale, riparando le conseguenze

priata, essendo quest'ultimo un istituto che si basa sul pagamento di una somma a titolo di sanzione, il quale produce l'effetto estintivo con una sorta di degradazione da illecito penale a illecito amministrativo[59], cosicché è chiaro che l'effetto estintivo concerne esclusivamente chi effettua il pagamento. Mentre palesemente arbitrario è il riferimento alla sospensione del processo con messa alla prova, che riguarda solo il richiedente per ragioni così evidenti che non è utile approfondirle in questa sede.

Per contro, è ingiustificata l'esclusione della analogia con la causa di estinzione (*recte*: non punibilità) della concessione di sanatoria c.d. di regime, essendo irrilevante a tal fine la natura formale (*rectius*: funzionale) del bene protetto[60], mentre ai fini dell'ascrizione a un'unica categoria è significativa la natura restaurabile della lesione del bene tutelato di natura funzionale esattamente come nel caso dei reati contro il patrimonio che vengono in rilievo con riferimento all'istituto in esame.

Mentre, per il richiamo all'efficacia soggettiva del condono edilizio[61], i cui effetti estintivi sono ricollegati all'integrale versamento dell'oblazione ai sensi dell'art. 38 co. 2 l. n. 47/1985, vale quanto già sinteticamente osservato per l'oblazione codicistica a cui in effetti i condoni sono per molti versi assimilabili[62], distinguendosi invece nettamente dall'istituto in esame così come dalla concessione in sanatoria c.d. di regime; senza peraltro dimenticare che anche in materia di condono edilizio «qualora l'immobile appartenga a più proprietari, l'oblazione versata da uno di essi estingue il reato anche nei confronti degli altri comproprietari»[63].

negative delle proprie azioni od omissioni e dando mostra in qualche modo di un comportamento sintomatico di ravvedimento e di minore pericolosità sociale (al pari, ad esempio dell'oblazione obbligatoria o facoltativa *ex* artt. 162 e 162-*bis* cod. pen. o di quanto previsto dall'art. 168-*ter* cod. pen. in caso di esito positivo della messa alla prova)».

[59] Per quanto anche la oblazione (in particolare quella discrezionale codicistica) possa dare rilievo ad obiettivi di tutela dei beni giuridici, che però non ne costituiscono il fondamento.

[60] C. II, 31.3.2023, n. 20210, esclude possa assimilarsi all'istituto in esame la concessione della sanatoria ordinaria *ex* artt. 36 e 45, d.P.R. n. 380/2001 (già artt. 13 e 22, l. n. 47/1985) perché si fonda, «al contrario dei delitti contro il patrimonio che qui vengono in rilievo, sulla natura meramente formale dell'offesa al bene protetto (il rilascio della sanatoria presuppone il doppio accertamento di conformità dell'opera abusiva agli strumenti urbanistici sia al momento della realizzazione sia in quello della richiesta, che – in forza di apposita disposizione – consente un omologo trattamento penale tra tutti gli autori della violazione, senza che, per fruire del beneficio, occorra che la domanda sia proposta da tutti costoro».

[61] Vedi C. II, 31.3.2023, n. 20210.

[62] Il c.d. *condono edilizio*, infatti, di norma non richiede il rispetto delle regole edilizie e urbanistiche e, dunque, il ristabilimento del bene giuridico sostanziale leso, né si ricollega anche cronologicamente alla comminatoria edittale, elementi che caratterizzano gli istituti della non punibilità, categoria a cui non può dunque ascriversi, differenziandosi nettamente dall'istituto in esame.

[63] Cfr. art. 38, co. 2, come modificato dall'art. 6, d. l. n. 2/1988, convertito con modificazioni nella l. n. 68/1988.

Del resto, è necessario l'integrale risarcimento del danno e non è sufficiente quello pro-quota in caso di obbligazione in solido[64], per cui il risarcimento individuale che soddisfi per l'intero il danno impedisce ulteriori analoghe attività, salvo pretendere la moltiplicazione dei risarcimenti integrali o accontentarsi del rimborso pro quota al reo più tempestivo a tenere la condotta riparatoria, comportamenti, in vero, che oltre ad essere evidentemente differenti da quello richiesto dalla previsione, costituiscono un post-fatto rispetto alla integrazione della fattispecie di non punibilità o estintiva che dir si voglia, pertanto, del tutto irrilevanti.

7. Conclusioni e proposte.

Dopo decenni di sollecitazioni volte ad una significativa depenalizzazione, non sono giustificati i limiti e gli aggravi giurisprudenziali e, talvolta, persino dottrinali posti all'applicazione di un istituto che svolge un ruolo assimilabile alla depenalizzazione secca, salvaguardando però gli interessi essenziali (ma solo quelli) delle persone offese, pur lontano dai modelli della giustizia riparativa.

L'esito 'depenalizzante' è l'evidente, legittimo e perseguito obiettivo della speciale nuova figura, rispettosa del principio di legalità e pur utile alla persona offesa, di cui va sottolineata la preferibilità rispetto all'istituto previsto dell'art. 131 *bis* c.p., i cui contorni sono demandati alla creatività giurisprudenziale, che prevedeva nella struttura originaria una depenalizzazione in concreto già per questo meno rispettosa del principio di legalità ed incurante della riparazione della vittima.

Peraltro, opportunamente la riforma della particolare tenuità del fatto introdotta dal d.lgs. 150/2022 (in attuazione della legge delega n. 134/2021, c.d. *Cartabia*) attribuisce rilievo alla condotta susseguente al reato ai fini della valutazione del carattere di particolare tenuità dell'offesa[65], finalmente intravvedendosi la soluzione di sistema più valida. Più radicalmente sarebbe opportuno legare il riconoscimento della non punibilità alla particolare tenuità del fatto, oltre che a una puntuale definizione normativa del concetto, alla riparazione del danno o alla eliminazione del pericolo, liquidando anche il complesso armamentario normativo e teorico[66] che equipara la sentenza di proscioglimento per non punibilità *ex* art. 131-*bis* c.p. a una sentenza di condanna ai fini civili[67] e sanzionatori

[64] Vedi C. II, 3.12.2020, n. 4038/2021.

[65] Su cui recentemente M. Pierdonati, *Verso una tenuità 'allargata'. L'introduzione della condotta susseguente al reato nell'art. 131 bis c.p. e il nuovo assetto dell'irrilevanza penale del fatto*, in AP, 3/2024.

[66] Su cui C. cost. n. 173/2022.

[67] Fino a richiedere al giudice penale di pronunciarsi anche sulla pretesa risarcitoria o restitutoria della parte civile: C. cost. n. 173/2022.

amministrativi[68] e prevede la iscrizione nel casellario giudiziario *ex* art. 3 co. 1, lett. f) d.P.R. n. 313/2002.

D'altra parte, sembra essere l'assenza di una qualche sanzione (amministrativa) aggiuntiva rispetto alla mera restituzione o all'equivalente risarcimento del danno, pur esclusivamente previsti dall'art. 162 *ter* c.p., ad indurre una giurisprudenza ancora poco in sintonia con siffatti istituti ad adottare in materia soluzioni interpretative sostanzialmente creative, ampliando forzatamente la nozione di restituzione al risarcimento del danno da reato. In effetti, una più puntuale disciplina dell'istituto, potrebbe contemperare le varie esigenze in campo, in particolare quella di una sanzione pur amministrativa per il comportamento illecito[69].

È, dunque, auspicabile una sorta di fusione tra gli istituti dell'oblazione e delle condotte riparatorie, con la creazione di un istituto applicabile ad un'ampia gamma di delitti – selezionati per tipologia (ad esempio i reati perseguibili a querela di parte), ma anche per la gravità della violazione relativamente a reati di maggiore rilievo (con adozione di soglie di punibilità, *aut similia*, di carattere generale) – e alle contravvenzioni tutte, incentrato sulla riparazione integrale del danno e l'eventuale eliminazione dell'offesa o del pericolo per il bene giuridico tutelato, nonché il pagamento di una sanzione amministrativa fissata in concreto nell'ambito di un minimo e massimo edittale, che può certo soddisfare anche le problematiche della scarsa offensività del fatto concreto superando auspicabilmente l'istituto dell'art. 131-*bis* c.p., a maggior ragione per il suo successo, che si perde però nei meandri dei palazzi di giustizia con il serio pericolo di ingenerare difformità di trattamento.

L'obiettivo dovrebbe essere, insomma, dopo la fin troppo ricca elaborazione di istituti volti alla depenalizzazione in astratto e in concreto di questi ultimi anni, generatori di diseguaglianza dei cittadini davanti alla legge, giungere per un'ampia gamma di illeciti, selezionati per tipo e per livello d'offesa, ad un unico agile ed efficiente strumento che ne preveda la non punibilità in conseguenza della riparazione del danno e l'eventuale eliminazione dell'offesa o del pericolo per il bene giuridico tutelato, a cui si può aggiungere il pagamento (immediato) di una sanzione amministrativa, in vece dell'abusata sanzione penale.

[68] V. C. S.U., 25.2.2016: applicabilità della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida.

[69] Così verrebbe meno anche l'incongruenza (segnalata, tra gli altri, da T. Padovani, *Diritto penale*, 12 ed., 2019, 456 s.) del diverso trattamento dei delitti perseguibili a querela in questione rispetto agli illeciti già perseguibili a querela depenalizzati ed assoggettati ad una sanzione pecuniaria civile che si aggiunge al risarcimento del classico danno compensativo, come l'ingiuria (594 c.p.).

IL CLIMA COME BENE GIURIDICO "AUTONOMO"? UNA RIFLESSIONE IN CHIAVE CRITICA NEL SOLCO DEI RECENTI ORIENTAMENTI DELLE CORTI DEI DIRITTI UMANI

Matilde Botto*

«*Urge and urge and urge*
Always the procreant
urge of the world»**

Sommario: 0. Premessa. – **1**. Ambiente e clima: due "entità" connesse ma non sovrapponibili. – **2**. La "questione climatica": dalla regolamentazione all'ingresso nel diritto internazionale dei diritti umani. – **2.1.** (segue) Le ragioni di un confronto tra due sistemi di protezione dei diritti umani. – **3**. L'"obbligazione climatica" nel dialogo tra le Corti: il *greening* dei diritti umani nella giurisprudenza di Strasburgo. – **3.1.** (segue) Il paradigma ecocentrico nella recente opinione consultiva della Corte interamericana dei diritti umani. – **4**. Dalla grammatica dei diritti umani a quella penalistica? I limiti degli approcci fondati sugli effetti del cambiamento climatico e le criticità correlate alla tutela dell'atmosfera (globale). – **5**. Un'"arma spuntata" è davvero un'"arma necessaria"? Conclusioni provvisorie su un diritto penale del clima "criticamente riflessivo".

ABSTRACT

Esiste un ruolo per il diritto penale nel contrasto all'emergenza climatica? Attesa la non sovrapponibilità dei concetti di "clima" e "ambiente", il contributo propone un'analisi critica in materia di "diritto penale climatico", muovendo dalla delimitazione del suo oggetto di tutela. L'indagine, inoltre, si sofferma sui termini con cui la crisi climatica ha fatto ingresso negli orientamenti delle Corti dei diritti umani, proponendo un raffronto tra l'approccio della Corte di Strasburgo e quello della Corte interamericana dei diritti umani, maggiormente "ecocentrico" e certificato da una recente opinione consultiva in materia.

---

* Dottoressa di ricerca in diritto penale presso l'Università di Bologna.

** W. Whitman, *Io celebro me stesso,* in Id., *Foglie d'erba. La prima edizione del 1855* (1855), trad. it., Feltrinelli, Milano, 2022, 64.

Is there a role for criminal law in addressing the climate emergency? By examining the differences between the concepts of "climate" and "environment", the essay aims to provide a critical analysis of the challenges involved in defining the so-called "climate criminal law", with particular attention to identifying the potential legal interest to be protected. It will also explore how the climate crisis has been addressed by human rights courts, comparing the case law of the European Court of Human Rights with the more "ecocentric" approach adopted by the Inter-American Court of Human Rights, as reflected in its recent advisory opinion on the matter.

0. Premessa.

«Urge e urge e urge sempre il procreante urgere del mondo». Le parole del celebre poeta originario di Huntington (NY), Walt Whitman (1819-1892), finiscono col vestirsi di una rinnovata attualità se traslate nel contesto delle sfide degli ordinamenti dinnanzi alle sempre più tangibili conseguenze dei cambiamenti climatici di origine antropica.

L'urgenza di intervenire per far fronte ad un fenomeno che, da più parti, è definito in termini emergenziali è infatti oramai largamente riconosciuta dalla comunità internazionale e trova conferma non solo nel proliferare di documenti e strumenti *ad hoc*, ma anche nel crescendo delle vicende giudiziarie ascrivibili alla cosiddetta «*climate litigation*»[1]: un'espressione impiegata allo scopo di considerare l'insieme delle cause – intentate davanti a organismi giudiziari o para-giudiziari, internazionali o domestici – nelle quali si sollevano questioni, di fatto o di diritto, relative al cambiamento climatico, alle risultanze scientifiche in materia, ovvero al mancato rispetto delle relative misure di mitigazione o adattamento da parte di soggetti pubblici o privati[2].

A ben vedere, infatti, se, sino al 2023, il numero complessivo delle "controversie climatiche" era di circa 2.300, più di due terzi di queste sono scaturite da vicende originatesi dopo il 2015[3]: l'anno dell'Accordo di Parigi. Un *trend*

[1] Espressione idonea a ricomprendere al suo interno controversie giuridiche in materia di cambiamento climatico di vario genere, nelle quali si mira ad affermare la sussistenza di una responsabilità in capo a soggetti pubblici (Stati ovvero altri organismi pubblici) o privati (aziende, specialmente multinazionali) per gli effetti pregiudizievoli che impattano l'ambiente ovvero la salute umana. Per un'articolata disamina sul concetto di contenzioso climatico, che tiene conto altresì della sua natura "strategica", sia consentito il rinvio ad A. Pisanò, *Elementi per una definizione dei contenziosi climatici propriamente strategici, movendo dal Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review*, in *Pol. dir.*, 2024, 1, 3-28.

[2] Si veda la definizione di *climate litigation* proposta da A. Markell, J.B. Ruhl, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business As Usual?*, in *Florida Law Review*, 64, 2012, 15 e speculare a quella impiegata nell'ambito del *Climate Change Litigation Database del Sabin Center for Climate Change Law* della *Columbia University* (liberamente accessibile all'indirizzo: *climatecasechart.com*).

[3] In tal senso, si veda l'analisi di J. Setzer, C. Higham, *Global trends in climate change litigation: 2023 Snapshot,* in *www.lse.ac.uk,* 29 giugno 2023, 2, che muove dai dati statistici, costantemente aggiornati e raccolti dal *Grantham Research Institute* presso la *London School of Economics and Political Sciences* e del già richiamato *Sabin Center* presso la *Columbia University*; cfr. altresì I. Alogna, *Increasing Climate Litigation: A Global Inventory*, in *French Yearbook of Public Law,* 2023, 1, 101 ss. C. Rodríguez-Garavito, *Climate Change on Trial. Mobilizing Human Rights Litigation*

tuttora in atto, che interessa direttamente anche l'area europea, come risulta attestato dai dati raccolti nel *database*, in costante aggiornamento, del *Sabin Center for Climate Change Law* della *Columbia University*[4].

La "*climate litigation explosion"* gravita quindi attorno all'orbita dalla rilevanza politica acquisita dalla "questione climatica"[5] e si colloca in una riflessione a più livelli attorno alla necessità di rispondere alla cosiddetta "triplice emergenza" (ecosistemica, climatica e fossile). È in un simile quadro, dunque, che si inseriscono gli interrogativi relativi alla possibilità che lo *ius puniendi,* nello sviluppo del dibattito in materia, possa declinarsi come uno dei possibili "strumenti di intervento".

1. Ambiente e clima: due "entità" connesse ma non sovrapponibili.

La genesi del "diritto climatico" è maturata all'interno del diritto internazionale dell'ambiente e il suo sviluppo è andato di pari passo con il rafforzarsi della centralità attribuita alla "questione ambientale". Seppur la prima abbia finito con l'acquisire una sua autonomia, è possibile constatare che la correlazione tra le due aree continua a ripresentarsi, dispiegandosi anche in una possibile riflessione afferente alla "tutela penale del clima". Questa, infatti, si colloca tra le maglie di una crescente attenzione riservata a quella dell'ambiente, che non ha mancato di interessare anche il diritto penale internazionale, stante la copiosa riflessione attorno all'opportunità di introdurre l'ecocidio nel novero dei crimini internazionali dello Statuto di Roma, rinvigoritasi negli ultimi anni[6].

to Accelerate Climate Action, Cambridge University Press, Cambridge-New York, 2025, 35 rileva che a partire dalla seconda metà del decennio il numero di casi è più che raddoppiato, raggiungendo un picco (con settantasette controversie) nel 2021.

4 Cfr. nt. 3. Per un'analisi dei dati relativi alle c.d. controversie climatiche, si veda, nella letteratura italiana, M.L. Passador, Climate Litigation: *tra Corti stati e federali, governi statali e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo,* in *Riv. soc.,* 2024, 1, 506 ss. e, in quella internazionale, nell'ambito di uno studio in prospettiva comparata, W. Kahl, M.P. Weller (a cura di), *Climate Change Litigation. A Handbook,* Zwickau, 2021.

5 J. Peel, H.M. Osofsky, *Climate Change Litigation*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2015, 21 ss.

6 Impossibile non menzionare il dibattito dottrinale che ruota attorno al c.d. crimine di ecocidio, emerso già negli anni Settanta, il quale, di recente, ha nuovamente coinvolto il diritto penale internazionale. In argomento, senza alcuna presunzione di completezza, sia consentito di rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, ad: A. Vallini, *Ecocidio: un giudice penale internazionale per i "crimini contro la Terra"? Introduzione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17 marzo 2021; E. Fronza, *Sancire senza sanzionare? Problemi e prospettive del nuovo crimine internazionale di ecocidio*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 17 marzo 2021; L. Scollo, *Ecodelitti ed ecomafie nella prospettiva della corte penale internazionale,* in *www.lalegislazionepenale.eu,* 30 ottobre 2023. Nella dottrina internazionale, si vedano, per tutti: M. Prokeinova, R. Blazek, *Will Ecocide Become an International Crime?,* in *Arch. pen. (web),* 2020, 1, 1-26; L.J. Sieders, *The Battle of Realities: the Case for and against the Inclusion of 'Ecocide' in the ICC Rome Statute*, in *Revue Internationale de Droit Pénal. Special Issue* a cura di M. Espinoza de los Monteros de la Parra, A. Gullo e Fr. Mazzacuva, *The Criminal Law Protection of our Common Home* (7th AIDP Symposium for Young

L'interazione tra i due emisferi, a ben vedere, riecheggia altresì nel più recente intervento unionale in materia ambientale, la Dir. 2024/1203/UE[7]. Nel Preambolo del documento, evidenziando che la protezione dell'ambiente figura tra gli obiettivi dichiarati dell'Unione, si rileva infatti che questa si realizza anche attraverso «la lotta contro i cambiamenti climatici» (*Considerando* n. 17) e, poco dopo, viene sottolineato che: «L'accelerazione dei cambiamenti climatici, della perdita di biodiversità e del degrado ambientale, associata agli esempi tangibili dei loro effetti devastanti, ha portato a riconoscere che la transizione verde è l'obiettivo fondamentale del nostro tempo e presenta implicazioni di equità intergenerazionale» (*Considerando* n. 23)[8]. Inoltre, nel novero degli obblighi di incriminazione individuati dal legislatore europeo, possono rinvenirsi non solo nuove ipotesi di danno da prodotto, ma anche fattispecie poste a garanzia del clima[9], con l'effetto che si assiste ad una

Penalists, Rome, Italy, 11-12 November 2019), 2021, 29 ss.; L. Arenal Lora, *La regulación jurídica de los crímenes contra el medio ambiente en el derecho internacional: desafíos para la definición del ecocidio como un crimen internacional,* in *Anuario Iberoamericano de Derecho Internacional Penal,* 9, 2021, 1-29; R. de Paor, *Hacia la criminalidad climática: creación de una quinta categoría de crimen bajo el Estatuto de Roma para penalizar la agravación del cambio climático,* in *Anuario Español de Derecho Internacional*, 36, 2020, 289 ss. e A. Nieto Martín, Don't look up: *le risposte del diritto penale alla crisi climatica,* in *Sistema penale,* 2022, 10, 47 ss. Per una raccolta dei testi e delle proposte aggiornate, sia afferenti alle normative nazionali che sovranazionali, si veda il *database "Ecocide Law"* (*ecocidelaw.com*). Si coglie l'occasione per precisare che nell'ambito della Dir. 2024/1203/UE la criminalizzazione di ipotesi ascrivibili al c.d. ecocidio avviene, pur in assenza di una menzione espressa del termine, per il tramite di una circostanza aggravante riferita alle fattispecie ivi annoverate (art. 3, par. 3), la quale ricomprende al suo interno, appunto, condotte nella sostanza paragonabili all'ecocidio.

[7] *Direttiva (UE) 2024/1203 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 aprile 2024, sulla tutela penale dell'ambiente, che sostituisce le direttive 2008/99/CE e 2009/123/CE.*

[8] Guardando all'ordinamento italiano, il riferimento all'equità intergenerazionale si presenta come speculare rispetto al richiamo all'interesse delle generazioni future presente al terzo comma del novellato art. 9 Cost. (come modificato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1).

[9] Si vedano, rispettivamente: l'art. 3, par. 2, lett. s) che prevede l'obbligo di punire «la produzione, l'immissione sul mercato, l'importazione, l'esportazione, l'uso, o il rilascio delle sostanze che riducono lo strato di ozono, allo stato puro o sotto forma di miscele, di cui all'articolo 2, lettera a), del regolamento (UE) 2024/590 del Parlamento europeo e del Consiglio, o la produzione, l'immissione sul mercato, l'importazione, l'esportazione o l'uso di prodotti e apparecchiature, e di loro parti, che contengono le sostanze che riducono lo strato di ozono di cui all'articolo 2, lettera b), di detto regolamento o il cui funzionamento dipende da tali sostanze» e l'art. 3, par. 2, lett. t) che sanziona «la produzione, l'immissione sul mercato, l'importazione, l'esportazione, l'uso, o il rilascio dei gas fluorurati a effetto serra, allo stato puro o sotto forma di miscele, di cui all'articolo 2, lettera a), del regolamento (UE) 2024/573 del Parlamento europeo e del Consiglio o la produzione, l'immissione sul mercato, l'importazione, l'esportazione o l'uso di prodotti e apparecchiature, e di loro parti, che contengono i gas fluorurati a effetto serra di cui all'articolo 2, lettera b), di detto regolamento o il cui funzionamento dipende da tali gas, o la messa in funzione di tali prodotti e apparecchiature». Sul punto e per un'analitica disamina delle principali novità della Dir. 2024/1203/UE: L. Siracusa, *La nuova direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente: ragioni della riforma e struttura offensiva delle fattispecie previste* e C. Ruga Riva, *L' 'impatto della direttiva UE 2024/1203 sulla responsabilità degli enti da reato ambientale: novità e prospettive di riforma* , entrambi in *Lexambiente-Riv. trim. dir. pen. amb.,* 2024, 2, rispettivamente alle pagine:

tangibile espansione della "materia ambientale" rispetto a quella oggetto della (superata) Dir. 2008/99/CE. Si tratteggia, dunque, un'impostazione a carattere trasversale che, a ben vedere, ritorna anche nell'ambito della nuova *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale* adottata dal Consiglio d'Europa lo scorso 14 maggio e ora aperta alla firma degli Stati membri[10].

D'altra parte, si potrebbe rilevare che la *ratio* della Direttiva del 2024 non è confinata all'aggiunta di un tassello al processo di armonizzazione in materia penale inaugurato nel 2008, ma, adottando un approccio olistico e incidendo sia sul piano quantitativo (numero delle fattispecie) che qualitativo (definizione del quadro sanzionatorio), questa ha perseguito l'ambizione di colmare le lacune derivanti dal precedente intervento, che, seppur nutrito da una forte valenza espressiva, si caratterizzava per essere stato intrinsecamente "minimalista"[11].

Al contempo, tuttavia, ancorché possano segnalarsi ipotesi in cui la tutela del clima può indirettamente "passare" attraverso quella dell'ambiente, la presenza di una correlazione non deve spingere ad immaginare che le due "questioni" possano essere assimilate e, se si sposa il lessico del penalista, che possa registrarsi un'identità per quanto afferisce all'oggetto di tutela.

Innanzitutto, occorre precisare che dal punto di vista semantico si registra un'intersezione tra "ambiente" e "clima" solamente se il primo viene conside-

38 ss. e 67 ss.; nonché a D. Perrone, "Think globally, act locally*": obiettivi e vincoli della Direttiva 2024/1203/UE sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2024, 3, 500 ss. e, con riferimento alla *draft* della Direttiva, Id., *Politiche europee in tema di contrasto alla criminalità ambientale: proposte di riforma e possibili riflessi interni*, in *www.lalegislazionepenale.eu,* 2 febbraio 2024, 1 ss.

[10] *Council of Europe Convention on the Protection of the Environment through Criminal Law* (CM(2025)52-final) adottata il 14 maggio 2025 nel corso della 134esima sessione del Comitato dei Ministri (Lussemburgo, 13-14 maggio 2025). Si segnalano, in particolare, gli artt. 17 («*Offences related to ozone-depleting substances*») e 18 («*Offences related to fluorinated greenhouse gases*»), nell'ambito dei quali si invitano gli Stati a criminalizzare: produzione, immissione in commercio, importazione, esportazione, uso o rilascio di sostanze che riducono lo strato di ozono, oppure produzione, immissione in commercio, importazione o esportazione di prodotti e apparecchiature che contengono o dipendono da tali sostanze, nei casi in cui le condotte annoverate siano poste in essere illegalmente e intenzionalmente (art. 17), nonché le ipotesi di produzione, immissione in commercio, importazione, esportazione, uso o rilascio di gas fluorurati ad effetto serra oppure immissione in commercio o importazione di prodotti e apparecchiature che contengono o dipendono da tali gas, se commesse in modo illecito e intenzionale (art. 18).

[11] In tal senso, D. Perrone, "Think globally, act locally", cit., 500 s. e R.E. Omodei, *La Direttiva sulla tutela penale dell'ambiente e le sfide (irrisolte) dell'armonizzazione sanzionatoria: il caso degli illeciti in materia di rifiuti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2024, 3, 446 ss. Per un commento alla Direttiva del 2008, sia consentito di rinviare, per tutti, a L. Siracusa, *La competenza comunitaria in ambito penale al primo banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2008, 863 ss. e C. Ruga Riva, *Il recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: grandi novità per le persone giuridiche, poche per le persone fisiche*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 aprile 2011, 1 ss.

rato come «tutto l'*habitat* umano e l'equilibrio ecologico del pianeta e delle singole parti»[12].

Tuttavia, se, ad esempio, focalizzandosi sugli "eco-delitti" conosciuti dall'ordinamento italiano, l'attenzione si sposta sul concetto (penalistico)[13] di "danno ambientale" – ovverosia dell'oggetto materiale del delitto di inquinamento ambientale (art. 452-*bis* c.p.) –, emerge chiaramente che al suo interno non si registra alcun riferimento al clima, nonostante la sua "ampia" formulazione, da cui derivano, peraltro, tensioni con i canoni di certezza e tassatività[14]. Invero, come noto, il legislatore non lo ha declinato solo con riferimento alle singole matrici ambientali (acqua, aria, suolo e sottosuolo), ma anche all'ecosistema e alla biodiversità (anche agraria) oltre che alla flora o alla fauna e le criticità costituzionali poc'anzi accennate derivano segnatamente dal richiamo all'ecosistema e alla biodiversità: entrambi concetti che, ancorché dotati di uno specifico significato in ambito scientifico, finiscono con il perdere di determinatezza allorquando fanno ingresso nell'universo giuridico[15]. In particolare, il primo, secondo la sua accezione comune – a cui nella Relazione del Massimario sui contenuti della riforma operata con la legge n. 68 del 2015, che ha introdotto i c.d. reati ambientali nell'ambito del Titolo VI-*bis* del codice penale, si invita a far riferimento, data l'assenza di una definizione normativa – è idoneo a ricomprendere al suo interno «l'insieme degli organismi viventi (comunità), dell'ambiente fisico circostante (*habitat*) e delle relazioni biotiche e chimico-fisiche all'interno di uno spazio definito

[12] Quella riportata nel testo è la nozione estensiva di ambiente impiegata – in contrapposizione, appunto, rispetto a quella restrittiva – nel diritto amministrativo (v. G. Rossi, *Parte Generale*, in Id. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 25; cfr. per considerazioni conformi a quelle riportate, A. Pisanò, *L'impatto dei contenziosi sulla crisi climatica. Il paradosso delle sentenze vuote,* in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2024, 1, 101).

[13] La parentesi mira a sottolineare l'autonomia concettuale della nozione di "danno ambientale" in materia penale rispetto a quella civile (ai sensi dell'art. 300 TUA). In argomento, C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, 5ª ed., Torino, 2024, 271.

[14] Cfr., anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, L. Siracusa, *Osservazioni sulla proposta di riforma dei reati ambientali del Gruppo di studio dell'Associazione dei Professori di Diritto Penale*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale e Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP,* Milano, 2023, 887 ss.

[15] Nello specifico, la scelta di impiegare una nozione ampia come quella di "ecosistema" non è priva di profili problematici. Invero, condivisibilmente in dottrina – oltre a rilevare che, eventualmente, sarebbe stato più congruo parlare al plurale di ecosistemi – si è sottolineato come seppur una nozione estensiva sia maggiormente idonea a cogliere la complessità e la dinamicità del bene tutelato (l'ambiente, appunto), questa comporti problemi laddove si tratti di definire l'oggetto materiale delle ipotesi delittuose e, di conseguenza, contrasti con le esigenze di certezza e tassatività della materia penale. Cfr. A. Gargani, Jus in latenti. *Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, in *Criminalia,* 2019, 111 ss.; E. Mazzanti, *Sulle spalle dei giganti. Un breve itinerario nel diritto penale dell'ambiente,* in *Riv. quad. dir. amb.*, 2022, 3, 23 ss.; G. Rotolo, *La tutela penale degli «ecosistemi» e della «biodiversità»,* in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2024, 1-2, 124 ss. e M. Maspero, *Lo sguardo "sostenibile" nella tutela dell'ambiente e nei reati di false comunicazioni sociali e manipolazione del mercato*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2024, 1-2, 50.

della biosfera»[16]. Nonostante la sua ampia portata contenutistica, tuttavia, questo non può ritenersi di per sé in grado di offrire una tutela anche al clima, alla quale, in assenza di un intervento normativo *ad hoc,* di fatto, si potrebbe addivenire solamente per il tramite una applicazione *in malam partem* della sfera applicativa della fattispecie.

Il fulcro dell'intreccio tra clima e ambiente, dal canto suo, sembra piuttosto risiedere nel fatto che quest'ultimo, così come l'esistenza e la sopravvivenza dei viventi, in generale, e del genere umano, in particolare – essendo l'uomo un "*homo climaticus*"[17] –, dipendono dal clima e, pertanto, il suo cambiamento è in grado di incidere su di esse. Un'intersezione che si riflette anche nella posizione recentemente assunta dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, laddove si è evidenziato che nell'ambito del diritto umano ad un ambiente salubre e sicuro rientrano «*the right to clean air, a safe climate, healthy ecosystems and biodiversity, safe and sufficient water, non-toxic environments, and healthy and sustainable food*»[18].

Se, dunque, la riflessione si sposta più da vicino sul piano relativo all'individuazione e alla definizione del bene giuridico, interrogandosi, come nel quesito posto nel titolo del presente scritto, sulla possibilità che il clima costituisca, in sé e per sé, un oggetto di tutela autonoma rispetto all'ambiente, si inaugura un percorso che muove da una intrinseca non sovrapponibilità concettuale ed è destinato ad incontrare più di un'insidia. Pur non negando che la sommatoria (*id est:* il cumulo) degli effetti derivanti da condotte a danno dell'ecosistema, la cui offensività, dunque, coinvolge direttamente il diritto ad un ambiente salubre, contribuendone al degrado, potrebbe arrivare a "dispiegarsi anche sul clima" – si pensi, ad esempio, al caso di ripetute e ingenti violazione dei limiti di emissioni non compensate – si tratta infatti

[16] Si veda P. Molino, *Novità legislative: Legge n. 68 del 2 maggio 2015, recante "Disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente". Relazione dell'Ufficio del massimario della Corte di cassazione, del 29 maggio 2015* (consultabile su *www.cortedicassazione.it*). Per completezza occorre ricordare che l'attuale normativa in materia di tutela penale dell'ambiente si articola come segue: le ipotesi contenute nel codice penale (il titolo VI-*bis*, nonché altri reati allocati in altre parti del codice e, specialmente, nel titolo VI), il c.d. Testo Unico Ambientale (d.lgs. n. 152/2006) e, infine, le fattispecie contenute nella legislazione speciale (ad esempio, in materia di caccia e pesca, OGM ovvero di inquinamento marino). Sul punto, C. Ruga Riva, *I reati ambientali,* in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale e Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona,* cit., 821, nonché, nello stesso Volume, Id., *Presente e futuro del diritto penale dell'ambiente*, 847 ss.; cfr., inoltre, L. Cornacchia, *Diritto penale dell'ambiente. Diritto penale d'impresa e reati ecologici,* Bologna, 2024, 25 ss.

[17] Il richiamo è al titolo del volume di J.E. Campillo Álvarez, Homo climaticus. *El clima nos hizo humano*, Barcellona, 2018.

[18] UN General Assembly, *The Human Right to a Clean, Healthy, and Sustainable Environment* (A/RES/76/300). 1° agosto 2022, la quale ha confermato quanto già espresso dal Consiglio per i diritti umani nella risoluzione 48/13 dell'8 ottobre 2021. In argomento, L. Willetts, L.E. Fleming, E. Morgera, *Biodiversity, Health Science, and the Human Right to a Healthy Environment,* in *Lancet Planet Health*, 2025, 9, e553-65.

di confrontarsi con beni che, per quanto connessi, si caratterizzano per una identità contenutistica specifica[19].

Mentre, infatti, il primo afferisce all'insieme delle condizioni fisiche di cui i viventi (e, in particolare, l'uomo) necessitano per la loro sopravvivenza, il secondo ricomprende al suo interno «il complesso delle condizioni meteorologiche [...], che caratterizzano una località o una regione nel corso dell'anno, mediato su un lungo periodo di tempo»[20]. Più nello specifico, data l'assenza di una definizione giuridica del concetto di clima e in linea con quella scientifica fatta propria dall'Organizzazione Metereologica Mondiale, il clima consta nella descrizione statistica in termini dei valori medi e della variabilità delle quantità rilevanti – ovverosia dei suoi elementi costitutivi: temperatura atmosferica, venti, precipitazioni – con riferimento ad un determinato arco temporale (fissato dall'Organizzazione *de qua*, ai fini dell'elaborazione del valore medio, in 30 anni)[21]. In altri termini, il clima si rivolge allo "stato medio" dell'atmosfera sopra ad una determinata area, calcolato in modo completo e rilevato tramite osservazioni riferite ad un consistente lasso di tempo[22]. Di conseguenza, non solo ha una dimensione globale, ma l'eventuale "danno al clima" dipende dall'intrecciarsi di una serie di fattori causali idonei ad incidere su quest'ultimo, che a sua volta costituisce «una variabile spazio-temporale della temperatura, produttiva di complesse interazioni causali di medio-lungo periodo a livello locale-globale-locale». Al contempo, inoltre, il clima opera altresì come «"funzione ecosistemica" di regolazione di beni e servizi della natura, necessari anche alla vita umana e alle sue relazioni socio giuridiche»[23].

---

[19] Rilevano la non sovrapponibilità dei due beni giuridici in oggetto A. Nieto Martín, Don't look up: *le risposte del diritto penale alla crisi climatica,* in *Sistema penale,* 2022, 10, 47 ss. (spec. 49) e H. Satzger, N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft,* in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2021, 133(1), 1-34; nonché, nella dottrina italiana, A. Festinese, *Quale lessico per un nuovo bene giuridico? Il caso del "clima",* in *www.discrimen.it,* 4 luglio 2025, 1.

[20] In tal senso, la definizione, conforme alla sua accezione scientifica (*id est:* nell'ambito della geografia fisica), riportata nel lemma "*Clima*" nel *Vocabolario Treccani online* (liberamente accessibile su *www.treccani.it*).

[21] *Ibidem.* V. altresì la voce *Climate* nell' IPCC, 2018: *Annex I: Glossary*, a cura di J.B.R. Matthews, in *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty,* a cura di V. Masson-Delmotte *et al.*, Cambridge-New York, 544.

[22] Cfr. C. Prittwitz, T. Tiedeken, *Vom Nutzen und Nachteil eines Klimastrafrechts,* in H. Satzger, N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz,* Baden-Baden, 2024, 61, dove si riprende la definizione proposta, nella dottrina tedesca, da Nies, in: Landmann/Rohmer, *Umweltrecht,* BBodSchG, 99. EL, 2022, § 17, Rn 59 (lett. «*Den mittleren, umfassend berechneten und durch langjährige Beobachtungsreihen erfassten Zustand der Atmosphäre über einem Gebiet bezeichnet man als Klima*»).

[23] M. Carducci, *Cambiamento climatico (dir. cost.),* in *Dig. disc. publ.,* Torino, 2021, 51 s. e Id., *Natura, cambiamento climatico, democrazia locale*, in *Dir. cost. riv. quad.,* 2020, 3, 71.

A tacer d'altro, avendo a che fare con una nozione che si riempie di contenuto per il tramite della relazione tra una serie di parametri, si può concludere che è essa stessa una variabile, posto che si configura come la risultante di una complessa e articolata interazione tra fattori di vario genere: cosmici (movimenti e forma della Terra) e geografici (latitudine, altitudine, distanza dal mare, orientamento delle masse continentali e dei sistemi montuosi, correnti marine, azione umana). Pertanto, si avvertono i profili problematici che attengono alla delimitazione di un oggetto di tutela, il quale rischia di scivolare sul crinale dell'inafferrabilità, nonché le rilevanti questioni di politica-criminale che si correlano alla materia in esame. Criticità che, inevitabilmente, si riflettono sull'individuazione dei connotati tipici che dovrebbero assumere eventuali incriminazioni *ad hoc*, posto, peraltro, che il rischio è quello di incorrere in manifeste tensioni con i princìpi costituzionali: dai canoni di offensività e proporzionalità, sino alla personalità della responsabilità penale e alla colpevolezza (*infra,* § 4).

A prendere avvio, pertanto, è una riflessione critica ma, in un certo senso, "necessaria", atteso che il cosiddetto *climatic turn* nel dibattito in materia di diritto penale ambientale – sottolineato pionieristicamente da Wolfgang Frisch alla fine del secolo scorso – sembra declinarsi come una tematica che se, per il momento, non ha (ancora) acquisito uno spazio rilevante nel dibattito penalistico[24], potrebbe essere destinata a "pretenderlo"[25].

Domandarsi, quindi, in che modo il diritto penale potrebbe divenire uno "strumento necessario" dinnanzi a quella che, da più parti, è definita «*the greatest challenge of our time*» (*id est:* la più grande sfida dei nostri tempi)[26] è un quesito che trova una sua legittimità al cospetto di un'emergenza rispetto alla quale i "tempi d'azione" si fanno sempre più incalzanti. Ma, soprattutto, a far avvertire l'opportunità di un simile interrogativo per uno studioso che si riconosca pienamente nei princìpi del diritto penale liberale, che lo vedono, in primo luogo, come *ultima ratio* dell'ordinamento, vi è una constatazione che continua a rivestirsi di perdurante attualità. Il "diritto penale del clima", infatti, si declina come una delle sfide del legislatore del futuro in un quadro in cui la funzione preventiva della pena ha spesso assunto toni populistici e promozionali; pertanto, il ruolo del giuspenalista non può che essere quello di sviscerare la questione cercando di arricchire di argomenti un dibattito al fine di *prevenirne* – e la prevenzione risulta essere oltremodo fondamentale

[24] Sul punto, H. Satzger, *Alle sprechen vom Klimaschutz – nur nicht die Strafrechtswissenschaft!?*, in A. Bondi, G. Fiandaca, G.P. Fletcher, G. Marra, A.M. Stile, C. Roxin, K. Volk (a cura di), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 675 ss.

[25] Cfr. C. Prittwitz, T. Tiedeken, *Vom Nutzen und Nachteil eines Klimastrafrechts*, cit., 60 con rinvio a W. Frisch, *Strafrecht und Klimaschutz. Möglichkeiten und Grenzen eines Beitrags des Strafrechts zum Klimaschutz nach Maßgabe internationaler Klimaübereinkünfte*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, 427 ss.

[26] Cfr. J. Stacey, *Climate Change,* in R. Bellamy e J. King (a cura di), *The Cambridge Handbook of Constitutional Theory*, Cambridge Law Handbooks, Cambridge-New York, 2025, 1034.

– le possibili distorsioni che, come noto, si incontrano con cadenza regolare quando il suo impiego è alimentato dalla logica dell'emergenza.

Nell'introdurre, quindi, un percorso il cui punto di approdo si intreccerà con il suo esordio, in una riflessione conclusiva che mira ad essere critica, senza però perdere una vocazione costruttiva, si avverte ora l'esigenza di articolarlo su due binari, destinati a confluire.

In particolare, si impongono alcune considerazioni preliminari relative al riconoscimento, nell'ambito della giurisprudenza delle Corti dei diritti umani, del c.d. *right to a healthy climate – id est*: il diritto ad un clima sano – dal quale conseguono i relativi obblighi positivi per gli Stati. Più nel dettaglio, a destare interesse è l'*iter* che, nel contesto in parola, ha condotto ad attribuire rilevanza alla "questione climatica" tra le prerogative garantite a livello convenzionale, il quale consente di guardare più da vicino le peculiarità con cui, acquisendo un suo spazio, questa si è distinta dal confinante diritto ad un ambiente salubre. A tal fine, l'indagine si addentrerà in un confronto tra la realtà europea, che gravita attorno alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[27], e il *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*.

Sarà quindi parte integrante della riflessione il raffronto tra la linea ermeneutica affermatasi nella pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c. Svizzera*[28] e quella fatta propria dalla Corte interamericana dei diritti umani (Corte I.A.D.U.) nella recentissima *Opinión Consultiva OC-32/25* (*Emergencia climática y derechos humanos*) del 29 maggio 2025 (pubblicata il 3 luglio successivo). Quest'ultima, invero, ponendosi non solo in continuità ma anche in progressione con l'*Opinión Consultiva OC-23/17* (*Medio ambiente y derechos humanos*), è stata già definita nei termini di una "pietra miliare" del discorso sul cambiamento climatico nell'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, essendo, peraltro,

[27] L'attenzione riservata al "sistema Strasburgo" e, di conseguenza, agli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo deriva dal fatto che nell'evoluzione del contenzioso climatico europeo questa ha ricoperto un ruolo maggiormente significativo rispetto a quello della Corte di giustizia dell'Unione europea. Le ragioni di tale preminenza, a ben vedere, si riconnettono al fatto che, nella gran parte dei contenziosi climatici, definiti o pendenti a livello nazionale, di frequente la questione sottoposta all'attenzione dei giudicanti era incentrata (o è incentrata) proprio sull'interpretazione della Convenzione E.D.U. e, nello specifico, su quella degli artt. 2 e 8 C.E.D.U (*infra,* § 3). Le motivazioni a monte di tale *trend* sono molteplici e, tra queste, viene senz'altro in rilievo l'influenza che ha esercitato il "successo" del caso olandese *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation* (Hoge Raad (Corte Suprema dei Paesi Bassi), n. 19/00135, 20 dicembre 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006; cfr. per la traduzione in inglese: ECLI:NL:HR:2019:2007). Per approfondire, F. Zorzi Giustiniani, *Contenzioso climatico e diritti umani: il ruolo delle corti europee sovranazionali*, in *www.federalismi.it*, 2023, 8, 272 ss., F. Gallarati, *L'obbligazione climatica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza KlimaSeniorinnen e le sue ricadute comparate,* in *DPCE online*, 2024, 2, 1458 ss.; C. Rodríguez-Garavito, *Climate Change on Trial*, cit., *passim.*

[28] Corte E.D.U., Grande Camera, *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et al. c. Svizzera*, ric. n. 53600/20, 9 aprile 2024 (*infra,* § 3, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici).

nel sistema in parola, la risultante del più partecipato procedimento consultivo della storia[29].

2. La "questione climatica": dalla regolamentazione all'ingresso nel diritto internazionale dei diritti umani.

L'assetto regolatorio afferente alla gestione della "questione climatica" – composto da programmi di cooperazione internazionali e sovranazionali, integrati dalle politiche interne –, sin dalla sua origine, si è fondato sul riconoscimento da parte della comunità scientifica internazionale della presenza di fattori climalteranti che derivano dall'agire umano e impattano sulla naturale variabilità del clima. Nel complesso, le misure che lo costituiscono possono essere descritte come orientate a ridurre le emissioni di inquinanti – e, in particolare, dei c.d. gas serra – allo scopo di contrastare la distruzione progressiva dell'atmosfera terrestre e il cambiamento climatico ad essa associato[30].

Volendo offrire una breve panoramica di sintesi, le prime tappe dell'istituzione dell'anzidetto quadro di regolamentazione multilivello deve collocarsi nell'ultimo decennio del secolo scorso. A partire da tale momento, infatti, si è assistito alla progressiva predisposizione di un sistema di azioni finalizzate ad invertire i processi di alterazione dell'equilibrio del sistema climatico connessi all'azione dell'uomo[31]. Più nel dettaglio, l'anticamera della regolamentazione internazionale del clima è rappresentata dalla Convenzione di Vienna per la protezione dello strato di ozono del 1985 e nel relativo Protocollo di Montréal; tuttavia, l'espresso riconoscimento della dimensione giuridica della

---

[29] J. Auz, *The Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion on the Climate Emergency: A Global South Contribution to Climate Governance,* in *www.ejiltalk.org,* 18 luglio 2025, nelle conclusioni ad un primo commento riepilogativo dei principali punti dell'assai copioso documento (che si sviluppa in ben 234 pagine), ha sottolineato che la Corte interamericana con la detta opinione consultiva «*has made a historic contribution to the evolving architecture of international climate governance*». Analogamente, hanno enfatizzato la portata storica del documento B. Cooper, F. Clarke, L. Willock, *Historic Advisory Opinion by the Inter-American Court of Human Rights on the climate emergency,* in *www.doughtystreet.co.uk*, 4 luglio 2025; la nota ONG ambientalista *Greenpeace* la accolta con i termini di *landmark decision* (Greenpeace International, *Landmark decision on the human right to a healthy climate delivered by the highest court in the Americas*, in *www.greenpeace.org*, 3 luglio 2025) e, specularmente, Amnesty International la ha qualificata come una *milestone* (*id est:* pietra miliare) nella lotta globale al cambiamento climatico (Amnesty International, *Inter-American Court Sets Milestone in the Global Fight for Climate Justice,* in *www.amnesty.org,* 4 luglio 2025).

[30] Cfr., anche per ulteriori approfondimenti, H. Satzger, N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht – ein Rechtsbegriff der Zukunft,* cit., 9; A. Nieto Martín, Don't look up, cit., 49 ss. e D. Farber, *Climate Change Law*, in *Elgar Encyclopedia of Comparative Law,* Cheltenham (UK), 2023, 263 ss.

[31] Seppur, come noto, l'avvio dell'industrializzazione varia da Paese a Paese, vi è comune accordo nel rilevare che l'aumento della concentrazione di gas serra nell'atmosfera possa ricondursi già ai primi processi industriali (e, quindi, essere temporalmente allocato attorno al 1750). Cfr. IPCC, 2007: S. Solomon *et al.*, *Summary for Policymakers*, in Aa. VV., *Climate Change 2007: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Fourth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge-New York, 2007, 2.

"questione climatica", nel contesto in oggetto, si deve alla Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) del 1992 (c.d. Convenzione di Rio), atteso che al suo interno l'alterazione del clima di origine antropica è passata dall'essere un'ipotesi scientifica all'assumere il rango di "fattispecie legale" la cui veridicità risulta essere, di conseguenza, un presupposto condiviso e riconosciuto nell'ambito del consesso internazionale[32].

Nella medesima occasione, inoltre, è stata predisposta una disciplina regolatoria in materia di contrasto al cambiamento climatico, attraverso la declinazione di una "obbligazione climatica" rivolta agli Stati parte, dalla doppia dimensione: inter- e infra-statale. Nello specifico, la prima si rivolge alla necessità che gli Stati cooperino tra di loro per il conseguimento della stabilità climatica e la seconda, invece, fa leva sui doveri degli ordinamenti afferenti alla tutela dei diritti delle persone presenti e delle generazioni future ed è volta a scongiurare danni nei loro confronti. Il citato testo convenzionale ha trovato applicazione per il tramite di due strumenti attuativi, destinati ad integrarsi con esso in ottica complementare: il Protocollo di Kyoto del 1997 – incentrato sulla regolamentazione del mercato dei diritti di emissione – e l'Accordo sul clima di Parigi del 2015, finalizzato al raggiungimento dell'obiettivo della c.d. neutralità climatica, con cui si è fissato il limite di mantenere la temperatura media globale della Terra al di sotto di 2°C, rispetto alla media preindustriale, e, se possibile, non oltre l'1,5°C. Tale obiettivo, nel 2021, è stato riaffermato all'interno del Patto per il clima di Glasgow[33] all'esito della ventiseiesima conferenza delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (COP 26); e, nel contesto europeo, la neutralità climatica, accompagnata dal "traguardo intermedio" di ottenere, entro il 2030, una riduzione del 55% dei gas rispetto ai livelli del 1990 (c.d. *Fit for 55*), ha assunto una forza vincolante con

[32] «*Human activities, principally through emissions of greenhouse gases, have unequivocally caused global warming, with global surface temperature reaching 1.1°C above 1850–1900 in 2011-2020. Global greenhouse gas emissions have continued to increase over 2010-2019, with unequal historical and ongoing contributions arising from unsustainable energy use, land use and land-use change, lifestyles and patterns of consumption and production across regions, between and within countries, and between individuals (high confidence). Human-caused climate change is already affecting many weather and climate extremes in every region across the globe. This has led to widespread adverse impacts on food and water security, human health and on economies and society and related losses and damages [including economic and non-economic ones] to nature and people (high confidence)*», Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Climate Change 2023: Synthesis Report,* 2023, 42. A ben vedere, l'accettazione della veridicità delle risultanze scientifiche che affermano l'origine antropica del cambiamento climatico può altresì essere vista come una conseguenza che può essere imputata al canone di buona fede stabilito nella Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati. In argomento, M. Carducci, *Natura, cambiamento climatico, democrazia locale*, in *Dir. cost. riv. quad.,* 2020, 3, 70 ss.

[33] UNFCC (United Nations Framework Convention on Climate Change), *Report of the Conference of the Parties serving as the meeting of the Parties to the Paris Agreement on its third session, held in Glasgow from 31 October to 13 November 2021*, FCCC/PA/CMA/2021/10/Add.1, 8 marzo 2022, liberamente accessibile su *unfccc.int.*

l'entrata in vigore del regolamento n. 2021/1119/UE, mediante il quale è stato istituito il cosiddetto quadro europeo sul clima[34].

Adottando uno sguardo complessivo, inoltre, nel corso del tempo non solo si è assistito ad un'evoluzione a livello di regolamentazione, ma, a ben vedere, si è registrato anche un significativo cambiamento in relazione alla terminologia impiegata per approcciarsi alla materia. Se, infatti, nel 1992 la comunità internazionale ha riconosciuto l'origine antropica del cambiamento climatico, nell'ambito della ventunesima Conferenza delle Parti della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui Cambiamenti Climatici all'interno della prima decisione relativa all'adozione dell'Accordo di Parigi[35], si è espressamente rilevato il suo carattere emergenziale, descrivendolo come una minaccia urgente e potenzialmente irreversibile per il genere umano e il pianeta. Non si tratta di un mero mutamento concettuale; la scelta di ricorrere al "messaggio dell'emergenza", infatti, è portatrice della volontà di enfatizzare la presenza di gravi pericoli che, se non contrastati con adeguate misure, sono (e saranno) in grado di coinvolgere in modo sempre più persistente le prerogative fondamentali dell'essere umano e degli ecosistemi.

Soffermandosi sul preambolo dell'Accordo del 2015, inoltre, si è altresì riconosciuto che la detta emergenza si configura anche come una "questione di diritti umani", evidenziando che gli Stati «*should, when taking action to address climate change, respect, promote and consider their respective obligations on human rights*» (lett.: quando si adoperano ad adottare misure per contrastare il cambiamento climatico, dovrebbero rispettare, promuovere e considerare le loro specifiche obbligazioni in materia di diritti umani). Un assunto che, peraltro, è stato ulteriormente ribadito in più di una occasione nel contesto delle Nazioni Unite[36].

---

[34] In argomento sia consentito di rinviare a L. Siracusa, *Prospettive di riforma della tutela penale dell'ambiente nel diritto europeo e sovranazionale,* in *Lexambiente-Riv. trim. dir. pen. amb.*, 2021, 3, 1 ss.

[35] Conference of the Parties (COP), 1/CP.21 Adoption of the Paris Agreement, FCCC/CP/2015/10/Add.1.

[36] Cfr. Center for International Environmental Law (CIEL), Global Initiative for Economic, Social & Cultural Rights (GIESCR), *'States' Human Rights Obligations in the Context of Climate Change: Guidance Provided by the UN Human Rights Treaty Bodies'*, 2024, *in www.ciel.org*, e, nella letteratura internazionale, P. de Vilchez, A. Savaresi, *The Right to a Healthy Environment and Climate Litigation: A Game Changer?,* in *Yearbook of International Environmental Law,* 2021, 32, 3-19 (spec. 5 ss.). A ben vedere, se, nel contesto onusiano, l'impatto del cambiamento climatico sui diritti umani è stato evidenziato sin dal 2009 (con il *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights* (A/HRC/10/61, 15 gennaio 2009)), questo è stato ufficializzato con il (*Joint*) *Statement on human rights and climate change* (HRI/2019/1 del 14 maggio 2020). A seguire, un passo decisivo è stato segnato dalla risoluzione del 2021 del Consiglio delle Nazioni Unite dei Diritti Umani (Human Rights Council (HRC), *Resolution 48/13*, UN Doc. A/HRC/RES/48/13) e con quella del 2022 dell'Assemblea Generale, in cui si è consacrato il riconoscimento del «*right to a clean, healthy and sustainable environment as a human right*» (UN General Assembly (UNGA), *Resolution A/76/L.75*).

D'altra parte, se, come evidenziato sin dalle prime note introduttive, si sta assistendo ad "un'esplosione" delle controversie climatiche[37], tra queste, si registra un impatto sempre più preponderante dei c.d. "*climate rights cases*", al punto che la tendenza è stata descritta come un "*rights turn*"[38].

Nello specifico, rientrano nella categoria in oggetto quelle decisioni in cui le catastrofi ambientali ed altri eventi climatici estremi non sono letti come fenomeni naturali, bensì ricondotti all'azione dell'uomo, e interpretati nei termini di violazioni dei diritti fondamentali, che possono concernere la vita, la salute, la sicurezza alimentare, ovvero implicare il verificarsi delle cosiddette "migrazioni climatiche", nonché coinvolgere la stessa possibilità di sopravvivenza e la conservazione delle condizioni di vivibilità delle generazioni future[39].

[37] Che ricomprendono, si ricorda, pronunce dal *thema decidendum* assai eterogeneo Invero, oggetto del contenzioso climatico può non essere solo ed esclusivamente l'"obbligazione climatica" degli Stati, ma anche un singolo atto (anche di un soggetto privato) che si ritiene essere stato dannoso o illecito, ovvero situazioni complesse dove il clima assuma una funzione "strumentale" allo scopo di "rafforzare" la pretesa giuridica per cui si agisce in giudizio (e, pertanto, non è l'oggetto principale della controversia). Sul punto, M. Carducci, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica",* in *DPCE online,* 2020, 1345 ss.

[38] Il quale si correla, oltre che alla risonanza dei casi che fanno leva sulla violazione dei diritti fondamentali delle generazioni presenti e future, anche alla difficile "azionabilità" propria del diritto internazionale climatico, che ha spinto in particolar modo gli attivisti climatici a basare i loro ricorsi sulla violazione dei diritti umani sia dinnanzi alle corti nazionali e sovranazionali (cfr. J. Peel, H.M. Osofsky, *A Rights Turn in Climate Change Litigation?,* in *Transnational Environmental Law,* 2018; 7(1), 37-67 e, già prima, J.H. Knox, *Climate Change and Human Rights Law*, in *Virginia Journal of International Law,* 2009, 50(1), 166).
Nel considerare, dunque la "*human rights-based climate litigation"* come un sottoinsieme dalla più ampia categoria dei contenziosi climatici, questa – come evidenziato da A. Pisanò, *Elementi per la definizione dei contenziosi climatici,* cit., 22 – può essere definita nei seguenti termini: «quella specie di contenzioso (per lo più giudiziale) propriamente climatico – l'espressione *propriamente climatico* è impiegata dall'Autore per riferirsi alle controversie con vocazione strategica –, la cui iniziativa segue una traiettoria *bottom-up* e che può essere promossa da singoli individui (persone fisiche) o, più frequentemente, da gruppi organizzati di individui (collettività costitute in persone giuridiche che si fanno latrici di interessi particolari ma generalizzabili legati alla crisi climatica e fanno ricorso a una forma di pressione politica attraverso il canale politico-giudiziario), i quali, accompagnati da una struttura di supporto avvocatile, pongono, dal punto di vista giuridico-regolativo, la questione del cambiamento climatico antropogenico, dei rischi a esso connessi, delle possibili conseguenze sui diritti umani e/o fondamentali riconosciuti, promossi e protetti dal diritto sovrastatale (internazionale e/o regionale) o domestico (per lo più costituzionale), ricorrendo – strategicamente e scientemente – al decisore politico-giudiziario per il raggiungimento di uno specifico obiettivo politico: quello di ottenere misure regolative adatte ad affrontare l'emergenza climatica nella sua complessità e pervasività». In argomento, A. Savaresi, J. Auz, *Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries,* in *Climate Law*, 16 maggio 2019, 1 ss.; A. Savaresi, J. Setzer, *Rights-Based Litigation in the Climate Emergency: Mapping the Landscape and New Knowledge Frontiers*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 2022, 7-34 e C. Rodríguez-Garavito, *Climate Change on Trial,* cit., *passim.*

[39] Si veda, per tutti, J.H. Knox, *Human Rights Principles and Climate Change,* in K.R. Gray, R. Tarasofsky e C.P. Carlarne (a cura di), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, 2016, 213-236.

Seppur si tratti di controversie che, sinora, hanno in gran parte interessato le giurisdizioni domestiche, queste stanno acquisendo rilievo anche nelle corti sovranazionali e internazionali e possono già registrarsi importanti momenti di sviluppo[40]. Inoltre, come di recente evidenziato in dottrina, sembra prospettabile che si assisterà ad un sempre più netto processo di convergenza tra il piano della c.d. *climate governance* (*id est*: la sua regolamentazione di stampo internazionale-amministrativo) e la trattazione della problematica nel contesto della giurisprudenza dei diritti umani[41].

D'altro canto, sviluppi significativi della materia si sono registrati proprio negli ultimi anni. Se, infatti, il 9 aprile del 2024 ha rappresentato la prima occasione in cui la Corte di Strasburgo ha rilevato una violazione dell'art. 8 C.E.D.U. motivandola sulla base dell'inadeguatezza delle misure adottate dallo Stato svizzero per mitigare i cambiamenti climatici, tratteggiando altresì le obbligazioni positive che da questo discendono (*infra,* § 3); parallelamente, in altri contesti, si è assistito ad un diffuso ricorso alle funzioni consultive degli organi giurisdizionali internazionali al fine di chiarire il perimetro delle c.d. "obbligazioni climatiche" a cui gli Stati devono ottemperare per fronteggiare l'emergenza climatica. Difatti, tra l'autunno del 2022 l'inizio del 2023 sono state annunciate tre diverse *advisory opinion* (*id est:* opinioni consultive), richieste, nell'ordine: al Tribunale internazionale per il diritto del mare (che ha adottato il suo parere consultivo il 21 maggio 2024), alla Corte interamericana dei diritti umani e alla Corte Internazionale di giustizia[42], le quali hanno emesso la loro decisione nel corso del luglio del 2025[43]. Inoltre, il

---

[40] Cfr. M. Wewerinke-Singh, L. Maxwell, *Human Rights,* in M. Wewerinke-Singh e S. Mead (a cura di), *The Cambridge Handbook on Climate Litigation,* New York, 2025, 173 s.

[41] In proposito, C. Rodríguez-Garavito, *Climate Change on Trial,* cit., 5, parla di "*hybridization*".

[42] Per alcune osservazioni relative alla – allora pendente – *advisory opinion* presso la Corte internazionale di giustizia, sia consentito il rinvio a S. Forlati, *La Corte internazionale di giustizia di fronte ai cambiamenti climatici «fra Scilla e Cariddi»?,* in *Riv. dir. int.*, 2025, 1, 7 ss. e M. Wewerinke-Singh, *The Advisory Proceedings on Climate Change Before the International Court of Justice,* in F. Amato, V. Carofalo, A. Del Guercio, A. Fazzini, V. Grado, E. Imparato e A. Liguori, *Climate Change, Human Rights and International Migration,* Napoli, 2025, 25 ss. Relativamente all'opinione consultiva del Tribunale internazionale per il diritto al mare, nel Volume appena citato, G. Cataldi, *Brevi note sul parere del Tribunale internazionale per il diritto del mare in tema di cambiamenti climatici nel contesto delle decisioni giudiziarie in materia ambientale,* 31 ss. Infine, posto che l'opinione consultiva della Corte I.A.D.U. sarà ripresa più nel dettaglio, ci si limita a richiamare, a titolo di un approfondimento precedente rispetto alla sua adozione, M.A. Tigre, *It Is (Finally) Time for and Advisory Opinion on Climate Change: Challenges and Opportunities on a Trio of Initiatives, in Charleston Law Rev*, 2024, 623 ss.

[43] Nello specifico, l'opinione consultiva della Corte interamericana dei diritti dell'uomo (Corte I.A.D.U., *Opinión Consultiva OC-32/25* (*Emergencia climática y derechos humanos*) è stata adottata il 29 maggio 2025 e notificata e resa pubblica il 3 luglio 2025 – il testo originale in lingua spagnola e le relative traduzioni ufficiali in inglese e portoghese sono consultabili su *https://corteidh.or.cr/tablas/OC-32-2025/index-eng.html*; mentre, quella della Corte internazionale di giustizia (International Court of Justice (ICJ), *Advisory Opinion of 23 July 2025, Obligations of States in respect of Climate Change*) il 23 luglio 2025 (il relativo testo in lingua inglese e francese è accessibile sul sito ufficiale della Corte: *www.icj-cij.org*).

2 maggio dello stesso anno anche alla Corte africana per i diritti degli uomini e dei popoli è stata sottoposta una richiesta di stampo analogo[44]. Seppur si tratti di pareri non vincolanti, considerata tanto l'autorevolezza delle autorità chiamate a pronunciarsi, quanto il noto "dialogo tra le Corti", il loro contenuto è destinato ad assumere un ruolo significativo non solo rispetto alle singole controversie in corso e a quelle future, ma anche nella prospettiva di giungere ad una armonizzazione dei principi invocati a livello globale, impattando anche le decisioni domestiche[45].

Nella prospettiva di tratteggiare lo spazio che potrebbe essere riservato alla tutela penale del clima (ovvero dell'atmosfera; *infra,* § 4), pur nella piena consapevolezza che la grammatica dei diritti umani non può essere "espiantata" nell'universo penalistico, si ritiene dunque funzionale guardare più da vicino il percorso intrapreso dalla Grande Camera della Corte europea e quello della Corte interamericana. Il perimetro e la specificità del "diritto ad un clima stabile e sicuro", infatti, nel contesto di specie si riflettono sulla declinazione delle specifiche obbligazioni positive in materia e, nella prospettiva della presente indagine, risultano essere d'ausilio per una riflessione volta a determinare il contenuto di un possibile oggetto di tutela.

2.1. (segue) Le ragioni di un confronto tra due sistemi di protezione dei diritti umani.

Prima di addentrarsi nell'anzidetta analisi, sia consentita una parentesi sul perché si è scelto di operare un raffronto tra i più recenti approdi della Corte di Strasburgo e il contesto interamericano.

Nel diritto internazionale dei diritti umani, il percorso che ha condotto verso la giustiziabilità del "diritto al clima" si articola nel solco del riconoscimento del limitrofo diritto ad un ambiente salubre e sicuro; tuttavia, seppure quest'ultima prerogativa compaia espressamente in un numero sempre più consistente di Costituzioni nazionali – compresa quella italiana –, la sua affermazione nell'ambito dei c.d. sistemi regionali non è stata oggetto di approcci omogenei[46]. Se, infatti, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo del

[44] Sul punto, N.O. Afogo, M.A. Tigre, A. Rocha, M. Cohen, *Defining Climate Justice in the African Human Rights System. On the Climate Advisory Opinion Request to the African Court on Human and Peoples' Rights,* in *verfassungsblog.de*, 2 luglio 2025 nonché M.A. Tigre, S.A. Samuel, *Africa's Advisory Opinion Request: Taking Climate Justice to the Continent's Highest Court,* 7 maggio 2025, liberamente accessibile nella pagina *Climate Law. A Sabin Center Blog.*

[45] In senso conforme, i rilievi di A.M. Tigre, *It Is (Finally) Time for and Advisory Opinion on Climate Change: Challenges and Opportunities on a Trio of Initiatives*, cit., 625-627; 686.

[46] C. Rodríguez-Garavito, *Climate Change on Trial,* cit., 16, dove si rileva che «*at least 164 countries have recognized a legally binding right to a healthy environment in constitutions, legislation, and treaties, and only 32 have not*», richiamando i dati riportati nello studio di D.R. Boyd, *Catalyst for Change: Evaluating Forty Years of Experience in Implementing the Right to a Healthy Environment,* in J.H. Knox e R. Pejan (a cura di), *The Human Right to a Healthy Environment*, New York, 2018, 17-41. Per completezza, si ricorda che, a livello unionale, la Carta sociale europea include il

1950, il *right to a healthy environment* (*id est:* il diritto ad un ambiente sano) non compare nel catalogo di diritti e libertà garantiti, il medesimo rilievo non vale per altri contesti. Invero, questo è espressamente sancito all'art. 24 della Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1981 e all'art. 38 della Carta araba sui diritti umani del 2004[47]. In una posizione peculiare si colloca la realtà interamericana. Il testo originario della Convenzione americana dei diritti umani (C.A.D.U.) del 1969 (entrata in vigore nel 1978), analogamente a quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.) del 1950, infatti, non include nel catalogo dei diritti presente al suo interno quello ad un ambiente sano, pulito e sostenibile; tuttavia, questo è previsto e disciplinato all'interno del c.d. Protocollo di San Salvador del 1988[48]. Invero, all'art. 11 («*Right to a Healthy Environment*»), si prevede che: «(1) *Everyone shall have the right to live in a healthy environment and to have access to basic public services.* (2) *The States Parties shall promote the protection, preservation, and improvement of the environment*». La presenza di un'esplicita formulazione nel documento addizionale non ha però comportato che automaticamente si potesse addivenire ad una sua diretta giustiziabilità dinnanzi alla Corte interamericana, ma tale risultato è stato il frutto di un lungo cammino, che ha visto un momento di svolta nel 2017: l'anno di adozione da parte della Corte I.A.D.U. dell'*Opinión Consultiva* «*Medio ambiente y derechos humanos*»[49].

---

diritto ad un ambiente salubre. Nel 1988, inoltre, la Commissione economica europea delle Nazioni Unite ha adottato la cosiddetta *Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale* in cui le citate prerogative devono essere garantite «*in order to contribute to the protection of the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being*».

[47] Cfr. altresì l'art. 28 della Dichiarazione dei diritti umani dell'ASEAN (Association of Southeast Asian Nations) del 2012. Proseguendo, nel 1988, la Commissione Economica per l'Europa delle Nazioni Unite (UNECE) ha adottato la *Convenzione sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale* in cui le citate prerogative devono essere garantite «*in order to contribute to the protection of the right of every person of present and future generations to live in an environment adequate to his or her health and well-being*». Inoltre, questo compare all'art. 24, par. 2, lett. c) della Convenzione onusiana sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, laddove si afferma il dovere degli Stati di «lottare contro la malattia e la malnutrizione, anche nell'ambito delle cure sanitarie primarie, in particolare mediante l'utilizzazione di tecniche agevolmente disponibili e la fornitura di alimenti nutritivi e di acqua potabile, tenendo conto dei pericoli e dei rischi di inquinamento dell'ambiente naturale».
Per completezza, relativamente ad una ricostruzione del quadro della normativa unionale in materia di ambiente, sia consentito il rinvio a L. Cornacchia, *Diritto penale dell'ambiente. Diritto penale dell'impresa e reati ecologici*, cit., 10 ss.

[48] OAS, *Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights (adopted 17 November 1988, entered into force 16 November 1999),* OAS Treaty Series No 69.

[49] La richiesta di opinione consultiva era stata formulata dalla Repubblica della Colombia (e, nello specifico, aveva ad oggetto alcuni quesiti afferenti al contenuto degli obblighi degli Stati in materia ambientale discendenti dalla Convenzione interamericana). In particolare, questi venivano associati al combinato disposto tra gli articoli 4 (diritto alla vita) e 5 (diritto all'integrità per-

Nell'occasione *de qua*, oltre a riconoscere la natura di diritto autonomo al diritto ad un ambiente salubre, qualificandolo nei termini di «*fundamental right for the existence of humankind*» (§ 59), e a ribadire che questo si caratterizza per una doppia dimensione (individuale e collettiva), i giudici sovranazionali hanno rilevato che il medesimo può essere direttamente azionabile dinnanzi alla Corte per il tramite dell'art. 26 della Convenzione, il quale prevede al suo interno una clausola di sviluppo progressivo, che già in precedenza aveva consentito di riconoscere nuovi diritti di seconda e terza generazione[50]. L'impostazione inaugurata nel parere, nonostante la sua portata non vincolante, a ben vedere, ha già avuto dei risvolti giurisprudenziali significativi, riverberandosi tra le maglie delle decisioni *Lhaka Honhat c. Argentina*[51] e *La Oroya c. Perù*[52].

Dal 2017, dunque, nel sistema interamericano ha acquisito spazio una prospettiva "ecocentrica", atteso che si è riconosciuto che l'ambiente in quanto tale può essere oggetto di tutela, la quale convive con la già nota tutela indiretta del medesimo[53]; inoltre, nel parere consultivo in parola, la Corte ha sottolineato che sussiste una innegabile correlazione non solo tra la protezione dell'ambiente e la "piena realizzazione" degli altri diritti umani, ma che «[*the*] *environmental degradation and the adverse effects of climate change*

sonale) e i precedenti artt. 1 e 2, che contengono disposizioni a carattere generale afferenti alla necessità che gli Stati si impegnino a rispettare e garantire in modo effettivo i diritti annoverati nel testo convenzionale *de quo*. Per un approfondimento sull'*Opinión Consultiva OC-23/17* (*Medio ambiente y derechos humanos*), sia consentito il rinvio a: C. Campbell-Duruflé, S.A. Atapattu, *The Inter-American Court's Environment and Human Rights Advisory Opinion: Implications for International Climate Law,* in *Climate Law,* 2018, 8(3-4), 321; T. Scovazzi, *La Corte interamericana dei diritti umani svolge una trattazione sistematica del diritto umano a un ambiente sano*, in *Riv. giur. amb.,* 2019, 4, 714 s.; D. Mejía-Lemos, *The Protection of the Environment through International Human Rights Litigation: Taking Stock of Challenges and Opportunities in the Inter-American System*, in *Human Rights Law Review*, 2022, 22, 1-16 (spec. 8).

[50] Cfr. S. Bagni, *Alcuni caratteri peculiari del contenzioso climatico in America latina*, in *Dir. pub. comp. eur.,* 2024, 4, 1001. L'art. 26 C.A.D.U., infatti, contiene una clausola aperta che consente di riconoscere diritti economici, sociali e culturali annoverati nell'ambito della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo ovvero di altri documenti della stessa natura (tra cui, appunto, è stato fatto rientrare il Protocollo di San Salvador (*Opinión Consultiva OC-23/17,* cit., §§ 56-59)). Pertanto, i giudici sovranazionali, superando l'assenza di un esplicito riferimento al diritto ad un ambiente salubre nella Convenzione – che, fino a quel momento, aveva implicato che se ne potesse garantire una tutela solo "indiretta", subordinata alla violazione di altre prerogative individuali espressamente protette –, arrivano ad affermare che il diritto in esame è incluso implicitamente tra i diritti economici, sociali e culturali (DESC) protetti dall'articolo 26.

[51] Corte I.A.D.U, 6 febbraio 2020, *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina,* Series C, No. 400. Cfr. L.C. Lima, *The Protection of the Environment before the Inter-American Court of Human Rights: Recent Developments*, in *Riv. giur. amb.,* 2020, 496-521.

[52] Corte I.A.D.U, 27 novembre 2023, *Case of La Oroya Population v. Peru*, Series C, No. 511.

[53] Sul punto si richiama la riflessione proposta da L. Mardikian, *The Right to a Healthy Environment before the Inter-American Court of Human Rights,* in *International and Comparative Law Quarterly*, 2023, 72, 945-975.

affect the real enjoyment of human rights»[54]. Pertanto, ponendo in evidenza l'interrelazione tra la tutela dell'ambiente e il godimento delle altre prerogative fondamentali dell'uomo e riconoscendo altresì al primo lo *status* di diritto autonomo, si è sottolineato come non solo la degradazione dell'ambiente, ma anche gli effetti del cambiamento climatico possano impattare su altri diritti umani.

Tra le maglie di un'opinione consultiva concentrata sulla materia ambientale è quindi emerso un riferimento al clima e, rispetto ad entrambi, si è rilevato che gli oneri di protezione in capo agli Stati rientrano tra gli "*human rights duties*". Tuttavia, anche se, nel passaggio riportato, il clima sembrava già aver assunto le vesti di un interesse da tutelarsi in modo autonomo rispetto all'ambiente, nelle successive parti del documento, dedicate ad una disamina dei diritti individuali maggiormente compromessi dal degrado ambientale e dal cambiamento climatico, i concetti di "clima" e "ambiente" sono stati impiegati in modo pressoché indifferenziato. Inoltre, la Corte non si è addentrata nella determinazione del contenuto degli obblighi positivi, sostanziali e procedurali, che gli Stati parte sono chiamati ad ottemperare al fine di contrastare il *climate change.*

Non stupisce, quindi, che al parere menzionato sia seguita a distanza di meno di un decennio l'*Opinión Consultiva OC-32/25* (*Emergencia climática y derechos humanos*), pubblicata il 3 luglio 2025, la quale si è originata da un'articolata richiesta, presenta il 9 gennaio 2023, dal Cile e dalla Colombia. Nello specifico, la Corte è stata interpellata proprio al fine di «chiarificare, tenendo in considerazione le prescrizioni del diritto internazionale dei diritti umani, lo scopo delle obbligazioni degli Stati afferenti all'emergenza climatica, tanto nella dimensione individuale quanto in quella collettiva»[55], attesa la necessità di approcciarsi al cambiamento climatico antropogenico, riconoscendo le specificità del fenomeno che lo contraddistinguono rispetto al (generale) diritto a un ambiente sano, oltre ad adottare una prospettiva intersezionale nell'evidenziare, documentandola, la cosiddetta "discriminazione climatica"[56].

---

[54] Corte I.A.D.U., *Opinión Consultiva OC-23/17* (*Medio ambiente y derechos humanos*), cit., § 47. Si precisa che il testo in inglese citato è estrapolato dalla traduzione ufficiale del documento, accessibile su *www.corteidh.or.cr.*

[55] Rimarcando altresì la necessità di riservare una specifica attenzione ai diversi impatti dell'emergenza in oggetto sulle persone che provengono da diverse regioni del mondo ovvero appartengono a determinati gruppi della popolazione; *Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile*, liberamente accessibile su *www.corteidh.or.cr* (traduzione nel corpo del testo di chi scrive). Sul punto, P. Breccia, *Cambiamenti climatici e diritti umani: la richiesta di parere di Cile e Colombia alla Corte interamericana dei diritti umani,* in *Ord. int. e dir. um.*, 2023, 440-448.

[56] Espressione con cui si intende sottolineare che gli effetti negativi del cambiamento climatico interessano in particolare alcune aree del mondo e che, di fatto, queste coincidono con i Paesi che hanno contribuito in modo minore al verificarsi del fenomeno (tra i quali rientrano la totalità

Alla luce di questa breve disamina, è possibile intravedere le ragioni per cui il sistema interamericano costituisce una realtà ricca di stimoli per operare un confronto con quello europeo.

Invero, entrambi hanno condiviso una prospettiva marcatamente antropocentrica rispetto alla tutela dell'ambiente – ossia di "tutela mediata" che ne limita il riconoscimento, nei termini di prerogativa individuale, al caso in cui sia possibile garantirlo in funzione di altri beni o diritti fondamentali del singolo (come, ad esempio, proprietà, vita o salute); tuttavia, nel contesto interamericano, si è assistito ad una recente evoluzione verso una direzione ecocentrica, che vede due tappe significative nelle opinioni consultive del 2017 (con riferimento al diritto ad un ambiente salubre) e nel luglio 2025 (in relazione al "diritto al clima"). Si tratta di un approccio che, allo stato attuale, pare interessare solo in termini programmatici il Consiglio d'Europa, ancorché, negli ultimi anni, sembri aver assunto una portata più pervasiva. Sono recentissime, ad esempio, le sollecitazioni da parte delle Nazioni Unite affinché si proceda nel senso di introdurre un'integrazione *ad hoc* alla Convenzione europea del 1950[57], orientata a sancire una tutela diretta del diritto a un ambiente pulito, sano e sostenibile, in modo non dissimile da quanto avvenuto nel 1988 nel sistema sudamericano. Al contempo, però, la possibilità che le iniziative in tal senso addivengano ad un risvolto in senso positivo è tutt'altro che pacifica, come si evince dai rilievi annoverati nell'opinione parzialmente dissenziente del giudice Eicke a latere della già richiamata sentenza "*KlimaSeniorinnen*" (*infra,* § 3)[58].

---

degli Stati latinoamericani e caraibici). La prospettiva intersezionale, inoltre, mira ad evidenziare che in un simile contesto ad essere maggiormente colpiti sono i gruppi più vulnerabili della popolazione (donne, minori, popolazione indigena, minoranze etniche...). In argomento, S. Bagni, *Alcuni caratteri peculiari del contenzioso climatico in America latina,* cit., 1002.

[57] La sollecitazione onusiana è riportata sotto forma di *press release* nel sito ufficiale delle Nazioni Unite (*Council of Europe must recognise the right to a healthy environment, UN experts urge*, 5 maggio 2025, liberamente consultabile su *www.ohchr.org*). Cfr. altresì l'articolo di R. Frost, *Europe 'lagging' behind on human rights by not recognising right to healthy environment, experts say,* in *www.euronews.com*, 14 maggio 2025.

[58] Le proposte in materia, infatti, si sono susseguite per decenni. Di recente, si ricorda quella del 2021 (Council of Europe, *Combating Inequalities in the Right to a Safe, Healthy and Clean Environment* (2021)), recepita dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa (con la raccomandazione n. 16139), la quale ha invitato ad un dialogo atto a determinare se un'effettiva protezione in materia ambientale possa essere garantita in modo più efficace tramite un Protocollo ovvero mediante una Convenzione *ad hoc.* Al contempo, la possibilità che le iniziative in tal senso addivengano ad un risvolto in senso positivo incontra degli ostacoli. Nel testo si è fatto riferimento ai rilievi annoverati all'opinione parzialmente dissenziente del giudice Eicke a margine della sentenza "*KlimaSeniorinnen*"; egli, nello specifico, sottolinea che storicamente una delle ragioni del fallimento dei numerosi tentativi finalizzati a revisionare il testo convenzionale allo scopo di introdurvi una tutela diretta della materia ambientale è nientedimeno che l'assenza di una comune volontà degli Stati parti di vincolarsi a rispettare un'obbligazione il cui contenuto è (percepito come) troppo indeterminato (cfr. sul punto F. Gallarati, *L'obbligazione climatica davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo,* cit., 1464).

Forniti, quindi, gli strumenti essenziali per confortarsi più da vicino con i termini impiegati dalle due Corti dei diritti umani per tratteggiare il perimetro dell'oggetto della c.d. "obbligazione climatica", non resta che guardarli più da vicino.

3. L'"obbligazione climatica" nel dialogo tra le Corti: il *greening* dei diritti umani nella giurisprudenza di Strasburgo.

Ispirandosi alla nozione di *greening* dei diritti umani – la cui paternità si deve a John H. Knox[59] –, nella letteratura internazionale, si è recentemente parlato di "*climatizing human rights*"[60], allo scopo di evidenziare quanto il processo *de quo,* nei suoi ultimi sviluppi, si sia affermato con riguardo alla materia del contrasto al cambiamento climatico, rispetto alla quale muovendo dalla cosiddetta "svolta verde" dei diritti umani ci si sta indirizzando verso l'affermazione di un "diritto al clima sano" (*id est: a right to a healthy climate*). A ben vedere, la prima espressione è stata coniata per descrivere l'approccio ermeneutico che, muovendo dall'assenza di una disposizione *ad hoc* dedicata alla tutela dell'ambiente, l'ha declinata nel perimetro delle *positive obligations*, derivanti da disposizioni concernenti altre prerogative individuali, quali, ad esempio, il diritto alla vita, alla salute, alla vita privata e familiare[61].

Nel contesto attuale, il processo in oggetto si evince, nello specifico, guardando agli orientamenti della Corte di Strasburgo, dove la detta interpretazione evolutiva è stata operata nel contesto degli obblighi positivi di tutela derivanti dagli artt. 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) C.E.D.U. La prima disposizione, in particolare, ha trovato applicazione nei casi di maggior gravità – nei quali risultava possibile riscontrare, in conformità con il cosiddetto *Osman Test*[62], un rischio reale e immediato

[59] Il primo *Special Rapporteur on the Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment* delle Nazioni Unite, il cui mandato, iniziato nel 2012, è terminato nel 2018 (v. J.H. Knox, *Constructing the Human Right to a Healthy Environment,* in *Annual Review of Law and Social Science*, 2020, 16, 79-95).

[60] C. Rodríguez-Garavito, *Climatizing Human Rights: Economic and Social Rights for the Anthropocene*, in M. Langford e K.G. Young, *The Oxford Handbook of Economic and Social Rights,* Oxford, 2022 (*online* ed. Oxford Academic).

[61] Limitandosi a ricordare che la prima elaborazione della dottrina delle *positive obligations* è avvenuta nella sentenza pronunciata *Marckx c. Belgio* del 13 giugno 1979 (ric. n. 6833/74) si rinvia, per un'analitica ricostruzione della materia, a V. Manes, *Alcune chiavi di lettura del sistema convenzionale di tutela dei diritti umani e della giurisprudenza della Corte EDU,* in V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi,* Torino, 2020, 167 ss. e ad A.R. Mowbray, *The Development of Positive Obligatons on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford-Portland-Oregon, 2004. Cfr. altresì F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?,* in V. Manes e V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 243 ss. e C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari,* Pisa, 2009, 167 ss.

[62] Corte E.D.U., 28 ottobre 1998, ric. n. 23452/94, *Osman c. Regno Unito*, par. 116 e, con specifico riferimento alla materia ambientale, va senz'altro menzionato il *leading case* Corte E.D.U., Grande

(*real and immediate risk*) per la vita degli individui coinvolti – e la seconda, di riflesso, in vicende caratterizzate per la presenza di una compromissione in termini "qualitativi" dell'esistenza degli individui – anche senza che si superasse la soglia di un tangibile rischio per la loro salute, essendo piuttosto sufficiente la dimostrazione di una "effettiva interferenza" (*actual interference*) tra le minacce ambientali e la sfera della vita privata e familiare[63]. In una chiave antropocentrica, dunque, si è assistito alla progressiva definizione della protezione dell'ambiente, riscontrando la responsabilità degli ordinamenti anche a fronte di condotte poste in essere da soggetti terzi (e privati) sulla base del mancato ottemperamento da parte degli Stati ai doveri di protezione – afferenti sia al piano sostanziale che processuale – da cui, appunto, discende l'effettivo godimento dei diritti convenzionali[64].

In altri termini, se lo sviluppo di tale *iter* ermeneutico ha portato al riconoscimento del diritto ad un ambiente sano e protetto e alla determinazione dei suoi caratteri distintivi rispetto ad altri interessi espressamente e direttamente garantiti a livello convenzionale; questo, tuttavia, è stato comunque declinato in via "strumentale" nei termini di una "precondizione" necessaria

Camera, 30 novembre 2004, ric. n. 48939/99, *Öneryıldız c. Turchia*. Più di recente, si richiamano le pronunce Corte E.D.U., Quinta Sezione, 14 luglio 2014, ric. nn. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 e 62338/11, *Brincat et al. c. Malta* (nella quale si è riscontrata la violazione degli artt. 2 e 8 C.E.D.U.) e Corte E.D.U., Prima Sezione, 30 gennaio 2025, ric. nn. 51567/14 et al., *Cannavacciuolo et al. c. Italia*, in cui lo Stato italiano è stato condannato per violazione dell'art. 2 C.E.D.U. con riferimento all'omessa adozione di misure, preventive e repressive, finalizzate a fronteggiare la grave situazione di inquinamento ambientale che da decenni affligge la cosiddetta Terra dei Fuochi, un'ampia area di territorio situata nella Regione Campania (per un commento alla pronuncia, S. Zirulia, *Terra dei Fuochi: violato il diritto alla vita degli abitanti. Prime osservazioni in ordine alle possibili ripercussioni sul diritto penale ambientale di una storica sentenza*, in *www.sistemapenale*.it, 14 febbraio 2025).

[63] Con riferimento all'evoluzione della "giurisprudenza ambientale" della Corte di Strasburgo, la prima tappa di tale percorso si è concretizzata già a partire dagli anni Novanta, e si è caratterizzata perché la tutela dell'ambiente è stata affermata attraverso l'impiego della tecnica "*par ricochet*" (Corte E.D.U., 21 febbraio 1990, ric. n. 9310/81, *Powell e Rayner c. Regno Unito*). Una svolta significativa si è registrata nello stesso decennio; a pochi anni di distanza dalla pronuncia appena menzionata (Corte E.D.U., 19 dicembre 1994, ric. n. 16798/90, *López Ostra c. Spagna* e Corte E.D.U., Grande Camera, 19 febbraio 1998, ric. n. 14967/89, *Guerra et al. c. Italia*), infatti, la Corte, ha ricostruito il diritto *de quo* non più focalizzandosi sulla tutela del "domicilio" – che era stato interpretato come sfera rilevante della sicurezza e del benessere personale – ma ha affermato la necessità di traslare il ragionamento sul piano della garanzia del diritto al rispetto della vita privata e familiare, arrivando a postulare l'esistenza di un diritto individuale ad un ambiente salubre, esente da inquinamento e rispettoso della salute e richiamando la dottrina delle obbligazioni positive. Sul punto, V. Esposito, *Danno ambientale e diritti umani,* in *www.penaleconteporaneo.it*, 12 novembre 2012, 3 ss. Tra le pronunce più recenti in cui si è riscontrata la violazione dell'art. 8, si ricordano i due casi italiani Corte E.D.U., Prima Sezione, 24 gennaio 2019, ric. nn. 54414/13 54264/15, *Cordella et al. c. Italia* e Corte E.D.U., Prima Sezione, 5 maggio 2022, ric. n. 4642/17, *Ardimento et al. c. Italia*.

[64] In argomento, V. Manca, *La tutela delle vittime da reato ambientale nel sistema Cedu: il caso Ilva, Riflessioni sulla teoria degli obblighi convenzionali di tutela,* in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.,* 2018, 1, 259 ss. e C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente,* cit., 27 s.

per l'esistenza umana la cui tutela resta comunque subordinata al coinvolgimento di altre prerogative (in particolare, dei diritti oggetto degli artt. 2 e 8 C.E.D.U.)[65].

Invero, i princìpi alla base della "giurisprudenza ambientale di Strasburgo" sono stati elaborati nell'ambito di pronunce in cui era possibile ravvisare un nesso tra una fonte specifica di rischio di matrice ambientale (ad esempio, si pensi alle ipotesi di inquinamento) e il danno cagionato a soggetti determinati. Un quadro di partenza che, tuttavia, è radicalmente diverso quando il *thema decidendum* diventa quello del *climate change,* attese tanto la portata trasversale quanto le peculiarità fenomenologiche che lo caratterizzano. Da un lato, infatti, emerge la necessità di predisporre un'anticipazione della tutela maggiore – *id est: a more anticipatory, preventive approach* – rispetto alle ipotesi di danno ambientale e, dall'altro, il contenuto degli obblighi positivi degli Stati si trova a dover essere definito non tanto e solo in risposta ai danni del presente, ma anche con riguardo alla prevenzione dei "rischi del futuro"[66].

Di fronte all'ingresso del cambiamento climatico nella giurisprudenza dei diritti umani, dunque, era ravvisabile l'opportunità di "adattare" gli orientamenti maturati nella *case law* "ambientale", il tutto in un contesto in cui tale operazione di sviluppo interpretativo delle disposizioni rilevanti della C.E.D.U., nel silenzio della Corte, era di fatto già stata compiuta dai taluni giudici nazionali dell'Europa continentale – sulla scorta del "modello" definito dalla Corte Suprema dei Paesi Bassi nel caso *Urgenda*[67]. Tuttavia, trattandosi,

---

[65] Cfr. E. Mazzanti, *Sulle spalle dei giganti.,* cit., 3 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, nonché L. Cornacchia, *Diritto penale dell'ambiente. Diritto penale d'impresa e reati ecologici*, cit., 8 ss., dove si rinviene un riferimento alla pronuncia Corte E.D.U., Terza Sezione, 10 gennaio 2012, ric. n. 30765/08, *Di Sarno c. Italia,* quale esempio dell'orientamento, nella giurisprudenza sovranazionale, in cui si può evincere una definizione specifica del contenuto del diritto ad un ambiente salubre.

[66] A ben vedere il principio di precauzione in materia ambientale come elaborato dal contesto internazionale sta divenendo una vera e propria "*corner-stone*" nella giurisprudenza sul cambiamento climatico (anche domestica); cfr. M. Wewerinke-Singh, C*limate Protection Obligations under the European Convention on Human Rights: The KlimaSeniorinnen Judgment,* in *European Constitutional Law Review,* 2025, 21(2), 356-374 e, già prima, Id, *Preventing Climate Harm: The Role of Rights-Based Litigation,* in *Wisconsin International Law Journal*, 2023, 40(2), 245 e J.H. Knox, *Constructing the Human Right to a Healthy Environment*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2020, 16, 79. Per completezza, sulle applicazioni del principio di precauzione in ambito penale, e, in specie, nel suo impiego nel contesto dell'accertamento della responsabilità per colpa, si veda, per tutti, F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione,* in *Criminalia*, 2006, 227 ss.

[67] *State of the Netherlands v Urgenda Foundation,* cit.; per un commento alla decisione *de qua,* C. Ramotti, *La tutela dell'ambiente e delle generazioni future: il caso Urgenda,* in *Riv. trim. dir. pub.*, 2024, 3, 749 ss.; C.W. Bakes, G.A. van der Veen, *Urgenda: the Final Judgment of the Dutch Supreme Court,* in *Journal for European Environmental & Planning Law,* 2020, 17, 307 ss.; M. Meguro, *State of the Netherlands v. Urgenda Foundation,* in *American Journal of International Law,* 2020, 114(4), 729-735; E. Guarna Assanti, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda,* in *www.fede-*

complessivamente, di interpretazioni domestiche della Convenzione il quadro degli orientamenti che potevano registrarsi sul punto non è stato affatto omogeneo neanche in relazione ai risultati a cui si è pervenuti[68]. Era tangibile, quindi, l'esigenza di un intervento chiarificatore da parte della Corte sovranazionale, che è giunto il 9 aprile del 2024, allorquando le peculiarità "spaziali" e "temporali" del *climate change* sono state affrontate dalla Grande Camera nella pronuncia *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c. Svizzera,* in cui, per la prima volta, è stata rilevata una violazione della Convenzione sulla base dell'inadeguatezza delle misure adottate da un ordinamento per mitigare i cambiamenti climatici e si sono tratteggiati i confini delle obbligazioni positive che sussistono in capo agli Stati[69].

Nel ricordare che la sentenza trae origine dall'istanza promossa dall'associazione *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz* (rappresentativa di oltre 2.000 donne anziane e finalizzata a proporre azioni a difesa del clima) e da quattro iscritte che hanno presentato un ricorso individuale, questa si è collocata all'interno di una "triade climatica"[70]. La Corte, infatti, lo stesso giorno, oltre alla decisione in parola, si è pronunciata anche relativamente ai casi *Duarte Agostinho et al. c. Portogallo e altri 32 Stati*[71] e *Carême c. Francia*[72] e le tre decisioni, efficacemente definite «sorelle, ma non gemelle», sono state accolte sin da subito come un *turning point* nell'evoluzione del contenzioso climatico europeo[73].

ralismi.it, 2021, 17, 66 ss. Sulla diversità di approccio seguito dalle Corti inglesi, che si contrappone al "successo" del "modello *Urgenda*" nei contenziosi climatici nell'Europa continentale, si veda U. Lattanzi, *Il contenzioso climatico dinanzi alle corti inglesi: un'alternativa efficace al modello Urgenda?,* in *Dir. pub. comp. eur.*, 2024, 4, 1017 ss. (cfr. inoltre nt. 28).

68 In tal senso, M. Wewerinke-Singh, *Climate Protection Obligations*, cit., 1-3, a cui si rimanda anche per una completa disamina della pronuncia.

69 La letteratura, nazionale e internazionale, che ha analizzato la decisione è assai vasta. Tra i primi commenti, si richiama quello di M.A. Tigre, M. Bönnemann, *The Transformation of European Climate Change Litigation: Introduction to the Blog Symposium*, in *verfassungsblog.de*, 9 aprile 2024.

70 Espressione ripresa da C. Gentile, *Giurisdizione extraterritoriale e* status *di vittima nella triade climatica della Corte di Strasburgo,* in *Quad. cost.*, 2024, 3, 748 ss.

71 Corte E.D.U., Grande Camera, 9 aprile 2024, ric. n. 39371/20, *Duarte Agostinho et al. c. Portogallo e altri 32 Stati.* Il ricorso era stato presentato da sei giovani portoghesi e non è stato ritenuto ammissibile sia per via di profili legati alla competenza extraterritoriale della Corte (ritenuta mancante con riguardo a tutti gli ordinamenti chiamati in causa, ad eccezione del solo Portogallo) sia perché i ricorrenti non avevano esperito tutti i rimedi giurisdizionali interni prima di rivolgersi a Strasburgo. Per un commento alla decisione v. A. Ollino, *Qualche riflessione sul caso Duarte Agostinho e sulla nozione di giurisdizione come 'controllo sull'esercizio dei diritti umani',* in *Dir. um. e dir. int.*, 2024, 2, 401-418.

72 Corte E.D.U., Grande Camera, 9 aprile 2024, ric. n. 7189/21, *Carême c. Francia.* In questo caso, la Grande Camera ha rilevato la non ammissibilità a causa della impossibilità di riconoscere lo *status* di vittima al ricorrente, che lo aveva presentato sia in quanto privato cittadino che come sindaco della cittadina di Grande-Synthe, insieme al Comune di Grande-Synthe stesso (una località situata nella regione di Dunkerque e inclusa in un'area ritenuta a grave rischio inondazioni).

73 Come si evince dal già dibattito dottrinale, che le ha accompagnate, su *Verfassungsblog*

Con riferimento ai termini con cui i giudici sovranazionali si sono confrontati con le peculiarità dell'emergenza climatica, dopo una ricognizione dei propri orientamenti in materia ambientale, si è sottolineata la necessità di adottare un «*more appropriate and tailored approach*», il quale, tenendo in considerazione «*the various Convention issues which may arise in the context of climate change*», guardasse alle particolarità (fenomenologiche) del cambiamento climatico e risultasse adeguato alle sue specifiche caratteristiche («[*which*] *both acknowledges and takes into account the particularities of climate change and is tailored to addressing its specific characteristics*»). Pertanto, la Grande Camera si è mossa dal presupposto che il confronto con il *climate change* implica considerare un processo a carattere globale dove convivono una "pluralità delle cause" ed una articolata "catena degli effetti"[74], che impone inevitabilmente di considerare i profili correlati alla responsabilità "intergenerazionale"[75].

Nel caso di specie, rilevato che non era riscontrabile una violazione dell'art. 2[76], l'indagine della Corte si è soffermata sul fatto che il pericolo (*risk*) derivante dal cambiamento climatico potesse considerarsi sufficientemente grave, specifico e imminente (*serious, specific, and imminent*) da attivare gli obblighi positivi derivanti dell'art. 8 C.E.D.U. E, nel rispondere affermativamente – per il tramite di un'interpretazione evolutiva della disposizione in parola e confermando la natura di strumento "vivente" (*id est: living instrument)* del testo convenzionale –, si è dunque affermato che dal citato articolo può rica-

---

(cfr. le introduzioni di M. Bönnemann, M.A. Tigre, *The Transformation of European Climate Change Litigation: Introduction to the Blog Symposium* e S. Arntz, J. Krommendijk, *Historic and Unprecedented: Climate Justice in Strasbourg,* entrambi pubblicati il 9 aprile 2024).

[74] La Corte, infatti, rileva che nel contesto del cambiamento climatico si riscontra tanto l'assenza di una fonte di danno singola o sufficientemente determinata, poiché le emissioni di gas serra sono riconducibili ad una molteplicità di fonti («*GHG emissions arise from a multitude of sources*»), quanto, sul piano degli effetti, che questi sono comportati dal raggiungimento di determinati livelli raggiunti a causa della combinazione di una pluralità di emissioni («[...] *from aggregate levels of such emissions*»). I giudici di Strasburgo, inoltre, osservano che le singole emissioni di gas serra possono essere non dannose se si assestano su un livello di concentrazione ordinaria e che le conseguenze pregiudizievoli derivano piuttosto da una «*complex chain of effects*». Si registrano inoltre i profili di specificità che attengono sia al fatto che il fenomeno analizzato non può considerarsi adottando una prospettiva "locale", ma necessariamente globale, quanto a quello che le emissioni rilevanti, diversamente, ad esempio da quelle inquinanti, sono «*complex and more unpredictable in terms of time and place*». Da ultimo, si sottolinea che le emissioni non derivano solamente da specifiche attività che potrebbero essere considerate "pericolose", ma che, al contrario, «*the major sources of GHG emissions are in fields such as industry, energy, transport, housing, construction and agriculture, and thus arise in the context of basic activities in human societies*» (§ 418 della sentenza in commento).

[75] C. Sartoretti, *La* climate change litigation *"sbarca" a Strasburgo: brevi riflessioni a margine delle tre recenti sentenze della Corte EDU*, in *DPCE online*, 2024, 2, 6.

[76] A ben vedere, il ricorso era stato presentato sia in relazione all'art. 8 che rispetto all'art. 2, oltre che con riguardo all'art. 6 C.E.D.U. La Corte, tuttavia, ha ravvisato oltre alla violazione dell'ultima disposizione menzionata, solamente quella derivante dal mancato rispetto delle obbligazioni positive che discendono dall'art. 8.

varsi «a *right for individuals to effective protection by the State authorities from serious adverse effects of climate change on their life, health, wellbeing and quality of life*» (§ 519; *id est*: «un diritto individuale ad una protezione effettiva, da parte delle autorità statali, da gravi effetti avversi derivanti dal cambiamento climatico sulla vita, la salute, il benessere e la qualità della vita»).

La Corte, proseguendo, è arrivata a declinare gli obblighi di intervento che sussistono in capo agli Stati, i quali possono essere raggruppati come segue: (a) un dovere a carattere generale che comporta che il singolo ordinamento debba "assicurare la sua parte" nel quadro del contrasto globale alla problematica (c.d. *fair share doctrine*)[77] a cui si uniscono (b) obbligazioni specifiche discendenti dagli impegni derivanti dalle fonti internazionali in materia, che impongono agli Stati l'adozione di uno specifico quadro regolatorio nonché la predisposizione di misure idonee a contenere il riscaldamento globale e ad evitare che si raggiungano effetti potenzialmente irreversibili del *climate change*. Vengono quindi annoverati una serie di obblighi "a realizzazione progressiva" che afferiscono al complesso degli strumenti che devono essere messi in campo dai singoli ordinamenti ai fini del raggiungimento della neutralità climatica, i quali acquisiscono una portata vincolante laddove non solo comportano un impegno per il raggiungimento di tale obiettivo entro il 2050, ma altresì il dovere di attivarsi a tal fine, di non adottare misure regressive e di impiegare mezzi appropriati e risorse disponibili[78]. Di riflesso, anche con riferimento al margine di apprezzamento concesso agli Stati, se questo continua ad avere una portata ampia rispetto alla scelta degli strumenti da impiegare e alla definizione delle singole misure, la sua portata si riduce in modo consistente sia riguardo alla definizione dell'obiettivo finale che nella determinazione degli scopi a cui queste sono rivolte.

3.1. (segue) Il paradigma ecocentrico nella recente opinione consultiva della Corte interamericana dei diritti umani.

A distanza di circa un anno dalla pronuncia "*KlimaSeniorinnen*", come si ricordava (*infra,* § 2.1), anche la Corte interamericana è stata chiamata a confrontarsi con la "questione climatica" e lo ha fatto muovendo da un contesto non totalmente coincidente con quello proprio del Consiglio d'Europa, arrivando a redigere un documento che in dottrina è stato qualificato come «*the*

[77] Nello specifico, la Corte nel ravvisare la responsabilità dello Stato svizzero ha fatto riferimento sia alla "*fair share doctrine*" sia al c.d. *carbon budget approach*. Nel ribadire, quindi, che ogni Stato ha un'obbligazione derivante dalla Convenzione E.D.U. di attivarsi nel contrasto al cambiamento climatico, l'inadempienza dello Stato è emersa rilevata la presenza di lacune nella creazione di un piano di regolamentazione nazionale in materia, nonché nella mancata quantificazione, da parte delle autorità svizzere, delle limitazioni nazionali delle emissioni di gas a effetto serra.

[78] R. Pisillo Mazzeschi, *Diritti umani e cambiamento climatico: brevi note sulla sentenza KlimaSeniorinnen della Corte di Strasburgo*, in *Dir. um. e dir. int.*, 2024, 2, 390 s.

most important and progressive document yet released by an international court on the climate crisis»[79]. Per la prima volta, infatti, un organismo per i diritti umani ha espressamente riconosciuto il diritto ad un clima salubre come prerogativa meritevole di una tutela *ad hoc*[80] e, al fine di comprendere come si è sviluppato l'*iter* argomentativo che ha condotto alla sua configurazione, è necessario ripercorrere alcuni momenti significativi che hanno contribuito a crearne il retroterra.

Assumendo una prospettiva storica, il cambiamento climatico era già giunto all'attenzione degli organi interamericani dei diritti umani circa un ventennio fa. Nel 2005, infatti, la Commissione I.A.D.U. era stata interpellata in una petizione contro gli Stati Uniti – proposta dal Presidente della Conferenza Circumpolare Inuit – al cui interno si rilevava che, non limitando le emissioni di gas serra, erano stati arrecati danni al popolo Inuit a causa degli effetti del cambiamento climatico, che avevano intaccato tanto le loro tradizioni culturali, quanto il loro diritto alla vita e all'integrità fisica. In particolare, all'organo sovranazionale era stato richiesto di avviare un'indagine che fosse volta tanto a rilevare la responsabilità statunitense per violazione della Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo, quanto a determinare le misure che avrebbero dovuto essere adottate per mitigare le emissioni e, di conseguenza, proteggere il popolo Inuit. Tuttavia, l'anno seguente, la Commissione ha dichiarato di non poter accogliere la richiesta, rilevando che non era stato possibile determinare, sulla base delle informazioni contenute nella petizione, se i fatti contestati potessero integrare le violazioni lamentate in sede di ricorso[81].

Il quadro in parte anticipato che si registra dal 2017, a poco più di un decennio di distanza dalla "petizione Inuit", è profondamente mutato: al diritto ad un ambiente salubre (*id est: the right to a healthy environment*), come sancito all'art. 11 del Protocollo di San Salvador, è stata riconosciuta tanto una natura autonoma, quanto la sua diretta azionabilità (ai sensi dell'art. 26 Convenzione I.A.D.U.).

In una prospettiva che fa quindi propri "tratti ecocentrici", l'ambiente e la sua protezione sono stati descritti quali valori universali, che appartengono tanto alle generazioni presenti che a quelle future, e si riconosce la possibilità che le componenti del primo siano direttamente oggetto di tutela, a prescin-

---

[79] M.A. Tigre, M. Bönnemann, K. Silverman-Roati, *The Inter-American Court of Human Rights' AdvisoryOpinion on the Climate Emergency. A Blueprint for Rights-Based Climate Action,* in *verfassungsblog.de*, 3 luglio 2025.

[80] V. Kahl, J.D. Rodríguez Orúe, Pro*tecting Rights in the Anthropocene: How the InterAmerican Court's Right to a Healthy Climate Pushes the Boundaries of Human Rights Law,* in *Sabin Center's Climate Law Blog* (*blogs.law.columbia.edu*), 22 luglio 2025.

[81] Il testo della petizione (S. Watt-Clouter *et al, Petition to the Commission seeking relief from human rights violations resulting from global warming caused by acts and omissions of the United States,* 7 dicembre 2005) nonché la risposta della Commissione I.A.D.U. del 16 novembre 2006 sono liberamente accessibili sul *database climatecasechart.com*.

dere, quindi, dal fatto che si ravvisi un pericolo, certo o altamente probabile, per i singoli individui (§§ 59 e 60, *OC-23/17*). L'ingresso del paradigma ecocentrico nel sistema interamericano, a ben vedere, presenta delle peculiarità. La Corte, infatti, non ha optato per creare una cesura radicale con l'antropocentrismo, ma di fatto ha adottato una linea in grado di avvicinare le due prospettive. A ben vedere, infatti, la tutela della Natura viene introdotta in un contesto in cui l'essere umano è visto come parte integrante della stessa e, pertanto, dalla compromissione degli ecosistemi e delle biosfere ne derivano danni che possono coinvolgere la sua stessa sopravvivenza. Invero, come anticipato, nel postulare l'autonomia del diritto ad un ambiente salubre, ne vengono riconosciute tanto la dimensione individuale, che quella collettiva. La prima, in cui riecheggia un approccio di tipo "antropocentrico immersivo", comporta che l'ambiente salubre è visto come presupposto e garanzia degli altri diritti della persona (come la vita, la salute e l'integrità personale): pertanto, la tutela dell'ambiente, inteso come diritto individuale, si lega alla presenza della compromissione degli altri diritti di volta in volta coinvolti. La seconda, invece, fa leva su una dimensione ecologica del diritto ad un ambiente salubre ed è rivolta alla protezione della Natura e dei suoi elementi in sé. È al suo interno, quindi, che l'ambiente trova protezione indipendentemente dalla violazione di altre prerogative[82].

Pertanto, nel solco dell'anzidetto *ecocentric turn,* in un sistema che, analogamente a quello europeo, aveva a lungo riconosciuto la protezione dell'ambiente solamente "in funzione" dell'uomo, si è affermata la possibilità di proteggere l'ambiente di per se stesso; al "tradizionale" paradigma del *greening* di altri diritti umani, impiegato per molto tempo anche nel contesto *de quo*[83], ha quindi fatto seguito un ulteriore "*green shift*". Infatti, nel momento in cui l'oggetto del «*right to a healthy environment*» è stato riferito alla protezione delle «*components of the environment, such as forests, rivers, seas and others, as legal interests in themselves, even in the absence of certainty or evidence about the risk to individual persons*», la sua portata viene rivolta altresì al «*right of the environment itself to be healthy*»[84].

[82] In senso conforme, F. Cerulli, *Antropocentrismo vs ecocentrismo nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani,* in *Dir. um. e dir. int*., 2023, 2, 268; 278 ss., che si richiama altresì per una disamina delle *positive obligations* derivanti dal diritto ad un ambiente salubre. Sul tema dell'antropocentrismo e dell'ecocentrismo nell'ambito della tutela dell'ambiente v. J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.,* 1989, 673 ss.

[83] *Ibidem* (spec. 268 s., a cui si rinvia anche per una panoramica sugli orientamenti della Corte). La prima sentenza in cui la Corte ha operato una tutela indiretta dell'ambiente, per il tramite di un'interpretazione dinamica ed evolutiva degli altri diritti umani garantiti a livello convenzionale, è il caso Corte I.A.D.U., *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua*, 31 agosto 2001, Serie C No 79 (in cui si è ravvisata la violazione dell'art. 21 C.A.D.U., afferente al diritto di proprietà, con riferimento alla violazione dei diritti delle popolazioni indigene sul territorio in cui erano insediate, danneggiato dalle opere di disboscamento condotte da una compagnia privata).

[84] In tal senso, J.H. Knox, *Constructing the Right to a Healthy Environment*, cit., 95.

In attesa che la Corte emettesse l'*Opinión Consultiva OC-32/25*, tale presupposto di partenza aveva spinto parte della dottrina ad ipotizzare che anche la tutela del clima ovvero della preservazione dei una *healthy atmosphere* sarebbe stata articolata percorrendo i binari dell'approccio affermatosi nel 2017[85]. Invero, si rilevava quanto questo potesse costituire un terreno fertile per arrivare ad attribuire rilievo al pericolo di danni all'atmosfera e al sistema climatico considerandoli *in re ipsa*, senza alcuna necessità di rilevare un ulteriore (pericolo di) pregiudizio al godimento di altri diritti umani[86]. D'altra parte, lungi dall'essere un'affermazione priva di effetti, la "svolta ecocentrica del 2017", come si ricordava, non ha tardato a riverberarsi negli orientamenti giurisprudenziali della Corte interamericana; e, peraltro, nella già menzionata decisione *La Oroya c. Perù*, questa era già arrivata a declinare gli elementi sostanziali (*substantive elements*) del diritto ad un ambiente salubre, precisando che sono comprensivi tanto della qualità dell'aria e dell'acqua, quanto che afferiscono al c.d. diritto al cibo e alla protezione degli ecosistemi, e si rivolgono anche al clima (§ 118).

In un simile contesto, dunque, la protezione della stabilità del clima e la necessità di fronteggiare l'emergenza climatica sembravano destinati a configurarsi come interessi sì derivanti dal diritto ad un ambiente sano, ma al contempo dotati di una loro autonomia[87] e, conseguentemente, idonei a configurare obbligazioni specifiche in capo agli Stati parti[88]. Una linea che,

---

[85] Cfr. Corte I.A.D.U., *Opinión Consultiva OC-23/17* (*Medio ambiente y derechos humanos*), cit. §§47 e 56-59 (cfr. Corte I.A.D.U, 6 febbraio 2020, *Case of the Indigenous Communities of the Lhaka Honhat Association (Our Land) v. Argentina,* cit., § 202 s.). In dottrina, A. Rocha, R. Sampaio, *Climate change before the European and Inter-American Courts of Human Rights: Comparing possible avenues before human rights bodies*, in *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2022, 281; M.A. Tigre, N. Urzola, *The 2017 Inter-American Court's Advisory Opinion: Changing the Paradigm for International Environmental Law in the Anthropocene,* in *Journal of Human Rights and the Environment*, 2021, spec. 24 e 44 e P. de Vílchez, A. Savaresi, *The Right to a Healthy Environment and Climate Litigation: A Game Changer?,* in *Yearbook of International Environmental Law,* 2023, 3-19.

[86] A. Rocha, R. Sampaio, *Climate change before the European and Inter-American Courts of Human Rights,* cit., 282.

[87] Già nel 2024, stante la richiesta pendente di opinione consultiva, alcuni Autori avevano evidenziato che su tali basi si sarebbe giunti ad affermare l'autonomia del diritto al clima, pur non negandone la derivazione dal diritto umano ad un ambiente salubre (V. Kahl, J.D. Rodríguez Orúe, *Upgrading Environmental Rights. La Oroya and its Significance for a Safer Climate,* in *verfassungsblog.de,* 16 maggio 2024). Si deve inoltre rilevare, che, nel 2021, la Commissione interamericana, nella risoluzione *Climate Emergency: Scope of Inter-American Human Rights Obligations*, aveva rilevato la presenza dell'obbligo per gli Stati «*to cooperate in good faith in order to prevent pollution of the planet, which entails reducing their emissions to ensure a safe climate that enables the exercise of rights*» (§ 11), identificando quindi il clima come un interesse scisso rispetto all'ambiente.

[88] Per completezza, si deve segnalare che, già dal 2019, il *right to a safe climate* aveva trovato un riconoscimento anche nel contesto delle Nazioni Unite nel rapporto dello Special Rapporteur on the Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment (UN. Human Rights Council. Special Rapporteur on the Human Right to a Clean, Healthy and Sustainable Environment, *Human rights*

di fatto, è stata recepita dalla recentissima *OC-32/25*[89], pubblicata lo scorso 3 luglio, la quale, assume i caratteri della "storicità" già con riguardo alla sua portata – il testo del documento si sviluppa in più di 200 pagine – e al procedimento da cui è emersa: si tratta, infatti, dell'opinione consultiva più copiosa nonché risultante della procedura consultiva maggiormente partecipata nella storia della Corte interamericana[90].

Nel ricordare che, nel gennaio 2023, la Corte era stata sollecitata dal Cile e dalla Colombia al fine di chiarire le *positive obligations* degli Stati rispetto all'emergenza climatica, la richiesta, nella sua formulazione originaria, era stata articolata in sei sezioni e più di venti quesiti: riferiti, tra gli altri, all'effetto del cambiamento climatico sui diritti fondamentali dell'uomo, allo *standard* di *due diligence* ovvero ai profili correlati alle responsabilità comuni ma differenziate. I giudici sovranazionali, nell'affrontare la materia, hanno proceduto innanzitutto raggruppando i quesiti in tre macro-insiemi principali. Mentre i primi due riguardano il contenuto e lo scopo dell'obbligazione positiva degli Stati di rispettare, assicurare e adottare specifiche misure al fine di garantire i diritti sostanziali e procedurali tutelati dalla Convenzione americana e dal Protocollo di San Salvador che sono affetti dai danni causati dalla crisi climatica; il terzo[91] afferisce alla determinazione del contenuto dell'obbligo di garantire, senza discriminazione, i diritti di specifici gruppi della popolazione che si trovano in una particolare condizione di vulnerabilità[92].

Dovendo necessariamente circoscrivere il perimetro dell'analisi, senza abbandonare il filo rosso della trattazione, ad interessare in questa sede sono le innovazioni che hanno riguardato la definizione del diritto ad un clima sano[93], si considereranno, quindi, alcuni dei paragrafi che sono allocati nella

obligations relating to the enjoyment of a safe, clean, healthy and sustainable environment, 15 luglio 2019, A/74/161).

[89] Cfr., sul punto, M.W. Gehring *Jus Cogens and the Climate Crisis: The IACtHR's Landmark Climate Emergency Advisory Opinion and its Jus Cogens Verdict,* in *Sabin Center's Climate Law Blog* (*blogs.law.columbia.edu*), 16 luglio 2025, il quale peraltro evidenzia anche l'impatto divisivo della scelta della Corte rispetto alle opinioni in dottrina. A ben vedere, anche all'interno della Corte si registrano tre opinioni dissenzienti rispetto alla sua affermazione, tra cui anche quella dello stesso Presidente.

[90] Questo ha coinvolto non solo i governi degli Stati, ma anche la società civile, il mondo accademico e i movimenti sociali, al punto che possono registrarsi un totale di 263 interventi scritti e 613 attori, tra cui nove Stati, i quali sono stati tutti discussi in udienze pubbliche tenutesi a Bridgetown, Brasilia e Manaus (alla presenza di 183 delegazioni).

[91] Quanto al terzo gruppo di obblighi, la Corte ha invitato gli Stati ad adottare un approccio intersezionale nell'ambito della determinazione della *governance* climatica, oltre ad evidenziare i gruppi che sono da considerarsi vulnerabili e quindi meritevoli di una protezione rafforzata (§§ 595-596).

[92] Si evidenzia, inoltre, che il documento è suddiviso in due parti: la prima afferisce ad una ricostruzione analitica del contesto del cambiamento climatico e i suoi effetti e la seconda è invece è dedicata alla risposta ai tre gruppi di quesiti, come riformulati dalla Corte.

[93] Relativamente agli obblighi procedurali (§§ 458 ss.), vengono in rilievo il diritto all'accesso all'informazione, alla partecipazione pubblica e all'accesso alla giustizia. Tra le principali novità

parte del parere relativa alle «*Obligations Arising from Substantive Rights*» (§§ 266-457). Nella citata sezione del documento, infatti, è stato tratteggiato il contenuto del *right to a healthy climate*, indirizzato a garantire «*a climate system free from anthropogenic interference that is dangerous to humans and to Nature as a whole*», a cui viene attribuito il rango di diritto autonomo, seppur derivante dal diritto ad un ambiente sano (§ 300)[94]. A ben vedere, di conseguenza, anche le obbligazioni che vengono individuate per far fronte all'emergenza climatica sono declinate non in via sussidiaria, ma specifica rispetto agli altri doveri connessi alla tutela dell'ambiente («*independently of other duties related to environmental protection*», § 300), sostanziandosi in un ampio spettro di misure che gli Stati devono adottare al fine di contrastare l'emergenza climatica – che vanno dagli interventi di mitigazione e adattamento al cambiamento climatico, a quelli finalizzati alla protezione della Natura sino ai doveri relativi in materia di sviluppo sostenibile[95].

Analogamente al *right to a healthy environment*, da cui si origina e di cui costituisce un elemento sostanziale, quindi il *right to a healthy climate* presenta una dimensione individuale e collettiva.

Sotto il primo profilo, esso mira a tutelare gli individui garantendo ai singoli la possibilità di vivere in «*in a climate system free of dangerous anthropogenic interference*». In tal senso, quindi, la sua tutela è una precondizione per garantire altri diritti fondamentali; pertanto, la sua violazione avrà luogo

---

che meritano menzione si segnala innanzitutto che la Corte afferma una portata estensiva del *locus standi* nei contenziosi relativi al cambiamento climatico, rilevando che le vittime devono vedersi garantito il diritto di accedere alla giustizia anche nei casi in cui siano residenti fuori dal territorio responsabile dei danni. Anche se non vengono richiamati gli obblighi extraterritoriali, di fatto si arriva ad affermare che è sufficiente che si dimostri la presenza di un nesso causale tra la condotta di uno Stato e un danno transfrontaliero per far sì che il diritto di accesso alla giustizia sia garantito anche al di fuori dei confini nazionali (§§ 550-551). *Contra,* le conclusioni della Corte E.D.U. in *Duarte Agostinho*, cit. Proseguendo, si segnala che la Corte dedica particolare attenzione ai contenuti del diritto ad un rimedio effettivo (art. 25 C.A.D.U.), postulando che la scelta delle singole misure riparatorie dovrà essere effettuata tenendo conto della natura del danno, dei bisogni delle comunità vulnerabili e dell'urgenza di recupero degli ecosistemi dedicata al diritto ad un rimedio effettivo §§ 556-559. Infine, rispetto al diritto all'informazione, i giudici sovranazionali attribuiscono un particolare rilievo al diritto alla scienza, postulando che gli Stati devono garantire che gli individui e le comunità possano accedere alle migliori conoscenze scientifiche disponibili e rilevando che sono tenuti a diffondere e produrre dati scientifici affidabili, accessibili e culturalmente rilevanti (§§ 471-487).

[94] La Corte, infatti, considera l'ambiente come composto da «*inextricably interrelated elements and systems*» e rileva che la protezione di ciascuno di essi contribuisce a far sì che sia garantito l'equilibrio che consente la sopravvivenza, presente e futura, dei viventi. Pertanto, la tutela del diritto ad un ambiente salubre, nella sua dimensione individuale e collettiva, implica che è necessario garantirlo sia nel suo insieme che con riferimento ai diversi sistemi ed elementi che lo compongono (§ 298) e, tra questi, rientra il sistema climatico.

[95] Non potendo per esigenze di spazio soffermarsi su un'articolata disamina delle singole misure, oltre a rinviare al testo della opinione consultiva, si richiama altresì il contributo di D.R. Boyd, *The Right to a Healthy Environment as a Catalyst for Urgent and Ambitious Climate Action at the IACtHR,* in *Sabin Center's Climate Law Blog* (*blogs.law.columbia.edu*), 15 luglio 2025.

quando dalla mancata ottemperanza da parte degli Stati alle obbligazioni finalizzate alla tutela del sistema climatico globale derivino pregiudizi e danni diretti nei riguardi di una o più persone. Mentre, con riguardo al secondo aspetto, questo afferisce all'interesse collettivo delle generazioni viventi presenti e future (lett: «*collective interest of present and future generations of human beings and other species*») rispetto alla preservazione, a fronte delle gravi minacce e degli effetti dell'emergenza in atto, di un sistema climatico idoneo a garantirne il benessere e l'equilibrio («*that is suitable for ensuring their well-being and the equilibrium between them vis-à-vis the severe existential threats from the effects of the climate emergency*», § 302).

Ad essere valorizzato, quindi, è il fatto che il cambiamento climatico non ha solo un impatto sulla salute e sulla sopravvivenza dell'uomo, riguardando sia le generazioni presenti che quelle future, ma che questo coinvolge e continuerà a coinvolgere in modo crescente «*numerous natural components and systems*» comportando «*profound alterations in the life cycles, processes and forms that Nature comprises*»; da ciò consegue che, ad avviso della Corte, nel contesto di specie, l'umanità deve essere considerata «[...] *as just one more manifestation of Nature's interdependent network*» (dunque, come parte dello stretto legame che unisce le varie componenti della Natura, § 314).

La *ratio* alla base della protezione della dimensione collettiva del (nuovo) diritto configurato dalla Corte è, dunque, quella di rivolgersi alla tutela globale della Natura e degli ecosistemi (considerati in tutte le loro componenti), e, in questo senso, si ha che fare con un interesse che non appartiene in via esclusiva al genere umano. Sulla scorta di tale ragionamento, i giudici sovranazionali sottolineano espressamente che la Natura non è solo un "oggetto di tutela", ma altresì un "soggetto" (§§ 280 e 315)[96] e, al contempo, rilevano che il divieto di causare danni ambientali massicci e irreversibili è una norma di *ius cogens* (§ 8 e § 293)[97].

Ancorché si è arrivati a riconoscere alla Natura espressamente lo *status* di soggetto di diritto, parte della dottrina ha evidenziato come dalla (ulteriore) svolta ecocentrica della Corte interamericana non derivi una definitiva frattura con il paradigma antropocentico, ma piuttosto che questa si sia mossa nell'ottica di promuovere un incontro tra le due prospettive. La detta linea sembra infatti emergere dal passaggio dove si evidenzia che dalla rilevata interdipendenza reciproca tra la stabilità del clima e l'equilibrio ecolo-

[96] In linea con l'approccio della Corte europea, dunque, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo afferma che tutti gli Stati devono cooperare per porre fine a condotte che violano la tutela di un ambiente sano (§ 294; cfr. inoltre i §§ 325-328 sull'attuazione del principio di responsabilità comuni ma differenziate).

[97] V. il § 8 dell'opinione consultiva in commento: «[*b*]*y virtue of the principle of effectiveness, the peremptory prohibition of anthropogenic conduct that may irreversibly affect the interdependence and vital balance of the common ecosystem that makes life possible for species constitutes a norm of jus cogens*».

gico deriva l'esigenza di promuovere un «*integrated legal approach, capable of uniting the protection of human rights and the rights of Nature within a legal framework coherently aligned with the harmonious interpretation of the* pro persona *and* pro natura *principles*» (§ 315). Se, quindi, da una parte, i "diritti della Natura" ricevono protezione anche nell'interesse delle generazioni presenti e future – e qui, dunque, "riaffiora l'antropocentrismo" –, dall'altra, il riconoscimento e la garanzia dei medesimi, nella dimensione collettiva al fine di offrire una protezione della funzionalità degli (stessi) ecosistemi, è mosso dalla *ratio* di evitare danni irreversibili che anche se non interesserebbero solo l'uomo, ma tutti i viventi, coinvolgerebbero inevitabilmente anche il primo (§ 279). Invero, entro questo perimetro si postula che gli ordinamenti sono tenuti ad adottare «*measures to guarantee the protection, restoration and regeneration of ecosystems*» (§ 283), incentivandoli in tal modo a garantire una serie di interessi tra di loro interdipendenti (facenti capo agli esseri umani e non) per il tramite di un approccio integrato e sistematico. In altri termini, il riconoscimento della Natura e dei suoi componenti come entità a cui è possibile offrire una protezione *in re ipsa* ha l'effetto di rafforzare la risposta degli ordinamenti alle sfide derivanti dall'emergenza climatica (§§ 302-304 e 315-316)[98].

Come si anticipava, la Corte prosegue il suo ragionamento soffermandosi sulle obbligazioni positive che sussistono in capo agli Stati, le quali si riconnettono, rispettivamente, a diritti sostanziali e procedurali – non oggetto della presente analisi – che vengono in rilievo nel contesto della *climate emergency.* Limitandosi alle prime, meritano di essere quanto meno accennate quelle che vengono ricondotte al diritto ad un ambiente salubre e impattano sul derivante "diritto al clima", le quali possono essere suddivise in due insiemi principali: le azioni necessarie allo scopo di fronteggiare il cambiamento climatico e, nello specifico, a mitigare l'emissione di gas serra (§§ 323-351) e quelle che si riconnettono alla protezione della Natura (e delle sue componenti) ovvero correlate alla necessità di favorire lo sviluppo sostenibile (§§ 352-376). Nel primo gruppo, in particolare, rientrano non solo la definizione degli specifici obiettivi intermedi (*id est: mitigation target*) e la predisposizione della relativa strategia nazionale, ma anche gli obblighi afferenti alla regolamentazione della *corporate climate accountability*.

[98] Cfr. § 316: «*the promotion by States* [...] *of legal concepts and protection mechanisms* [...] *which transcend the traditional anthropocentric approach and recognize Nature and its components – including the climate system – as entities entitled to autonomous legal protection, strengthens the State response to the challenges posed by the climate emergency*».

4. Dalla grammatica dei diritti umani a quella penalistica? I limiti degli approcci fondati sugli effetti del cambiamento climatico e le criticità correlate alla tutela dell'atmosfera (globale).

I risvolti della Corte interamericana dei diritti dell'uomo mettono in evidenza che il fulcro del "diritto al clima" di recente conio gravita attorno alla preservazione della stabilità del sistema climatico, vista o in funzione dell'uomo (dimensione individuale) o in relazione alla Natura nel suo complesso (dimensione collettiva). Ciò che si registra, inoltre, è che il *right to healthy climate* viene declinato non muovendo dal bene clima in sé, ma dall'esigenza di contrastare un'emergenza in atto, alla cui analisi, a ben vedere, è dedicata tutta la prima parte dell'*OC-32/25*.

In altri termini, l'edificazione del diritto ad un clima salubre è avvenuta prescindendo da un confronto con i profili giuridico-terminologici afferenti alla determinazione del clima come oggetto di tutela. Se la prospettiva riesce ad innestarsi, in un'ottica evolutiva, nella grammatica "dei diritti umani" – e, seppur con esiti diversi e tratti specifici, trapela anche dall'approccio di *greening* (*id est:* di "*climatizing*") dei diritti umani, seguito dalla Corte europea nel 2024 –; questa, tuttavia, risulta *ab origine* incompleta se il contesto diviene quello di una riflessione penalistica orientata ad interrogarsi sull'opportunità o meno di introdurre dei "reati climatici", nella quale, all'opposto, non si può estromettere un ragionamento che si avvii dalla considerazione per cui il "clima" è una nozione che, per i suoi stessi caratteri, risulta essere difficilmente traslabile nel lessico giuridico (*infra,* § 2). Non solo, infatti, essendo la risultante di una complessa interazione di variabili ha una natura immateriale, ma la sua perdurante mutevolezza lo rende altresì indeterminabile, oltre ad essere un bene superindividuale[99].

Al contempo, dai recenti orientamenti della Corte I.A.D.U., possono ravvisarsi alcuni elementi utili anche ai fini di una riflessione in chiave penalistica. Da una parte, emerge l'interesse universale alla base del diritto in parola: tanto che lo si pensi con riferimento alle generazioni, presenti o future, quanto che lo si osservi tramite la lente ecocentrica elaborata nel contesto sudamericano con riguardo alla *collective dimension*, la quale, come si è più volte sottolineato, è rivolta alla Natura (considerata nel suo insieme ovvero nelle sue singole componenti). Dall'altra, dinnanzi ad un'emergenza a carattere traversale, le azioni degli Stati sono necessariamente indirizzate al raggiungimento di un obiettivo comune, atteso che ciò che si vuole proteggere è un bene intrinsecamente globale.

[99] Sul punto si richiamano le condivisibili considerazioni di A. Festinese, *Quale lessico per un nuovo bene giuridico?*, cit., 17 s., la quale si sofferma altresì su una disamina delle diverse definizioni scientifiche del concetto di clima (nell'ambito delle quali, peraltro, si registrano diversità di vedute) (*ivi,* 3 ss.).

Sulla scorta di un simile rilievo, che si unisce quindi all'assenza di una definizione giuridica del clima, il diritto penale sembrerebbe configurarsi come uno strumento inevitabilmente inefficace: tanto perché esso ha una intrinseca vocazione nazionale, quanto perché ci si trova di fronte alla declinazione di un bene che, privo dei sufficienti ancoraggi alla materialità, rischierebbe di essere troppo vago ed indeterminato[100].

Né tantomeno le dette criticità potrebbero dirsi risolte se l'attenzione si focalizzasse sul piano degli effetti, guardando agli eventi estremi riconducibili alla crisi climatica (quali, inondazioni delle aree costiere dovute dall'innalzamento del livello medio del mare, aumento significativo delle temperature, piogge torrenziali). Invero, qualora, sulla falsariga del modello che si pone alla base della "svolta verde" dei diritti umani, si adottasse un approccio focalizzato sulle ripercussioni derivanti dal cambiamento climatico su altre prerogative della persona, la cui tutela penale è largamente condivisa – vita, integrità fisica, salute, proprietà o altre libertà, come ad esempio la libertà di movimento nel caso delle c.d. "migrazioni climatiche" –, si registrano profonde criticità sia in materia di attribuzione causale che sotto il profilo della personalità della responsabilità penale.

In linea di principio, muovendo dalla avvenuta compromissione di interessi fondamentali come quelli annoverati, potrebbe desumersi una legittimità della criminalizzazione di emissioni di gas serra non compensate, non tanto e solo con riferimento alle generazioni future, ma già guardando a quelle attuali. Il che, dunque, consentirebbe quanto meno di accantonare l'ostacolo della "crisi di identità" che si ripresenta qualora la tutela dell'emergenza climatica sia pensata con esclusivo riferimento a esseri umani non ancora viventi.

Tuttavia, ancorché la natura antropogenica del cambiamento climatico sia un assunto oramai condiviso nella comunità internazionale, rilevare che il *climate change* possa di conseguenza attribuirsi all'azione dell'uomo non è un elemento sufficiente per arrivare a configurare una responsabilità penale individuale. A presentarsi, infatti, sono «ostacoli dogmatici quasi insormontabili», essendo pressoché indimostrabile che un comportamento individuale possa essere qualificato come *conditio sine qua non* di uno degli eventi estremi poc'anzi annoverati in via esemplificativa[101]. Nell'ambito di un percor-

[100] Cfr. D. Castronuovo, *La protezione penale dell'ambiente: tra evoluzione normativa e giurisprudenza creativa*, in *Arch. pen.* (web), 2025, 2, 1 ss.

[101] H. Satzger, N. von Maltitz, *Das Klimastrafrecht– ein Rechtsbegriff der Zukunftp*, cit., 4. Gli Autori, inoltre, evidenziano come sia difficilmente dimostrabile che un comportamento individuale concreto sia la *conditio sine qua non* di danni determinati dal cambiamento climatico, attese le problematiche riscontrabili sul piano dalla concreta applicabilità dei criteri alla base della teoria dell'attribuzione causale (lett.: «*Denn dass ein ganz konkretes individuelles Verhalten* conditio-sine-qua-non *für bestimmte Klimafolgeschäden wird, lässt sich schwer nachweisen und dass– in den Kategorien der normativen (objektiven) Zurechnung– sich diese Folgeschäden auch noch als das„Werk"eines konkreten Einzelnen darstellen, erscheint im Rahmen der klassischen Zurechnungslehre kaum begründbar*»).

so che a ritroso comporta la ricostruzione di un'interazione causale estremamente articolata e complessa (atteso l'insieme di fattori che incidono sul clima), quindi, l'ultimo tassello sfugge alla possibilità di essere qualificato come una "causa" secondo i criteri in materia di causalità. Invero, il tutto diventa estremamente ostico, al punto che si scivola verso una *probatio diabolica,* posto che ci si trova a dover ricostruire una lunga catena di fenomeni concausali, che si sono susseguiti nel corso del tempo e diviene, nella sostanza, impossibile, isolare quello che tra di essi potrebbe considerarsi propriamente una "causa" penalmente rilevante (art. 41 c.p.).

Preso atto delle criticità che discendono dagli approcci fondati sugli effetti dannosi del *climat change* – rilevato, peraltro, che, a quanto si è già avuto modo di evidenziare, dovrebbero altresì sommarsi i limiti correlati al fatto che in termini di prevedibilità le conseguenze del cambiamento climatico sfuggono da un coefficiente in grado di definirle con adeguata certezza –, in dottrina ci si è interrogati sull'opportunità di anticipare l'intervento del diritto penale, svincolandolo dagli effetti pregiudizievoli ai singoli individui e riferendolo, piuttosto, alla concentrazione di gas serra nell'atmosfera, che verrebbe quindi a configurarsi essa stessa come il bene giuridico meritevole di protezione. In tal senso, quindi, si predisporrebbe l'introduzione di nuove fattispecie configurate sulla base di reati di accumulo, evitando quindi la strada degli illeciti di pericolo[102]. Ad essere punite, in particolare, sarebbero le emissioni di gas non compensate e, inoltre, si rileva l'opportunità che il diritto penale intervenga solamente a partire dal superamento di una determinata soglia, al fine di rispettare i canoni di proporzionalità, con la conseguenza che, in sostanza, gli illeciti *de quibus* dovrebbero interessare solamente le c.d. *carbon majors* (ossia le realtà aziendali che, con la loro attività, sono produttrici di grandi emissioni di gas serra).

Tale prospettiva ha senz'altro dei pregi.

Questa infatti consente di approcciarsi alla materia senza disconoscere la natura globale del fenomeno, riferendosi ad un bene misurabile e, quindi, quantificabile. Invero, l'oggetto di tutela verrebbe a coincidere con la concentrazione media di gas serra nell'atmosfera. Inoltre, quest'ultimo sarebbe un parametro di riferimento, trasversale, che potrebbe essere fatto proprio da qualsiasi ordinamento, scongiurando quindi i rischi legati ad una "parcellizzazione" della tutela.

A configurarsi, quindi, è un bene giuridico ascrivibile alla categoria dei beni superindividuali e universali. E, nella specie, questo non si porrebbe come di per sé in contrasto con un approccio a stampo personalista. Nel richiamare Roxin, infatti, si avrebbe a che fare con un interesse dalla portata collettiva, che però non finirebbe con l'essere "solo apparente", in quanto la sua violazione è idonea a dispiegarsi a danno della persona, perché il clima – così come, dal canto suo, l'ambiente – costituisce una precondizione necessaria

[102] *Ibidem.* E, in senso conforme, A. Nieto Martín, Don't look up, cit., 51 ss.

per il godimento e l'esercizio degli altri diritti fondamentali dell'uomo[103]. La tutela del clima (*id est:* dell'atmosfera), quindi, farebbe ingresso nel sistema penale senza necessariamente postulare un "ecocentrismo estremo", ma piuttosto troverebbe la sua giustificazione nel fatto che, essendo il mantenimento del sistema climatico una precondizione necessaria per l'esistenza di tutti i viventi e, quindi, della stessa dell'umanità, la sua protezione risulta essere comunque riconducibile alla tutela della persona. Ci si muoverebbe dunque nel solco di un ecocentrismo "moderato" – che, d'altra parte, ha già fatto ingresso anche nel nostro ordinamento – il quale è in linea con il cosiddetto "approccio intermedio"[104]: così come la tutela diretta dell'ambiente, anche quella dell'atmosfera globale non andrebbe vista come in contrasto con quella dell'uomo, ma piuttosto riconosciuta come complementare ad essa, atteso il suo legame inscindibile con la società, quale elemento necessario alla vita, alle sue condizioni e alla sopravvivenza[105]. Invero, è difficile non riconoscere che l'interesse ad un'atmosfera "funzionante" – la quale, quindi, riesce a proteggere dalle radiazioni cosmiche, distribuisce e smaltisce sostanze inquinanti e garantisce un livello di effetto serra "naturale" – ha un carattere trasversale, condiviso da chiunque.

A ben vedere, quindi, la tutela del funzionamento dell'atmosfera in sé, senza richiedere un danno o l'accertamento di un pericolo concreto a beni individuali (libertà, vita, salute, integrità fisica), potrebbe astrattamente trovare una sua ragion d'essere. E, anche volendola raffrontare con la limitrofa tutela penale dell'ambiente, questa avrebbe caratteri distintivi rispetto a quella delle altre matrici ambientali e, in particolare, di quella ad essa più vicina: la qualità dell'aria (già nota anche nel nostro ordinamento). Invero la "lesione della composizione dell'atmosfera globale" può conseguire a qualsivoglia condotta climalterante, indipendentemente dal fatto che sia anche inquinante e incida sulla qualità dell'aria di un determinato territorio.

Al contempo, però, risultano condivisibili e non del tutto risolte alcune perplessità sollevate in dottrina.

Se una simile impostazione è idonea a rispondere, almeno in linea di principio, ai problemi legati all'imputazione dell'evento dannoso al comportamento di un singolo; tuttavia, sembra finire solamente con lo "spostare" una parte delle criticità che si sono ripercorse. Infatti, continua a persistere la possibilità che riecheggino comunque problemi relativamente ai profili che attengono all'afferrabilità del bene tutelato e soprattutto, sul piano causale, non risulta cristallino determinare la capacità lesiva delle emissioni di gas ser-

[103] C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil4*, I, C.H. Beck, Monaco, 2006, 16 ss.; cfr. altresì la riflessione di M. Romano, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*, in *Criminalia*, 2011, 33 ss.

[104] Il quale, quindi, non arriva a postulare una tutela dei diritti della Natura – in un'ottica in cui dovrebbero prevalere, se in contrasto, con quelli dell'uomo – dalla quale deriverebbe peraltro un rischio di "eticizzazione del diritto penale".

[105] C. Prittwitz, T. Tiedeken, *Vom Nutzen und Nachteil eines Klimastrafrechts,* cit., 59 ss.

ra non compensate (e al di sopra di determinati valori soglia) di incidere a tal punto da aver alterato il corretto funzionamento dell'atmosfera (globale)[106]. Le singole azioni, che sarebbero punite, sono riferite ad un *Rechtsgut globaler* (bene giuridico "globale"), nell'ambito di una crisi climatica altrettanto universale, e, generalmente, da sole non esercitano un'influenza sulla detta dimensione del bene che si mira a proteggere. Un simile impatto, infatti, deriva da una complessa interazione, che si protrae per un lungo arco temporale e, su di esso, intervengono anche parametri ulteriori e variabili esterne[107].

A questi poi, assumendo una prospettiva sistemica, potrebbero aggiungersi anche criticità legate al fatto che l'atmosfera, infatti, insieme all'idrosfera, alla geosfera e alla esosfera, è una delle componenti dell'ambiente. Di conseguenza, mal si comprenderebbe la necessità di svincolarne la tutela rispetto ad un bene che, guardando all'ordinamento interno, è stato espressamente integrato nel tessuto costituzionale, consacrandone il rango di interesse *in re ipsa* meritevole di tutela.

Ulteriori difficoltà, poi, emergono a partire dagli enfatizzati tratti distintivi – *id est:* necessariamente distintivi – del nuovo bene giuridico rispetto al già noto bene ambiente. Il tratto principale che consentirebbe di scindere i due beni giuridici risiede proprio nel fatto che il primo non è in alcun modo vincolato ad un determinato contesto spaziale, e, pertanto, definendosi come il "complesso di tutti gli spazi aerei" ha una portata ben più ampia di quella che è propria, ad esempio, dell'aria. Pertanto, a differenza di quanto avviene quando si guarda alle singole matrici ambientali, il cui funzionamento può essere compromesso anche da una singola immissione di sostanze nocive, si deve rilevare che un aumento della concentrazione di un gas climalterante in sé non è idoneo a compromettere la funzione dell'atmosfera terrestre di lasciar passare la luce solare e trattenere la radiazione termica: piuttosto, quello che si verifica è un'intensificazione dell'effetto serra naturale già esistente. Atteso, quindi, che quello che rileva è la sommatoria di simili emissioni, gli stessi Autori che si pongono a sostegno della detta opzione evidenziano

[106] P.A. Hirsch, *Klimastrafrecht und materieller Unrechtsbegriff Probleme einer liberalen Strafrechtsbegründung angesichts der Herausforderungen des Klimawandels*, in Satzger, N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz,* cit., 334.

[107] Conformemente, M. Kaiafa-Gbandi, *Strafrecht und Klimawandel: Macht die Klimakrise die Anerkennung eines neuen Rechtsguts notwendig?*, in H. Satzger, N. von Maltitz (a cura di), *Klimastrafrecht. Die Rolle von Verbots- und Sanktionsnormen im Klimaschutz,* cit., 45 s., la quale evidenzia quanto segue: «*Man sollte allerdings die Schwierigkeiten nicht außer Acht lassen, die ein Rechtsgut globaler*» (lett.: tuttavia, non si dovrebbero ignorare le criticità che un bene giuridico di natura globale comporta con riguardo alle esigenze di certezza del diritto penale). Inoltre, l'Autrice prosegue sottolineando quanto si è evidenziato nel corpo del testo: «*Eine globale Belastung wird im Fall der Atmosphäre nur langfristig und unter der Bedingung erreicht, dass andere Parameter, die ergänzend in die eine oder in die andere*» (ossia che un impatto "globale" si verifica solo sul lungo periodo ed è condizionato dall'interazione sinergica con altri parametri).

come dovrebbe necessariamente trattarsi di reati di accumulo. Il che però conduce a percorrere un percorso tutt'altro che lineare.

Muovendo infatti dalla difficoltà di imputare macro-eventi a condotte considerate singolarmente, la categoria di illeciti in oggetto si fonda sul seguente presupposto: comportamenti che potrebbero essere anche solo minimamente offensivi, a causa del loro accumulo esponenziale, possono arrivare a ledere il bene giuridico tutelato. Di conseguenza, questi possono essere considerati laddove concorrano ad aumentare il rischio di un danno per il medesimo. In altri termini, l'apporto della singola condotta non rileva di per sé solo, e la *ratio* dell'intervento punito coincide con una lettura seriale del comportamento vietato. Ciò, tuttavia, rende inevitabile rilevare quanto sia tutt'altro che inverosimile che, nel contesto di specie, le violazioni reiterate nel tempo non siano state poste in essere dallo stesso autore, ma piuttosto da soggetti differenti, con conseguenti problemi in punto di rispetto del principio di personalità della responsabilità penale e, ancor di più, di quello di colpevolezza[108]. Tensioni ulteriori, inoltre, potrebbero riproporsi anche con riguardo al principio di offensività, posto che si tratta di confrontarsi con eventi macroscopici – l'alterazione della composizione dell'atmosfera – che configurano esiti decisamente superiori rispetto alla sommatoria delle singole condizioni interagenti[109]. Orbene, seppur l'impatto di una data attività imprenditoriale allo stato attuale è misurabile, mediante il cosiddetto *carbon footprint,* è tutt'altro che pacifico ritenere che ad un simile strumento – il quale ha un'indubbia utilità, ad esempio, per la compilazione del bilancio di sostenibilità – possa essere attribuita una valenza determinante nell'ambito del processo penale: tanto perché esistono varie alternative di misurazione e metodologie, quanto perché si tratta comunque di aver a che fare con stime e dati probabilistici[110].

Infine, si ripropone – con una forza ancor più decisiva – una questione già nota all'interno del dibattito sulla tutela penale dell'ambiente, ancorché in quest'ultimo settore risulti in parte superata[111]. Attesa l'"insormontabile" difficoltà che si riscontra nell'attribuzione degli eventi catastrofici correlati al

---

[108] Cfr. M. Mantovani, *L'esercizio di un'attività non autorizzata. Profili penali*, Giappichelli, Torino, 2003, 13 s.

[109] Nella dottrina italiana con riferimento alle criticità dei reati di accumulo in materia ambientale, M. Catenacci, *I reati ambientali e il principio di offensività,* in *Riv. quadr. dir. amb.* 2010, 54 ss. e C. Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza,* Edizioni ETS, Pisa 2008, 147 ss. Cfr. altresì L. Cornacchia, *Inquinamento ambientale*, in L. Cornacchia e N. Pisani (dir.), *Il nuovo diritto penale dell'ambiente*, Bologna, 2018, 95 ss.

[110] Per una disamina in materia, cfr. A. Festinese, *Quale lessico per un nuovo bene giuridico?*, cit., 12 ss.

[111] Il legame di "accessorietà" rispetto al diritto amministrativo è infatti riscontrabile in larga parte delle contravvenzioni presenti nel d.lgs. n. 152/2006 (c.d. "codice dell'ambiente"), atteso che risultano poste a presidio delle funzioni amministrative di controllo sulle immissioni pericolose per l'aria, le acque e il suolo, riferendosi, per lo più, al momento autorizzativo ovvero afferendo al superamento di limiti tabellari delle sostanze inquinanti.

cambiamento climatico a singoli autori e posto che considerazioni analoghe potrebbero riguardare anche reati di messa in pericolo concreta del clima e rilevata anche la presenza di comportamenti climaticamente dannosi consentiti, ci si trova a rilevare che il diritto climatico in ogni caso si troverebbe costretto ad operare in via inevitabilmente accessoria rispetto al diritto amministrativo di matrice internazionale[112]. D'altra parte, anche nel presentare la proposta recentemente esaminata che mirerebbe alla tutela dell'atmosfera (globale), si è evidenziato che uno degli elementi su cui essa si edifica è la necessità di limitare l'intervento penale in virtù di determinati parametri, tra cui compaiono tanto il superamento dei valori soglia, quanto profili "soggettivi" (laddove si postula, ad esempio, la necessità di circoscrivere la responsabilità penale solo ai grandi emettitori).

A ben vedere, però, stante una prospettiva di partenza – vista la limitazione *ab origine* del margine di intervento a tutela del clima in sé, il suo essere di fatto un'appendice di labirinti amministrativi e di parametri di riferimento (derivanti dai valori soglia) che non sono destinati al fine di evitare il verificarsi di un evento nocivo determinato, ma piuttosto di assicurare un certo livello della qualità della vita –, si pone un interrogativo: la più affilata delle armi (il diritto penale) rischierebbe quindi di diventare un'arma spuntata? O, addirittura, controproducente?[113]

5. Un'"arma spuntata" è davvero un'"arma necessaria"? Conclusioni provvisorie su un diritto penale del clima "criticamente riflessivo".

Allo stato attuale, dunque, non residua alcuno spazio per la tutela penale del clima? Il penalista, piuttosto, dovrebbe retrocedere ed evitare di partecipare ad un dibattito, destinato ad acquisire una rilevanza sempre più determinante, sul contrasto alla crisi climatica e lasciare che questo sia appannaggio di altri rami del diritto?

Anche dinnanzi alle criticità che si sono annoverate, nessuno dei due quesiti, ad avviso di chi scrive, finisce per trovare una risposta affermativa.

---

[112] Cfr. A. Nieto Martín, Don't look up, cit., 9 s.

[113] Sul punto, C. Burchard, F.L. Schmidt, *Climate Crimes – A Critique*, in *Normative Orders Working Paper,* 2023, 1, 16, i quali sottolineano che: «*If designed as accessorial to non-criminal laws and norms, climate crimes are severely blunted. And even if designed as primary, they tempt us into losing sight of more effective (mind: not necessarily less intrusive) alternatives, be they scalpels or maces*». Pertanto, se l'accessorietà rispetto al diritto amministrativo riduce *in re ipsa* il peso da attribuirsi all'intervento del penale, gli Autori rilevano che anche nelle impostazioni dottrinarie che mirano a superarla – cfr. H. Satzger, *Umwelt- und Klimastrafrecht in Europa – die mögliche Rolle des Strafrechts angesichts des „Green Deal" der Europäischen Union*, in M. Engelhart, H. Kudlich e B. Vogel (a cura di), *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, Berlino, 2022, 1278 – persisterebbero profili critici. Infatti, il rischio sarebbe comunque quello di distogliere l'attenzione da altri possibili mezzi di intervento, potenzialmente più efficaci rispetto al penale.

Quanto al primo – come peraltro attesta la recente Dir. 2024/1203/UE –, il clima sembra già destinato a trovare una "tutela mediata" all'interno di illeciti posti a garanzia dell'ambiente[114]. Seppure, infatti, si tratti di interessi distinti, esistono innegabili spazi di intersezione tra la tutela penale dell'ambiente e quella del clima. Una via percorribile, a prescindere dall'introduzione di reati *stricto sensu* "climatici", potrebbe quindi essere quella di rafforzare la tutela dell'ambiente e considerare quest'ultimo come bene-mezzo rispetto al clima. In tal senso, senza procedere con l'introduzione di nuove fattispecie, si potrebbe valutare di predisporre aggravi sanzionatori in cui si considerino gli effetti pregiudizievoli sul medio-lungo periodo correlati a particolari danni o pericoli ambientali[115]. Fermo restando che, anche nel caso in cui si intervenisse mediante la predisposizione di specifiche circostanze aggravanti, l'operazione richiederebbe senz'altro un'analitica riflessione che consideri adeguatamente le criticità della materia, posto che potrebbero comunque registrarsi tensioni in punto di accertamento causale, ovvero legate al rispetto del principio di colpevolezza.

A questa, poi, si aggiunge un'ulteriore possibilità di intervento, che si concentra non tanto sul c.d. diritto penale "basato sulla neutralità climatica", ma che guarda alla protezione del clima attraverso il "diritto penale economico dei diritti umani", incentrato sugli obblighi di *due diligence* in capo alle imprese, elaborati nell'ambito dei Principi Guida delle Nazioni Unite e ribaditi sia a livello internazionale che sovranazionale[116], ovvero volto a sanzionare pratiche come il c.d. *greenwashing* o altre forme di abuso di mercato[117].

Nel campo del diritto penale della "neutralità climatica", tuttavia, si ritengono ancora rilevanti le incertezze, i conflitti con i princìpi costituzionali e i problemi a carattere dogmatico e, pertanto, l'approccio politico-criminale preferibile, ad avviso di chi scrive, è quello in conformità con la via dell'*in dubio pro libertate*, atteso il pericolo di intraprendere percorsi ancora troppo scoscesi, che sono resi ancor più scivolosi dai possibili effetti che il paradigma dell'ansia potrebbe esercitare sull'impulso a punire[118].

---

[114] *Infra,* § 1, nt. 10.

[115] In tal senso, nella dottrina italiana A. Festinese, *Quale lessico per un nuovo bene giuridico?,* cit.,18 s. e, nella letteratura tedesca, M. Kaiafa-Gbandi, *Strafrecht und Klimawandel: Macht die Klimakrise die Anerkennung eines neuen Rechtsguts notwendig?*, cit., 41 ss.

[116] Sul punto, ampiamente, A. Nieto Martín, Don't look up, cit., 67 ss.; interessante rilevare che, tra gli obblighi positivi annoverati nella recente opinione consultiva della Corte interamericana del 2025 che si è esaminata, si rinvengono anche quelli rivolti alle imprese, dove viene stabilito uno standard di *enanched due diligence* (*id est:* due diligence rafforzata). Sul punto, E. Jackson, *Advancing Corporate Climate Accountability Post the Inter-American Court Advisory Opinion on Human Rights and the Climate Emergency,* in *www.ejiltalk.org*, 21 luglio 2025.

[117] Cfr. A. Nieto Martín, *op. loc. ult. cit.*, nonché le considerazioni di L. Cornacchia, *Diritto penale dell'ambiente. Diritto penale d'impresa e reati ecologici,* cit., 22.

[118] V. P.A. Hirsch, *Klimastrafrecht und materieller Unrechtsbegriff. Probleme einer liberalen Strafrechtsbegründung angesichts der Herausforderungen des Klimawandels*, cit., 135 s. Cfr. altresì A. Cadoppi, *Il "reato penale". Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli,

E questo vale a maggior ragione se si considera che, oltretutto, riemerge la «trappola» in cui il diritto penale si trova quando è stretto tra due estremi: da un lato «non può prevedere sanzioni davvero intimidatorie per illeciti *di pericolo*, se non a costo di risultare sproporzionato per eccesso e puramente promozionale» – e una direzione in tal senso, focalizzata su illeciti di pericolo astratto, a ben vedere, potrebbe essere sostenuta sulla scorta di argomenti analoghi a quelli che furono sollevati nel dibattito degli anni Settanta e Ottanta sul diritto penale dell'ambiente[119] – e, dall'altro, «non può attendere la produzione *del danno* senza apparire velleitario»[120].

Stretto tra i citati estremi, quindi, un diritto penale climatico pensato in relazione alle generazioni viventi si scontra con gli inevitabili profili connessi ad un intervento che finisce con l'acquisire una *ratio* spiccatamente preventiva e promozionale, particolarmente accentuata qualora si arrivi proporlo in assenza di una relazione di accessorietà rispetto al diritto amministrativo; diversamente, se l'ottica si sposta in via di fatto esclusiva sulla tutela delle generazioni future – e, quindi, risulterebbe essere orientata a punire una modalità di lesione indirizzata esclusivamente a loro danno –, ad essere messe alla prova sono le stesse fondamenta della materia penale[121]. Invero, ci si limita a ricordare, con riferimento al nostro ordinamento, quanto è già stato magistralmente sottolineato a seguito della riforma dell'art. 9 Cost., allorquando si è rilevato che ancorché l'interesse intergenerazionale compaia espressamente nell'ambito del diritto (costituzionale) all'ambiente, il suo

---

2022, spec. 271 ss.

[119] Recentemente ripercorsi in M. Poggi d'Angelo, *L'offesa scalare all'ambiente: contravvenzioni, eco-delitti, ecocidio. Spunti comparatistici con il nuovo reato di* mise en danger *ambientale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3 marzo 2023, 9 ss., a cui si rinvia anche per una panoramica sulle criticità connesse a tale approccio; cfr. altresì A. Gargani, Jus in latenti. *Profili di incertezza del diritto penale dell'ambiente*, cit., 115 ss.

[120] Immagine ripresa dalla riflessione di F. Consulich, Il giudice e il mosaico. *La tutela dell'ambiente tra* diritto *dell'Unione e* pena *nazionale*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 27 luglio 2018, 1 ss.

[121] Cfr. la riflessione della dottrina dinnanzi al riferimento alle generazioni future annoverato nel nuovo art. 9 Cost. Come condivisibilmente osservato, l'interesse inter-generazionale assume il ruolo di parametro informatore del "programma di tutela ambientale". Pertanto, «più che un bene giuridico in senso stretto, tale profilo della tutela ambientale incarna dunque un valore, una proiezione finalistica, volta a contrassegnare l'azione dei pubblici poteri, considerata nella sua globalità. Del resto, la pressante istanza sociale di responsabilizzazione delle generazioni del presente circa gli effetti nefasti dell'inquinamento sulle condizioni di vita attuali e sulle stesse possibilità di sopravvivenza dell'uomo sulla terra non rappresenta una condizione da sola sufficiente ad attribuire a tale valore la rilevanza di bene meritevole di autonoma protezione penale. Un reato che punisse modalità di lesione alle generazioni future risulterebbe infatti del tutto privo di un sostrato sociale e normativo, adeguatamente determinato e afferrabile. Una serie di elementi palesa l'impossibilità del passaggio dalla sfera valoriale alla dimensione del bene giuridico» (L. Siracusa, *Gli ecoreati al banco di prova dei nuovi artt. 9 e 41 della Costituzione,* in *Riv. trim. dir. pen. econ*, 2024. 1-2, 162 s.). Sul punto, si veda altresì G. De Francesco, *Note brevi sulla 'questione ambientale'. Una lettura evolutiva delle esigenze e dei livelli della tutela*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 30 ottobre 2023, 1 ss.

ruolo è quello di una proiezione finalistica che deve ispirare la sua tutela, non potendo invece propriamente integrare un bene giuridico.

Sebbene, quindi, il presente conduca a prendere le distanze dalla possibilità di intervenire mediante "nuovi reati", al contempo, risulta essere il "tempo ideale" per alimentare un dibattito i cui argomenti potrebbero essere chiamati ad operare domani[122]. E, si badi, farlo non vuol necessariamente dire addivenire a risultati che conducano verso l'uso del penale. L'invito a svolgere un ruolo attivo nel dibattito, infatti, muove nientedimeno che dall'opportunità di ribadire la centralità del principio di *extrema ratio.* È quanto mai necessario scongiurare che l'intervento del penale si sostituisca (a) o precluda l'edificazione di programmazioni e strategie preventive a carattere trasversale, che peraltro sembrano *in re ipsa* essere portatrici di una maggior efficacia (fosse anche solo per la loro portata che supera i confini nazionali).

Constatata, quindi, la rilevanza della "questione climatica" da cui deriva un coinvolgimento nella discussione pubblica di tutti i rami dell'ordinamento, al fine di renderla il più possibile completa e consapevole, ci si pone dunque a sostegno di una partecipazione attiva anche dell'universo penale; orientata a difendere la centralità dei suoi princìpi fondamentali tanto dinnanzi al mondo di oggi, quanto rispetto a quello di domani, nella consapevolezza che, richiamando (in modo improprio) un noto passo di Luigi Pirandello, «[la] facoltà d'illuderci che la realtà d'oggi sia la sola vera, se da un canto ci sostiene, dall'altro ci precipita in un vuoto senza fine, perché la realtà d'oggi è destinata a scoprire l'illusione domani»[123].

---

[122] Cfr. R. Palavera, *Teoria e prassi di un diritto penale del clima. Cinque ragioni per parlarne (e una perché non diventi realtà)*, in A. Bondi, G. Marra, R. Palavera (a cura di), *Diritto penale tra teoria e prassi*, Urbino, 2024, 210 ss.

[123] L. Pirandello, *Uno, nessuno e centomila* (1926), Padova, 2023, 53.

PROCEDURE CONCILIATIVE E SOSPENSIONE DEL PROCEDIMENTO PENALE: QUANDO LA RATEIZZAZIONE TRIBUTARIA È VANTAGGIOSA PER L'ERARIO E PER L'IMPUTATO

Gabriella Micheli*

Sommario: **1.** Rateizzazione tributaria e processo penale. – **2.** Funzione e ambito applicativo del (nuovo) art. 13 D.Lgs. 74/2000. – **3.** La sospensione del procedimento penale. – **4.** L'accesso alla rateizzazione e i vantaggi per l'imputato. – **5**. (segue) anche per l'imputato del reato di cui all'art. 8 d.lgs. 74/2000.

ABSTRACT

L'analisi degli strumenti processuali introdotti dal d. lgs. n. 87/2024 conferma l'opera di promozione della regolarizzazione fiscale, portata avanti dal Legislatore. Mediante una rilevante estensione dell'arco temporale (pari alla durata del dibattimento) entro cui poter fare ricorso alla rateizzazione, il soggetto imputato della violazione tributaria (anche solo dichiarativa e priva di profitto) potrà vedere ridotta l'entità della pena, accedendo a rilevanti profili premiali.

A study of the procedural tools introduced by Legislative Decree no. 87/2024 confirms the incentives for tax regularization promoted by the Legislator. By extending the time frame (equal to the duration of the trial) within which to apply for payment by installments, those accused of tax violations (even if only declaratory and without profit) will see their penalties reduced, gaining access to significant incentives.

1. Rateizzazione tributaria e processo penale.

Ad un anno dall'entrata in vigore del d. lgs. n. 87 del 14 giugno 2024, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 28 giugno 2024, n. 150, si inizia a delineare un primo bilancio degli interventi adottati, nel solco della legge delega per la riforma fiscale[1].

---

* Dottoressa di ricerca LUM G. Degennaro.

[1] La legge delega per la riforma fiscale (legge 9 agosto 2023, n. 111), all'art. 20 reca i principi e i criteri direttivi per la revisione del sistema sanzionatorio tributario, amministrativo e penale, in materia di imposte sui redditi, IVA e di altri tributi erariali indiretti e di tributi degli enti territoriali. In particolare, secondo l'indirizzo impresso dal Legislatore della delega, in tema di sanzioni penali, veniva richiesto di dare specifico rilievo all'eventuale sopraggiunta impossibilità, per il contribuente, di far fronte al pagamento del tributo, per motivi a lui non imputabili. Allo stesso tempo, si richiedeva di attribuire importanza alle definizioni raggiunte in sede amministrativa o giudiziale

Mediante la novella è stato, infatti, riformulato il testo degli artt. 13 e 13 *bis* del d.lgs. n. 74/2000, estendendo le cause di non punibilità dei delitti tributari e con il chiaro intento di contenerne le sanzioni.

In particolare, vengono ad essere favoriti tutti quei meccanismi che permettono all'Erario di recuperare l'importo del debito tributario non versato, prevedendo delle inedite finestre di sospensione del procedimento penale, per permettere il pagamento[2].

Tale nuova vocazione recuperatoria si era già inverata con il riconoscimento della causa di esclusione della punibilità per l'integrale estinzione del debito tributario; tuttavia, nel sistema penale tributario delineato con l'ultima riforma, appare ancora più eloquente che il potere punitivo ceda il passo (e rallenti gli stessi tempi del processo penale) a presidio degli interessi dell'Erario.

Così, i giudici di merito[3] hanno dato immediata e diretta applicazione del meccanismo di sospensione del procedimento penale nel caso in cui il debito tributario sia in corso di estinzione mediante rateizzazione, riconoscendo all'autore di una violazione tributaria la possibilità di reintegrare il tributo allo Stato.

Allo stesso modo, si registrano le prime pronunce della Corte di Cassazione che chiariscono, a fronte dell'integrale pagamento, l'ambito di operatività delle cause di non punibilità e del meccanismo di sospensione del processo penale.

Accanto, infatti, all'ampliamento del catalogo delle cause di non punibilità, lo strumento della sospensione del processo funzionale alla estinzione del debito mediante pagamento (anche rateizzato), colloca quale *extrema ratio* la risposta sanzionatoria che si concretizza nella condanna penale dell'evasore. Parimenti, la rilevanza del pagamento del debito tributario post-delittuoso (con la previsione di finestre temporali più ampie) riserva la condanna penale ai soli contribuenti che non abbiano inteso in alcun modo attivare alcuna delle procedure conciliative per il pagamento dei tributi. L'obiettivo è, quindi, recuperare il tributo non versato, se necessario anche rinunciando alla condanna del contribuente: si è giunti, così, in ambito fiscale, a un più ragionevole intento di reintegrazione dell'offesa, piuttosto che alla punizione della condotta in funzione preventiva.

---

circa la valutazione della rilevanza del fatto ai fini penali. Si veda, P. Veneziani, *La legge delega per la riforma fiscale: una prima lettura dei profili penalistici*, in *Sist. pen.,* 2023, 9, 23 ss.; G. Flora, *Profili penali della legge delega per la riforma fiscale,* in *Dir. pen. e proc.,* 2023, 11, 1413 ss.

[2] Parimenti, le modifiche all'art. 12-*bis* del d.lgs. n. 74/2000, escludono il sequestro dei beni finalizzato alla confisca nel caso in cui il debito tributario sia in corso di estinzione mediante rateizzazione, anche a seguito di procedure conciliative o di accertamento con adesione, sempre che, in detti casi, il contribuente risulti in regola con i relativi pagamenti.

[3] Cfr. Ord. Trib. di Ravenna, 17 settembre 2024.

2. Funzione e ambito applicativo del (nuovo) art. 13 D.Lgs. 74/2000.

L'art. 13 del d. lgs. n. 74/2000 contiene la disciplina delle cause di non punibilità specificamente relativa ai reati previsti dal medesimo decreto legislativo.

In particolare, nei commi 1 e 2, sono individuate cause di non punibilità integrate dal pagamento del debito tributario, e in presenza di determinate condizioni, fissate in modo diverso per categorie di reati, mentre nel comma 3, è stabilita la concessione di un termine per consentire l'adempimento in tempo utile, al fine di poter fruire della causa di non punibilità.

Così, il comma 1 dell'art. 13 prevede, per il reato di cui all'art. 10-*bis,* ma anche per quelli di cui all'art. 10-*ter* e 10-*quater,* comma 1, d.lgs. n. 74 del 2000, una causa di non punibilità «se prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, sono stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso».

Con riferimento ai reati tributari dichiarativi richiamati dall'art. 13, comma 2, d.lgs. n. 74/2000 (ossia quelli contemplati dagli artt. 2, 3, 4 e 5) l'integrale pagamento del debito (comprensivo di sanzioni amministrative e interessi) assume una duplice connotazione: se esso si effettua prima della formale conoscenza dell'avvio di ispezioni e verifiche o di attività di accertamento penale, integra una causa di non punibilità. Se invece il pagamento avviene successivamente ma prima dell'apertura del dibattimento, consente all'imputato di accedere al patteggiamento e ai correlativi benefici premiali, integrando al contempo la circostanza attenuante *ex* art. 13-*bis,* comma 1, d. lgs. n. 74/2000.

Il comma 3, invece, dispone «Qualora, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, il debito tributario sia in fase di estinzione mediante rateizzazione, è dato un termine di tre mesi per il pagamento del debito residuo. In tal caso la prescrizione è sospesa. Il giudice ha facoltà di prorogare tale termine una sola volta per non oltre tre mesi, qualora lo ritenga necessario, ferma restando la sospensione della prescrizione»[4].

Proprio su questo tema, si registra l'intervento della Suprema Corte che in una recente pronuncia ha chiarito l'oggetto della riforma di cui al d. lgs. n. 87/2024, e in particolare del "nuovo" art. 13-*bis,* nei commi 1 e 1-*bis,* il quale

[4] La giurisprudenza ha, sul tema, evidenziato che «fino alla riforma recata dal d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87, il comma 3, al primo periodo, dopo le parole "estinzione mediante rateizzazione" conteneva l'inciso "anche ai fini dell'applicabilità dell'art. 13-*bis*", e quindi prevedeva l'operatività della sua disciplina pure con riguardo alle circostanze attenuanti connesse al pagamento del debito tributario prima della chiusura del dibattimento, ovviamente configurabili quando non fossero applicabili le cause di non punibilità di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000. Cfr., Cass., Sez. III, 20 novembre 2024, n. 1227, in *dejure.*

prevede l'attenuante del pagamento del debito tributario prima della chiusura del dibattimento stabilendo un preciso meccanismo di sospensione[5]. La Corte nomofilattica ha, dunque, precisato che in considerazione del complessivo assetto normativo, «sembra ragionevole ritenere che la disciplina di cui all'art. 13, comma 3, d.lgs. n. 74/2000 sia dettata al fine di agevolare la possibilità per l'imputato di fruire della causa di non punibilità integrata dal pagamento del debito tributario in tutte le ipotesi previste dai commi 1 e 2, e, quindi, salvo espressa disposizione di diverso contenuto, sia riferibile a tutte le ipotesi di adempimento dilazionato»[6].

La Suprema Corte ha, così, chiarito che il comma 3 dell'art. 13 d.lgs. n. 74/2000 è una disposizione che si lega ai commi precedenti, sia perché non indica qual è il vantaggio conseguibile mediante l'estinzione del debito tributario, né lo scopo pratico per il quale è concessa la sospensione della prescrizione, invece individuabili sulla base di quanto previsto nei commi 1 e 2, sia perché è funzionale a consentire l'adempimento «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado», ossia proprio entro il termine previsto dal comma 1 per l'integrazione della causa di non punibilità. Ne discende, a parere della Suprema Corte, che è ragionevole ritenere che la disposizione di cui all'art. 13, comma 3, d. lgs. n. 74/2000 sia diretta a consentire all'imputato di poter fruire delle cause di non punibilità di cui ai commi precedenti, ed è applicabile a tutte le fattispecie, in corso di perfezionamento, cui consegue l'estinzione del debito tributario[7].

Anche in via esegetica, dunque, è stata riconosciuta la finalità recuperatoria perseguita dal legislatore, che accorda meccanismi premiali al soggetto che intenda provvedere al pagamento nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.

[5] Come sintetizzato in Cfr., Cass., Sez. III, 20 novembre 2024, n. 1227, in *dejure,* «L'art. 13-*bis,* nei commi 1 e 1-*bis* d. lgs. n. 74/2000 nel prevedere l'attenuante del pagamento del debito tributario prima della chiusura del dibattimento, stabilisce: a) la sospensione del processo per un anno, quando «il debito è in fase di estinzione mediante rateizzazione anche a seguito delle procedure conciliative e di adesione all'accertamento» e l'imputato né da comunicazione al giudice che procede e all'Agenzia delle Entrate, con allegazione dei pertinenti documenti; b) la revoca della sospensione del processo decorso un anno, salvo la comunicazione da parte dell'Agenzia delle Entrate della regolarità del pagamento delle rate in corso; c) la ulteriore sospensione del processo, nel caso della indicata comunicazione da parte dell'Agenzia delle Entrate, per tre mesi; d) una proroga di tale sospensione per un massimo di altri tre mesi, rimessa alla "facoltà" del giudice, se questi ritenga ciò «necessario per consentire l'integrale pagamento del debito»; e) la sospensione del corso della prescrizione durante la sospensione del processo».

[6] Cfr., Cass., Sez. III, 20 novembre 2024, n. 1227, in *dejure.*

[7] Secondo Cass., Sez. III, 20 novembre 2024, n. 1227, in *dejure,* «questa soluzione ermeneutica, inoltre, è perfettamente in linea con la lettera della disposizione di cui all'art. 13, comma 3, d. lgs. n. 74/2000, perché il termine "rateizzazione" è sicuramente riferibile a tutte le possibili tipologie di pagamento frazionato, con cadenze scaglionate nel tempo».

3. La sospensione del procedimento penale.

Come noto, il d.lgs. n. 87/2024 è intervenuto sul testo dell'art. 13-*bis* d.lgs. n. 74/2000[8], prevedendo la sospensione del processo in caso di rateizzazione[9]. Viene, dunque, attribuita rilevanza alle vicende estintive del tributo sul piano dell'accertamento della responsabilità penale, attraverso meccanismi che incidono anche sulla funzione della sanzione penale, nel settore degli illeciti tributari.

In particolare, quando, prima della chiusura del dibattimento di primo grado, il debito è (non ancora estinto ma) in fase di estinzione con rateazione, anche a seguito di conciliazione e adesione all'accertamento, l'imputato ne dà comunicazione al giudice e informa l'Agenzia delle entrate. Il processo è sospeso dalla ricezione della comunicazione.

L'ordinamento pone, dunque, un vero e proprio obbligo per il giudice che sia stato reso edotto dall'imputato che è in corso una procedura conciliativa[10], di sospendere il processo (per il periodo minimo di un anno), vietando che si addivenga ad una sentenza di condanna nella fase di pagamento delle rate del debito tributario.

---

[8] In particolare, ai sensi del nuovo art. 13-*bis* del d.lgs n. 74/2000, «1. Fuori dei casi di non punibilità, le pene dei delitti di cui al presente decreto sono diminuite fino alla metà e non si applicano le pene accessorie indicate nell'art. 12 se, prima della chiusura del dibattimento di primo grado, il debito tributario, comprese sanzioni amministrative e interessi, è estinto. Quando, prima della chiusura del dibattimento, il debito è in fase di estinzione mediante rateizzazione anche a seguito delle procedure conciliative e di adesione all'accertamento, l'imputato ne dà comunicazione al giudice che procede, allegando la relativa documentazione, e informa contestualmente l'Agenzia delle entrate con indicazione del relativo procedimento penale. 1-*bis*. Nei casi di cui al comma 1, secondo periodo, il processo è sospeso dalla ricezione della comunicazione. Decorso un anno la sospensione è revocata, salvo che l'Agenzia delle entrate abbia comunicato che il pagamento delle rate è regolarmente in corso. In questo caso, il processo è sospeso per ulteriori tre mesi che il giudice ha facoltà di prorogare, per una sola volta, di non oltre tre mesi, qualora lo ritenga necessario per consentire l'integrale pagamento del debito. Anche prima del decorso dei termini di cui al secondo e al terzo periodo, la sospensione è revocata quando l'Agenzia delle entrate attesta l'integrale versamento delle somme dovute o comunica la decadenza dal beneficio della rateizzazione. Durante la sospensione del processo il corso della prescrizione è sospeso».

[9] Si rappresenta che un meccanismo sospensivo simile è previsto per la causa speciale di non punibilità di cui al D.L. 30 marzo 2023, n. 34. Cfr., F. Cagnola - F. Boncompagni, *Reati tributari: la "nuova" causa di non punibilità introdotta dal d.l. 30 marzo 2023, n. 34*, in *Sist. pen.*, 13 aprile 2023, par. 3.

[10] In tema di applicabilità della nuova disposizione, ai sensi dell'art. 1, comma 6, del d. lgs. n. 87/2024, «le disposizioni di cui agli art. 12-*bis*, comma 2 e 13-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, come modificati dal comma 1, lettere e), numero 1), e g), numero 1), si applicano anche quando il debito tributario è in fase di estinzione mediante rateizzazione a seguito di regolarizzazione, ai sensi dell'articolo 1, commi da 174 a 178, della legge 29 dicembre 2022, n. 197, dell'articolo 3, comma 12-*undecies*, del decreto legge 30 dicembre 2023, n. 215 convertito, con modificazioni dalla legge 23 febbraio 2024, n. 18, e dell'articolo 7, comma 7, del decreto legge 29 marzo 2024, n. 39» e dunque anche a seguito di rateizzazione mediante la c.d. "rottamazione". Si veda anche Cass., Sez. III, 20 novembre 2024, n. 1237, in *dejure*.

Decorso un anno, la sospensione è revocata, salvo che l'Agenzia delle entrate abbia comunicato che il pagamento delle rate è regolarmente in corso. In tal caso, il processo è sospeso per altri tre mesi, che il giudice ha facoltà di prorogare, per una sola volta, se lo ritiene necessario per consentire l'integrale pagamento del debito[11]. La sospensione – durante la quale la prescrizione è "congelata" – è revocata quando l'Agenzia delle entrate attesta l'integrale versamento o comunica la decadenza dalla rateazione.

L'orientamento di legittimità ha, dunque, precisato che detta sospensione «deve» essere concessa, almeno per il primo periodo di tre mesi, ma a condizione che vi sia un piano di rateizzazione produttivo di effetti e risulti rispettato il termine di pagamento, previsto a pena di decadenza, delle singole rate[12]. Del resto, proprio sulla applicazione del nuovo art. 13 *bis* d. lgs. n. 74/2000, oltre ad annotarsi gli indirizzi interpretativi dei Tribunali, si registrano specifici precedenti di legittimità[13] che confermano la natura obbligatoria della sospensione del processo in presenza di rateizzazione del debito tributario e contestuale pagamento.

Così, con il riferimento al nuovo termine fissato "*prima della chiusura del dibattimento di primo grado",* si accorda all'interessato un più esteso margine temporale per addivenire al pagamento del debito, ampliando la possibilità di "monetizzazione" del rischio penale[14], pur con effetti contenuti sul piano della prevenzione generale, stante l'efficacia solo diminuente del beneficio in parola[15], che tuttavia provoca significativi effetti sul piano processuale. Infatti, lo spostamento della soglia d'accesso alla chiusura del dibattimento comporta un ridimensionamento del valore dell'efficacia deflattiva del termine di apertura del dibattimento, disvelando l'eventualità di valutazioni strumentali da parte dell'imputato circa l'opportunità di iniziare il pagamento rateale e

[11] Si è rilevato che anche una sospensione di un anno e sei mesi potrebbe rilevarsi non sufficiente a garantire un piano coordinamento tra processo penale e procedimento tributario, stante l'effettiva durata dei piani di rateazione (che, ad esempio, in caso di accertamento con adesione si possono articolare in sedici rate trimestrali). Infatti, l'Unione Nazionale Camere Avvocati Tributaristi, audita in Commissione, aveva auspicato una rimodulazione della stessa che tenesse conto dei termini previsti per legge in relazione all'accertamento con adesione e alla conciliazione: così il documento *Memoria UNCAT-AG 144*, 11, in *www.camera.it.*

[12] Cfr., in ordine ai presupposti per la concessione del termine trimestrale, Cass., Sez. III, 12 novembre 2019, n. 5288, Carelli, in *CED Cass.,* n. 278397-01.

[13] Cfr., Cass., Sez. III, 20 novembre 2024, n. 1227, in *dejure.*

[14] Allo stesso tempo, la formulazione della norma – che fa esplicito riferimento al dibattimento – esclude che si possa ricorrere al meccanismo di sospensione del processo nel caso in cui si acceda al giudizio abbreviato: sarebbe stato, al contrario, auspicabile un intervento che desse rilievo all'estinzione rateale del debito tributario *tout court,* e, dunque, anche al cospetto di riti speciali scelti dall'imputato. Così, F. Vergine, *Diritto penale tributario: gli aspetti processuali del d.lgs. n. 87/2024 che allontanano il contribuente dalla condanna penale,* in *Il Processo,* 1/2025, 142 ss.

[15] E. Penco, *Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l'efficacia esimente della crisi di liquidità: il D.Lgs. n. 87/2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità,* in *Dir. pen. e proc.,* 2024, 1579.

attivare il meccanismo sospensivo di cui all'art. 13-*bis* d.lgs. n. 74/2000 sulla base del concreto andamento del giudizio di primo grado[16].

Inoltre, l'accesso alla rateizzazione (anche mediante la c.d. rottamazione) da parte del contribuente imputato comporta non solo la sospensione del processo a suo carico, ma l'obbligo per il giudice di valutare *"in modo prevalente"* anche ai fini del ricorso ad una pronuncia *ex* art. 131-*bis* c.p. proprio la volontà di corrispondere all'Erario l'imposta evasa rispetto al valore soglia stabilito ai fini della punibilità, l'avvenuto adempimento integrale dell'obbligo di pagamento rateizzato e concordato con l'amministrazione finanziaria, l'entità del debito tributario residuo[17].

4. L'accesso alla rateizzazione e i vantaggi per l'imputato.

Il d. lgs. n. 87/2024 ha aggiunto un ulteriore meccanismo diretto a favorire il recupero dell'imposta evasa da parte dell'Erario: secondo il nuovo art. 13 *bis,* fuori dei casi di non punibilità, le pene dei delitti di cui al d. lgs. n. 74/2000 sono diminuite fino alla metà e non si applicano le pene accessorie indicate nell'art. 12 se, prima della chiusura del dibattimento di primo grado, il debito tributario, comprese sanzioni amministrative e interessi, è estinto; con il conseguente obbligo di sospensione del processo penale nel caso di pagamento del debito tributario mediante rateizzazione, proprio al fine di consentirne l'integrale adempimento.

Non sembra discutibile che le nuove disposizioni di cui all'art. 13 e 13-*bis* d.lgs. n. 74/2000, in quanto più favorevoli, siano destinate ad operare retroattivamente: pertanto, se all'entrata in vigore della norma, il contribuente

[16] Tale rischio era stato rilevato, ad esempio, con riferimento alla causa di non punibilità speciale di cui al D.L. 30 marzo 2023, n. 24, la quale individuava come termine ultimo per l'estinzione del debito tributario la sentenza d'appello: sul punto per tutti G.L. Gatta, "*Tregua fiscale" e nuova causa di non punibilità dei reati tributari attivabile fino al giudizio d'appello. E il PNRR?*, in *Sist. pen.*, 12 aprile 2023, par. 5.

[17] Secondo quanto indicato dalla recente giurisprudenza di legittimità «Quanto all'entità dell'offesa, va ricordato che, secondo il testo dell'art. 13, comma 3-*ter,* del d.lgs. n. 74 del 2000- recentemente introdotto dal D.Lgs. n. 87 del 2024 di revisione del sistema sanzionatorio tributario - ai fini della non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* c.p., il giudice deve valutare, in modo prevalente, uno o più dei seguenti indici: a) l'entità dello scostamento dell'imposta evasa rispetto al valore soglia stabilito ai fini della punibilità; b) salvo quanto previsto dal comma 1, l'avvenuto adempimento integrale dell'obbligo di pagamento secondo il piano di rateizzazione concordato con l'amministrazione finanziaria; c) l'entità del debito tributario residuo, quando sia in fase di estinzione mediante rateizzazione; d) la situazione di crisi ai sensi dell'art. 2, comma 1, lettera a), del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui al D.Lgs. n. 14 del 2019. Peraltro, in tema di reati tributari, tra le condotte susseguenti al reato suscettibili di valutazione ai fini dell'applicabilità della causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto ex art. 131-*bis* c.p., come novellato dal D.lgs. n. 150 del 2022, rientra l'integrale o parziale adempimento del debito tributario, anche attraverso un piano rateale concordato con il fisco o l'adesione a provvedimenti relativi alla rottamazione delle cartelle esattoriali (Sez. 4, n. 14073 del 05/03/2024, Rv. 286175)». Cfr., Cass. pen., Sez. III, 22 ottobre 2024, n. 7027.

abbia già effettuato il pagamento o abbia in corso la rateazione e non sia stata ancora dichiarata la chiusura del dibattimento di primo grado, potrà avvalersi della sospensione del procedimento ed ottenere l'esclusione delle sanzioni accessorie di cui all'art. 12 e la riduzione della pena fino alla metà[18].

Nella prospettiva di assicurare un'efficace attività di riscossione da parte dell'Amministrazione finanziaria, la sospensione del processo, *ex* art. 13-*bis*, consente all'Erario di recuperare integralmente le somme ed agli imputati di accedere ai relativi benefici, ivi comprese le cause di esclusione della punibilità, aprendo alla opzione progressiva «non punibilità-pena attenuata».

Il contraltare, per l'imputato che non abbia integralmente estinto il debito prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, è rappresentato dall'efficacia attenuante del pagamento del debito prima della chiusura della fase dibattimentale. La condanna (e la stessa dosimetria della pena) diviene, quindi, una variabile dipendente dal pagamento del debito fiscale.

Ebbene, in un'ottica di sistema, facendo riferimento ad una eventuale contestazione dell'illecito di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000, nel caso in cui il contribuente o l'ente abbia ottenuto il profitto del reato scaricando i costi decritti nelle fatture ritenute false, ed al contempo abbia aderito ad un piano di rateizzazione per il debito tributario relativo proprio alle contestazioni penali, facendo anche ricorso alle procedure conciliative con l'Agenzia delle Entrate, la quale abbia concesso una rateizzazione del debito tributario (ivi comprese sanzioni ed interessi), il soggetto attinto dal procedimento penale potrà rilevare detta evenienza innanzi al tribunale prima della declaratoria di chiusura del dibattimento, ottenendo la sospensione del procedimento anche in caso di regolare pagamento delle prime *tranches*.

Tale evenienza ricorre anche in caso di contestazione di cui all'art. 8 d.lgs. n. 74/2000, nonostante il "profitto" possa essere riferito esclusivamente al soggetto cui viene contestata l'ipotesi di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000. In altre parole, il piano di rateizzazione per il pagamento del tributo[19] rappresenta una condizione di favore cui può fare accesso il contribuente estensibile a qualsiasi dei soggetti imputati di violazioni tributarie, con vantaggio concreto per l'Amministrazione finanziaria, che potrà ottenere la riscossio-

[18] Si segnala, inoltre, che in assenza di una norma transitoria, il giudice di appello ben potrebbe ridurre la pena, e comunque escludere le sanzioni accessorie qualora il contribuente dimostri di aver estinto il debito tributario nel corso del dibattimento di primo grado, consentendo dunque l'applicazione della riduzione della pena laddove il pagamento integrale del debito tributario sia già avvenuto prima della data utile per chiedere l'applicazione di tale meccanismo premiale ad opera del d.lgs. n. 87/2024, non potendosi viceversa ritenere l'applicazione retroattiva ai fatti di reato per i quali il pagamento integrale del debito tributario non sia avvenuto entro la dichiarazione di chiusura del dibattimento di primo grado. Si veda, altresì Cass. pen., sez. III, 15 aprile 2025, n. 20068; Cass. pen., sez. III, 19 dicembre 2024, n. 19675.

[19] Circostanza che, prima della dichiarazione di chiusura del dibattimento di primo grado, porta alla sospensione del processo, nonché alla esclusione delle pene accessorie di cui all'art. 12 e alla riduzione della pena sino alla metà, nel caso di estinzione del debito tributario.

ne del tributo anche grazie all'intervento del soggetto che abbia consentito l'evasione delle imposte, ma che non ne abbia conseguito il profitto diretto.

Del resto, i primi riflessi che solo l'esperienza applicativa potrà confermare dimostrano un ampio ricorso alle procedure di rateizzazione. Tuttavia, resta da verificare se potrà rappresentare un incentivo sufficientemente appetibile per il contribuente la mera promessa di un'attenuazione di pena, in un sistema punitivo in cui nel complesso è la totale esclusione della punibilità a rappresentare ormai l'obiettivo più ragionevolmente sperato.

5. (segue) anche per l'imputato del reato di cui all'art. 8 d.lgs. 74/2000.

Il dato testuale del nuovo art. 13 *bis* annette rilievo essenziale al fatto obiettivo rappresentato dal pagamento delle rate per l'estinzione del debito tributario, consentendone l'operatività a favore di tutti i soggetti imputati per i reati di cui al d.lgs. n. 74/2000.

Invero, il profitto (costituito dal risparmio economico derivante dalla sottrazione degli importi evasi alla loro destinazione fiscale) consegue dalla condotta di cui all'art. 2 d.lgs. n. 74/2000, laddove, invece, l'art. 8 solo strumentalmente produrrebbe il profitto effettivamente conseguito dall'autore dell'evasione fiscale. Tuttavia, il profitto conseguito dall'autore della evasione fiscale e di cui lo Stato ha interesse a ottenere la restituzione, ha natura oggettiva, e dunque l'emittente della fattura falsa può attivarsi mediante un intervento ripristinatorio del pagamento della quota evasa (e di cui egli ha consentito l'evasione).

Infatti, anche l'art. 8 d.lgs. n. 74/2000 (che rappresenta la disposizione di apertura del titolo II, capo II, ove sono collocati i «delitti in materia di documenti e pagamento di imposte») è una norma posta a presidio dell'interesse patrimoniale dello Stato alla regolare percezione dei tributi[20], e dunque anche su tale ipotesi incidono i nuovi meccanismi premiali in caso di rateizzazione del debito tributario, come comprovato dalla scelta del legislatore di estendere i benefici dell'art. 13-*bis* a tutti "*i delitti di cui al presente decreto*".

La fattispecie di cui all'art. 8 d.lgs. 74/2000 è, infatti, intimamente connessa al precedente delitto di cui all'art. 2[21]: proprio tale stretta correlazione tra le due – speculari – ipotesi criminose ha imposto al legislatore di introdurre

[20] G.L. Soana, *I reati tributari,* Milano, 2013, 235; V. Napoleoni, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario,* Milano, 2000, 147; R. Bricchetti, *L'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti,* in G. Falsitta (a cura di), *Diritto penale tributario. Aspetti problematici,* Milano, 2001, 109.

[21] Inserito nel Titolo I, Capo I, del d.lgs. n. 74/2000 che disciplina i delitti concernenti la dichiarazione.

opportuni correttivi diretti ad evitare disparità di trattamento sanzionatorio tra emittente ed utilizzatore[22].

Tuttavia, mentre l'ipotesi di cui all'art. 2 d. lgs. n. 74/2000 rappresenta una fattispecie diretta a tutelare l'Erario, che punisce una condotta che genera profitto in capo all'utilizzatore del documento falso, l'art. 8 dello stesso decreto punisce la condotta di colui che abbia emesso le fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, consentendo l'evasione fiscale al soggetto autore della condotta di cui all'art. 2. Sicché il profitto del reato è configurabile esclusivamente in capo al contribuente autore della violazione dell'art. 2, mentre nei confronti dell'autore dell'art. 8 potrà disporsi esclusivamente l'ablazione dell'eventuale prezzo del reato, cioè del compenso che l'emittente avrebbe percepito per l'emissione delle fatture[23].

Così, soccorrono alcune considerazioni dirette ad evitare disarmonie nel trattamento processuale dei soggetti imputati per violazioni tributarie.

In primo luogo, l'art. 13-*bis*, per riconoscere gli aspetti premiali, esige l'estinzione integrale del debito tributario (comprese sanzioni e interessi).

Per "debito tributario", evidentemente, il legislatore intende il profitto del reato generato dall'art. 2 (che rappresenta al contempo il danno per l'Erario), posto che, come detto, l'art. 8 non genera profitto ma, semmai, un prezzo che non incide sulle casse dello Stato.

Dunque, l'imputato del delitto *ex* art. 8 potrà accedere ai benefici solo se sia stato riversato allo Stato il profitto dell'art. 2 (oltre a sanzioni ed interessi) che, tuttavia, egli non ha percepito.

Appare evidente, sul punto, che la generica definizione di "debito tributario" vada declinata nell'ambito della rilevanza penale dei fatti. Si vuol dire, cioè, che non è sufficiente che l'autore del reato *ex* art. 8 provveda sempli-

[22] Cfr., art. 9 d.lgs. n. 74/2000. Deve evidenziarsi, del resto, che le due fattispecie di cui all'art. 2 e art. 8 soggiacciono alla medesima cornice edittale.

[23] Sotto tale aspetto, la Corte nomofilattica ha evidenziato che, in relazione alla fattispecie di cui all'art. 8 del d.lgs. n. 74 del 2000, consistente nell'emissione di fatture per operazioni inesistenti al fine di consentire a terzi di evadere le imposte, deve richiamarsi il principio, costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui la confisca diretta o per equivalente, come il sequestro preventivo finalizzato a essa, del profitto del reato di emissione di fatture per operazioni inesistenti non può essere disposta sui beni dell'emittente per il valore corrispondente al profitto conseguito dall'utilizzatore delle fatture medesime, poiché il regime derogatorio previsto dall'art. 9 del d.lgs. n. 74 del 2000 – escludendo la configurabilità del concorso reciproco tra chi emette le fatture per operazioni inesistenti e chi se ne avvale – impedisce l'applicazione in questo caso del principio solidaristico, valido nei soli casi di illecito plurisoggettivo. Cfr. Cass. pen, Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 43952, in *CED Cass.,* n. 267925; Cass. pen., Sez. III, 6 novembre 2013, n. 48104, in *CED Cass.,* n. 258052. Dunque, in tale specifica fattispecie, l'entità dei beni confiscabili deve essere rapportata non al profitto eventualmente conseguito dai terzi per effetto della emissione di fatture aventi ad oggetto operazioni inesistenti, ma solo al prezzo del reato, cioè all'eventuale compenso che l'emittente abbia percepito per l'emissione delle fatture. Cfr., Cass. pen., Sez. III, 11 dicembre 2018, n. 25536; Cass. pen., Sez. III, 04 febbraio 2016, n. 15458, in *CED Cass.,* n. 266832; Cass. pen., Sez. III, 26 settembre 2013, n. 42641, in *CED Cass.,* n. 257419.

cemente a corrispondere le imposte derivanti dall'incasso delle somme percepite in esito alla emissione delle fatture per operazioni inesistenti. Conseguentemente, ai fini che qui rilevano (cioè i profili premiali di cui all'art. 13 *bis*), resterà del tutto irrilevante l'eventuale mancato pagamento delle imposte "fisiologiche", cioè di quelle normalmente applicate sulle somme incamerate.

Potranno, pertanto, verificarsi più evenienze, ognuna delle quali esige una precisazione interpretativa.

In primo luogo, potrebbe accadere che l'utilizzatore delle fatture abbia effettivamente estinto il debito tributario.

In tal caso, dei benefici potranno usufruire sia l'imputato dell'art. 2 che quello dell'art. 8. Sostanzialmente, è sufficiente che vi sia l'oggettivo pagamento del debito tributario creatosi per la doppia condotta (emissione/utilizzazione) al fine di elidere le pene accessorie e di defalcare la pena fino alla metà (*ex* art. 13-*bis*).

Se tale è l'approdo (che appare il più ragionevole), occorre chiarire che il pagamento di tale debito tributario non rappresenta una sorta di risarcimento danni che, come noto, per condurre ad un vantaggio processuale deve essere effettuato – con una venatura sanzionatoria – proprio dall'autore della condotta illecita, quanto piuttosto una misura di natura ripristinatoria del tributo non versato. Allo stesso tempo, sopravvive l'interesse dello Stato a tale incasso, dal momento che percepirebbe una somma maggiore di quella che riuscirebbe ad incamerare con la confisca (che è limitata al solo profitto del reato e non alle sanzioni ed agli interessi).

Una seconda possibilità è che l'autore del delitto *ex* art. 2 non provveda a saldare il debito tributario. Rappresentando, come noto, due facce opposte della stessa medaglia, ne discende che la finalità riscossiva introdotta dal d.lgs. n. 87/2024 ben può essere raggiunta anche in presenza di un "intervento" dell'autore del reato di cui all'art. 8 che intenda, accedendo alle procedure di rateizzazione, ristorare l'Erario[24].

Del resto, proprio in virtù dell'interesse dell'Erario ad un oggettivo pagamento, va permesso all'emittente di provvedere al relativo riversamento delle somme (profitto più sanzioni ed interessi) allo scopo di poter beneficiare dello sconto della pena e della mancata applicazione delle sanzioni accessorie.

Diversamente opinando si introdurrebbe una irragionevole disparità di trattamento processuale, nonostante la pari cornice edittale cui sono sottoposti gli autori del reato di cui all'art. 2 e all'art. 8, e, dunque, una disparità di trattamento in caso di pagamento del debito tributario con ristoro dell'Erario.

L'ulteriore conseguenza del pagamento del tributo da parte del soggetto cui viene imputata l'emissione della fattura falsa è che, in tal caso, anche l'u-

[24] Cfr., F. Vergine, *Diritto penale tributario: gli aspetti processuali del d.lgs. n. 87/2024 che allontanano il contribuente dalla condanna penale,* cit., 146 ss.

tilizzatore ne trarrà beneficio, facendo ricorso alle condizioni favorevoli di cui al nuovo art. 13-*bis* d.lgs. n. 74/2000.

Del resto, la fattispecie di cui all'art. 8 è costruita come reato di pericolo[25] astratto[26] e indiretto, senza alcuna previsione di soglia di punibilità, che prevede una sanzione identica (la più grave, peraltro, comminata per i delitti esterni alla dichiarazione) a quella stabilita per il delitto (certamente dotato di maggiore carica offensiva rispetto al bene giuridico di rilievo costituzionale) di cui all'art. 2, D.lgs. n. 74/2000. In sintesi, si rinviene un duplice bene giuridico protetto dalla norma: in prima battuta, la disposizione di cui all'art. 8 tutela in modo diretto, l'interesse dell'Amministrazione finanziaria al corretto esplicarsi della funzione di accertamento, e allo stesso tempo, in modo indiretto, l'interesse dell'Erario alla completa percezione dei tributi[27], in sintonia con l'art. 53 Cost. Si può, quindi, parlare di un interesse (finale) alla percezione del tributo e di un interesse (strumentale) al corretto esplicarsi della funzione di accertamento.

Invero, la concreta lesività della condotta di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti dipende, di fatto, da una persona diversa (il destinatario del documento) rispetto all'autore del fatto incriminato, il quale è in ogni caso punibile all'unica condizione che abbia agito con la finalità di consentire l'evasione altrui[28]. Così, la finalità di consentire l'evasione a terzi connota teleologicamente la condotta incriminata.

La intersoggettività richiesta per integrale la finalità di consentire a terzi l'evasione dell'imposta suggerisce, quindi, che anche l'autore del reato di cui all'art. 8 d.lgs. n. 74/2000 possa ristorare l'Erario, provvedendo al pagamento del tributo, e dunque aderire ad un piano di rateizzazione per il debito tributario, ivi comprese sanzioni e interessi, relativo proprio alle contestazioni penali (e alla falsità dei documenti emessi).

---

[25] S. Bolognini, *Il delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti,* in Aa.Vv., *La riforma del delitto penale tributario,* a cura di U. Nannucci-A. D'Avirro, Padova, 2000, 262, S. Gennai-A.Traversi, *I delitti tributari,* Milano, 2011, 118; R. Zannotti, *Il delitto di omessa dichiarazione,* in Aa.Vv., *Diritto penale tributari,* a cura di E. Musco, Milano, 2002, 174.

[26] R. Bricchetti, in *Diritto penale tributario, aspetti problematici,* in *Quaderni del centro studi e ricerca di diritto penale dell'economia,* diretti da R. Bricchetti e G. Falsitta, Milano, 2001, 109; nonché in giurisprudenza, Cass. pen., Sez. III, 1° dicembre 2010, n. 608; Cass. pen., Sez. III, 14 aprile 2010, n. 19907; Cass. pen., Sez. III, 4 giugno 2009, n. 28654; Cass. pen., Sez. III, 14 novembre 2007, n. 12719; Cass. pen., Sez. III, 11 giugno 2004, n. 26395; Cass. pen., Sez. III, 26 settembre 2006, n. 40172.

[27] Cfr. A. Di Amato, *La dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici,* in Aa.Vv., *I reati tributari,* a cura di A. Di Amato – R. Pisano, Padova, 2002, 128.

[28] Si è, a tal proposito, parlato di dolo specifico di evasione indiretta: S. Bolognini, *Il delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti,* cit., 262; o di dolo di danno: R. Zannotti, *op. cit.*, 174. Secondo A. Martini, *Reati in materia di finanze e tributi,* in *Trattato di diritto penale,* diretto da C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro, Milano, 2010, 481 la fattispecie è da considerarsi reato di «*pericolo concreto, risultando doveroso per il magistrato dimostrare la idoneità della condotta a produrre quell'esito che è descritto come elemento costitutivo della fattispecie (il dolo specifico di evasione fiscale altrui)"*».

Così, dal concreto interesse dello Stato alla riscossione dei tributi evasi – che, pare rivestire valenza ripristinatoria e non risarcitoria, – consegue l'indifferenza rispetto al soggetto (coinvolto nel processo penale) che esegua l'effettivo pagamento dei tributi, con sospensione del processo *erga omnes*[29].

[29] E dunque sia per il soggetto imputato dell'ipotesi di cui all'art. 2, sia per il soggetto imputato dell'ipotesi di cui all'art. 8: nel caso in cui sia stato fatto accesso alla rateizzazione del tributo e questa sia in corso, l'autore del reato di cui all'art. 2 sarà ammesso alla sospensione del processo, con beneficio anche per l'autore del reato di cui all'art. 8; in caso di mancato pagamento delle rate, ben potrà provvedere l'autore del reato di cui all'art. 8, con beneficio della sospensione del processo per l'autore dell'evasione fiscale, al quale potrà essere ridotta la sanzione.

RIFLESSIONI SUL DIRITTO PENALE DELL'ATTEGGIAMENTO INTERIORE TRA TEORIA, LEGISLAZIONE E PRASSI

Piero Brunetti*

Sommario: 1. Il diritto penale dell'atteggiamento interiore in dottrina: una critica. – **2.** Alcune ipotesi normative. – **3.** Un interrogativo dalla giurisprudenza costituzionale: dalla *poena naturalis* al diritto penale dell'atteggiamento interiore? – **4.** Profili involutivi della giurisprudenza di legittimità. – **4.1.** Dolo generico 'specificizzato': lesioni mediche, atti sessuali e detenzione di materiale pedopornografico. – **4.2.** Dolo eventuale. – **4.3.** Il dolo specifico tra tendenze restrittive ed espansive. – **4.3.1.** Alcune recenti pronunce delle Sezioni Unite: finalità di profitto e finalità di agevolazione mafiosa. – **4.4.** Un esempio paradigmatico: l'aggravante della crudeltà. – **5.** Una breve conclusione.

ABSTRACT

L'animo del reo sembra assumere una nuova centralità nel diritto penale. Il contributo intende criticare questa recente tendenza, che emerge dalla legislazione e dalle pronunce delle Corti. Dopo aver inquadrato, sinteticamente, le coordinate teoriche del tema, il principale ambito d'indagine è costituito dal dolo, che pare sempre più impregnarsi dei moventi dell'autore. Vengono, inoltre, prese in considerazione la cd. pena naturale e, tra le aggravanti, specialmente quella della crudeltà.

The mind of the offender seems to acquire a new main role in criminal law. The aim of this paper is to criticize the trend, that emerges from legislation and Courts pronouncements. The main research is on intent, which is increasingly impregnated with the motivations of the offender. Furthermore, it is given consideration to the so-called natural punishment and, among aggravating circumstances, to cruelty.

1. Il diritto penale dell'atteggiamento interiore in dottrina: una critica.

Il cosiddetto diritto penale dell'atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafrecht*) costituisce una categoria risalente e composita[1], inquadrabile tra i

* Dottore di ricerca dell'Università Federico II di Napoli.

[1] Fondamentale, anche per la ricostruzione complessiva delle opinioni in tema, è l'opera di C. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989, *passim*. Per un inquadramento critico, ancora attuali le pagine di N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, Milano, 1983, 42 ss. e *passim*.

paradigmi di diritto penale dell'autore[2]. Esso merita attenzione per due ordini di ragioni. Da un lato, si contraddistingue per un deciso, criticabile spostamento dal fatto al modo d'essere dell'autore nella configurazione del reato. Dall'altro, sussiste un'eco ancora attuale di alcuni suoi corollari in dottrina, disposizioni incriminatrici e applicazioni giurisprudenziali.

Il riferimento alla *Gesinnung* (traducibile come animo, tonalità emotiva o atteggiamento interiore) dell'agente, quale elemento rilevante per la configurazione del reato, è stato variamente adoperato nel corso del tempo, nel solco di una progressiva soggettivizzazione dell'illecito penale. Ciò è avvenuto principalmente ad opera della dottrina tedesca d'inizio Novecento[3]. Tale processo, le cui tappe sono cronologiche più che concettuali, parte da v. Liszt[4], passa per l'elaborazione dei penalisti neokantiani[5] e significative prese

[2] La pluralità di paradigmi di diritto penale dell'autore è stata ben messa in luce da E.R. Zaffaroni, *Tratado de derecho penal - parte general*, vol. III, Buenos Aires, 1981, 185. Similmente, nella dottrina italiana, G. Vassalli, *Diritto penale della volontà e diritto penale dell'evento nella recente legislazione (in «Quaderni 2» - supplemento della «Rassegna della Giustizia militare» [Studi in onore di Vittorio Veutro, 1986, p. 179-185])*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1997, 986. La variante più nota è costituita dal diritto penale del tipo d'autore di marca nazionalsocialista. Di recente, ne costituisce un esempio il cd. diritto penale del nemico; sul punto, la letteratura è vasta; per l'inquadramento e la critica, possono segnalarsi le due opere collettanee Aa.Vv., *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, a cura di Donini, Papa, Milano, 2007; Aa.Vv., *Delitto politico e delitto penale del nemico*, a cura di Gamberini, Orlandi, Bologna, 2007.

[3] Il tema dev'essere opportunamente circoscritto, essendo necessario, altrimenti, ripercorrere l'intera, tormentata storia dommatica dell'elemento soggettivo del reato, ciò che valica i confini della presente analisi. Per altro, in un recente studio, è stato autorevolmente segnalato come forme di *Gesinnungsstrafrecht* fossero già presenti nelle elaborazioni tedesche d'inizio Ottocento: pur mutandone i presupposti filosofici (specie con riguardo alla dialettica necessità-libertà), un accentramento del reato sull'atteggiamento interiore si era già avuto sia tra i sostenitori della funzione specialpreventiva della pena (Stübel, Grolman), sia tra i sostenitori della teoria dell'emenda (Krause, Ahrens, Röder). Cfr. S. Moccia, *Le teorie penali pure nel pensiero tedesco*, Napoli, 2023, 219 ss.

[4] F. von Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, XXIV ed., 1922, 160, riportato da C. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., 56, nt. 76. La concezione della *Gesinnung* di von Liszt aveva un fondamento non spiritualistico, ma biologico-psicologico. Sebbene v. Liszt qualifichi la *Gesinnung* mediante l'aggettivo «asociale», o «antisociale», tuttavia non si tratta di un giudizio di valore di carattere etico, bensì soltanto di una connotazione di dannosità o pericolosità dell'atteggiamento interiore del soggetto nei confronti della società. Conformemente alla sua vocazione liberale, von Liszt si preoccupò di sottolineare come solo la *Gesinnung* esprimentesi nel fatto commesso («aus der begangenen Tat erkennbaren») fosse da tenere in considerazione. Tuttavia, va notato come per von Liszt la *Gesinnung* assuma il significato di una caratteristica permanente, e perciò sostanzialmente deterministica, della personalità del delinquente («*dauernende Einstellung*»). È proprio questo il punto di partenza delle elaborazioni dei *sintomatici* Tesar e Kollmann. Sul punto, cfr. anche le notazioni di E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, 58 ss.

[5] In particolare, furono rilevanti la "scoperta" degli elementi soggettivi dell'antigiuridicità e le conseguenti elaborazioni dommatiche. Per un quadro d'insieme, cfr. F. Schiaffo, *Le situazioni «quasi-scriminanti» nella sistematica teleologica del reato. Contributo ad uno studio sulla definizione di struttura e limiti della giustificazione*, Napoli, 1998, 103 ss.; nonché A. Cavaliere, *L' errore sulle scriminanti nella teoria dell'illecito penale: contributo ad una sistematica teleologica*, Napoli, 2000, 188 ss.

di posizione della dottrina finalistica[6] e culmina nell'elaborazione nazionalsocialista del tipo d'autore[7].

Si tratta di un percorso, peraltro, non ancora concluso. Preme di sottolineare come anche nel periodo post-bellico e fino a tempi recentissimi l'atteggiamento interiore abbia costituito il punto di riferimento di una parte minoritaria della dottrina, sia tedesca che italiana. In particolare, talvolta si è valorizzata la *Gesinnung* al fine di cogliere l'oggetto del rimprovero della colpevolezza, intesa in senso normativo[8]; talaltra si è accentuato l'atteggiamento interiore quale elemento psicologico in chiave dinamico-emozionale, al fine di cogliere l'essenza volitiva (principalmente) del dolo nelle sue varie forme[9].

---

[6] Queste sono ancora riscontrabili nel manuale del H. Welzel, *Derecho penal. Parte general*, trad. spagn. a cura di C. Fontán Balestra, Buenos Aires, 1956, 83 ss.; 103 ss. Cfr., per una panoramica critica, T. Würtenberger, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965, 85 ss. Quest'ultimo, per altro, evidenzia come il Welzel concentri la rilevanza dell'atteggiamento interiore nell'illecito personale, sottraendolo al "più naturale" ambito del rimprovero di colpevolezza; in realtà, ci sentiamo di segnalare come il pensiero del Welzel sia alquanto sfumato sul punto: ciò è ben dimostrato dalla ambiguità con cui lo stesso Welzel tratta della collocazione dommatica dei *Gesinnungsmerkmale*, asserendo che «[...] in certi tipi, alcuni di questi elementi di *Gesinnung* sono, simultaneamente, elementi di colpevolezza. [...] Qui si sovrappongono i limiti dell'illecito e della colpevolezza» - H. Welzel, *Derecho penal. Parte general*, cit., 85.

[7] Per altro, le forme di *Gesinnungsstrafrecht* qui riportate differiscono dal diritto penale del tipo d'autore nazionalsocialista: quest'ultimo accentua l'atteggiamento interiore di infedeltà ai valori etici della comunità al punto da sostituirlo alla violazione del bene giuridico nel fondamento dell'illecito penale; a tanto non arrivarono le teorie appresso riportate, che anzi mantennero saldo il riferimento oggettivo della lesione di un interesse giuridicamente tutelato ai fini della configurazione del reato, come si chiarirà nel testo. Sul diritto penale del tipo d'autore, cfr. soprattutto G. Bettiol, *Sul reato proprio (1939)*, in *Scritti giuridici*, vol. I, Padova, 1966, 400 ss.; Id., *Azione e colpevolezza nelle teorie dei tipi di autore (1942)*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Padova, 1966, p. 535 ss.; A.A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967, *passim*; F. Bricola, *Teoria generale del reato*, *Nss. D. I.*, vol. XIX, Torino, 1973, 26 ss.; G. Marinucci, *Fatto e scriminanti. Note dommatiche e politico-criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 1983, 1190 ss. (spec. 1198 ss.); A. Fiorella, *Reato (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Milano, 1987, 770 ss. (spec. 779 ss.).

[8] Cfr. soprattutto, per la dottrina tedesca, Gallas, *Sullo stato attuale della teoria del reato*, in *Scuola pos.*, 1963, spec. 48 ss. Per la dottrina italiana, G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 3 ss.; M. Romano, G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, III ed., 2004', 332 (pre - art. 39, n. 84); G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, 248 ss., 257 ss. Questa posizione sembra doversi tenere distinta da quella di chi propone di valutare la *Gesinnung* non già come oggetto del rimprovero di colpevolezza, ma più semplicemente come uno degli elementi da considerare al fine di apprestare una efficace strategia di recupero sociale del reo, sempre con il consenso di questi – sul punto, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992 (rist. 2006), 103 ss., 163.

[9] Nella dottrina italiana, è soprattutto la tesi di C. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., 42 ss., 66, 71; recentemente, tuttavia, sembra aderire alle medesime tesi (pur senza nominare la *Gesinnung* e tentando un approccio di carattere storico-dommatico) M. Ronco, Voluntas ut ratio. *Sullo statuto della volontà nel diritto penale*, Torino, 2023, *passim* e spec. 93 ss. Questo tipo di approccio al dolo, da intendersi come *dolus malus*, pare manifestarsi anche in trattazioni più settoriali, specialmente con riguardo al dolo eventuale: cfr. ad es. M.

La varietà delle voci sul punto non consente di ricavare dei presupposti comuni alle varie teorie. Così, mentre alcuni Autori limitano la rilevanza dell'atteggiamento interiore a talune fattispecie[10], la maggioranza dei sostenitori ne evidenzia la portata dommatica generale. Mentre alcuni la riferiscono ai soli soggetti capaci d'intendere e volere (coerentemente con la collocazione della *Gesinnung* nella colpevolezza)[11], per altri assume un peso anche in rapporto ai soggetti non imputabili (altrettanto coerentemente con l'inquadramento nell'elemento psicologico, ancorato al fatto tipico)[12]. La serie di distinguo potrebbe continuare.

Ad ogni modo, la tendenza comune sta nella progressiva eticizzazione del diritto penale e nella riscoperta del libero arbitrio come fondamento della pena[13]; ciò vale non solo per la prospettiva della colpevolezza[14], ma anche per quella dell'elemento psicologico[15].

La giustificazione in termini giuridici della considerazione dell'atteggiamento interiore è stata rinvenuta, specie in tempi più recenti, nel principio di personalità della responsabilità penale[16]; inoltre, la sua legittimità è stata

Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, 70 ss., spec. 88 ss. Esso non è rimasto senza conseguenze sul piano pratico, con adesioni quasi esplicite: cfr., ad es., *infra*, par. 4.2, la giurisprudenza delle S.U. della Corte di cassazione sul caso *Thyssenkrupp*.

10 Si tratterebbe di quelle disposizioni incriminatrici che presentano caratteristiche di atteggiamento interiore (*Gesinnungsmerksmale*): esse si identificano perché formulate mediante espressioni quali, ad esempio, "brutalmente", "per disprezzo", "fraudolentemente" etc.; si tratta di categorie non estranee anche alla nostra legislazione: cfr. ad es. rispettivamente gli artt. 410, 345 (abr.), 505 c.p., 2621 c.c. In questa prospettiva si muove soprattutto E. Schmidhäuser, *Gesinnungsmerkmale im Strafrecht*, Tubinga, 1958, *passim*. Nella dottrina italiana, anche G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 260–261; 264.

11 Cfr. ad es. H. Welzel, *Derecho penal. Parte general*, cit., 85: «Tuttavia, in certi tipi, alcuni di questi elementi di *Gesinnung* sono, simultaneamente, elementi di colpevolezza; cioè, possono essere eseguiti solo dall'autore capace di colpevolezza; ad es.: "in malafede" nel § 170, c) e d). Una sottrazione con "intenzione di appropriazione" può essere eseguita anche dall'incapace (il malato mentale o il bambino), ma negare "in malafede" l'aiuto (§ 170, c), può farlo solo il soggetto capace di colpevolezza. Qui si sovrappongono i limiti dell'illecito e della colpevolezza».

12 Cfr. C. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., 63: «Ora, la *Gesinnung* non ha nulla a che vedere con l'imputabilità e la colpevolezza: anche un soggetto non imputabile, come l'*amens*, può ben agire con "malizia", "pravità", "ferocia" o "malafede" alla stessa stregua di un soggetto imputabile».

13 Questo aspetto è messo in luce, in chiave critica, già da A. Baratta, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, 84 ss., 152 ss.

14 Nell'ambito della dottrina tedesca già citata, cfr. ad es. H. Welzel, *Derecho penal. Parte general*, cit., 152 ss. (spec. 160-163); Gallas, *Sullo stato attuale della teoria del reato*, cit., 49. Nella dottrina italiana, G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 259; G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore.*, cit., 7–8.

15 Cfr. C. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., 46; M. Ronco, Voluntas ut ratio, cit., 107 ss., spec. 118 ss.

16 Sono attualmente discusse le ripercussioni del principio di personalità della responsabilità penale sulla teoria del reato, una volta superate le tesi riduttive del mero divieto di responsabilità

sostenuta in virtù della produzione, mediante la considerazione dell'atteggiamento interiore, di un effetto soltanto restrittivo della punibilità.

Lo spostamento di accento sull'autore non ha portato l'orientamento di cui si discute ad obliterare il ruolo del bene giuridico nella configurazione dell'illecito penale. Anzi, la difesa del bene giuridico ha costituito una costante delle elaborazioni in parola, probabilmente anche per scongiurare il rischio di accostamenti al *Tätertyp* nazionalsocialista[17].

Ad ogni modo, la teoria del diritto penale dell'atteggiamento interiore, al pari delle altre teorie del diritto penale dell'autore, non è accoglibile nell'ordinamento giuridico italiano, fondato sulla Costituzione[18]. Quest'ultima contiene dei principi giuridici non derogabili e capaci di offrire un solido orientamento nella critica alle teorie in parola[19]. In virtù di essi, si impone

per fatto altrui e del divieto di responsabilità oggettiva. È nettamente minoritario l'orientamento, qui sinteticamente analizzato, che spinge l'incidenza del principio sino alle soglie della valutazione dell'atteggiamento interiore dell'agente, vuoi nel dolo, vuoi nella colpevolezza. Invece, maggiormente avvertito è il contrasto in dottrina tra due posizioni: quanti, in maggioranza, sostengono un'estraneità di un disvalore personale rispetto al fatto tipico, inglobando le considerazioni soggettive nella colpevolezza; quanti, invece, sostengono l'esistenza di un disvalore personale nel fatto tipico, nel limitato senso di un'attribuibilità psicologica del fatto all'autore (per altro, in conformità più a un principio di determinatezza che di personalità della responsabilità penale). Per il primo orientamento, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Milano., 2017, 277 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Torino, 2019, 207; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale: parte generale*, XII ed., Milano, 2023, 243–249, 389 ss.; S. Padovani, *Diritto penale*, Milano, 2023, 130–132; G. De Francesco, *Diritto penale: principi, reato, forme di manifestazione*, II ed., Torino, 2022, 205–207; S. Pulitanò, *Diritto penale*, V ed., Torino, 2013, 62–65. Per il secondo, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 141; A. Cavaliere, *Riflessioni intorno a oggettivismo e soggettivismo nella teoria del reato*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1448 ss. (spec. 1461).

17 Tra le affermazioni più vigorose possono ricordarsi quelle di G. Bettiol, *Sul diritto penale dell'atteggiamento interiore.*, cit., spec. 6-10; C. Morselli, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, cit., 91–92; Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, cit., 211, 251.

18 Si esprime contro un diritto penale dell'atteggiamento interiore la dottrina maggioritaria: cfr. F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 116 ss.; N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'ilG. lecito commissivo doloso e colposo*, cit., 42 ss., 219 ss.; Id., *Il soggettivismo nel diritto penale: tendenze attuali ed osservazioni critiche*, in *Foro it.*, 5, 1983, 45 ss.; E. Gallo, *Attentato (delitto di),* in *Appendice del Nss. D.I.*, Torino, 1980, 566 (nt. 38); F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio: libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e reati contro il patrimonio*, Milano, 1980, 24, 223, 236 ss.; S. Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 8, 121, 123 ss.; G. Marinucci, *Il reato come azione*, Milano, 1971, 173 ss. (spec. 177 ss.); F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 65 ss., 87–88; A. Fiorella, *Reato (dir. pen.)*, cit., 781; G. Fornasari, *Diritto penale liberale e derive autoritarie: riflessi nel pensiero del giovane Giuseppe Bettiol*, in *Dallo Stato Costituzionale di diritto allo Stato di polizia?*, a cura di S. Riondato, Padova, 2012, 61. Nella manualistica, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 120; G. Fiandaca, E. Musco, *Dir. pen., parte gen.*, cit., 332; C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 173, 415.

19 La tesi della ricostruzione dommatica del reato alla luce delle norme costituzionali trova, ancora oggi, un caposaldo nel suo primo autorevole formulatore: F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., *passim*; per una revisione critica, seppur con diversa intensità, cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1994, 333 ss.; N. Mazzacuva,

l'elaborazione di un nucleo di illecito penale consistente in un fatto offensivo, cui si accompagnano, per esigenze di tipicità, componenti meramente psicologiche e non emotive[20].

L'argomento cardine si fonda sul principio di materialità. Esso comporta che il disvalore penale debba radicarsi su una condotta del soggetto agente. L'ermeneusi delle disposizioni costituzionali offre chiaramente questo risultato. Sotto il profilo letterale, la costituzionalizzazione è data, seppur in forma sintetica, all'art. 25 co. 2 Cost., il quale si riferisce al "fatto commesso". Si deduce, inoltre, da un'interpretazione sistematica degli artt. 25 e 19 Cost.: la libertà di professare la propria fede religiosa postula, *a fortiori*, il riconoscimento di una libertà morale del cittadino; un mero atteggiamento interiore, di converso, non può certamente essere posto alla base della pena. Ciò è conforme alla separazione, affermatasi sin dall'Illuminismo, tra diritto e morale, sicché la conclusione è suffragata anche dall'argomento storico[21]. Pertanto, a monte, un tale modello di reato risulta vietato anche dal principio di laicità.

Dal principio di materialità discendono diversi limiti al potere punitivo del legislatore. In primo luogo, come riferito, vige il divieto di considerare reato un atteggiamento interiore ovvero una mera intenzione, di qualunque tenore sia la sua motivazione. La reale portata del divieto si coglie, a nostro avviso, non limitandola alla mera configurazione del reato-base: è quanto meno anacronistico, se non limitato a casi di scuola, ipotizzare delle fattispecie incriminanti meri atteggiamenti interiori, senza un supporto fattuale. Perciò, contrastano con il principio di materialità anche quelle circostanze soggettive aggravanti fondate sull'atteggiamento interiore dell'agente[22]. È irrilevante la tradizionale qualifica come "elementi accidentali" del reato, quasi come se si trattasse di elementi secondari: in definitiva, il maggiore o minore disvalore penale (e il conseguente trattamento sanzionatorio) riposa sull'animo dell'autore[23].

Diritto penale e Costituzione, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, Torino, 2000, 79 ss. (spec. 85 ss.).

[20] Cfr. *supra*, nota 16, in relazione al secondo orientamento riportato.

[21] *Ex multis*, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 120–121; G. Fiandaca, E. Musco, *Dir. pen., parte gen.*, cit., 3; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, Napoli, 2000, 15; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma, 1990 (II ed.), p. 483 ss.; A. Manna, *Manuale di diritto penale: parte generale*, II ed., Milano, 2021, 80. Marinucci, Dolcini, Gatta, *Manuale di diritto penale*, cit., 242. A. Pagliaro, *Principi di diritto penale - parte generale*, Milano, 2000, 627–628.

[22] La *ratio* garantistica del principio di materialità ha imposto di riferirsi solo alle circostanze *aggravanti* soggettive; tuttavia, il divieto di dare rilevanza anche a circostanze *attenuanti* di tal genere ci sembra riposi sui principii di uguaglianza e di certezza del diritto (artt. 3 e 25 cost.): diversamente, potrebbe corrersi il rischio di una 'concessione' legislativa di un trattamento di favore per un delinquente, il cui atteggiamento interiore sembri rispondere più fedelmente alla contingente 'morale di governo' o comunque all'etica della maggioranza.

[23] Già in passato denunciava questo aspetto N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, cit., p. 19 ss.; più di recente, si è espresso in tal senso

Per altro, di regola, è una condotta ad essere incriminata. Senonché, è possibile che ad essa venga attribuito un mero significato rivelatore della personalità malvagia dell'autore; storicamente, ciò è accaduto con alcune varianti del diritto penale dell'atteggiamento interiore. In tal caso, il riemergere 'mediato' dell'atteggiamento interiore, quale fulcro dell'illiceità penale, è inibito dal principio di offensività[24]; nonostante alcune opinioni dissenzienti, è ormai assolutamente prevalente l'affermazione della sua cogenza costituzionale[25]. Anche in tal caso, va segnalato come il principio di offensività si ripercuota non solo sulle fattispecie incriminatrici, ma anche sugli elementi accidentali, in linea con le indicazioni della Consulta[26] e della dottrina più recente[27].

Il rifiuto di un diritto penale dell'atteggiamento interiore deve, tuttavia, confrontarsi con la produzione normativa e la prassi. Queste ultime si mostrano talora dimentiche dei vincoli costituzionali, imponendo alcune osservazioni critiche.

2. Alcune ipotesi normative.

Per cominciare, la legislazione offre degli esempi poco rassicuranti. È il caso, soprattutto, di circostanze soggettive, poggianti sulla finalità o sui motivi[28]. Possono ricordarsi alcuni esempi: A) rispetto alle circostanze aggravanti

anche A. Cavaliere, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Nicola Mazzacuva*, a cura di Amati, Foffani, Guerini, Pisa, 2023, 65 ss.

[24] Ad onor del vero, è proprio l'offensività, più che la materialità, a costituire il tradizionale argomento contro un diritto penale dell'autore. Sotto il profilo logico-giuridico, l'alternativa offesa/autore (sullo sfondo neutrale della condotta) è ben esposta già in A.A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., 83 ss.

[25] Per tale ragione, è ormai più agevole fare riferimento alla residua dottrina minoritaria: cfr., ad es. G. Zuccalà, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, vol. III, Milano, 1984, 1700. Non sono mancate, per altro, opinioni tese a ridimensionare in qualche misura la portata del principio: ad es., secondo M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 28–29, 46, quello di offensività sarebbe un principio non dimostrativo, ma di indirizzo politico o comunque argomentativo (e dunque utilizzabile "in misura molto parziale" dalla Corte costituzionale nei giudizi d'incostituzionalità); per un ripensamento, cfr., successivamente, Id., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont. - riv. trim.*, 2013, 15 ss.

[26] Cfr. Corte cost., sentt. n. 249/2010, in tema di aggravante della clandestinità, e 251/2012, in materia di recidiva reiterata.

[27] Cfr. ad es. A. Cavaliere, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, cit., 65 ss. In passato, aveva offerto un chiaro avvertimento A.A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., 272, secondo cui il diritto penale d'autore (e persino un tipo normativo d'autore) può celarsi dietro ogni norma, comunque qualificata, che leghi delle conseguenze sanzionatorie al modo d'essere dell'autore. *Contra*, autorevolmente, F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 67 (nota 9) secondo cui la concezione realistica del reato non avrebbe forza espansiva fino agli elementi accidentali del reato.

[28] Anche sul punto, in chiari termini, cfr. A. Cavaliere, *Il furore casistico nella recente legislazione*

comuni, le ipotesi di cui ai nn. 1) e 2) dell'art. 61 c.p., ossia l'aver commesso il reato da un lato per motivi abietti o futili, dall'altro per eseguirne od occultarne un altro, ovvero per conseguire o assicurare a sé o ad altri il prodotto o il profitto o il prezzo ovvero la impunità di un altro reato; inoltre, l'aggravante di cui al n. 4 dell'art. 61 c.p., che contempla, tra l'altro, l'aver agito con crudeltà verso le persone; B) le aggravanti di cui agli artt. 270-*bis*.1 e 416-*bis*.1 c.p., che attribuiscono disvalore, rispettivamente, alla finalità di terrorismo e a quella di agevolazione mafiosa; C) l'aggravante di cui all'art. 604-*ter* c.p., per i reati (punibili con pena diversa dall'ergastolo) commessi per finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità. Nel prosieguo si tornerà sull'interpretazione offerta dalla Corte di cassazione in rapporto a talune delle aggravanti citate.

Analogamente, si dovrebbero ritenere in contrasto con il principio di offensività quelle (ormai poche) disposizioni in cui, tra gli elementi costitutivi del reato, compare un dato di carattere emotivo/morale, riferito all'autore: si pensi, ad es., al delitto di serrata *ex* art. 505 c.p., laddove si punisce il fatto se commesso "per solidarietà"[29]. Sarebbe, per altro, preferibile una riformulazione di quelle fattispecie in cui la condotta rischia di essere interpretata alla luce dell'atteggiamento interiore: si pensi, ad es., all'art. 410 co. 2° c.p., che configura una fattispecie qualificata di vilipendio di cadavere se l'autore compie "atti di brutalità o di oscenità". Per altro, anche recentemente si è assistito all'introduzione di fattispecie di tal tenore; ne costituiscono esempio gli artt. 544-*bis* e 544-*ter* c.p., introdotti dalla l. 20 luglio 2004, n. 189: essi rendono punibili le condotte di uccisione o maltrattamenti di animali se commesse "per crudeltà o senza necessità"[30]. Infine, non può sottacersi come alcune ipotesi di dolo specifico si prestino a essere interpretate esten-

---

penale. In particolare: circostanze e soggettivismo, cit., 575 ss.; in passato, v. anche S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie del sistema penale*, cit., 99 ss.

[29] Per la travagliata storia degli artt. 502 ss. c.p. e l'ambiguo percorso seguito dalla Corte costituzionale, in generale cfr. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale 1*, VI ed., Bologna, 2021, 708 ss. (spec. 714); La Cute, *Serrata*, in *Enc. dir.*, vol. XLII, Milano, 1990, 230 ss. Nonostante le critiche siano state generalmente rivolte al venir meno del bene giuridico fascista dell'"ordine del lavoro" a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione, riteniamo che un più sicuro argomento d'incostituzionalità sarebbe la riferibilità dell'ipotesi a un paradigma di diritto penale dell'atteggiamento interiore.

[30] Per un quadro generale, cfr. Furia, *I delitti contro il sentimento per gli animali*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, vol. II, Milano, 2022, 4372 ss., ove per altro è condiviso il proposito dell'eliminazione di un tal elemento costitutivo, a causa delle profonde incertezze dommatiche e applicative (*Ivi*, p. 4400-4403). Ritiene che il requisito della crudeltà denoti una scarsa attenzione per il bene giuridico e sia emblema di un tipo d'autore Fasani, *Dal sentimento umano all'animale senziente. Considerazioni a prima lettura sui chiaroscuri della c.d. legge Brambilla*, in *Dir. pen. proc.*, 8-9, 2025, 987 ss. (spec. 991, 995).

sivamente, con il rischio di far deviare la categoria verso forme di rilevanza delle disposizioni d'animo dell'agente[31].

3. Un interrogativo dalla giurisprudenza costituzionale: dalla *poena naturalis* al diritto penale dell'atteggiamento interiore?

La Corte costituzionale non ha, sinora, censurato forme di diritto penale dell'atteggiamento interiore. Viceversa, sembra potersi scorgere una parziale apertura, assai discutibile, alla categoria. Ha costituito l'occasione il tema della *poena naturalis.* Merita perciò qualche considerazione la recente pronuncia della Consulta, n. 48/2024.

Tale sentenza ha rigettato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 529 c.p.p., nella parte in cui, nei procedimenti relativi a reati colposi, non prevede la possibilità per il giudice di emettere sentenza di non doversi procedere allorché l'agente, in relazione alla morte di un prossimo congiunto cagionata con la propria condotta, abbia già patito una sofferenza proporzionata alla gravità del reato commesso; secondo il rimettente, sarebbero violati gli artt. 3, 13 e 27 co.3 Cost., da cui vengono dedotti i principii di necessità, proporzionalità e umanità della pena[32].

A fondamento della questione, vi è la teoria della *poena naturalis*. Mediante tale espressione, ci si riferisce al potere giudiziale – riconosciuto in alcuni ordinamenti europei[33] – di non irrogare la pena, o di irrogarla in misura attenuata, quando l'autore del reato abbia patito un significativo danno materiale (ad es.: l'avere il ladro perso entrambe le gambe durante il furto) o morale (ad es., l'avere il conducente imprudente perso il figlio a causa dell'incidente d'auto provocato, similmente al caso in esame) in conseguenza del reato stesso[34]. Tale teoria è stata più volte trattata nell'elaborazione dei progetti di

---

[31] Cfr. *infra* cap. II, sez. II, par. 3 ss.

[32] Per un commento all'ordinanza di rimessione, con riflessioni anche sul tema della pena naturale, cfr. M.E. Florio, *La riscoperta della poena naturalis: note a margine di una recente questione di costituzionalità*, in *Leg. pen. (riv. web),* 15 novembre 2023.

[33] Possono ricordarsi il § 60 del c.p. tedesco, il § 34 del c.p. austriaco, l'art. 29 del c.p. svedese.

[34] Al tema è possibile fare solo dei brevi cenni in ragione della densità e complessità delle questioni che vi sono sottese. Nella dottrina italiana, ha dedicato diversi studi al tema della pena naturale M. Ronco, con particolare attenzione ai profili di ricostruzione storico-dommatica; in particolare, dell'illustre Autore possono menzionarsi *Il problema della pena: alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, 161 ss.; *Retribuzione e prevenzione generale (già in Studi in ricordo di Gian Domenico Pisapia, I, Milano, 2000)*, in *Scritti patavini*, vol. II, Torino, 2017, 1433 ss.; possono inoltre ricordarsi i commenti al § 60 StGB in C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 431 ss.; G. Fornasari, *I principi del diritto penale tedesco*, Milano, 1993, 524–525. Più di recente, sul tema cfr. le attente analisi di Fornasari, *La pena naturale, la sua urgenza e i suoi paradossi. Abbozzo di una prospettiva* de lege ferenda, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2025, 429 ss. e Penco, *In uno specchio, in un enigma. La Corte costituzionale di fronte alla pena naturale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2024, 1453 ss. Nella dottrina tedesca, al di là dei commenti che i principali manuali dedicano al § 60 *StGB*, può rinviarsi alle recenti indagini di S. Sprotte, *Die poena naturalis im Straf- und*

riforma della legislazione italiana (in particolare nell'ambito dei lavori delle Commissioni "Pagliaro" e "Pisapia").

Nella questione di legittimità, il rimettente argomentava che la pena potrebbe risultare «non necessaria ed eccessiva qualora, per effetto dello stesso fatto illecito, il relativo autore abbia già subito un'afflizione paragonabile a quella che lo Stato vorrebbe produrre con la propria sanzione o addirittura notevolmente superiore, quale quella normalmente conseguente alla morte di un prossimo congiunto», secondo la definizione che dei «prossimi congiunti» fornisce l'art. 307 co. 4 c.p. La sanzione irrogata in aggiunta a una pena naturale di per sé sufficiente sarebbe percepita dai consociati e dal condannato alla stregua di «un crudele accanimento dello Stato», e risulterebbe, quindi, inidonea ad assolvere la funzione rieducativa, oltre che inefficace nella prospettiva di ogni possibile declinazione finalistica della pena (generalpreventiva, specialpreventiva e persino retributiva); essa si risolverebbe in un trattamento contrario al senso di umanità, «fredda conseguenza di rigidi automatismi, quasi l'applicazione di un sillogismo, noncurante della sottostante vicenda umana di sofferenza».

A fronte di queste argomentazioni, l'Avvocatura dello Stato eccepiva, tra l'altro, l'infondatezza nel merito della questione, in ragione del fondamento della punizione del reato colposo: quest'ultimo è per definizione non intenzionale e, perciò, può comportare un'acuta sofferenza in capo al suo autore. Nulla escluderebbe che, ammessa la rilevanza della pena naturale (e della conseguente non punizione) nei reati colposi tra congiunti, la stessa non debba ammettersi anche in altri casi di relazioni interpersonali significative, quali quelle tra medico e paziente o tra maestro e allievo. Tuttavia, ciò farebbe crollare il sistema della responsabilità per colpa, il cui scopo è offrire una protezione rafforzata a beni giuridici primari, prevedendo regole cautelari a tutela dei titolari di quei beni.

La Corte costituzionale offre una motivazione invero ambigua: essa, come si è segnalato, rigetta la questione, ma suggerisce profili problematici della questione sollevata, corretti i quali si potrebbe giungere a un accoglimento della stessa[35]. Pertanto, può cautamente dirsi che la Consulta abbia sostanzialmente aperto la strada alla (futura) rilevanza della pena naturale.

Strafzumessungsrecht, Frankfurt am Main, 2013, *passim*. Anche la scienza penalistica spagnola ha offerto un ampio contributo alla riflessione sul tema: cfr. M. Bustos Rubio, *El reflejo de la poena naturalis en la poena forensis. Posibilidades en derecho penal español*, in «Teoría & derecho», 19, 2016, 119 ss.; B. Mapelli Caffarena, *Pena natural –"poena naturalis"– o daños colaterales en la realización de una infracción penal*, in *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Profesor Santiago Mir Puig*, a cura di Silva Sánchez, Queralt Jiménez, Corcoy Bidasolo, Castiñeira Palou, Buenos Aires, 2017, 1003 ss.; J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis: mitigar el dolor en el derecho penal*, Barcelona, 2018, *passim*.

[35] Conferma quest'impressione il commento a caldo di M. Zincani, *Pene naturali: ci rivedremo presto. Un commento a prima lettura della sentenza n. 48/2024 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza penale web*, 3, 2024.

In motivazione, le ragioni che hanno condotto al rigetto della questione di legittimità costituzionale possono sintetizzarsi nelle seguenti. In primo luogo, la censura è troppo generica nel riferimento ai reati colposi che cagionano la morte: esigenze di tutela di beni e profili criminologici impongono di distinguere le diverse ipotesi di colpa, specialmente in relazione alla qualità della regola cautelare violata; la Consulta sembra escludere una possibile rilevanza della pena naturale rispetto a contesti professionali. In secondo luogo, il riferimento ai prossimi congiunti è troppo generico; infatti, non è possibile presumere (in base all'*id quod plerumque accidit*) che la morte di un qualsiasi congiunto possa provocare all'agente medesimo una sofferenza intima (una pena naturale) tale che la pena irrogata nel processo risulti inutile; la nozione di prossimo congiunto, ai sensi dell'art. 307 c.p., giunge fino a includere rapporti di parentela in linea collaterale di grado inferiore al secondo (come quello di specie, tra zio e nipote), e persino vincoli di affinità; la Consulta sembra riconoscere un possibile rilievo alle relazioni della famiglia nucleare. Infine, è scorretta la censura di un istituto processuale, quale l'art. 529 c.p.p.; ad avviso della Corte, sarebbe possibile riflettere sulla non punibilità, non già sull'improcedibilità, anche per esigenze di accertamento dei fatti; per altro, sul piano sostanziale, la Corte resta ambigua circa la possibile rilevanza della pena naturale quale esimente o circostanza attenuante soggettiva.

La pronuncia merita di essere ricordata in questa sede perché pare aprire una breccia nel delicato tema del diritto penale dell'atteggiamento interiore: non punire in ragione di un'acuta sofferenza dell'autore ha la medesima sostanza del punire in considerazione (anche) di un'emozione dell'autore, da lui provata al momento del fatto e connotata in termini negativi dall'ordinamento.

Contro questo accostamento non sembra possibile eccepire che nell'un caso si tratti di un reato colposo, mentre nell'altro di un reato doloso: laddove il perno della punizione riposi sull'atteggiamento interiore dell'autore, perde di significato il ruolo della volontà/non volontà del fatto, intesa nel senso classico del diritto penale; ad essere centrale è il sentimento che accompagna la condotta. Tantomeno potrebbe eccepirsi che le ipotesi di *Gesinnungsstrafrecht* guardano all'atteggiamento interiore al momento della commissione del fatto, mentre la questione della *poena naturalis* guarda lo stesso in un momento successivo al fatto: in verità, l'ancoraggio temporale ha poco senso rispetto a forme di diritto penale dell'autore; anzi, la rilevanza successiva al fatto di valutazioni sull'autore è tipico indice di un paradigma soggettivistico[36]; per altro, nell'una come nell'altra ipotesi si richiede una verifica empirica impossibile, che esula dai canoni di razionalità cui dovrebbe essere soggetto l'accertamento del fatto penalmente rilevante.

La posizione della Corte, nella misura in cui sembra aprire a una possibile rilevanza della pena naturale, offre numerosi spunti di preoccupazione: al

[36] Cfr. istruttivamente già A.A. Calvi, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, cit., 513 ss.

di là del sempre crescente ruolo politico che assumerebbe la Consulta nelle dichiarazioni d'incostituzionalità, essa rischia di spostare il baricentro del diritto penale verso l'accentuazione del profilo soggettivo-emozionale. Ai fini della commisurazione (e non già dell'esclusione) della pena, sarebbe preferibile circoscrivere l'insieme delle valutazioni sulla persona dell'autore alla colpevolezza intesa in senso normativo, valorizzando adeguatamente gli indici soggettivi enunciati dall'art. 133 c.p., orientati teleologicamente, nel rispetto del principio di proporzione, verso scopi di prevenzione[37]; ciò vale a maggior ragione per la colpa, la cui cosiddetta misura soggettiva impone un'osservazione complessa del fatto e del suo autore.

Per altro, la valorizzazione della pena naturale rischia di far scivolare lo stesso concetto di pena giuridica su un piano meramente retributivo-afflittivo, dato il concetto di compensazione che ne è alla base; ciò renderebbe poca giustizia all'idea di un diritto penale laico e razionale, già da tempo sostenuta da autorevole dottrina[38].

Non s'ignora che alla teorica della pena naturale abbiano contribuito anche sostenitori di teorie relative della pena, per i quali nessuna esigenza di prevenzione generale o speciale sussisterebbe rispetto a un reo che abbia già sofferto una pena naturale. Tuttavia, l'assunto non sembra corretto, soprattutto ove si valuti la prevenzione speciale come risocializzazione e la prevenzione generale come orientamento culturale. In caso di pena naturale 'materiale', il ladro che perde una mano nel tentativo di furto sembra necessitare comunque di una forma di reinserimento sociale, salva ogni diversa forma di assistenza cui avrà naturalmente diritto; la pena, inoltre, contribui-

[37] Cfr. C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale*, Napoli, 1998, 51–52, 69 ss., 183 ss.

[38] Contro l'idea della retribuzione, per tutti, cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, cit., 41 ss. e 92–95. Non si ignora che alla teorica della pena naturale abbiano contribuito anche sostenitori di teorie relative della pena, per i quali nessuna esigenza di prevenzione generale o speciale sussisterebbe rispetto a un reo che abbia già sofferto una pena naturale; tuttavia, l'assunto non sembra corretto, soprattutto ove si valuti la prevenzione speciale come risocializzazione e la prevenzione generale come orientamento culturale. In caso di pena naturale "materiale", il ladro che perde una mano nel tentativo di furto sembra necessitare comunque di una forma di reinserimento sociale, salva ogni diversa forma di assistenza cui avrà naturalmente diritto; la pena, inoltre, contribuisce a orientare i consociati intorno al disvalore insito nell'offesa al patrimonio altrui, nonché ai rischi per la salute che l'attività criminosa può comportare. In caso di pena naturale 'morale', il padre, automobilista imprudente, che perde il figlio nel terribile incidente provocato, non per questo diviene più esperto alla guida o maggiormente capace di valutare le situazioni di rischio connesse a una condotta imprudente; d'altra parte, resta l'esigenza di orientare i consociati al massimo rispetto delle norme cautelari in attività intrinsecamente rischiose. Riflessioni analoghe propone il recente commento di T. Padovani, *La «pena naturale» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sistema penale (riv. web),* 17 aprile 2024. Nulla toglie, ovviamente e come già segnalato, che istanze di proporzione entrino nel giudizio di colpevolezza, anche nell'ottica di una non-desocializzazione del reo. Quanto alle conseguenze di un approccio teleologico (legato agli scopi di prevenzione generale positiva e prevenzione speciale positiva) sul momento dell'inflizione della pena, in generale cfr. S. Moccia, *op. ult. cit.*, 110–111.

sce a orientare i consociati intorno al disvalore insito nell'offesa al patrimonio altrui, nonché ai rischi per la salute che l'attività criminosa può comportare. In caso di pena naturale 'morale', il padre, automobilista imprudente, che perde il figlio nel terribile incidente provocato, non per questo diviene più esperto alla guida o maggiormente capace di valutare le situazioni di rischio connesse a una condotta imprudente; d'altra parte, resta l'esigenza di orientare i consociati al massimo rispetto delle norme cautelari in attività intrinsecamente rischiose[39]. Per tutto ciò, sembra opportuno non dare rilievo normativo specifico alla *poena naturalis.*

4. Profili involutivi nella giurisprudenza di legittimità.

Un concetto che, nell'elaborazione giurisprudenziale, corre il rischio di uno slittamento verso forme di diritto penale dell'autore è quello del dolo. Alla rappresentazione e volontà del fatto, quali elementi costitutivi dell'elemento psicologico, viene sempre più affiancato il rilievo di emozioni e moventi; in tal modo, tuttavia, si assiste ad una soggettivizzazione dell'illecito penale e ad una deviazione verso il modello del diritto penale dell'atteggiamento interiore.

Questo processo, come si tenterà di illustrare, porta a sfumare le stesse categorie dommatiche tradizionali; così, l'atteggiamento interiore sembra individuare un nuovo *trait d'union* tra forme di dolo generico, di dolo eventuale e di dolo specifico.

4.1. Dolo generico 'specificizzato': lesioni mediche, atti sessuali e detenzione di materiale pedopornografico.

Diverse fattispecie incriminatrici a dolo generico hanno subìto una torsione dell'elemento psicologico. Possono ricordarsi le interpretazioni offerte in tema di lesioni mediche, di atti sessuali e di detenzione di materiale pedopornografico.

---

[39] Riflessioni analoghe propone il commento di Padovani, *La «pena naturale» al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sistema penale* (riv. web), 17 aprile 2024. Su tutt'altro versante si colloca, invece, l'opinione di Perrone, *Pene naturali e doppio castigo. L'humanitas ai confini delle teorie sulle funzioni della pena*, in *Dir. pen. proc.,* 6, 2024, 772 ss. (spec. 775). Più di recente, a favore della compatibilità della pena naturale coi fini legittimi della pena si è espresso Fornasari, *La pena naturale, la sua urgenza e i suoi paradossi*, cit., 451-454. Si pone in posizione intermedia Penco, *In uno specchio, in un enigma*, cit., 1478-1479, secondo cui l'ammissibilità della *poena naturalis* andrebbe valutata in concreto: essa dipenderebbe dalla sua compatibilità (occasionale) con le funzioni della pena statale. In verità, nulla toglie, come già segnalato, che istanze di proporzione entrino nel giudizio di colpevolezza, anche nell'ottica di una non-desocializzazione del reo; in tale operazione, tuttavia, risulta quanto meno rischioso fare riferimento a categorie incerte o moraleggianti, come il 'castigo del destino' o l'*humanitas.* Più in generale, sulle conseguenze di un approccio teleologico (legato agli scopi di prevenzione generale positiva e prevenzione speciale positiva) sul momento dell'inflizione della pena, in generale cfr. Moccia, *op. ult. cit.*, 110–111.

Il primo ambito è stato segnato, da ultimo, dalla nota pronuncia delle Sezioni unite "Giulini" del 2009[40]: in sintesi, in caso di intervento terapeutico effettuato nel rispetto delle *leges artis*, in assenza del previo consenso del paziente, il dolo di lesioni non si configura se sussiste una finalità terapeutica nel medico, in caso di esito infausto dell'intervento; se l'esito è fausto, invece, viene a mancare a monte lo stesso elemento oggettivo tipico della malattia.

Nell'accogliere una nozione funzionale di malattia ai fini della configurazione del reato di lesioni, la Suprema Corte illustra alcune brevi considerazioni sul risvolto dell'elemento psicologico: da un lato, osserva come il dolo abbracci non solo l'alterazione anatomica cagionata, ma anche la conseguenziale alterazione del benessere del paziente[41]; dall'altro, afferma una "logica incoerenza" tra la condotta volta a fini terapeutici e il dolo di lesioni (posto che la malattia è la conseguenza peggiorativa della salute, incompatibile con il fine terapeutico)[42]. La Corte rigetta così implicitamente la tesi giurisprudenziale, considerata nella prima parte motiva della sentenza[43], secondo cui in tal modo si sarebbe configurato un dolo specifico, non richiesto dalla norma.

L'orientamento delle Sezioni unite è stato variamente ribadito nel corso degli ultimi anni[44]. Tuttavia, la migliore prova del cedimento verso il rilievo dell'atteggiamento interiore è offerta proprio da queste ultime pronunce: il fattore determinante per la configurazione (non già dell'elemento oggettivo della "malattia", bensì del solo elemento psicologico) è stato individuato, volta a volta, nella motivazione che animava il medico; ciò è avvenuto a dispetto delle pur contestuali negazioni di trasformazione del dolo generico in

[40] Cass., sez. un., ud. 18/12/2008, dep. 21/01/2009, n. 2437, su cui, per alcune riflessioni, si segnalano G. Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario - Nota a Cass. pen. sez. un., 18/12/2008, (ud. 18/12/2008, dep. 21/01/2009), n. 2437*, in *Foro it.*, 6, 2009, 306 ss. e Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, in *Cass. pen.*, 5, 2009, 1811 ss. Questa sentenza ha portato a compimento il lento e articolato percorso giurisprudenziale in tema di responsabilità medica, iniziato negli anni '90, su cui si era soffermato approfonditamente F. Viganò, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguiti senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2004, 141 ss. Per una diversa prospettiva, maggiormente attenta alla fattispecie oggettiva (specie in relazione al trattamento arbitrario con esito infausto) mediante la valorizzazione delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento, cfr. Masarone, *Profili di rilevanza penale del trattamento medico-chirurgico arbitrario*, in *Crit. dir.*, 1–3, 2010, 25 ss. (spec. 36 ss.).

[41] *Ivi*, p.to 8, motivazione in diritto.

[42] *Ivi*, p.to 9, motivazione in diritto.

[43] *Ivi*, p.to 3, motivazione in diritto, ove si richiama l'orientamento di Cass., Sez. IV, n. 28132/2001.

[44] Possono ricordarsi, tra le difese maggiormente vigorose, le pronunce della Cass., Sez. IV, n. 34521/2010 (che, nella sua particolarissima impostazione, affronta il tema nelle seguenti parti motive: sez. II, p.to 6, lett. C) e sez. III, p.to 3); Sez. V, n. 16678/2015 (considerato in diritto, p.to 5); Sez. I, n. 14776/2017 (considerato in diritto, p.to 11.2); Sez. VI, n. 18944/2022 (considerato in diritto, p.to 4.2).

dolo specifico[45]. Così, il dolo è stato ravvisato laddove il medico avesse agito per fini di "lucro", di "affermazione personale e professionale", di "prestigio", "sperimentali" o "per altri fini altrimenti speculativi". Non a caso, anche la dottrina che ha accolto con favore, in buona parte, l'impianto argomentativo della giurisprudenza ha necessità di ricordare che il dolo di lesioni resta generico[46]: *excusatio non petita*...

Il secondo ambito tradizionalmente caratterizzato da uno scivolamento verso l'atteggiamento interiore è quello della definizione degli "atti sessuali", rilevanti ai fini della configurazione dei reati previsti dagli artt. 609-*bis* ss. c.p.; questi ultimi, com'è noto, hanno sostituito nel 1996 gli artt. 519 ss. c.p. La riforma legislativa non ha eliminato i dubbi ermeneutici che, dapprima legati al concetto di 'atti di libidine', si sono poi trasferiti sulla nozione di atti sessuali. Così, sono sopravvissuti nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale due orientamenti[47]: da un lato, vi è chi propugna una lettura oggettiva, per cui la sessualità dell'atto va determinata alla luce delle scienze mediche-psicologiche e delle scienze antropologiche-sociologiche[48] (ferma restando la

[45] Emblematica è l'affermazione contenuta in Cass. Sez. V, n. 16678/2015 poc'anzi citata, secondo cui: «In questa maniera non si trasforma il reato di cui all'art. 582 cod. pen., pacificamente a dolo generico, in reato a dolo specifico, come opinato nella sentenza impugnata e da taluni commentatori, giacché la "specificità" attiene ai motivi dell'*agere* e agli scopi dell'agente, mentre, nella specie, la finalità curativa pone la volontà del medico in rapporto di contraddizione con l'evento tipico. Egli, infatti, non vuole né accetta di procurare una "malattia", anche se la prevede o può prevederla; opera ugualmente, per obbligo professionale e perché "costretto" dalla natura del male che è chiamato a curare. In ciò sta, infatti, la fondamentale differenza tra il medico e qualsiasi volgare attentatore alla incolumità altrui [...]», salvo poi aggiungere che gli insegnamenti delle Sezioni Unite valgono «[...] alla fondamentale condizione – più volte espressa e che qui viene ulteriormente rimarcata – che l'opera del medico sia inequivocabilmente sorretta da un "finalismo curativo" non inquinato da scopi e interessi diversi, come sono quelli rimarcati nella sentenza impugnata (scopi di lucro, di carriera, o sperimentali, che vanno – comunque – pur sempre provati), i quali, se sussistenti, inciderebbero proprio sulla fonte di legittimazione dell'attività medica».

[46] È stato affermato che «la norma non richied[e], conviene ribadirlo, alcun dolo specifico sub specie di *animus nocendi* o simili»: in questi termini, F. Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite*, cit., 1829. Per altro, occorre segnalare come una parte della dottrina (riconosca e) accolga favorevolmente l'impianto soggettivizzante in tema di trattamenti medici arbitrari, enfatizzando la portata dei moventi: cfr. A. Cappellini, *L'orizzonte del dolo nel trattamento medico arbitrario. Un'indagine giurisprudenziale*, in *Riv. it. med. leg.*, 3, 2016, 933 ss. (spec. 951, 955 ss.). Bisogna pure far presente come l'intervento della l. n. 219/2017, sul consenso informato, abbia lasciato irrisolti i principali problemi in esame; per un commento (fermamente contrario alla centralità della finalità terapeutica per la configurazione del dolo), cfr. P. Piras, *L'atto medico senza il consenso del paziente. A dieci anni dalle Sezioni unite e dopo la legge 219 del 2017*, in *Sistema penale*, 11, 2019, 11 ss. (spec. 16 ss.)

[47] Per una sintetica ma efficace ricostruzione, cfr. B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2022, 106–111.

[48] In dottrina, cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, 1*, Milano, 2019 (VII ed.), 429 ss. All'interno dell'orientamento oggettivo, per altro, convivono dei sotto-indirizzi, che non possono essere approfonditi in questa sede; per un'illustrazione, cfr. M. Cappai, *La qualificazione delle*

necessità della rappresentazione e volontà del carattere sessuale dell'atto, da parte dell'autore, ai fini del dolo); tuttavia, dall'altro, una minoranza non irrilevante afferma un'interpretazione soggettiva, per cui è sessuale l'atto soggettivamente orientato all'eccitamento o allo sfogo dell'impulso sessuale dell'autore, senza rilievo degli atti ispirati da altri moventi (es.: affetto, simpatia, etc.)[49]. In tal modo, il dolo si connota di sfumature emotive, che rischiano di trasformarlo in una ipotesi tipica di *Gesinnung.*

Un ulteriore esempio è offerto dal reato di accesso a materiale pedopornografico, previsto all'art. 600-*quater* co. 3 c.p. È necessario ricordare come l'art. 600-*quater* preveda due diverse fattispecie incriminatrici. Al co. 1, è prevista la condotta di chi, al di fuori delle ipotesi di cui all'articolo 600-*ter* c.p., *consapevolmente* si procura o detiene materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto; al co. 3, invece, si minaccia di pena chi, fuori dei casi di cui al primo comma, mediante l'utilizzo della rete internet o di altre reti o mezzi di comunicazione, accede 'intenzionalmente' e senza giustificato motivo a materiale pornografico realizzato utilizzando minori degli anni diciotto.

«violenze» prive di un contatto «corpore corpori» alla prova della recente giurisprudenza in tema di atti sessuali, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2, 2017, 43 ss. Per una recente, pregevole analisi a favore del rilievo dell'atto sessuale in termini rigorosamente oggettivi, cfr. G. Beguinot, *I reati contro la sfera sessuale della persona al tempo di Internet, tra criticità tradizionali ed esigenze di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2023, spec. 1006 ss. In passato, aveva apportato efficaci critiche contro gli orientamenti soggettivistici in tema di atti sessuali L. Picotti, *Il dolo specifico: un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 139 ss. (spec. 150). In giurisprudenza, tra le affermazioni più recenti, può ricordarsi Cass., Sez. III, n. 10923/2019, considerato in diritto, p.to 3.1, secondo cui «ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di violenza sessuale, non è necessario che la condotta sia specificamente finalizzata al soddisfacimento del piacere sessuale dell'agente, essendo sufficiente che questi, indipendentemente dallo scopo perseguito, sia consapevole della natura oggettivamente sessuale dell'atto posto in essere volontariamente, ed in particolare del suo carattere invasivo o lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consenziente».

[49] In dottrina, cfr. ancora recentemente G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, VI ed., Torino, 2024, 332–335, che mirano ad «attribuire una corretta collocazione agli impulsi e alle intenzioni soggettive dell'autore del fatto»; F. Antolisei, C.F. Grosso, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, XVI ed., Milano, 2016, 227, secondo cui è sessuale "ogni sfogo dell'appetito di lussuria"; G. Marini, *Delitti contro la persona*, II ed., Torino, 1996, p. 296, secondo cui gli atti devono essere «[...] legati a motivazioni e/o pulsioni erotiche [...]». In giurisprudenza, questo orientamento è stato affermato anche a seguito della riforma del 1996; tra le ultime pronunce, particolarmente decisa è la presa di posizione in Cass., Sez. V, n. 11598/2010, ove si legge che «ai fini della definizione di "atti sessuali" di cui all'art. 609-*bis* c.p. non è indispensabile il requisito del contatto fisico diretto con il soggetto passivo, ma è sufficiente che l'atto abbia oggettivamente coinvolto la corporeità sessuale della persona offesa e sia finalizzato ed idoneo a compromettere il bene primario della libertà dell'individuo nella prospettiva dell'agente di soddisfare od eccitare il proprio istinto sessuale». Anche nella giurisprudenza di merito riecheggia detta tesi; recentemente, cfr. ad es. le note critiche di G.J. Sicignano, *La cd. «palpata breve» nella violenza sessuale, tra fattispecie oggettiva ed elemento soggettivo. Nota a Trib. Roma, sez. V penale, 6/7/2023*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2024, 374 ss., spec. 378–379.

Al di là della dominante opinione dottrinale circa il contrasto della disposizione con il principio di offensività[50], preme sottolineare come la giurisprudenza abbia surrettiziamente reso rilevanti delle forme di atteggiamento interiore nel dolo della fattispecie. Una recente pronuncia[51] incentra il fulcro della illiceità sul fine perseguito dall'autore (escludendo il dolo qualora si acceda ai *files* "per curiosità" e ritenendolo viceversa sussistente in caso di finalità di condivisione del materiale pedopornografico, secondo il più classico diritto penale della volontà)[52]. È da evidenziare anche come tanto l'art. 600-*quater* co.1 (reato per cui c'era stata condanna nel grado di giudizio precedente) quanto l'art. 600-*quater* co. 3 (reato per cui si ricorreva in Cassazione, chiedendo la riqualificazione del fatto) non contengono elementi strutturali che facciano emergere il dolo specifico. Mediante una particolare operazione ermeneutica, in realtà, i giudici hanno cercato un modo per incriminare l'autore (detentore di materiale pedopornografico) *a cui piaccia* la pedopornografia, piuttosto che il fatto in sé della detenzione o dell'accesso; ciò costituisce un riflesso, nella prassi, delle osservazioni da tempo formulate in dottrina, secondo cui l'art. 600-*quater* c.p. mira a colpire le perversioni di un autore, in quanto "nemico"[53].

---

[50] Cfr. ancora recentemente, per entrambe le fattispecie, Caroli, *Quando guardare un reato. Accesso intenzionale a materiale pedopornografico e novità normative in materia di reati sessuali nei confronti di minori*, in *Dir. pen. proc.*, *7*, 2022, 973 ss., spec. 978–980. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, cit., 239. In relazione alla detenzione (ma ciò ci sembra valido *a fortiori* per l'accesso), cfr. S. Delsignore, *L'incriminazione della detenzione di materiale pedopornografico (art. 660-quater c.p.)*, in *Trattato di diritto penale*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano, 2022, 5891 ss; A. Cadoppi, *Sub art. 600-quater*, in *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia; aggiornata alle legge n. 38 del 2006*, IV ed., Padova, 2006, 229; G. Cocco, *Può costituire reato la detenzione di pornografia minorile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2006, 863 ss.; G. Flora, *Verso un diritto penale del tipo d'autore?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2008, 566–567; A.M. Maugeri, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa, 2021, 43 ss.; T. Padovani, *Legge 3/8/1998 n. 269 Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù. Art. 1: Modifiche al codice penale*, in *Leg. pen.*, 1/2, 1999, 53–55. *Contra*, afferma l'offensività della fattispecie di detenzione F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, 1*, cit., 567 ss.

[51] Si fa riferimento a Cass. Sez. III, n. 36572/2023.

[52] Il termine 'consapevolmente', di cui al co. 1, viene interpretato come una sorta di movente qualificato: « [...] al fine di scongiurare il rischio che un utente ignaro che, per caso fortuito *o per mera curiosità* si trovi ad accedere ad una chat dai contenuti penalmente rilevanti o nella quale gli stessi siano stati solo occasionalmente immessi, sia chiamato a rispondere in via automatica del reato in contestazione, è la consapevolezza della sua partecipazione ad una chat che presenti contenuti integranti la violazione del relativo un precetto penale, e dunque costituita *allo specifico fine di condividere materiale pedopornografico*»; è così necessaria la «la dimostrazione di siffatta consapevolezza, che rileva sul piano dell'elemento psicologico del delitto *ex* art. 600-*quater* comma 1 c.p.» [considerato in diritto, p.to 1]. Che, invece, il dolo del reato sia generico, tuttalpiù intenzionale, è assunto ampiamente condiviso in dottrina: cfr. B. Romano, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., 221; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, cit., 241; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale, 1*, cit., 570.

[53] Cfr. L. Pistorelli, *L'attenzione spostata sulla perversione del reo*, in *Guida al diritto - il sole 24*

4.2. Dolo eventuale.

La Corte di cassazione riunita, nella nota sentenza n. 38343/2014 sul caso Thyssenkrupp, ha offerto delle fondamentali indicazioni sul dolo eventuale, differenziandolo dalla colpa cosciente.

Non occorre, in questa sede, ripercorrere l'articolata e complessa motivazione che ha condotto alla soluzione ermeneutica prescelta dal Giudice di legittimità, né tantomeno il denso dibattito dottrinale che l'ha preceduta[54]. Piuttosto, bisogna sottolineare come la ricerca di un sostrato ontologico del dolo, quale massima adesione psichica all'evento, abbia portato la Corte a rendere rilevanti, in qualche misura, dei momenti emotivi, specie in relazione al dolo eventuale.

La pronuncia manifesta una certa ambiguità. Da un lato, nega la rilevanza, sul piano sostanziale, degli stati d'animo[55]. Dall'altro, tuttavia, attribuisce un ruolo «cruciale» alla valutazione dei motivi che hanno animato l'agente[56], nonché all'emozione (speranza, pessimismo, etc.) che ha accompagnato l'azione[57]; non va sottaciuto come un certo rilievo sia attribuito anche alla personalità dell'autore[58].

---

ore, 9, 2006, 51 ss.; A. Cadoppi, *L'assenza di cause di non punibilità mette a rischio le buone intenzioni*, in *Guida al diritto - il sole 24 ore*, 9, 2006, 40 ss.

[54] Per delle efficaci sintesi del dibattito antecedente alla pronuncia, si segnalano S. Pulitanò, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2013, 22 ss.; M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, *Dir. pen. cont.*, 1, 2014, 70 ss.

[55] «Non rilevano invece, in quanto tali, gli atteggiamenti della sfera emotiva, gli stati d'animo. L'ottimismo ed il pessimismo, la speranza, naturalmente, non hanno un ruolo significativo nell'indagine sull'atteggiamento interno in rapporto alla direzione della condotta verso l'offesa del bene giuridico. Risulta però spesso interessante comprendere le ragioni che hanno determinato la speranza o altro atteggiamento emotivo. E dunque non può neppure dirsi che la considerazione della sfera emotiva sia del tutto estranea al nostro tema» (considerato in diritto, p.to 50). Ancora, si legge «come si è ripetutamente enunciato, gli stati affettivi, emozionali, l'ottimismo, il pessimismo, sono in linea di principio assai poco influenti ed anzi, secondo molti, irrilevanti» (considerato in diritto, p.to 51.10).

[56] Così in considerato in diritto, p.to 51.6

[57] «Senza dubbio l'ottimismo o il pessimismo, la rimozione, il chiudere gli occhi, gli stati affettivi in generale, non risolvono il problema del dolo eventuale. Non è tuttavia privo di interesse tentare di cogliere se e quale iter abbia condotto ad un atteggiamento fiducioso. Il caso Oneda è tipico. I genitori, oltre a non augurarsi per nulla la morte della figlia, avevano maturato la speranza che gli interventi autoritativi imponessero i trattamenti salvavita, evitando loro condotte ritenute peccaminose» (considerato in diritto, p.to 51.10)

[58] Specialmente ai punti 51.3 e 51.9 della motivazione. Nel primo, si legge «[...] La personalità, esaminata in concreto e senza categorizzazioni moralistiche, può mostrare le caratteristiche dell'agente, la sua cultura, l'intelligenza, la conoscenza del contesto nel quale sono maturati i fatti; e quindi l'acquisita consapevolezza degli esiti collaterali possibili. Insomma, essa ha un peso indiscutibile, soprattutto nell'ambito del profilo conoscitivo del dolo». Nel secondo, la valorizzazione del contesto lecito o illecito in cui si è svolto il fatto contribuisce a indiziare il giudizio sulla sussistenza del dolo; la Corte si mostra consapevole del rischio che, in tal modo, il giudizio si tramuti in un giudizio sull'autore: «Una situazione illecita di base indizia più gravemente il dolo, mentre un contesto lecito solitamente mostra un insieme di regole cautelari ed apre la plausibile prospettiva dell'errore

L'ambiguità viene solo in parte superata ove si presti mente alla distinzione dommatica tra *ratio essendi* e *ratio cognoscendi*: si dice comunemente come non possa confondersi il problema dell'essenza del dolo (eventuale) con quello della sua prova e, in particolare, degli indizi ("indicatori", nel linguaggio della Corte) che inducono a ritenerlo sussistente[59]. In verità, non si coglie come, in assenza di una reale nozione sostanziale di dolo (in sentenza il dolo eventuale si riduce alla "consapevole adesione all'evento", a un atteggiamento psicologico solo "assimilabile alla volontà", una "volontà per analogia"), si possa frammentare il problema della sussistenza e della prova del dolo[60]; perciò, la valorizzazione di aspetti emotivi condiziona il modo stesso in cui il dolo eventuale viene configurato nella concreta applicazione del diritto e, in definitiva, la sua stessa sostanza.

Per altro, non sono mancate perplessità legate alla concreta utilità di un indicatore "emotivo" di un'entità "interiore", essendo le emozioni non direttamente conoscibili al pari del dolo stesso[61]; ciò ha comportato la proposta di espunzione del dolo eventuale per indeterminatezza, in ragione della sua "scarsa afferrabilità empirica"[62].

4.3. Il dolo specifico tra tendenze restrittive ed espansive.

Il dolo specifico, com'è noto, costituisce la forma di dolo per cui la stessa legge esige, oltre alla coscienza e volontà del fatto materiale, che il soggetto agisca per un fine particolare; quest'ultimo sta oltre il fatto materiale

---

commesso da un agente non disposto ad accettare fino in fondo conseguenze che lo collocano in uno stato di radicale antagonismo rispetto all'imperativo della legge, tipico del dolo. Naturalmente tale criterio, al pari del resto di tutti gli altri cui si è fatto riferimento, va utilizzato con cautela, ed in accordo con le altre emergenze del caso concreto. Qui si tratta, in particolare, di evitare che il giudizio sulla colpevolezza per il fatto concreto possa nascondere un giudizio sul tipo d'autore». Queste deviazioni indiziarie dal fatto all'autore non sembrano aver impensierito molto la dottrina; in senso adesivo, cfr. G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, 1950. In passato, contro questa posizione ci sembrano porsi le parole di S. Canestrari, *La definizione legale del dolo: il problema del dolus eventualis*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2001, 927–928.

[59] Particolarmente attento a questo profilo critico, mosso da un'apprezzabile motivazione garantistica, è il contributo di Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2014, 1953 ss. (spec. 1968-1969).

[60] Una simile considerazione è presente anche in C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 295-296 (spec. nt. 2).

[61] Cfr. G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, cit., 1948. Si esprime contro il *dictum* della Cassazione, ma per un diverso motivo (perché speranza e volontà non sono coincidenti ontologicamente) anche Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, cit., 1969.

[62] G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il «mistero» del dolo eventuale. Nota a Cass. pen., Sez. Unite, 18 settembre 2014, n. 38343*, cit., 1952.

tipico, onde il conseguimento di tale fine non è necessario per la consumazione del reato[63].

Da tempo la dottrina osserva come, mediante il dolo specifico, assumano rilievo «il fine, l'intenzione, i motivi, l'atteggiamento interiore, la *Gesinnung* e gli stessi impulsi dell'agente»[64]. Perciò, la storia del dolo specifico è la storia della costante frizione con un diritto penale a vocazione oggettiva e dei tentativi di arginarne le derive soggettivistiche[65]. Nella prassi, questa tensione si è manifestata limpidamente; così, convivono orientamenti che cercano di restringere, per quanto possibile, gli esiti soggettivistici, e orientamenti che, invece, sembrano andare nel senso opposto.

Partendo dal primo gruppo, è apprezzabile l'opera ermeneutica svolta in relazione alla finalità di terrorismo, caratterizzante la maggior parte dei delitti di attentato. La giurisprudenza ha inteso, a chiare lettere e in più occasioni, evitare che l'art. 270-*sexies* c.p. potesse divenire il viatico attraverso cui dare spazio al diritto penale dell'atteggiamento interiore[66]. Così, da un lato, si afferma (seppur incidentalmente) il requisito oggettivo della idoneità dell'azione al fine quale «profilo strutturale dei casi di dolo specifico»[67]. Dall'altro, si interpreta restrittivamente la finalità di «costringere i pubblici poteri a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto»: al concetto è data una dimensione necessariamente macroscopica, anche al fine di evitare che ogni

[63] Per questa definizione, F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 319. Per delle approfondite analisi, attente ai profili di carattere storico e sistematico, possono ricordarsi gli studi di L. Picotti, *Il dolo specifico: un'indagine sugli «elementi finalistici» delle fattispecie penali*, cit., *passim*; M. Gelardi, *Il dolo specifico*, Padova, 1996, *passim*.

[64] In questi termini, già F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., 232. Quest'ultimo, nel prosieguo, offre degli istruttivi spunti di riflessione anche su casi avrebbero potuto essere definiti di dolo generico "specificizzato", nella nomenclatura proposta al par. 3.1; dell'opera, ormai classica, resta ancora vivo l'insegnamento relativo all'attenzione metodologica al momento ermeneutico, quale occasione di emersione di forme di diritto penale dell'autore.

[65] In relazione al dolo specifico e ai relativi rischi, ancora attuali ed istruttive sono le pagine di N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale: l'illecito commissivo doloso e colposo*, cit., 219 ss. (spec. 223 ss.).

[66] Ad esempio, Cass. sez. VI, n. 28009/2014 asseritamente conduce una interpretazione volta a evitare "un diritto penale dell'intenzione e del tipo d'autore". La pronuncia in parola ha costituito un punto di riferimento per le sentenze dell'ultimo decennio in tema di terrorismo, che spesso si sono limitate a richiamarne i principii ermeneutici. Altrettanto enuncia, più di recente, Cass., sez. I, n. 25158/2022, che mira a evitare la configurazione di un diritto penale dell'atteggiamento interiore, ove l'incriminazione riposerebbe, nelle parole della Corte, solo sul 'desiderio' politico dell'agente. Una parte della dottrina, d'altronde, in tema di terrorismo riconosce ormai (con certa rassegnazione) alla magistratura un ruolo di "conservazione dei limiti costituzionali e sovranazionali" (in questi termini, M. Pelissero, *La legislazione antiterrorismo. Il prototipo del diritto penale del nemico tra garanzie e rischi di espansione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, 770). Altra parte della dottrina, invece, ha sottolineato come, in alcuni casi, la giurisprudenza abbia proceduto a una "dilatazione applicativa" della fattispecie, con il rischio di "svuotamento" dei requisiti costitutivi, mediante il ricorso a "motivazioni apparenti": cfr. Cavaliere, *270*-sexies, in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, vol. I, VII ed., Milano, 2019, 1818–1819.

[67] Cass., sez. VI, n. 28009/2014, considerato in diritto, pt. 4.1 e 4.6.

azione politicamente motivata possa portare a integrare la finalità in parola[68]. È comunque opportuno precisare come questo tentativo non abbia sempre persuaso la dottrina[69].

4.3.1. *(segue) i recenti arresti delle Sezioni Unite.*

Maggior perplessità, invece, suscitano altre sentenze, caratterizzate da una tendenza espansiva del dolo specifico, nell'ottica di una maggiore pregnanza dei moventi. Possono ricordarsi le recenti pronunce delle Sezioni unite in materia di finalità di profitto nel reato di furto[70] e di finalità di agevolazione mafiosa, prevista, quale aggravante, dall'art. 416-*bis*.1 c.p.[71].

La prima pronuncia interviene a dirimere un contrasto le cui radici sono antiche[72]. Infatti, il profitto, che costituisce la finalità che anima l'agente nei delitti di furto e di appropriazione indebita, può essere inteso, com'è noto, in due modi: o in un'accezione strettamente economica, quale accrescimento del patrimonio del reo, ovvero in senso più ampio, come comprensivo di qualsiasi vantaggio, utilità e godimento, inclusa la soddisfazione di ordine psicologico, estetico, erotico, etc.

Anche questa seconda interpretazione assume graduazioni diverse: così, tra quanti ammettono la concezione estensiva, non manca chi osserva che è pur sempre necessario conservare una nota di patrimonialità, sia pur latamente concepita[73]. A risultati sostanzialmente analoghi giunge una terza tesi, per la quale costituirebbe profitto ogni incremento della capacità strumentale del patrimonio di soddisfare un bisogno umano, materiale o spirituale (economico, affettivo, religioso, artistico, letterario, scientifico, solidaristico, erotico etc.); il fine patrimoniale di profitto non sussiste, pertanto, se il vantaggio non è patrimoniale (avendo il reo agito per un intento di vendetta, dileggio, disprezzo, ludismo, etc.)[74]. Il necessario sostrato patrimoniale della nozione di profitto si afferma per evitare che il dolo specifico venga a confondersi con il movente, di qualunque genere, del reo; ciò ne tradirebbe la funzione selettiva e limitatrice della punibilità.

[68] Cass. sez. VI, n. 28009/2014, considerato in diritto, p.tp 4.4

[69] Cfr., ad es., le notazioni critiche di Masarone, *Associazione con finalità di terrorismo e custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2021, 510 ss., spec. 517-518.

[70] Cass. S.U. n. 41570/2023. Si segnala il commento di G. Amarelli, *Le sezioni unite dilatano il dolo specifico nel delitto di furto: un caso di cripto-analogia in malam partem con effetti irragionevoli?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2024, 179 ss., nonché F. Valente Bagattini, *Le Sezioni Unite sul fine di profitto nel delitto di furto*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2024, 478 ss.

[71] Cass. S.U. n. 8545/2019

[72] Riportano indietro il contrasto sino al diritto romano G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, cit., 37.

[73] Così *Ivi*, 38.

[74] Per tale definizione, F. Mantovani, *Diritto penale. 2: Parte speciale Delitti contro il patrimonio*, VIII ed., Milano, 2021, 43.

Le Sezioni riunite accolgono la nozione ampia del profitto. Tuttavia, esse procedono a una delimitazione su cui è opportuno soffermarsi. Secondo la Corte, «il profitto rilevante, quale connotato della specifica direzione della volontà che va a svolgere un'ulteriore funzione delimitatrice rispetto al mero profilo oggettivo della condotta di sottrazione e di impossessamento, è quello che, indipendentemente dalla sua idoneità ad essere apprezzato in termini monetari, viene tratto immediatamente dalla costituzione dell'autonoma signoria sulla *res* e non quello che può derivare attraverso ulteriori passaggi dall'illecito»[75]. In altri termini, il *discrimen* tra ciò che è profitto e ciò che tale non è passa per l'alternativa "vantaggio immediato" o "vantaggio mediato"; nella stessa pronuncia, come esempio di vantaggio mediato, si riporta la classica ipotesi del militare che ruba al solo scopo di farsi espellere dal corpo militare nel quale era stato arruolato.

Tuttavia, il criterio selettivo presta il fianco ad almeno una critica, ove si presti mente al caso *sub iudice*. In particolare, un soggetto aveva strappato di mano il cellulare alla fidanzata; il gesto, secondo i giudici di merito, era da ricondurre a un movente di ritorsione e di dispetto nei confronti della donna, dopo che quest'ultima aveva chiamato i carabinieri, richiedendone l'intervento a seguito di una lite; l'imputato, per altro, non avrebbe usato il cellulare successivamente, in ragione dell'immediato intervento delle forze dell'ordine, il che genera incertezze anche maggiori sulla finalità reale dell'autore.

In relazione a quel caso, le Sezioni unite ritengono che sussista il fine di profitto, ottenendo il reo un vantaggio immediato dall'appropriazione della *res*. Sennonché, appare evidente come il criterio possa essere manipolato arbitrariamente: il vantaggio, nel caso in esame, ben potrebbe essere ritenuto "mediato" (con conseguente esclusione del dolo specifico) in ragione del fatto che l'utilità finale, avuta di mira dal reo, poteva ad esempio consistere nel recuperare il rapporto affettivo di coppia, sebbene in maniera distorta (in specie, costringendo la donna a cercare il reo per riavere indietro il cellulare). D'altronde, il caso giudicato è attiguo a quello proposto in dottrina per escludere il dolo specifico, in ragione dell'assenza di qualsivoglia patrimonialità: si fa riferimento al caso dell'amante che sottrae il biglietto aereo alla *partner* allo scopo non di utilizzarlo personalmente, bensì di impedirle di partire[76].

Insomma, dietro i concetti di vantaggio immediato o mediato, derivante dalla *res* all'autore della sottrazione, si nasconde una sorta di analisi psicologica del tutto incerta, dai risultati arbitrari[77]; più che individuare un'accet-

[75] Cass. S.U. n. 41570/2023, p.to 2.3.

[76] L'esempio è proposto in G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. Vol. 2, tomo I - I delitti contro la persona*, cit., 38.

[77] Si è anzi precisamente sostenuto che, accogliendo l'accezione lata del fine di profitto, «il fenomeno sembra somigliare non poco ai profili della vecchia *Gesinnung*»: così, A. Carmona, *Il fine di profitto nel delitto di furto. Presupposti «culturali» e struttura normativa*, Milano, 1983, 21 ss. In senso parzialmente diverso G. Amarelli, *Le sezioni unite dilatano il dolo specifico nel delitto di furto: un caso di cripto-analogia in malam partem con effetti irragionevoli?*, cit., 189, 193, il quale ritiene

tabile nozione di profitto (avuto di mira dal reo), la tesi accolta rischia di portare il giudice a distinguere, in concreto, tra autori dalla volontà condivisibile (come l'essere esonerato dal servizio militare) e autori dalla finalità non condivisibile (essere dispettoso o ritorsivo, geloso etc.), prescindendo da un reale collegamento con la *res*. A fronte di queste possibili distorsioni del dolo specifico, sarebbe forse opportuno prediligere la tesi restrittiva[78].

La seconda pronuncia citata porta le Sezioni unite a risolvere il contrasto formatosi in ordine alla natura della circostanza aggravante prevista dall'art. 416-*bis*.1, co. 1, seconda parte, c.p.[79]; quest'ultimo rende punibile più severamente l'avere commesso il fatto «al fine di agevolare l'attività dell'associazione mafiosa» per tutti i reati per cui sia prevista una pena diversa dall'ergastolo. Il dubbio sulla natura soggettiva od oggettiva dell'aggravante in parola si collegava al regime d'imputabilità della circostanza al concorrente, ai sensi dell'art. 118 c.p.

Prima della pronuncia, si sono fronteggiati due orientamenti, che vale la pena ricordare in sintesi. Per il primo, l'aggravante *de qua* avrebbe natura soggettiva. Essa richiederebbe un atteggiamento psicologico per lo più definito in termini di dolo specifico: occorre che l'agente, oltre alla coscienza e volontà del fatto che costituisce l'elemento oggettivo del reato base, agisca per un fine particolare (quello di agevolare l'attività dell'associazione

---

condivisibile l'accoglimento della tesi estensiva, purché sia conservato lo scopo propriamente di *profitto* quale fulcro dell'incriminazione; inoltre, andrebbe sempre verificata l'adeguatezza oggettiva della condotta rispetto allo scopo effettivamente perseguito dall'agente; in mancanza di queste due verifiche, rischiano di essere confuse le fattispecie incriminatrici in concreto applicabili, avendosi sempre un furto in luogo delle più miti figure del furto d'uso, della violenza privata, dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, etc. Senonché, non sembra che l'analisi proposta si sottragga alle critiche qui formulate, posto che, nello sviluppo della stessa, il riferimento utile a discriminare le diverse fattispecie delittuose pare essere il sentimento che muove l'autore del fatto.

[78] Seppur con argomenti diversi, l'accoglimento della tesi restrittiva è stata da tempo patrocinata da una parte autorevole, seppure minoritaria, della dottrina. Cfr. già Leone, *Per una revisione del concetto di profitto nel delitto di furto*, in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini*, Padova, 1954, 285 ss.; F. Bricola, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, 52, nt. 78; G. Pecorella, *Furto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 348 ss. (spec. 352 ss.); F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., 152, 158 ss., 203 ss. Più di recente, M. Gelardi, *Il dolo specifico*, cit., 172–180.

[79] Si tratta della già citata sent. Cass. S.u. n. 8545/2019; tra i diversi commenti, si segnalano Apollonio, *Le Sezioni Unite rivisitano istituti generali per definire lo statuto applicativo dell'agevolazione mafiosa di cui all'art. 416-bis.1 c.p. Nota a Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2019, n. 8545*, in *Cass. pen.*, 6, 2020, 2232 ss.; P. Bartolo, *L'aggravante della agevolazione mafiosa si "applica" anche al concorrente che ha agito con dolo eventuale? Nota a: Cass. pen., sez. un., 19 dicembre 2019, n. 8545*, in *Cass. pen.*, 3, 2021, 933 ss.; Calabrese, *La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassazione a proposito della natura della aggravante della finalità di agevolazione mafiosa. Nota a Cass. Pen., Sez. Sez. un., data udienza Ud. 19 dicembre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8545*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 2, 2020; Candore, *Nota a Cass. Pen., Sez. Sez. un., data udienza Ud. 19 dicembre 2019 (dep. 3 marzo 2020), n. 8545*, in *Cass. pen.*, 6, 2020, 2251 ss.; T. Guerini, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla natura soggettiva dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e sul regime di comunicabilità ai correi*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2020, 763 ss.

di tipo mafioso), la cui realizzazione non è necessaria perché sia integrata l'aggravante. Quest'ultima viene quindi ritenuta di natura soggettiva, in quanto concernente i motivi a delinquere o l'intensità del dolo. Nel solco di tale orientamento, si richiedeva generalmente la presenza, ai fini del riconoscimento dell'aggravante, di un elemento di natura oggettiva, costituito dalla direzione univoca o dall'idoneità dell'azione ad agevolare l'associazione mafiosa. Tuttavia, tale requisito oggettivo veniva prevalentemente richiesto a fini di prova dell'elemento soggettivo che integra l'aggravante: è proprio la natura meramente probatoria del dato oggettivo che consente di inquadrare l'aggravante tra quelle riferite ai motivi a delinquere. Più raramente, tuttavia, la giurisprudenza ne ha evidenziato la necessità, quale ulteriore elemento costitutivo dell'aggravante, ai fini del rispetto del principio di offensività.

Di quest'opinione è anche la dottrina maggioritaria[80]: un elemento oggettivo è necessario per evitare di arrivare a punire un dato meramente intenzionale (giungendosi altrimenti a configurare un reato di pericolo di pericolo, ossia un reato senza offesa, col rischio di configurare una ipotesi di diritto penale dell'autore). In specie, in dottrina si richiede almeno l'effettiva esistenza del gruppo criminale e il possibile raccordo tra quanto programmato dall'agente e l'attività illecita che caratterizza il gruppo criminale. Inoltre, la condotta agevolativa si distingue dal concorso 'esterno' in ragione della non appartenenza dell'agente all'associazione criminale, della non essenzialità del contributo per la realizzazione degli scopi dell'associazione criminale, nonché della irrilevanza di un'effettiva utilità della condotta agevolativa per l'associazione.

Per il contrapposto orientamento, la circostanza in esame sarebbe integrata da un elemento oggettivo, consistente nell'essere l'azione «rivolta ad agevolare un'associazione di tipo mafioso», e sarebbe quindi di natura oggettiva ai sensi dell'art. 70 c.p., in quanto concernente le modalità dell'azione.

Le S.U. accolgono la tesi soggettiva in base ad argomenti teleologici e letterali. L'argomentazione parte da considerazioni squisitamente politico-criminali: la *ratio* dell'aggravante è creare «una sorta di cordone di contenimento» a fronte di tutte quelle condotte che, pur non comportando un effettivo contributo all'associazione, comunque contribuiscano a rafforzarla o rafforzare il pericolo della sua espansione.

L'interpretazione dell'aggravante porta a considerarla come motivo a delinquere qualificato, che ben può concorrere con altro motivo egoistico dell'a-

[80] Cfr. G. De Francesco, *Dogmatica e politica criminale nei rapporti tra concorso di persone ed interventi normativi contro il crimine organizzato*, in Aa.Vv., *Lotta alla criminalità organizzata: gli strumenti normativi*, a cura di G. Giostra, G. Insolera, Milano, 1995, 70 ss.; De Vero, *La circostanza gravante del metodo e del fine di agevolazioni mafiosi: profili sostanziali e processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1993, 42 ss. (spec. 53); E. Squillaci, *La circostanza aggravante della c.d. agevolazione mafiosa nel prisma del principio costituzionale di offensività. Nota a Cass. pen., Sez. I, 20 marzo 2011 (ud. 8 febbraio 2011)*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 1, 2011, 13. Più di recente, L. Messori, *La comunicabilità delle circostanze al correo: una lettura costituzionalmente imposta dell'art. 118 c.p.*, in *Arch. pen. (riv. web)*, 3, 2021, 20 ss.

zione. Il Supremo consesso appunta la propria posizione, invero non molto chiaramente, sulla necessaria esistenza di elementi oggettivi, quali "dati probatori" del motivo; per la Corte, questi ultimi sarebbero per altro utili a garantire l'offensività della fattispecie[81]. Sennonché, nella stessa motivazione, si nega la necessità di una qualche reale utilità dell'agevolazione, il che equivale ad affermare la possibile inesistenza di una qualsivoglia offensività[82].

Il richiamo espresso all'offensività ha rasserenato gli animi di diversi commentatori[83]; tuttavia, una lettura più attenta induce a rimodulare l'entusiasmo. Invero, si assiste a una vera e propria frode delle etichette.

L'interpretazione offerta dalle S.U. mira ad offrire un riscontro probatorio all'intenzione dell'agente (al suo "motivo a delinquere"), ma una cosa è cercare una conferma oggettiva dell'intenzione, altra cosa è ritenere quell'elemento offensivo. Il primo dato consente un rispetto del principio di tipicità (data la necessità di accertare, anche mediante indizi, la fattispecie soggettiva), ma non anche di quello di offensività. Infatti, a ben vedere, l'effettiva possibilità che il contributo abbia agevolato l'associazione (in ciò sta il pericolo) non è veramente effettiva, dovendo sussistere solo nell'intenzione dell'agente; ciò è dimostrato dai riferimenti in sentenza alla "mera valutazione dell'agente", alla non necessarietà di alcun risultato concreto a seguito dell'ideale contributo e persino alla non necessità di un confronto con gli associati; tutti questi dati inducono a dubitare del presupposto di una reale maggiore pericolosità della condotta. In realtà, il fatto resta del tutto indifferente nel suo disvalore oggettivo e l'aggravante è effettivamente sensibile solo all'intenzione. Non

[81] Cfr. Cass. S.u., sent. n. 8545/2019, ove si afferma: «La forma aggravata in esame esige quindi che l'agente deliberi l'attività illecita nella convinzione di apportare un vantaggio alla compagine associativa: è necessario però, affinché il reato non sia privo di offensività, che tale rappresentazione si fondi su elementi concreti, inerenti, in via principale, all'esistenza di un gruppo associativo avente le caratteristiche di cui all'art. 416-*bis* c.p. ed alla effettiva possibilità che l'azione illecita si inscriva nelle possibili utilità, anche non essenziali al fine del raggiungimento dello scopo di tale compagine, secondo la valutazione del soggetto agente, non necessariamente coordinata con i componenti dell'associazione. Trattandosi invero di un'aggravante che colpisce la maggiore pericolosità di una condotta, ove finalizzata all'agevolazione, è necessario che la volizione che la caratterizza possa assumere un minimo di concretezza, anche attraverso una mera valutazione autonoma dell'agente, che non impone un raccordo o un coordinamento con i rappresentanti del gruppo e, soprattutto, non prevede che il fine rappresentato sia poi nel concreto raggiunto, pur essendo presenti tutti gli elementi di fatto, astrattamente idonei a tale scopo. È bene ribadire che tale finalità non deve essere esclusiva, ben potendo accompagnarsi ad esigenze egoistiche quali, ad esempio, la volontà di proporsi come elemento affidabile al fine dell'ammissione al gruppo o qualsiasi altra finalità di vantaggio, assolutamente personale, che si coniughi con l'esigenza di agevolazione» (considerato in diritto, p.to 7).

[82] Nell'analizzare la differenza tra la condotta di concorso esterno e quella di agevolazione, si continua a sostenere che «[...] l'utilità dell'intervento può essere anche valutata astrattamente solo da uno degli agenti, senza estensione ai componenti del gruppo, e del tutto estemporanea e fungibile rispetto all'attività delinquenziale programmata e, soprattutto, non necessariamente produttiva di effetti di concreta agevolazione»: cfr. Cass. S.u. sent. n. 8545/2019, considerato in diritto, p.to 9.

[83] Guardano con un certo ottimismo alla sentenza i commentatori citati *supra*, nota 78.

è un caso che le S.U. non usino l'unica qualificazione che garantirebbe l'offensività della condotta, ossia la "idoneità" del fatto (secondo una prognosi postuma oggettiva, non calibrata sulla psiche dell'agente)[84].

Così, ad esempio, si dovrebbe dire aggravato dalla finalità di agevolazione mafiosa l'avvelenamento del bestiame commesso dal paesano, simpatizzante mafioso, ai danni del compaesano che non aveva rivolto l'ossequioso saluto al capoclan, all'uscita dalla chiesa nel giorno di festa. Questo fatto non contribuisce in alcun modo all'associazione; nella logica della giurisprudenza, però, si dovrebbe dire rafforzata la fama criminale della stessa associazione, con sua conseguente agevolazione; ma si è così lontani da una qualche offesa ulteriore (rispetto al danno patrimoniale, nell'esempio) che, a ben vedere, si punisce maggiormente soltanto per il movente, per l'essere un simpatizzante, per un atteggiamento interiore.

Un ultimo cenno può essere fatto in relazione all'esercizio arbitrario delle proprie ragioni. Si tratta di un tema che esprime l'ambiguità della giurisprudenza verso il rilievo dell'atteggiamento interiore.

Com'è noto, gli artt. 392-393 c.p., in tema di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, prevedono dei reati a dolo specifico, posto che la violenza dev'essere esercitata "al fine di esercitare un preteso diritto". Anche (ma non solo) su quest'ultimo profilo sono stati offerti dei fondamentali chiarimenti, nel 2020, dalla sentenza Filardi della Corte di Cassazione a Sezioni Unite[85]. Specialmente interessante si mostra l'ipotesi di realizzazione plurisoggettiva del reato di 'ragion fattasi', allorquando il titolare del preteso diritto concorra con un terzo; va infatti ricordato che, trattandosi di reato proprio non esclusivo, è possibile configurare i delitti in parola anche se l'esecutore materiale è un terzo. In tal caso, sorge il fondamentale problema della distinzione tra l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni e l'estorsione.

Le S.U. hanno riaffermato l'orientamento tradizionale sul punto, basando il distinguo sul movente del terzo[86]. Difatti, nel caso in cui la condotta tipica sia posta in essere da un terzo a tutela di un diritto altrui, si configurano i delitti di cui agli artt. 392-393 c.p. qualora il terzo abbia commesso il fatto al solo fine di esercitare il preteso diritto per conto del suo effettivo titolare, dal quale abbia ricevuto incarico di attivarsi. Per contro, il terzo non deve essere spinto anche da un fine di profitto proprio, ravvisabile ad esempio nella promessa o nel conseguimento di un compenso per sé, anche se di natura non patrimoniale; qua-

[84] In dottrina, segnala incidentalmente la necessaria «*idoneità* del delitto ad agevolare, se non l'intera associazione, almeno la sua attività in un determinato momento», A. Cavaliere, *Associazione di tipo mafioso*, in *Trattato di diritto penale: parte speciale. 5: Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007, 468.

[85] Cass. S.u. n. 29541/2020, per un cui commento cfr. S. Braschi, *La natura dei reati di ragion fattasi e il loro rapporto con la fattispecie di estorsione: alcuni chiarimenti dalle Sezioni unite*, in *Dir. pen. proc.*, 3, 2021, 314 ss. – ove, per altro, viene condivisa l'argomentazione soggettivistica della Corte (pp. 321-322).

[86] Cfr. sent. ult. cit., considerato in diritto, punti 13 ss.

lora il terzo agente – seppure inizialmente inserito in un rapporto inquadrabile *ex* art. 110 c.p. nella previsione dell'art. 393 c.p. – inizi ad agire in piena autonomia per il perseguimento dei propri interessi, deve ritenersi che tale condotta integri gli estremi del concorso nel reato di estorsione *ex* artt. 110 e 629 c.p.

La pronuncia, a ben vedere, rischiava di introdurre surrettiziamente un profilo di atteggiamento interiore differenziale, distinguendo i reati in base alle disposizioni d'animo del terzo (il senso – mal riposto – di giustizia piuttosto che cupidigia o egoismo, un *animus lucrandi* etc.). A dimostrazione dell'assunto, è interessante notare come una pronuncia della Corte di Cassazione[87] abbia meritoriamente rovesciato gli assunti delle Sezioni unite.

In specie, tale pronuncia procede a una ridefinizione dell'*interesse proprio* del terzo: essa esclude espressamente che il movente del terzo possa assumere valore determinante ai fini della configurazione del reato di ragion fattasi o di estorsione[88]. Per la Corte, l'interesse proprio del terzo va individuato valorizzando l'elemento tipico soggettivo, che distingue la fattispecie di cui agli artt. 392-393 c.p. da quella *ex* art. 629 c.p.; perciò, ai fini della configurabilità dell'estorsione, il terzo concorrente deve coartare la volontà della vittima rappresentandosi un ingiusto profitto con altrui danno. Secondo la Corte, se il terzo ha richiesto alla persona offesa esattamente lo stesso oggetto del diritto agito, l'eventuale motivo egoistico che possa averlo mosso ad agire non può determinare la differente e più grave qualificazione giuridica.

Invero, può avvenire che il creditore abbia promesso una ricompensa al terzo o altro profitto, ovvero che il terzo abbia agito nella prospettiva della realizzazione di un proprio futuro guadagno indiretto; tuttavia, questo motivo è estraneo all'azione delittuosa commessa nei confronti della vittima e non consente di qualificare il fatto come un'estorsione. Infatti, il dolo del terzo rimane sempre quello di agire esattamente e precisamente per la realizzazione del solo diritto sotteso all'azione e non anche per arrecare danni altrui, con corrispondente ingiusto profitto; così che l'eventuale guadagno

[87] Cass., sez. II, n. 46097/2023. Quest'ultima, a dispetto di un asserito rispetto della decisione delle Sezioni unite, ne contesta sostanzialmente gli assunti.

[88] In verità, a un'analisi minuziosa, non può sfuggire come l'*iter* logico sia assai stravagante, passando dal soggettivo all'oggettivo: si parte dall'idea, ossequiosa del *dictum* delle S.U. Filardi, che l'*interesse proprio* attenga al piano psicologico del terzo; si dice che, però, il reato di estorsione non è a dolo specifico, ma a dolo generico, sicché l'*interesse proprio* non può che consistere nella rappresentazione e volontà dell'evento dell'estorsione; quest'ultimo consiste, appunto, nell'ingiusto profitto con altrui danno. Mediante il riferimento all'evento, tuttavia, si passa a delineare il contributo materiale del comportamento del terzo: per essere rilevante come estorsione, è necessario che vi sia, appunto, prima di tutto, un ingiusto profitto con altrui danno. Con questo articolato percorso logico, verosimilmente, si è voluta eludere la tesi tradizionale, condivisa dalle S.U. Filardi, che distingueva i reati di estorsione e di esercizio arbitrario delle proprie ragioni in base a un criterio soggettivistico; in tal modo, si distinguono i due reati in base al profilo oggettivo; tuttavia, ai fini della distinzione, non si guarda più alla gravità della violenza (proporzionata o sproporzionata), come pure era stato proposto in giurisprudenza prima dell'intervento delle S.U., ma alla qualità dell'evento prodotto (esatto importo vantato dall'altrui diritto, con conseguente configurazione degli artt. 392-393 c.p., oppure extraprofitto, con configurazione dell'estorsione).

sotteso può costituire il prezzo del reato di cui all'art. 393 c.p. o il movente del reato, ma non costituisce un interesse proprio diretto, tale da determinare la più grave qualificazione giuridica, non arrecando alcun danno altrui. In altri termini, ove il terzo abbia avuto quale motivo dell'azione un interesse proprio mai oggetto di richiesta nei confronti della vittima, dipendente da circostanze del tutto estranee all'azione criminosa, egli continua a rispondere di esercizio arbitrario, pure, per usare le parole della Corte, se possa avere immaginato di ricavare un qualche guadagno dall'azione criminosa.

In definitiva, la Corte ha premura di precisare, in maniera significativa, che il dolo riguarda la sfera della rappresentazione e volizione dell'evento; non rientra nella sua struttura il movente (definito in sentenza come la causa psichica della condotta umana e che costituisce lo stimolo che ha indotto l'individuo ad agire); quest'ultimo «non ha alcuna rilevanza ai fini del dolo».

4.4. Un esempio paradigmatico: l'aggravante della crudeltà.

Uno dei massimi riconoscimenti, nella giurisprudenza di legittimità, dell'atteggiamento interiore quale fulcro della (più severa) punizione si è avuto in relazione all'aggravante di cui all'art. 61 n. 4 c.p.; di quest'ultima si è occupata una rilevante sentenza della Suprema Corte a sezioni unite[89].

La Corte qualifica la circostanza in parola come soggettiva: l'efferatezza che contraddistingue le manifestazioni dell'aggravante non atterrebbe alle modalità della condotta, ma caratterizzerebbe l'atteggiamento interiore dell'autore. Tale pronuncia afferma: «Si tratta in effetti di comportamenti che rilevano precipuamente nella sfera della colpevolezza, dell'atteggiamento interiore, caratterizzato da particolare riprovevolezza per via della sua perversità. È ben vero che l'aggravante chiama in causa le particolari modalità dell'azione. Tuttavia tali peculiarità rilevano più che per la concreta afflittività della condotta tipica che conduce all'evento, per il contrassegno di spietatezza che conferiscono, nel complesso, alla volontà illecita manifestatasi nel delitto. Insomma, le eccedenti modalità dell'azione mostrano una riprovevolezza che giustifica l'aggravamento della pena».

Si legge pure che «è la perversità dell'intento che, al fondo, contrassegna la figura di cui si parla. Tale atteggiamento di gratuita eccedenza, naturalmente, è intrinsecamente volontario. Esso può essere definito doloso, ma con la precisazione, già accennata ma da ribadire, che non si fa qui riferimento al dolo d'evento ma se ne recuperano le categorie, i tipi, per più immediata

[89] Si fa riferimento a Cass. S.U. n. 40516/2016; per dei commenti, in generale concordi con le conclusioni della Corte, cfr. le note di G. Demuro, *Dolo d'impeto, aggravante della crudeltà e componenti impulsive della condotta*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2016, 1975 ss.; E. La Rosa, *Le Sezioni unite "ribadiscono" la compatibilità tra dolo d'impeto e aggravante della crudeltà*, in *Giur. It.*, 5, 2017, 1214 ss. (spec. 1217); Veneziani, *Dolo d'impeto ed aggravante della crudeltà*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2017, 604 ss.

ed agevole esplicazione del pensiero e catalogazione dei moti interiori entro schemi noti al lessico giuridico».

Nel prosieguo, la Corte precisa che «le considerazioni svolte – si confida – rendono chiaro che la riprovevolezza aggiuntiva riguarda l'azione e non l'autore. Si infligge una pena più severa perché la condotta è efferata e non perché l'agente è una persona crudele. Il contrario avviso espresso dall'ordinanza di rimessione non può essere condiviso. L'attribuzione al diritto penale di un'impronta autoriale rischia di evocare scenari del passato estranei al moderno diritto penale costituzionale. Inoltre, il dato normativo è chiaro: il rimprovero riguarda la condotta posta in essere nel corso dell'esecuzione del reato. Si può essere compassionevoli per un'intera vita ed efferati in una speciale, magari drammatica contingenza esistenziale. Infine, il sistema. Il codice non è alieno dal considerare l'autore: la recidiva, l'abitualità, la professionalità nel reato. Ma sempre lo fa considerando la storia personale e mai un singolo atto».

La pronuncia, invero, lascia emergere non pochi aspetti problematici. Da un lato, sebbene con formulazione ambigua, sembra affermare vigorosamente una colpevolezza per il fatto piuttosto che per la condotta di vita; in tal modo, vorrebbe schermarsi dal rischio di un diritto penale "autoriale". L'assunto è per altro irrilevante: qui si potrebbe configurare, tuttalpiù, una colpevolezza per il carattere (malvagio) più che per la condotta di vita[90]. Anche criminalizzare un atteggiamento interiore malvagio in un singolo momento della vita dell'autore significa attingere a un parametro soggettivizzante.

Dall'altro lato, contraddittoriamente, la pronuncia sembra riconoscere forme di diritto penale dell'autore classiche, di stampo positivistico; queste ultime sono trattate dalla Cassazione per differenza, perché, diversamente dalla crudeltà, guardano all'intera storia personale del reo. Sennonché, in tal modo, la Corte offre per la seconda volta il fianco a critiche, fornendo un'ulteriore legittimazione a quel diritto penale "autoriale", il cui rischio voleva scacciare.

La dottrina che si è interessata al commento della decisione, d'altronde, è parsa poco sensibile ai problemi citati. È stata anzi definita "eccessiva" la preoccupazione della Corte di fugare dubbi sul diritto penale dell'autore[91]. L'attenzione è stata spostata sull'oggetto del giudizio di colpevolezza in sen-

[90] Per una efficace definizione delle categorie in parola, cfr. E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 287 ss.

[91] Così G. Demuro, *Dolo d'impeto, aggravante della crudeltà e componenti impulsive della condotta*, cit., 1979, il quale scrive «Affermare – come pure in sentenza – che la condotta crudele rileva nella sfera della colpevolezza, dell'atteggiamento interiore, rendendolo particolarmente riprovevole per la sua perversità, insistere poi sul contrassegno di spietatezza che tale condotta conferisce alla volontà illecita, significa in fondo esprimere un giudizio, una riprovazione personale su un singolo fatto e su un animo per come si è manifestato in quel fatto, senza che ciò comporti l'attribuzione di un'etichetta duratura all'autore». Al di là dell'eloquente riferimento al giudizio anche sull'animo dell'autore (ribadito pure *Ivi*, 1996, ove si afferma che l'aggravante investe "il profilo morale" dell'autore), va segnalato un altro dato: una "etichetta duratura all'autore", in verità, esiste e consiste nella misura supplementare di pena che egli dovrà scontare. Il diritto penale dell'autore va guardato per i suoi risvolti concreti e non solo in un'ottica meramente astratta.

so normativo, in una prospettiva marcatamente retributiva[92]. Tuttavia, com'è noto, la colpevolezza per il fatto, in senso normativo, consiste in un giudizio individualizzato, concreto sull'autore[93]. Se ciò è vero, va posto in dubbio lo stesso collegamento tra la categoria dommatica della colpevolezza e una circostanza aggravante soggettiva: quest'ultima offre una valutazione astratta del disvalore (soggettivo), che mal si presta a essere riferita a una colpevolezza così congegnata e che attiene maggiormente alla definizione del nucleo tipico dell'illecito penale[94]. Tuttavia, quest'ultimo non può essere connotato da dati eticizzanti, in una corretta impostazione del reato nell'ordinamento costituzionale.

Pare preferibile, invece, accogliere una interpretazione oggettiva dell'aggravante della crudeltà. Essa attiene alle modalità della condotta, gratuitamente eccedenti e sproporzionate rispetto all'evento offensivo; queste ultime non dovrebbero essere ridotte a meri indicatori, sul piano probatorio, dell'atteggiamento interiore malvagio[95]. Tale conclusione eviterebbe di la-

[92] Cfr. *op. ult. cit.*, nonché Veneziani, *Dolo d'impeto ed aggravante della crudeltà*, cit., 606-607.

[93] Non sembra necessario riportare la copiosa elaborazione dottrinale sul punto. Nello sviluppare il concetto di colpevolezza in una dimensione preventiva della pena, un'autorevole dottrina propone di ricostruire la colpevolezza in senso normativo prescindendo da problemi di ontologica libertà o di subiettiva riprovevolezza; in specie, il giudizio di colpevolezza dovrebbe preoccuparsi di «stabilire la misura della presenza nel soggetto della capacità di recepire il dettato normativo e di orientare secondo i parametri da questo predisposti la sua risposta sanzionatoria». Così S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 95.

[94] In questo senso, avrebbe maggiore coerenza l'affermazione secondo cui la crudeltà costituirebbe un attributo del dolo, ma emergerebbe una diversa criticità. Ad es., G. Demuro, *Dolo d'impeto, aggravante della crudeltà e componenti impulsive della condotta*, cit., 1994, nell'analizzare i profili di compatibilità tra dolo d'impeto e aggravante della crudeltà, scrive: «Non si capisce infatti, come la volontà dell'agente di infliggere sofferenze "aggiuntive" (fondamento dell'aggravante comune dell'articolo 61 n.4) rispetto a quelle ordinariamente implicate dalla produzione dell'evento possa trovare spazio nella struttura e nell'oggetto del dolo, cioè nella rappresentazione e volizione del fatto tipico, costituito da tutti gli elementi obiettivi positivamente richiesti per l'integrazione della singola figura di reato. Nella descrizione delle fattispecie l'elemento della crudeltà non colora tipicamente la condotta: al limite ciò potrebbe avvenire in concreto per l'intervento della circostanza, con l'applicazione dunque del regime d'imputazione delle circostanze aggravanti, che è sì soggettiva ma diversa dall'imputazione dolosa del fatto tipico». Tuttavia, a quest'ultimo proposito, deve rilevarsi come i criteri d'imputazione soggettiva (artt. 43 c.p. per il cd. reato-base e 59 co. 2 c.p. per la circostanza aggravante) presuppongono una nozione di dolo che non può che essere unitaria, tanto per il reato base, quanto per la circostanza aggravante; tale nozione è necessariamente deeticizzata, non coincidente con una volontà più o meno malvagia e riprovevole. Diversamente opinando, le circostanze soggettive rischierebbero di divenire un comodo salvacondotto per il diritto penale dell'atteggiamento interiore, con rischi di sovrapposizione di diritto e morale.

[95] Come affermano le S.U. n. 40516/2016 e come propone anche G. Demuro, *Dolo d'impeto, aggravante della crudeltà e componenti impulsive della condotta*, cit., 1977, 1987 ss., in linea, d'altronde, con una consolidata tradizione: già A. Malinverni, *Circostanze del reato*, in *Enc. dir.*, VII, 1960, 81, affermava che «Il comportamento crudele del soggetto deve essere considerato nel suo valore sintomatico di tale mancanza di pietà».

sciare aperta la porta a involuzioni soggettivizzanti, per altro quasi sempre parziali[96].

5. Una breve conclusione.

L'analisi sembra dimostrare uno spostamento verso il diritto penale dell'atteggiamento interiore nella legislazione, nella dottrina e nella prassi. Per arginare quella che può ben essere definita una deriva, è necessario riscoprire il limite insito nelle formulazioni teoriche e, in specie, nelle categorie dommatiche del reato. Evitare di tipizzare elementi emozionali, di interpretare soggettivamente elementi tipici equivoci, di torcere le categorie dommatiche dando rilievo all'autore e alla sua immoralità.

Solo in tal modo si potranno rispettare appieno le promesse di un diritto penale laico e razionale, a cui la modernità ambisce ancora.

[96] Non è un caso che, mediante l'aggravante della crudeltà, si sia dato rilievo tanto al piano sintomatico-criminologico, quanto al piano dell'atteggiamento interiore riprovevole. In relazione al primo profilo, può ricordarsi F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 404, che significativamente collega la crudeltà alla tipologia criminologica del delinquente disaffettivo; quanto al secondo, oltre agli orientamenti dottrinali sopra citati, può ricordarsi A. Malinverni, *Circostanze del reato*, cit., 80-81. Merita di essere segnalato, conclusivamente, che anche chi sostiene un'interpretazione soggettiva è poi costretto a ripiegare sulla tesi oggettiva, quando s'interroga sulla configurabilità della crudeltà nel caso di condotte consapevolmente crudeli, poste in essere su persona già deceduta; in tal caso, pur in presenza di una pretesa maggiore perversità del reo, si ritiene che l'aggravante non si configuri; cfr. Veneziani, *Dolo d'impeto ed aggravante della crudeltà*, cit., 607, che parla di una "prevalenza" del dato oggettivo su quello soggettivo. Inoltre, sembra riemergere la tesi oggettiva quando non si richiede la consapevolezza della crudeltà nell'autore, limitando l'elemento psicologico alla rappresentazione della condotta efferata (A. Malinverni, *Circostanze del reato*, cit., 80-81; T. Padovani, *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 218; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 404; Veneziani, *Dolo d'impeto ed aggravante della crudeltà*, cit., 607. *Contra*, con chiaro giudizio sulla personalità empia dell'autore, G. Demuro, *Dolo d'impeto, aggravante della crudeltà e componenti impulsive della condotta*, cit., 1979 e la giurisprudenza ivi citata).

L'ARRESTO IN FLAGRANZA DIFFERITA PER I REATI DI VIOLENZA DI GENERE

Gianfederico Cecanese*

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Verso la nuova forma di arresto in flagranza c.d. differita. – **3.** L'arresto in flagranza differita nell'ambito dei reati in tema di violenza contro le donne. – **4.** (Segue). L'ambito applicativo della norma. – **5.** Documentazione video fotografica ed insidie dell'intelligenza artificiale.

Ai fini dell'applicazione dell'arresto in flagranza differita ciò che rileva è soltanto la commissione di uno dei reati previsti nell'art. 382 bis c.p.p. poiché la logica sottesa a tale norma è proprio quella di consentire un intervento immediato in situazioni di rischio derivanti dalla commissione di reati rientranti tra quelli di più grave, possibile violenza di genere, senza che le successive scelte di diritto o in rito, operate dall'autorità giudiziaria, possano condizionare l'intervento.

ABSTRACT

La Legge n. 168 del 2023 ha introdotto l'art. 382-*bis* c.p.p. con cui si è disciplinata una nuova ipotesi di arresto in flagranza differita – riferibile ad una particolare categoria di reati (artt. 387-*bis*, 572 e 612-*bis* c.p.) – che deve essere compiuto non oltre il tempo necessario all'identificazione del reo e, comunque, non oltre le 48 ore dal fatto in base all'acquisizione di documentazione video fotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, dalla quale emergano, inequivocabilmente, il fatto e il soggetto che risulti aver commesso il reato.

Law number 168 of 2023 introduced the art. 382-bis c.p.p. with which a new hypothesis of deferred flagrant arrest was regulated – referable to a particular category of crimes (articles 387-bis, 572 and 612-bis of the criminal code) – which must be carried out no later than the time necessary for the identification of the offender and, in any case, no later than 48 hours from the event based on the acquisition of photographic video documentation or other documentation legitimately obtained from computer or telematic communication devices, from which they emerge, unequivocally, the fact and the person who appears to have committed the crime.

1. Premessa.

Con questa sentenza, la Corte di cassazione ha colto l'occasione per tracciare le coordinate giuridiche della nuova misura precautelare dell'arresto in flagranza differita disciplinato dall'art. 382-*bis* c.p.p., introdotto dall'art. 10, comma 1, della legge 24 novembre 2023, n. 168[1].

* Professore associato presso l'Università del Molise.

[1] Sul punto cfr. F. Galluzzo, *La mutevole fisionomia dell'arresto in flagranza*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 335.

La norma ha ulteriormente contribuito a ridefinire la nozione di flagranza, precisando che si considera, comunque, in stato di flagranza anche chi, sulla base di documentazione videofotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, dalla quale emerga, inequivocabilmente, il fatto e la sua partecipazione, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla identificazione e, comunque, non oltre le 48 ore.

Sul piano generale, l'arresto in flagranza (unitamente al fermo di persona gravemente indiziata) costituisce un "*momento tipico*" della fase delle indagini preliminari e per questa ragione il legislatore ha inserito la relativa disciplina nel libro V dedicato alla fase investigativa[2].

L'istituto trova la sua legittimazione anche a livello costituzionale: l'art. 13, comma 3, Cost., invero, consente, in casi eccezionali – di necessità ed urgenza – indicati tassativamente dalla legge, all'Autorità di pubblica sicurezza di adottare provvedimenti provvisori di restrizione della libertà personale[3] da sottoporre (nell'arco di non oltre le 96 ore), ad un giudizio di convalida[4]: si tratta di un intervento di garanzia ove il giudice è chiamato a verificare la legittimità della limitazione della libertà del cittadino ad opera della forza pubblica[5].

La norma costituzionale, dunque, autorizza l'Autorità di pubblica sicurezza ad adottare provvedimenti provvisori ed eccezionali, attraverso i quali si opera una restrizione della libertà personale a condizione, però, che vengano rispettate le coordinate previste dalla Costituzione ed in particolare vengano perseguite tipiche finalità del processo penale, tali da giustificare, nel bilanciamento di interessi meritevoli di tutela, il temporaneo sacrificio della libertà personale prima dell'intervento dell'Autorità giudiziaria[6].

In altre parole, è proprio il nesso di strumentalità "*attenuata*" ad avvincere precautela e cautela in senso stretto[7] e giustificare l'attribuzione dei relativi poteri restrittivi in capo (anche) a soggetti che, lungi dal poter essere qua-

[2] In tal senso A. De Caro, *Le misure precautelari*, in Aa.Vv., *Manuale di diritto processuale penale*, V ed., Torino, 2025, 447 ss.

[3] In argomento, approfonditamente, D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, V. Zappalà, *Diritto processuale penale*, II ed., Milano, 2006, 72.

[4] Sulla disciplina dell'istituto cfr. L. Filippi, *Arresto in flagranza e fermo*, in S. Cassese, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 429, nonché L. Scomparin, *Arresto e fermo*, in M. Chiavario, E. Marzaduri, *Libertà e cautele nel processo penale*, Torino, 1996, 231.

[5] F. Della Casa, *Flagranza*, in *Dig. pen.*, I agg., Torino, 2005, 521, nonché L. Lacchi, *Arresto in flagranza e giudizio di convalida*, *ivi*, III agg., Torino, 2005, 80.

[6] C. cost., 15.7.2004, n. 223, con commento a cura di S. Allegrezza, *Incostituzionale l'arresto obbligatorio dello straniero inottemperante all'ordine del Questore di lasciare il territorio nazionale*, in *Giur. cost.*, 2004, 4697.

[7] Per D. Manzione, *voce Arresto*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VI, Milano, 1992, 422, la funzione precautelare delle misure dovrebbe stare ad indicare una prodromicità eventuale dell'arresto rispetto all'adozione della misura cautelare, nel senso che, fermo restando la non coincidenza dei presupposti dei due istituti, la prima preclude pur sempre alla seconda e ne garantisce l'esecuzione.

lificati come "*autorità giudiziaria*" (art. 13, comma 2, Cost.), non di meno si trovano a dover contrastare frontalmente il fenomeno criminale: per questa ragione il costituente, nel prefigurare casi eccezionali di necessità ed urgenza, consente all'autorità di pubblica sicurezza, in determinati casi specifici e delimitati, di incidere (limitandola) sulla sfera di libertà personale dei consociati[8].

Ed è proprio all'interno di tale ipotesi derogatoria che si sussume l'arresto in flagranza, disciplinato dagli artt. 379 ss. c.p.p., declinato nelle sue diverse configurazioni modali, obbligatoria e facoltativa, sul presupposto della ricorrenza di una delle due condizioni strutturali di operatività, definite dall'art. 382 c.p.p. e riferite ad uno dei delitti individuati con criterio quantitativo e qualitativo[9].

La prima ipotesi di arresto è integrata dalla flagranza c.d. propria e si sostanzia quando il soggetto è "*colto nell'atto di commettere il reato*" per cui richiede un rapporto di contestualità naturalistica tra l'illecito, la percezione del terzo e l'intervento restrittivo che denoti un evidenza probatoria alquanto ampia[10].

L'altra fattispecie, comunemente indicata come flagranza c.d. impropria ricorre allorquando "*subito dopo il reato*" il soggetto è inseguito dalla polizia giudiziaria o dalla persona offesa ovvero è sorpreso con cose o tracce dalle quali appaia che egli abbia commesso il reato immediatamente prima[11]: in questo caso, pur non sussistendo alcun rapporto di contestualità, si configura comunque uno stringente nesso di contiguità temporale che fa apparire il fatto commesso immediatamente prima[12].

L'art. 382 c.p.p. non opera, però, una *fictio juris* equiparando normativamente lo stato del soggetto colto nell'immediatezza della condotta delittuosa a quello del soggetto inseguito o che reca con se cose o tracce "*indizianti*"[13]. Ragionando diversamente si dovrebbe rilevare che l'utilizzo della congiunzione disgiuntiva "ovvero", posta tra le due clausole definitorie, denoterebbe la chiara intenzione di unificare le rispettive previsioni, nel senso che entrambe le condizioni – così cristallizzate – integrano disgiuntivamente lo stato di flagranza.

---

8 Al riguardo V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, III, V ed., Torino, 1956, 517.

9 Cfr. K. La Regina, *Arresto in flagranza, fermo di indiziato di delitto e doveri della polizia giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 1047.

10 In argomento M. Bonetto, *voce Flagranza*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 73 e L. D'Ambrosio, *sub art. 382 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da M. Chiavario, IV., Torino, 1990, 329.

11 Al riguardo, G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, I, Padova, 1989, 933. In giurisprudenza, cfr., Cass. Sez. I, 8.7.1992, Maglione, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, 317.

12 In argomento cfr., P. M. Corso, *Le misure precautelari*, in O. Dominioni, P.M. Corso, A. Gaito, G. Spangher, G. Dean, G. Garuti, O. Mazza, *Procedura penale*, II ed., Torino, 2012, 330.

13 Di contrario avviso è L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, II ed., Milano, 2005, 505.

Ergo, si condivide quell'orientamento di legittimità[14] che circoscrive la nozione di "*quasi flagranza*" facendole perdere la propria autonomia concettuale ed assegnandole valenza meramente descrittiva di una delle situazioni in cui si estrinseca il presupposto della flagranza: a tali fini, la percezione diretta del fatto criminoso risulta così saldata alla ipotesi di flagranza indiziaria personale (scaturente dalla fuga dell'agente e dal, successivo, inseguimento) e reale (che si materializza nelle cose o tracce del reato rinvenute sul presunto autore)[15].

Insomma, appare chiaro che soltanto una marcata evidenza probatoria apprezzabile dagli organi inquirenti può giustificare un intervento restrittivo della libertà personale che prescinda da un provvedimento del giudice, poiché una simile circostanza riduce notevolmente il rischio di indebita privazione del fondamentale bene: di conseguenza, la situazione muta allorchè gli elementi probatori a sostegno della reità del fuggitivo provengono *aliunde*[16].

Per questo motivo, si ritiene, che la situazione idonea a legittimare le precautele non debba essere "valutata", ma semplicemente, "constatata"[17] .

2. Verso la nuova forma di arresto in flagranza c.d. differita.

L'arresto in flagranza differita trova la sua genesi nell'intervento legislativo operato con la legge 13.12.1989 n. 401 a cui è seguito quello, di più ampia portata, operato attraverso il d.l. 20.8.2001 n. 336 (convertito in legge 19.10.2001 n. 377)[18] per fronteggiare uno scenario criminologico notoriamente allarmante, rappresentato dalle situazioni di pericolo che si verificavano fuori e dentro gli stadi in occasione di manifestazioni sportive[19].

Tale situazione ha messo in luce i limiti dello stato di flagranza e dell'azione correlata della polizia giudiziaria in un momento in cui essa avrebbe dovuto, invece, avere il più grande potere di reazione immediata[20].

Il legislatore ha, infatti, deciso di intervenire con il conio di un nuovo istituto - l'arresto in flagranza differita – capace di arginare e contrastare la vio-

[14] Cfr. Cass. Sez. V, 18.02.2025, Romeo, in *Ced n.* 287616; Id., Sez. IV., 22.09.2021, Martone, in *Ced n,.* 281887; Id., Sez. VI, 1.07.2021, Cimmino, in *Ced n.* 281749; Id. S.U., 24.11.2015, Ventice, in *Ced n.* 267591.

[15] Ampiamente M. Ricciardi, *Inseguimento vs perseguimento: l'incerto perimetro della flagranza impropria*, in *Giur. pen. web*, 2016, 9.

[16] In tal senso Cass. Sez. I, 23.11.2012, Fidelbo, in *Ced n.* 254199.

[17] F. Dinacci, *L'enfasi delle precautele: arresto in flagranza e allontanamento domiciliared'urgenza*, in Aa.Vv., *Misure cautelari ad personam, in un triennio di riforme*, a cura di A. Diddi e R. M. Geraci, Torino, 2015, 113.

[18] In tema di evoluzione dell'istituto cfr. F. Galluzzo, *La mutevole fisionomia dell'arresto in flagranza*, cit., 336.

[19] Al riguardo L. Palamara, *Arresto in flagranza: "sterzata" sul vecchio regime*, in *Guida al dir.*, n. 42, 2001, 103.

[20] In tal senso C. Peloso, *La stabilizzazione dell'istituto della flagranza "differita" in occasione di manifestazioni sportive*, in *Antigone*, a cura di R. Altopiedi e M. Verga, Napoli, 2019, 64.

lenza sportiva in modo da invertire la tendenza registrata in tali occasioni (e, soprattutto, nell'ambito delle competizioni calcistiche): fin dalla sua introduzione nell'ordinamento, esso ha prodotto significativi risultati, per l'efficacia deterrente dimostrata[21].

Ed è stata la ricerca di un equilibrio tra le esigenze di sicurezza, di ordine pubblico e di garanzia per la libertà personale dell'individuo a giustificare l'esigenza di approdare alla nozione di flagranza differita: se è, infatti, vero che la dilatazione temporale che il differimento sottende costituisce la negazione obiettiva (l'ossimoro giuridico) dell'esigenza stessa di un intervento urgente capace di giustificare l'adozione di misure restrittive prima dell'intervento del giudice [22], occorre tenere in considerazione la necessità di allineare il diritto con le situazioni concrete che è chiamato a disciplinare[23].

D'altronde, la norma contenuta nell'art. 13, comma 3, Cost. non pone alcun ostacolo al legislatore in merito alla necessità e/o possibilità di ampliare il novero delle figure di reato alle quali estendere l'arresto anche al di fuori della flagranza in senso stretto, posto che il precetto costituzionale cristallizza in materia solo un principio di riserva di legge[24], perimetrando, nel contempo, solo la necessità e l'urgenza di intervenire.

Dunque, nel caso dell'arresto differito l'autorità di pubblica sicurezza può agire come se il reo fosse nell'atto di commettere il reato: e ciò tenuto conto della tipologia dei reati che si intendono reprimere, dell'ambiente in cui hanno luogo e della pericolosità dei loro autori[25].

Quindi, se è vero che nella flagranza differita manca la percezione diretta ed immediata dell'evidenza probatoria – che caratterizza lo stato e la quasi flagranza – ciò che la distingue da questa e la ricolloca in un ambito qualificabile come *tertium genus,* è altrettanto vero che tale percezione viene sostituita da un'inequivocabile documentazione video fotografica capace di rappresentare il presupposto storico fattuale idoneo a legittimare l'intervento urgente da parte della polizia giudiziaria[26].

La legittimità dell'istituto non convince e si presta a molteplici censure.

In questa direzione, infatti, l'arresto c.d. "*ritardato*", sin dalla sua introduzione, è stato oggetto di aspre critiche da parte della dottrina che ha messo in rilievo come tale meccanismo operasse un completo stravolgimento dei

---

[21] C. Peloso, *La stabilizzazione dell'istituto della flagranza "differita" in occasione di manifestazioni sportive*, cit., 65.

[22] Così O. Forlenza, *Sull'eccezionalità della deroga alla flagranza: l'ultima parola ora spetta al Parlamente*, in *Guida al dir.*, n. 9, 2003, 32.

[23] G. Frigo, *Tutti i rischi della ricognizione fotografica*, in *Guida al dir.*, n. 9, 2003, 27.

[24] In tal senso M. F. Cortesi, *Il procedimento di prevenzione della violenza sportiva*, Torino, 2008, 38.

[25] Sui presupposti che legittimano l'adozione del provvedimento restrittivo, cfr., Cass. Sez. V, 6-8-2024, n. 32081.

[26] Cfr., L. Laudi, *La nuova legge contro la violenza negli stadi: un timido passo in avanti*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 280.

connotati tipici dell'istituto della flagranza[27], risultando, inoltre, distonico rispetto ai canoni costituzionali di cui all'art. 13 Cost.[28].

Per questo motivo, con legge 8.8.2019 n. 77, il legislatore è intervenuto – in un primo momento di stabilizzazione dell'istituto – trasformandolo, di fatto, in uno strumento ordinario di repressione dei reati da stadio all'interno del nostro sistema processuale[29]. Nella stessa prospettiva ha operato con la legge 21.5.2000, n. 173 per reprimere i delitti commessi all'interno dei Centri di permanenza per il rimpatrio[30].

In virtù di quest'ultima novità legislativa, invero, nei casi di delitti commessi con violenza alle persone o alle cose a causa del trattamento nei centri di permanenza per il rimpatrio o negli *hotspot*, per i quali è previsto l'arresto obbligatorio o facoltativo in flagranza e non è possibile procedere immediatamente per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera in stato di flagranza (ai sensi dell'art. 382 c.p.p.) colui il quale, anche sulla base di documentazione videofotografica, risulta autore del fatto di reato, purchè l'arresto sia effettuato entro le 48 ore dal fatto[31].

Epperò, la critica diviene gioco facile, poiché la asportazione dell'arresto in flagranza "*ritardato*" in contesti ulteriori rispetto a quello ordinario, inevitabilmente, finisce per riproporre le perplessità già sollevate in sede esegetica con riguardo all'omologo istituto operante nell'ambito dei reati da stadio e, al contempo, ne suscita di nuove[32].

Infatti, anche in quest'ultima ipotesi si prescinde totalmente da ogni relazione fattuale, verificandosi una sorte di "*evaporazione*" delle condizioni di

---

[27] D. Perugia, *Processo penale e sicurezza: il ritorno dell'arresto in flagranza differita*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2021, 111.

[28] Infatti, la possibilità per la polizia giudiziaria di limitare la libertà – nelle ipotesi disciplinate del D.L. 33672001 – entro 48 ore dai fatti, si risolveva in una forzatura del sistema costituzionale, non essendo agevole riscontrare – in tali ipotesi – i presupposti di necessità e urgenza ai quali il legislatore costituzionale subordinava l'adozione di provvedimenti restrittivi provvisori da parte dell'autorità di pubblica sicurezza. In tale senso, cfr., D. Perugia, *Processo penale e sicurezza: il ritorno dell'arresto in flagranza differita*, cit., 112.

[29] Così, G. Mantesti, *L'ennesimo decreto immigrazione-sicurezza, (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in *www.sistemapenale.it, 23 ottobre 2020*.

[30] Sulla disciplina in oggetto, cfr., G. De Marzo, *Le novità processual-penalistiche del d.l. n. 130 del 2020, convertito in legge n. 173 del 2020*, in *Foro it.*, 2021, 23

[31] In tema G. Amato, *Flagranza accertata con video o foto e arresto consentito entro le 48 ore*, in *Guida al dir.*, 2020, n. 44, 71.

[32] Un primo ordine di rilievi riguarda la nozione di flagranza che, stando all'art. 382 c.p.p., indica una stretta relazione temporale tra fatto, autore e privazione della libertà da parte del terzo a cui è rimessa la valutazione in ordine alla sussistenza della prova che mette in relazione il fatto al soggetto. Simili considerazioni possono svolgersi in merito alla quasi flagranza in cui può ritenersi intatto il rapporto il rapporto di contestualità tra condotta e percezione della stessa da parte del terzo, stante la necessità di rilevante decorso temporale tra la consumazione del reato e l'adozione della misura precautelare. In tal senso. Cfr., L. Iazzetti, *Arresto in flagranza e fermo di indiziato di reato nel nuovo codice*, in *Arch. n. proc. pen.*, 1992, 19; F. Pescetto, *Sulla nozione di quasi flagranza nel nuovo processo penale*, in *Cass. pen.*, 2017, 346; N. Triggiani, *Sulla nozione di inseguimento subito dopo il reato ex art. 382 c.p.p., comma 1, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, 2230.

contestualità, dal momento che è consentito alla polizia giudiziaria di riconoscere il soggetto colpevole sulla base di una mera ripresa video fotografica che è, per definizione, la rappresentazione di un evento passato[33].

Tra l'altro, la ripresa video fotografica sconta la mancanza di un'evidenza epistemologica sufficiente a giustificare la sicura riconducibilità del reato al suo autore[34].

I possibili margini di errore nell'individuazione dell'effettivo responsabile del reato per il tramite delle riprese video sono stati sottolineati dalla Corte di legittimità, la quale, interpretando i presupposti applicativi dell'arresto in flagranza differita, ha messo in rilievo come le riprese video fotografiche offrano limitate garanzie sul piano probatorio, poiché un'immagine fotografica fissa soltanto un momento statico di un determinato fatto o comportamento, lasciando solo ipotizzare – senza dimostrare – il prima o il dopo di quel fatto o di quel comportamento, diacronicamente decontestualizzato e che, per ciò, necessita di un filtro interpretativo[35].

Insomma, non si può prescindere da un dato: per avere certezza sull'effettiva riconducibilità del reato all'autore immortalato dall'immagine, si dovrebbe osservare il reo almeno per un ragionevole periodo di tempo, precedente e successivo, alla commissione del reato[36], al fine di evitare un'interpretazione soggettiva delle immagini tratte dalle video riprese[37].

Per queste ragioni, si può ritenere che tale fonte probatoria possa risultare (in alcuni casi) insufficiente o inidonea, rendendo necessario un accertamento più penetrante.

La scelta fatta dal legislatore pare dettata dall'intenzione di approntare una sorta di "risposta esemplare" o di "giustizia frettolosa", quale pronta risposta dello Stato al proliferare di fenomeni di violenza, senza tener conto, viceversa, della peculiarità della fattispecie oggetto di disciplina[38].

Ulteriori profili di criticità si riscontrano anche con riguardo ai parametri di necessità ed urgenza che devono caratterizzare il provvedimento provvisorio con cui si limita la libertà personale.

Non ci vuole molto per intuire che un arresto operato fino a 48 ore dopo la commissione del fatto si risolve in un'elusione dell'art. 13 Cost., dal momento che, una volta cessata la condotta lesiva, viene, automaticamente, meno il

---

[33] Così G. Frigo, *Tutti i rischi delle ricognizioni fotografiche*, cit., 27.

[34] È, invero, consistente il rischio di *bias* cognitivi derivanti dalla staticità dell'immagine ottenuta con telecamere che riprendono la condotta perpetrata all'interno degli stadi o dei centri di permanenza per il rimpatrio, P. Laronga, *Flagranza differita e attività difensiva*, in *Dir. & giust.*, 2006, 46, 61.

[35] Cass. Sez.. VI, 21.1.2016, Petruzzellis, in *Ced n.* 266327; Id., Sez. VI, 18.4.2007, Paoloni, in *Ced n.* 236450.

[36] In tal senso, Cass. Sez. VI, 21.1.2016, Petruzzellis, cit.

[37] Cfr. G. Frigo, *Tutti i rischi delle ricognizioni fotografiche*, cit., 27.

[38] Per un ulteriore approfondimento in tema, cfr., M. F. Cortesi, *La verità tra gli strumenti di prevenzione e di repressione*, in *Dir. pen.* proc., 2007, 728; E. Lo Monte, *Considerazione sulla recente normativa in tema di violenza negli stadi*, in *Cass. pen.*, 2005, 1478.

fine di impedire ulteriori conseguenze essendo il reato già compiuto[39] e viene meno l'urgenza.

Pertanto, estendere a livello normativo il concetto di flagranza alle ipotesi di flagranza differita si scontra irrimediabilmente con i caratteri costituzionali dell'eccezionalità e della necessità ed urgenza[40], presidi creati per tutelare i cittadini da abusi[41].

E, in senso contrario, non si può sostenere che la sussistenza di tali requisiti è rimessa alla valutazione della polizia giudiziaria chiamata ad intervenire nel caso concreto, giacchè risulterebbe violata la riserva di legge voluta dal legislatore costituzionale[42].

Insomma, è difficile sottrarsi all'impressione che i ripetuti interventi legislativi d'urgenza attuati nel corso degli anni per rimodellare l'arresto in flagranza ritardato – esteso man mano a nuove figure di reato – convergano nell'unica direzione di assicurare, senza troppi ostacoli, l'immediata celebrazione del processo nella prospettiva di arrivare, nel più breve tempo possibile, ad una sentenza di condanna.

Il rischio è, però, quello di far assumere all'istituto connotati tipicamente emergenziali e punitivi, aggredendo con maggior vigore una condizione detentiva che già, di per sé, si risolve in una privazione della libertà personale al di fuori dei parametri previsti dalle norme e dai valori del giusto processo[43].

3. L'arresto in flagranza differita nell'ambito dei reati in tema di violenza contro le donne.

Con il progressivo aumento dei reati in tema di criminalità organizzata – la cui naturale complessità di accertamento ha messo in rilievo l'inadeguatezza delle ordinarie regole processuali – si è avvertita l'esigenza di prevedere una differenziazione del rito attraverso l'introduzione di regole specifiche, derogatorie rispetto a quelle ordinarie[44].

Il dibattito che ne è seguito ha, anche, messo in rilievo come la previsione di un nucleo di regole che disciplinano, in deroga a quelle comuni, determinati processi, sia censurabile sotto il profilo della coerenza sistematica e della omogeneità del sistema processuale[45]: nonostante ciò, ogni qual volta il legislatore ha ritenuto di rispondere alle richieste di tutela provenienti dalla

[39] Ampiamente, G. Abbamonte, *Arresto in flagranza e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1964, 1183.

[40] In tal senso G. Frigo, *Tutti i rischi delle ricognizioni fotografiche*, cit., 28.

[41] D. Perugia, *Processo penale e sicurezza: il ritorno dell'arresto in flagranza differita*, cit., 115.

[42] Cfr., G. Frigo, *Vademecum sull'esistenza degli elementi di fatto*, in *Guida al dir.*, 2003, 20, 66.

[43] Per un approfondimento in merito alla detenzione degli immigrati clandestini, D. Perugia, *Centri di identificazione di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?*, in *Dir. pen.*, 2013, 4.

[44] N. Borrelli, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Trattato di procedura penale*, VII, a cura di G. Garuti, Milano, 2011, 264.

[45] Sul punto L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 2018, 857.

collettività, volte a contrastare forme di criminalità ritenute di particolare allarme, le ha affrontate facendo ricorso all'introduzione di regole derogatorie. Il ricorso a discipline procedurali differenziate[46] si è, man mano, esteso, nel tempo, in ragione proprio della particolare tipologia di reato che ne costituiva le genesi[47].

Ciò ha connotato la produzione normativa nel senso di destrutturare in modo cospicuo l'impianto processuale[48] e la sua coerenza interna. L'opzione è stata duramente criticata, soprattutto mettendo in evidenza come la scelta compiuta dal legislatore – per l'approccio utilizzato, spesso privo di organicità e coerenza – rappresenti un modello operativo identificabile nell'introduzione di continue e nocive stratificazioni legislative in luogo di un mosaico coerente con un progetto sistematico complessivo[49].

Pertanto, volendo identificare un filo comune capace di legare gli interventi in materia di diritto processuale, questo non può che essere individuato in un binomio che, ormai, segna (e caratterizza) la legislazione processuale: efficienza realizzata attraverso il ricorso a regole repressive ed emergenziali.

In tema di reati connessi alla violenza alla persona, in particolare, gli interventi novellistici si sono polarizzati sulla necessità di rispondere alla domanda di giustizia avanzata dalle vittime, operando anche sul piano processuale, agendo sui tempi del rito e, soprattutto, sul piano cautelare e precautelare[50].

Sotto il primo profilo emerge, chiaramente, l'influenza di alcune pronunce della *Cedu* che avevano ravvisato, nel ritardo della trattazione di processi riguardanti vittime di violenza domestica, una violazione, sul versante processuale, degli artt. 2 e 3 *Cedu*[51] in ragione della quale il legislatore ha individuato nuove priorità nella trattazione di processi e nella fase cautelare, imponendo anche un certo ritmo alle indagini preliminari[52].

L'altro campo elettivo dell'intervento normativo è stato l'ambito cautelare (e precautelare) improntato a modifiche tutte tese ad un inasprimento degli interventi *contra libertatem*.

---

[46] Al riguardo G. Illuminati, *Reati speciali e procedura speciali nella legislazione dell'emergenza*, in *Giust. pen.*, III, 1981, 106.

[47] In tal senso N. Bitonti, *voce Doppio binario*, in *Dig. pen.*, Agg. III, Torino, 2005, 394.

[48] Così si esprime L. Luparia Donati, *Linee del modello processuale differenziato per l'accertamento dei reati di mafia*, in Aa.Vv., *La legislazione antimafia* (a cura di M. Mazzetti, L. Luparia Donati), Bologna, 2020, 383.

[49] Ampiamente L. Kalb, (a cura di), *Le novità del procedimento cautelare*, Milano, 2024, 11.

[50] In questi termini, P. Spagnolo, *Le nuove disposizioni processuali in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica*, in *Leg. pen.*, 2024, 359.

[51] In particolare, in diverse pronunce la Corte europea ha stigmatizzato il ritardo nella presa in considerazione delle denunce e la connessa sottovalutazione del rischio, nonché la mancata adozione di misure di protezione nei confronti delle vittime. Si evidenzia, più volte, l'assenza di una valutazione immediata e proattiva dell'esistenza di un rischio reale e immediato di violenze domestiche. Tra le atanete, C. eur. 2.3.2017 Talpis c. Italia; C. eur. 7.4.2022, Iandi c. Italia; C. eur. 7.7.2022, M. S. c. italia, in *Cass. pen.*, 2022, 4095, con osservazioni di C. Rossi.

[52] In tal senso, P. Spagnolo, *Le nuove disposizioni processuali in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica*, cit., 359.

Ed è proprio con riferimento a quest'ultimo versante che il legislatore ha sentito l'esigenza di intervenire – recentemente – con la legge 24.11.2023 n. 168 introducendo, nel *corpus* del codice di procedura penale, una serie di previsioni tra cui anche quella con la quale si è data collocazione codicistica all'arresto in flagranza differita (art. 382-*bis* c.p.p.)[53].

Si è trattato di un intervento normativo collocato nel contesto precautelare, che costituisce il luogo prescelto per rispondere all'urgenza "di provvedere" nell'immediatezza di fatti per evitare conseguenze peggiori. Lo strumento arricchisce, dunque, i mezzi preventivi che l'ordinamento processuale offre alle forze dell'ordine e si colloca prima (e accanto) all'allontanamento dalla casa familiare (art. 384-*bis* c.p.p.).

4. (Segue). L'ambito applicativo della norma.

Con la legge 24 novembre 2023 n. 168[54] il legislatore ha, invero, varato un pacchetto di norme tutte proiettate a contrastare i fenomeni di violenza contro le donne – anche nell'ambito domestico – utilizzando, per la prima volta, la definizione di violenza sulle donne in modo da superare quella inconscia resistenza a riconoscere nella donna la principale vittima della violenza di genere[55].

Il quadro emerso propone un rafforzamento della tutela delle vittime nella duplice direzione della valorizzazione dei tempi del subprocedimento cautelare (art. 362-*bis* c.p.p.) e della creazione di una nuova dimensione delle misure precautelari, che si arricchiscono di due distinti istituti: l'arresto in flagranza differita (art. 382-*bis* c.p.p.) e alcune modifiche all'allontanamento di urgenza dalla casa familiare (art. 384-*bis* c.p.p.).

Secondo la previsione normativa contenuta nell'art. 382-*bis* c.p.p. "*nei casi di cui agli artt. 387-bis, 572 e 612-bis c.p. si considera in stato di flagranza colui il quale, sulla base di documentazione video fotografica ed altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, dalla quale emerga, inequivocabilmente, il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, non oltre le 48 ore dal fatto*".

Dall'esegesi della norma emerge, chiaramente, che vari sono gli elementi costitutivi e distintivi della nuova ipotesi di arresto (rispetto a quelli tradizionali)[56] che spaziano tra l'ambito applicativo, gli strumenti consentiti

[53] Sulle novità della legge n. 168 del 2023, N. Rombi, *Novità in materia precautelare e cautelare e nuovi obblighi informativi*, in *Giur. it.*, 2024, 907.

[54] Al riguardo, M. Albissini, *Prime riflessioni sulla L. n. 168/2023: l'evoluzione della tutela cautelare nella lotta alla violenza di genere*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2024, 239 ss.

[55] Si veda al riguardo, F. Saccà, *Stereotipo e pregiudizio: la rappresentazione giuridica e mediatica della violenza di genere*, Milano, 2021, 122.

[56] Cfr., Cass. Sez. III, 15.11.2007, Azzarito, in *Ced n.* 238412.

per ricostruire i fatti e addivenire all'individuazione dell'autore, il grado richiesto per la prova del fatto e della sua imputabilità e, infine, il limite temporale[57].

Si tratta di elementi che tendono a compensare la deroga a quel regime ordinario dell'arresto in flagranza, che già impone un difficile bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e prevenzione e il principio, di matrice costituzionale, di tutela della libertà personale, che può trovare il suo giusto punto di equilibrio solo nel contesto di quanto previsto dall'art. 13 Cost.

Ciò nonostante si deve rilevare che, sul piano applicativo, il legislatore del 2023 non ha previsto l'arresto per tutti i reati rientranti nel c.d. codice rosso, ma lo ha limitato solo per quelli (in numero sempre più crescente) aventi ad oggetto maltrattamenti, atti persecutori e violazione delle norme già applicate a tutela della persona offesa[58].

La limitazione dell'arresto ad una cerchia di reati ristretti deve essere, quindi, vista favorevolmente, poiché quelle necessità di bilanciamento tra tutele costituzionali e interessi di prevenzione e protezione appare giustificabile solo per le ipotesi di reato più gravi (art. 572 e 612-*bis* c.p.) e per quelle fattispecie (art. 387-*bis* c.p.) che già abbiano significato una particolare inclinazione alla messa in pericolo reiterata alla integrità psicofisica della vittima di questi reati, già di per sé, persona particolarmente vulnerabile ed esposta a pericoli[59].

Resta, però, ancora da risolvere il problema relativo alla prova dello stato di flagranza da parte della polizia giudiziaria che appare più difficile da ricostruire per questa categoria di reati che si caratterizzano per una condotta che si estrinseca in più atti, dislocati nel tempo, finalizzati a ledere l'integrità della persona offesa[60].

Del reato, la polizia giudiziaria non avrà mai contezza immediatamente del reato, ma si troverà al cospetto di situazioni che descrivono aggressioni, violenze, minacce, molestie e stati di soggezione della vittima che integrano la sussistenza della flagranza per questa tipologia di reato[61].

---

[57] Ampiamente R. Alfano, *La nuova dimensione delle misure precautelari: l'arresto senza flagranza e l'allontanamento urgente*, in *Le novità del procedimento cautelare* (a cura di L. Kalb), cit., 37.

[58] V. A. Ferrato, *La legislazione penale in tema di violenza nei confronti delle donne: una disciplina ancora "in cerca di autore"*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 1005; V. Cannas, *Violenza di genere e misure di prevenzione: continuano le modifiche al codice rosso*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 166; A. Marandola, *Pregi e limiti del Codice Rosso*, in *Giur. it.*, 2024, 959; M. Pierdonati, *Il rafforzamento della tutela delle persone vulnerabili e l'eterogenesi dei fini*, in *Giur, it.*, 2024, 995.

[59] Cfr. L. Capraro, *Disposizioni a tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 286.

[60] In questi termini, R. Alfonso, *Quando l'arresto in differita può essere disposto per il reato di maltrattamenti?*, in *quotidianogiuridico.it, 2.5.2024*.

[61] Cass. Sez. VI, 27.5.2020, *n. 17853*, secondo cui l'arresto in flagranza nel reato di maltrattamenti in famiglia, è legittimo tutte le volte in cui il fatto risulti alla polizia giudiziaria non isolato, ma quale ultimo anello di una catena di comportamenti violenti o in altro modo lesivi.

Infatti, l'art. 382-*bis* c.p.p. contempla un limite temporale che impone, in maniera inequivoca, la ricostruzione del fatto e la sua attribuibilità all'imputato al massimo nelle 48 ore successive alla commissione dello stesso.

Si tratta, a ben vedere, di un termine autonomo che si aggiunge a quel medesimo doppio termine di 48 ore, sancito dall'art. 13 Cost. quale limite imposto prima all'inquirente per comunicare all'autorità giudiziaria i provvedimenti provvisori limitativi della libertà personale e, poi, all'autorità giudiziaria per la loro convalida[62].

Dunque, il fattore tempo diventa un elemento che incide, in modo significativo, sulla garanzia costituzionale, essendo evidente la differenza tra l'arresto in flagranza, colto sul fatto e immediatamente posto al giudizio dell'autorità giudiziaria e l'arresto in ritardo che, invece, impone una sorta di slittamento del *dies a quo* rispetto al fatto che comporta la limitazione della libertà personale, per l'attivazione del procedimento giurisdizionale di garanzia costituzionale[63].

Per questo solo l'attenzione politica (e mediatica) sul fenomeno della violenza è in grado di giustificare il ricorso ad una misura precautelare che confonde la "immediata percezione" con l'evidente iato temporale e spaziale tra il delitto e la privazione della libertà personale. Tale iato, però, non ha la stessa proiezione nel caso di altre condotte violente che si verificano, ad esempio, in occasione di incontri sportivi e manifestazioni pubbliche[64].

5. Documentazione video fotografica ed insidie dell'intelligenza artificiale.

Se con l'introduzione del nuovo istituto dell'arresto differito previsto dall'art. 382-*bis* c.p.p. si giustifica l'impiego (il più ampio) dei risultati acquisiti da dispositivi informatici o telematici, è necessario, però, che ricorrano una serie di atti idonei a dimostrare il fatto.

[62] R. Alfonso, *La nuova dimensione delle misure precautelari: l'arresto senza flagranza e l'allontanamento urgente*, in *Le novità del procedimento cautelare*, a cura di L. Kalb, cit., 42.

[63] Cfr., R. Alfonso, *La nuova dimensione delle misure precautelari: l'arresto senza flagranza e l'allontanamento urgente*, in *Le novità del procedimento cautelare*, a cura di L. Kalb, cit., 42; L. Della Ragione, *Le nuove misure pre-cautelari: l'arresto in flagranza e l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare del P.M.*, in Aa.Vv., *Codice rosso*, 2° ed., aggiornata e integrata, a cura di B. Romano e A. Marandola, Pisa, 2024, 215; A. Marandola, *I nuovi presidi a tutela della vittima: rimedi pre-cautelari, cautelari e obblighi informativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 188.

[64] Al riguardo P. Spagnuolo, *Le nuove disposizioni processuali in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica*, cit., 367, rileva che l'art. 382-*bis* c.p. non prevede nessun ulteriore requisito per poter procedere all'arresto. Anzi, a differenza di quanto previsto dalla legislazione speciale, dove la possibilità di arrestare in flagranza differita è subordinata alla condizione della sussistenza di ragioni di sicurezza o di incolumità pubblica che non consentono di procedere all'arresto, qui manca anche qualsiasi riferimento al pericolo concreto di commissione di ulteriori reati in tempi così ravvicinati da escludere la possibilità di attendere un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

In altri termini, a legittimare questo specifico arresto *extra* flagranza, oltre agli indicati termini, è la presenza di una documentazione "autoevidente" di carattere tecnico, purché ottenuta nel rispetto della normativa relativa alla protezione dei dati personali e di prevenzione, indagine, accertamento e quant'altro[65].

L'art. 382-*bis* c.p.p., invero, consente di ricostruire il fatto (e individuare l'autore) attraverso l'utilizzazione di "*documentazione videofotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica e telematica*": la norma pone diversi problemi interpretativi.

Riguardo alla documentazione ottenuta si può, invero, ipotizzare l'insorgere di una problematica legata all'attendibilità della medesima e al momento nel quale essa è stata effettuata.

La disposizione normativa richiede, infatti, che dalla documentazione acquisita emerga "inequivocabilmente" il fatto di reato e l'identità dell'autore della condotta[66]: pare, necessario, in altri termini, un *quantum* di elementi in grado di dimostrare il fatto per il quale interviene l'arresto ovvero un suo segmento, rappresentato anche dal dato "temporale e finalistico", con esclusione di documentazione anteriore, ammessa solo in quanto utile a corroborare quella "contestuale" alla vicenda da provare, anche se nei limiti temporali richiesti per l'arresto[67].

Infatti, vertendosi in materia di libertà personale è, dunque – in ossequio all'art. 13 Cost. – richiesta, in ogni caso, anche una "contestualità cronologica", simile a quella utile nei casi di "quasi flagranza", qui tipizzata nei criteri ed elementi delineati dall'art. 382-*bis* c.p.p.[68].

Come si è evidenziato nei primi commenti[69], seppur l'intento perseguito dal legislatore può essere valutato positivamente, la disciplina legislativa elaborata si espone a diverse critiche anche su versanti opposti: da un lato, difficilmente la vittima potrà fornire una documentazione che, da sola, sia idonea a rappresentare la flagranza propria; dall'altro, vi sono fondati dubbi che la disposizione possa passare indenne il vaglio della legittimità costituzionale[70].

In altri termini, nonostante le migliori intenzioni – e qualche innovazione indubbiamente condivisibile – il testo di legge tradisce un'impostazione an-

---

65 L. Della Ragione, *Le nuove misure pre-cautelari: l'arresto in flagranza e l'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare del P.M.*, cit., 215.

66 V., I. Boiano, *Il quadro normativo in tema di violenza nei confronti delle donne e violenza domestica a seguito della legge 24 novembre 2023, n. 168*, in *Quest. Giust.*, 11 aprile 2024, 6.

67 Ampiamente, A. Marandola, *I nuovi presidi a tutela della vittima: rimedi pre-cautelari, cautelari e obblighi informativi*, cit., 188.

68 In tema di ripercussioni sull'art. 13 Cost., cfr., G. Amara, *Legge 24 novembre 2023, n. 168 "disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica"*, in *Giust. Insieme*, 11 dicembre 2023, 6.

69 L.Algeri, *L'arresto in flagranza differita per reati di violenza di genere e domestica*, cit. 181.

70 Al riguardo A. Marandola, *Violenza di genere: la Cassazione inizia a definire i contorni dell'arresto differito*, in *Sist. Pen.*, 18 ottobre 2024, 23.

cora legata a categorie di intervento astratte, riconducibili all'ampliamento al ricorso degli istituti cautelari e al generale inasprimento della loro disciplina[71].

A questi dati, occorre aggiungere un'ulteriore considerazione: affinché possa essere legittimamente utilizzata nel processo penale la *digital evidence*[72], ottenuta da strumenti di tipo informatico o telematico, è richiesta la presenza di riscontri probatori da cui inferire l'evidente riconducibilità del fatto all'autore, tanto da giustificarne un arresto ritardato.

Tale verifica, di carattere probatorio, non è di agevole compimento: invero, nonostante la tipologia di prova digitale costituisce un ausilio spesso indispensabile alle indagini penali, il riscontro probatorio dei dati digitali risulta complesso, in quanto essi, seppur nel loro contenuto informativo vengono immediatamente decifrati, non sono sempre dotati di una materialità *ictu oculi* facilmente percepibile[73].

La raccolta e l'analisi delle informazioni provenienti da apparecchi informatici richiede, cioè, un'elevata accuratezza per evitare la dispersione della stessa prova[74] e ciò si verifica a prescindere dal tipo di apparecchiatura e di documento in questione[75].

---

[71] Testualmente R. Muzzica, *La specificita' della violenza di genere nell'ambito del subprocedimento cautelare*, in *Sist. Pen.*, 19 dicembre 2023, 21.

[72] Il tema è stato approfondito da L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale,* in *Cass. pen.*, 2011, 4509 il quale ha utilizzato la dizione americana *digital evidence* intendendola quale contenitore ove ricomprendere «qualsiasi informazione probatoria la cui rilevanza processuale dipende dal contenuto del dato o dalla particolare allocazione su di una determinata periferica, oppure dal fatto di essere stata trasmessa secondo modalità informatiche o telematiche».

[73] Secondo L. Marafioti, *Note di sintesi a margine di un dibattito*, in L. Luparia, L. Marafioti e G. Paolozzi (a cura di), *Dimensione tecnologica e prova penale*, Torino, 2019, 273 il tema della prova tecnologica appare, ormai, destinato a diventare sempre di più croce e delizia del processualpenalista.

[74] Per uno più ampio approfondimento sul tema si rinvia a M. Pittiruti, *Digital evidence e procedimento penale*, Torino, 2017, 33 ss.

[75] Secondo, D. Perugia, *La codificazione dell'arresto in flagranza "differita". Dalla violenza negli stadi alla violenza sulle donne e nei confronti del personale sanitario: esperimenti di prevenzione e repressione di reati*, in *Dir. dif.*, 12 dicembre 2024, 22, sebbene il contenuto informativo dei dati digitali sia di immediata percezione per l'utente attraverso il *display* del cellulare, essi consistono, in realtà, in impulsi privi di sostanza materiale che vengono elaborati e, conseguentemente, decifrati per mezzo di sofisticati sistemi tecnologici contenuti all'interno del supporto mobile, dal quale le informazioni possono essere estratte solo con complesse operazioni tecniche. Finalizzate proprio al recupero, a fini processuali, dei dati contenuti in reperti digitali costituiti da telefoni cellulari, dalle SIM card e dagli smartphones, le attività poste in essere dagli esperti della *Mobile Forensics* esigono una conoscenza specializzata ed aggiornata delle caratteristiche *hardware* e *software* di tali dispositivi, che consenta di garantire l'assoluta integrità del dato probatorio, assicurando la perfetta corrispondenza tra questo e le informazioni presenti nel supporto mobile. Questa esigenza di cautela nella fase di acquisizione e valutazione dell'evidenza informatica avvertita dalla legge n. 48 del 2008 di ratifica della Convenzione di Budapest sul *Cybercrime*, in materia di ispezione, perquisizione e sequestro probatorio, non ha trovato, però, esplicito riconoscimento in tema di prova documentale. Il ripetuto richiamo legislativo alla necessità di assicurare la conservazione dei dati originali e di impedirne l'alterazione, circoscritto alle investigazioni informatiche, sembra lasciare inalterato il livello di tutela (pressocché inesistente) della genuinità

Analoga attenzione sul piano interpretativo deve essere posta alla documentazione video fotografica la quale, invero, sconta la mancanza di un'evidenza epistemologica idonea ad asseverare la sicura riconducibilità del reato al proprio autore.

Ogni qualvolta venga fatto uso di simili strumenti, estrapolando i filmati di telecamere che riprendono le condotte perpetrate all'interno degli stadi o dei centri di permanenza per il rimpatrio, ovvero all'interno delle mura domestiche diviene, infatti, consistente il rischio di *bias* cognitivi dovuti proprio all'immagine video fotografica che fissa solo un momento di quanto ripreso, senza poter osservare un prima e un dopo[76].

Del resto, ad ipotizzare la possibilità di errori nell'individuazione del responsabile del reato attraverso le immagini video è stata la stessa Corte di cassazione[77] che ha rilevato come le riprese video fotografiche offrano, in realtà, limitate garanzie sul piano probatorio, considerato che un'immagine fotografica fissa un momento statico di un determinato fatto o comportamento, lasciando solo intuire il prima o il dopo di quel fatto o quel comportamento diacronicamente decontestualizzato, attraverso l'indispensabile uso di un filtro interpretativo[78].

In altre parole, per avere certezza sull'effettiva riconducibilità del reato all'autore immortalato dall'immagine, si dovrebbe osservare la scena per un ragionevole periodo di tempo, precedente e successivo alla commissione del reato, al fine di evitare una interpretazione eminentemente soggettiva delle immagini tratte dalle videoriprese: ciò trova ulteriore conferma nel fatto che le immagini estrapolate da video forniscono una diversa rappresentatività dell'evento ripreso a seconda del tipo di inquadratura, della distanza o dell'estensione del piano di ripresa, ovvero di analoghi fattori, variamente controllabili solo in un momento successivo alla ripresa stessa[79].

Tra l'altro, la videoripresa, in quanto tale, può riguardare sia l'attività di ripresa in senso stretto, sia il risultato della stessa e, quindi, le immagini e i suoni captati.

del documento disciplinato dall'art. 234 c.p.p., con evidenti ricadute in tema di attendibilità delle informazioni ivi contenute

[76] V. G. Frigo, *Tutti i rischi della ricognizione fotografica*, in *Guida al dir.*, cit., 30.

[77] In questo senso Cass. Sez. VI, 4 maggio 2007, n. 17178, Dinoi, in *Giur. it.*, 2008, 7/8, 2043 secondo cui ai fini della legittimità dell'arresto ritardato, eseguito in occasione di manifestazioni agonistiche, ai sensi dell'art. 8, comma 1-*ter*, della legge n. 401 del 1989, poiché i presupposti di fatto sono destinati ad operare congiuntamente, ma anche, e soprattutto, con modalità alternative e autosufficienti, qualora la fonte probatoria della commissione del presunto reato costituita da fotografie o videoriprese sia insufficiente, inidonea o perfino inesistente, è necessario, da parte del giudice della convalida, il controllo degli altri elementi oggettivi - espressione da non intendersi in termini assoluti o di irreversibilità dimostrativa - asseveranti l'individuazione dell'arrestato come autore del presunto fatto criminoso.

[78] Cfr., Cass. Sez. VI, 21.1.2016, Mangiatordi, in *Ced n.* 266327.

[79] G. Frigo, *Tutti i rischi della ricognizione fotografica*, in *Guida al dir.*, cit., 31.

Il problema riguarda anche gli strumenti tecnologici di acquisizione dei dati. Il legislatore, infatti, consapevole dell'ampio panorama degli apparecchi idonei a riprodurre fatti e situazioni e della loro continua evoluzione (si pensi agli attuali smartphone che hanno, di fatto, sostituito l'originaria telecamera), ha utilizzato una formula aperta, affiancando alla documentazione video fotografica quella che si può ottenere utilizzando dispositivi di comunicazione informatica o telematica[80].

Opportuno appare il riferimento alla documentazione ottenibile dai nuovi dispositivi di comunicazione informatica e telematica, perché la persona offesa raramente avrà a disposizione gli strumenti che, nelle ipotesi di arresto in flagranza differita della legislazione speciale, sono nella disponibilità della polizia giudiziaria.

Per limitare l'utilizzo di forme di video sorveglianza generale in spregio alle regole sul trattamento dei dati personali, va vista con favore la specificazione che questa documentazione deve essere stata ottenuta legittimamente, escludendo, quindi, l'utilizzo di documentazione ottenuta al di fuori dei parametri legali[81].

Non solo: ma l'attività di video ripresa può essere effettuata sia per finalità repressive che preventive[82]. Impiegata per la prima finalità dell'organo inquirente, a seconda delle ipotesi, essa assume le connotazioni di un atto investigativo atipico[83] o un'attività di documentazione ai sensi dell'art. 139 c.p.p.[84]; viceversa, nella sua funzione preventiva[85], la video ripresa assume, da un lato, la valenza di attività di indagine preventiva *tout court*[86] e, dall'altro, di attività documentativa di una più generica attività di prevenzione[87].

Un'ulteriore problematica interpretativa riguarda, poi, la provenienza della documentazione da dispositivi di comunicazione informatici o telematici.

Se si optasse per la tesi che sostiene la necessità che la documentazione video e foto debba, necessariamente, provenire da dispositivi informatici

---

80 In tema M. Daniele, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012, 105.

81 In tal senso, P. Spagnolo, *Le nuove disposizioni processuali in materia di contrasto alla violenza sulle donne e alla violenza domestica,* cit., 367.

82 Come noto, mentre l'attività di prevenzione è svolta dalla polizia di sicurezza, quella repressiva è affidata alla polizia giudiziaria. Non mancano, peraltro, aree di interazione tra le due attività, tanto che, in alcune ipotesi la dottrina non ha mancato di rilevare una terza tipologia investigativa denominata indagine proattiva. Cfr. M. Ceresa Gastaldo, *Misure di prevenzione e giurisdizione senza fatto,* in *Arch. n. proc. pen.*, 2016, 213.

83 Cass. Sez. III, 26.11.2021, Piccolo, in *Ced n.* 282164. In dottrina A. Camon, *Le Sezioni unite sulla video registrazione come prova penale: qualche chiarimento e alcuni dubbi nuovi*, in *Riv. it., dir. proc. pen.*, 2006, 1550.

84 S. Signorato, *sub art. 139 c.p.p. (riproduzione fotografica o audiovisiva)*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da G. Conso e G. Illuminati, Padova, 2015, 457.

85 In tema A. Camon, *Le prove*, in Aa.Vv., *Fondamenti di procedura penale*, Padova, 2019, 376.

86 M. Gallo, *Le investigazioni e i controlli preventivi sulle comunicazioni*, in *Riv. pol.*, 2006, 646.

87 L. Marafioti, *Strategie fra procedimento penale e procedimento di prevenzione*, in *La giustizia penale preventiva. Ricordando Giovanni Conso*, a cura di ANSPP, Milano, 2016, 265.

o telematici (a prescindere dalla loro acquisizione legittima), si dovrebbe escludere dal novero della documentazione utilizzabile quella proveniente da una semplice macchina fotografica, certamente, non identificabile alla stregua di un dispositivo di comunicazione informatico[88].

Tuttavia, proprio perché sembrerebbe ingiustificabile l'esclusione di documentazione non estrapolabile da tali strumenti, appare condivisibile ritenere la riferibilità della provenienza informatica o telematica "all'altra documentazione", di carattere residuale, e non anche a tutti gli elementi di provenienza videofotografica che, pertanto, potranno essere anche di tipo tradizionale e non estratti necessariamente da un dispositivo informatico[89].

Infine, ma non perché meno rilevante sul piano pratico, vi è un ulteriore criticità interpretativa direttamente riferibile all'indicazione testuale dei soli "dispositivi informatici e telematici di comunicazione", con esclusione di tutti quei dispositivi video, quali i sistemi a circuito chiuso di sorveglianza, che acquisiscono solo immagini e non anche conversazioni e che, quindi, non possono ritenersi sistemi di comunicazione.

In questo caso, invero, i risvolti pratici sono rilevanti soprattutto nell'ambito della ricostruzione del fatto, per cui non sarebbe opportuno escludere dal novero dell'utilizzabilità tutta la documentazione estrapolabile da tali sistemi di sorveglianza[90].

Ma, a prescindere da queste disquisizioni, il vero problema da porsi è quello inerente al grado di convincimento della fonte di prova.

La norma contenuta nell'art. 382-*bis* c.p.p. impone il requisito dell'inequivocabilità, parametro nuovo in una fase (quella precautelare) in cui assume rilevanza solo la gravità indiziaria[91].

È normale, allora, ritenere tale aggettivo traducibile all'interno del classico quadro indiziario grave, preciso e concordante riferito al fatto e all'attribuibilità all'arrestato: ovviamente, trattandosi di misura precautelare disposta, in prima battuta, dalla polizia giudiziaria, deve guardarsi all'intervento tipico di quest'ultima.

Ciò in aderenza a quanto statuito dalla Corte di legittimità secondo cui il giudice, dopo aver verificato l'osservanza del termine di cui all'art. 382-

---

[88] Il problema, però, assume una rilevanza pratica ridotta poiché, nella prassi, tale documentazione proviene da smartphone che tutti possono utilizzare avendone una disponibilità immediata.

[89] In tal senso, R. Alfonso, *La nuova dimensione delle misure precautelari: l'arresto senza flagranza e l'allontanamento urgente*, cit., 43.

[90] In argomento, cfr., G. Bergonzini, *Daltrattamento dei dati personali, verso l'intelligenza artificiale, passando per la videosorveglianza: i limiti alle competenze legislative regionali (brevi note, a partire dalla Corte cost. 23 aprile 2024, n. 69)*, in *Consulta online*, 2024, 890; C.M. Capizzi, *Controllo tecnologico e sorveglianza: dalla teoria ai primi tentativi di quartieri smart in Trentino,* in *Cyberspazio e diritto*, 2024, 59; M. Pietrangelo, *Lo Stato insicuro. Sicurezza e sorveglianza nella cybersocietà*, in *Riv. It. Inf. Dir.*, 2024, 12.

[91] Al riguardo R. Alfonso, *La nuova dimensione delle misure precautelari: l'arresto senza flagranza e l'allontanamento urgente*, cit., 43.

bis c.p.p.[92], deve valutare l'operato della polizia giudiziaria sulla base degli elementi conosciuti e della documentazione video fotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica dalla quale emerga la ipotizzabilità del reato e che il fatto documentato, attribuibile all'arrestato, risulti non isolato, ma piuttosto quale ultimo anello di una catena di comportamenti violenti o in altro modo lesivi[93].

A questo punto occorre porsi una domanda: che succede se viene utilizzata *ad hoc* una documentazione appositamente predisposta per "confezionare" una falsa denuncia consistente, ad esempio, in un video o una foto creata da un *software* di intelligenza artificiale in cui l'autore della condotta delittuosa presenta le sembianze di un soggetto che, tuttavia, è completamente estraneo alla vicenda?[94]

Il fenomeno in questione è denominato *deepfake*[95] e si riferisce, proprio, alla possibilità di utilizzare l'intelligenza artificiale per diffondere video falsi riguardanti una specifica persona rappresentando un evento mai accaduto in concreto[96].

Si crea, in tal modo, un vero e proprio furto digitale, cioè un furto di identità[97]: in altre parole, si realizza uno scambio di volto molto realistico e, quasi, impercettibile grazie a particolari algoritmi di autoapprendimento che mappano i tratti somatici generando una contraffazione fortemente realistica di

[92] Il tema, tuttavia, non è nuovo ed è stato sotto altro ma similare aspetto, esaminato dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento all'arresto obbligatorio in flagranza ai sensi dell'art. 380, comma 1 ter, c.p.p. in cui si è affermato che il giudice, in sede di convalida dell'arresto, verificata l'osservanza dei termini stabiliti dagli artt. 386, comma 3, e 390, comma 1, c.p.p., deve valutare l'operato della polizia giudiziaria secondo il parametro della ragionevolezza, sulla base degli elementi al momento conosciuti, in relazione allo stato di flagranza ed alla ipotizzabilità di uno dei reati indicati negli artt. 380 e 381 c.p.p., in una prospettiva che non deve riguardare la gravità indiziaria e le esigenze cautelari, né la responsabilità dell'indagato, poiché apprezzamenti riservati a distinte fasi del procedimento. In tal senso cfr., Cass. Sez. VI, 31.1.2023, Bezzari, in *Ced n.* 284596.

[93] Secondo Cass. Sez. VI, 19.4.2024, *n. 16668*, correttamente la polizia giudiziaria, sulla scorta del materiale acquisito, ha ritenuto sussistente l'abitualità del reato, laddove, diversamente, il giudice, all'esito dell'udienza di convalida, aveva ritenuto la richiesta di convalida dell'arresto in flagranza differita, ponendosi, erroneamente nella prospettiva di esaminare la gravità indiziaria escludendo che gli elementi acquisiti presentassero i requisiti di gravità tali da richiedere un titolo restrittivo.

[94] Analoghe considerazioni possono essere fatte in relazione alla possibilità di creare false chat su *Whatsapp* o su *Facebook*. L. Algeri, *L'arresto in flagranza differita per reati di violenza di genere e domestica*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 184.

[95] A. Orlando, *La regolamentazione del deepfake in Europa, Stati Uniti e Cina,* in *Medialaws*, 2024, 307.

[96] In argomenti L. Algeri, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Cybercrime*. Trattato diretto da A. Cadoppi, S. Canestrani, A. Menna, M. Papa, Milano, 2023, 1764.

[97] Per una riflessione sul fenomeno del *deepfake* nell'ambito del diritto penale, M. Piccardi, *L'impatto del deepfake sul diritto penale*, in *Cybercrime*, cit., 1453.

materiali visivi preesistenti facendo sembrare vero ciò, che in realtà, non è mai accaduto[98].

Per questa ragione, nel valutare una denuncia, occorre procedere con estrema cautela soprattutto nel caso in cui il materiale a disposizione – oltre alle dichiarazioni della persona offesa – consiste in una documentazione informatica di tipo video fotografico proveniente da soggetti privati[99]. E andrebbe verificata con ragionevole certezza la corretta modalità di formazione del dato e le premesse tecnologiche dello strumento informatico utilizzato. Nella realtà, però, questi dati sono sempre sconosciuti e si ci si affida al buon senso laddove, invece, si dovrebbe procedere con certezze tecniche indiscutibili[100].

[98] Per quanto riguarda il fenomeno in Italia, cfr., V. Azzali, *La questione deepfake in Italia: una panoramica*, in *Medialaws*, 2023, 72; F. Bertoni, *Deepfake, ovvero Manipola ed impera. Un'analisi sulle cause, gli effetti e gli strumenti per la sicurezza nazionale, nell'ambito dell'utilizzo malevolo dell'intelligenza artificiale ai fini di disinformazione e propaganda*, in *Cyberspazio e diritto*, 2019, 11.

[99] In argomento, N. Amore, *La tutela penale della riservatezza nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612 ter c.p.*, in *Leg. Pen.*, 2020, 122.

[100] Cfr. E. Stringhi, *La minaccia del deepfake ed i rischi per la cybersecurity delle organizzazioni economiche*, in *Cyberspazio e diritto*, 2021, 59.

IL "NODO GORDIANO" DELL'ESECUZIONE PENALE: I PUNTI DI MASSIMA TENSIONE

Valeria Zega*

Sommario: 1. Necessarie premesse: la corretta esecuzione penale ai sensi del dettato costituzionale. – **2.** La nascita del modello del "carcere duro": un breve *excursus*. – **3.** Le preclusioni ostative: tra norma e giurisprudenza. – **3.1.** Le prospettive esterne: la Corte EDU e il carattere ambivalente della collaborazione. – **4.** L'approdo più recente della Corte costituzionale e le recenti modifiche legislative in materia. – **5.** Considerazioni finali.

ABSTRACT

Il presente articolo si propone di analizzare i profili critici dell'esecuzione penale alla luce del dettato costituzionale. Inquadrando inizialmente il concetto di pena costituzionalmente orientata, ci si soffermerà brevemente sulla nascita e la compatibilità del sistema interno con l'art. 41-*bis* o.p., e successivamente sulla tematica inerente le c.d. preclusioni ostative, con uno sguardo di sistema sui caratteri dell'ergastolo ostativo, anche alla luce delle modifiche intercorse negli anni. Si analizzano in questa sede anche i più significativi interventi delle Corti nazionali e sovranazionali ed i più recenti approdi del legislatore in materia.

This paper examines the critical issues of penal enforcement in the light of the constitutional framework. After outlining the concept of punishment in a constitutional reading, it briefly considers the origins of Article 41-bis of the Italian penitentiary system and its compatibility with the legal system. It then addresses the matter of "ostative crimes" – also offering a systemic perspective on the characteristics of "ostative life sentence" – including the regulatory changes introduced over the years. Finally, it analyzes the most significant case law of national and supranational Courts and the most recent legislation in this area.

1. Necessarie premesse: la corretta esecuzione penale ai sensi del dettato costituzionale.

Lo stato detentivo indubbiamente priva il soggetto della propria libertà personale, ma non può comportare la perdita dei suoi diritti fondamentali che sono disposti e tutelati dalla Carta costituzionale. Infatti, il soggetto, seppur in carcere, non cessa di essere cittadino e perciò rimane titolare di posizioni giuridiche soggettive[1].

* Dottoressa in Giurisprudenza.

[1] S. Braghini, *I diritti del detenuto previsti dall'ordinamento italiano: analisi e limiti alla luce delle recenti riforme* in *Rivista di informazione giuridica*, 2010-2013.

Sul punto la dottrina ha fatto emergere uno dei principali paradossi che attengono alla sanzione penale riflettendo sul fatto che l’ordinamento costituzionale, che vede la rieducazione come obiettivo precipuo della pena, voglia rieducare ad esercitare la libertà attraverso la sua negazione[2].

Il paradosso viene risolto riflettendo sul fatto che, per poter far sì che la pena detentiva raggiunga il suo scopo, è necessario che essa si svolga in un carcere inteso come luogo di legalità, di rispetto della persona e quindi dei suoi diritti fondamentali. Bisogna rispettare quello che la dottrina ha denominato «volto costituzionale della pena»[3] affinché il carcere non diventi un luogo di umiliazione o oppressione per i ristretti, ma anzi un luogo in cui le persone siano messe nella condizione di migliorarsi e di percorrere la strada della legalità per il loro reinserimento nella società civile, come statuito dall’art. 27 co. 3 Cost.[4].

Il discorso muove attorno tre concetti principali, quello di libertà, di *status* e di personalità, ed è la stessa Corte costituzionale che, nella sentenza n. 349 del 1993, enunciando il principio del residuo, esplicita il concetto per cui «Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte delle sue 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. Lo stato detentivo, dunque, riduce certamente la libertà dell’individuo, ma anche chi si trova a rivestire uno status di tal genere conserva una sua personalità ed anzi ha diritto ad espanderla nello spazio residuale di libertà concessogli»[5].

Il rispetto del residuo di cui parla la Corte consente lo sviluppo di alcuni concetti, che sono delle basi solide per un corretto trattamento penitenziario e cioè : il principio per cui in carcere sono ammesse limitazioni all’esercizio di diritti solo se giustificate da esigenze di vita detentiva[6]; la previsione per cui ogni intervento legislativo che incide su un diritto fondamentale deve tener conto dell’effetto che produce sull’intero sistema dei diritti; il minor sacrificio possibile della libertà personale, più volte sottolineato dai giudici della Corte, fa sì che la pena detentiva in carcere debba essere vista come *extrema ratio*[7].

[2] T. Padovani, *Ordine e sicurezza negli istituti penitenziari: un’evasione dalla legalità*, in V. Grevi (a cura di), *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 287.

[3] A. Menghini, *Carcere e costituzione: garanzie, principio rieducativo e tutela dei diritti dei detenuti*, Napoli, novembre 2022, 2 ss.

[4] V. Onida, *Carcere e legalità*, in *Dignitas*, 2002, 11-12,20: *«la legalità e la cultura della legalità sono una premessa perché ciò possa avvenire».*

[5] Cfr. Corte cost. 29 luglio 1993, n. 349, in *Giur. Cost.*, 1995, punto 4.2 del *Considerato in diritto.*

[6] Cfr. Art. 1 L. 26 luglio 1975, n. 354: «negli istituti devono essere mantenuti l’ordine e la disciplina. Non possono essere adottate restrizioni non giustificabili con le esigenze predette o, nei confronti degli imputati, non indispensabili ai fini giudiziari».

[7] In tal senso, M. Ruotolo, I diritti dei detenuti nella più recente giurisprudenza costituzionale italiana in *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité: Approche de droit comparé*, Aix-en-Provence, 2021.

Il soggetto ristretto, in quanto persona, ha una dignità innata[8] che non ha carattere residuale, ma è centrale in questo contesto e non può essere soppressa. Questo è il ragionamento condiviso anche dalla giurisprudenza costituzionale che, in plurime pronunce, sottolinea come nel periodo dell'esecuzione della pena sia necessaria la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo[9].

Per far sì che le finalità rieducative, sottolineate dal dettame costituzionale all'art. 27 terzo comma, vadano di pari passo con il carattere di difesa sociale della pena, è necessario che venga prestata particolare attenzione ai diritti della persona reclusa, poiché senza il loro rispetto lo stesso ordinamento statuale si porrebbe in contrasto con la Costituzione[10].

Lo stato di reclusione deve confrontarsi, oltre che con l'articolo 27 co. 3 Cost., disposizione cardine dell'istituto della pena, anche con altre previsioni costituzionali, che fungono da garanzie fondamentali per le persone ristrette, pur non essendo *strictu sensu* collegate al momento dell'esecuzione della pena o allo stato detentivo[11].

Proprio per tale motivo, alcuni sostengono che sia improprio parlare di un elenco di diritti dei detenuti, dal momento che questi restano titolari di posizioni giuridiche soggettive analoghe a quelle delle persone libere, in quanto la libertà personale – il cui fondamento è negli artt. 2,3 e 13, primo comma, Cost. – è un bene che non può e non deve essere sacrificato dalla condizione detentiva[12].

Il problema principale che si pone in quest'ottica è capire la reale possibilità di esercizio di questi diritti ed entro quali limiti essi possano esseri compressi.

2. La nascita del modello del "carcere duro": un breve *excursus*.

Proprio in merito alla compressione dei diritti fondamentali del soggetto recluso, prende avvio l'annoso dibattito circa la costituzionalità del c.d. carcere duro *ex* art. 41-*bis* o.p., che trattiamo nel presente paragrafo e dell'istituto connesso ma distinto dei reati ostativi, di cui parleremo successivamente.

La *ratio* sottesa ad entrambi gli istituti è quella di rispondere ad esigenze di allarme sociale, dovute alla qualificata pericolosità sociale dei soggetti autori di determinati reati, e quindi di modulare un trattamento penitenziario

---

8 M. Ruotolo, *Dignità e carcere*, Napoli, 2014, 12 ss.: «la dignità innata vale a evitare che la persona possa mai divenire cosa, che le azioni o le mancate azioni possano mai giustificare un trattamento inumano o degradante nei suoi confronti. [...]».

9 S. Talini, *La privazione della libertà personale - Metamorfosi normative, apporti giurisprudenziali, applicazioni amministrative,* Napoli,2008, *introduzione.*

10 F. Viola, *Diritti in carcere,* in Aa.Vv., M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena*, Napoli, 2014, 96.

11 M. Ruotolo, *Dignità e carcere,* II edizione, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, 35.

12 In tal senso, M. Ruotolo, *La libertà della persona in stato di detenzione* in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 6/2021, 2 novembre 2021, 254.

ad hoc, che a *prima facie* si pone in contrasto con qualsiasi disposizione costituzionale in merito.

Al fine di meglio comprendere il bilanciamento tra interessi contrapposti operato dal legislatore nella previsione di tale istituto, è necessario risalire alla sua *ratio* contestualizzandola anche con le esigenze storico-politiche sottese allo stesso.

La riforma penitenziaria del 1975, nell'intento di dissociarsi dall'ideologia che permeava il precedente regolamento penitenziario del 1931, introdusse una sola norma volta a disciplinare le situazioni di grave allarme sociale, l'art. 90 o.p., il quale stabiliva che «quando ricorrono gravi ed eccezionali motivi di ordine e sicurezza, il Ministro di Grazia e Giustizia ha facoltà di sospendere, in tutto o in parte l'applicazione in uno o più stabilimenti penitenziari, per un periodo di tempo determinato, strettamente necessario, delle regole di trattamento e degli istituti previsti [...] dalla legge che possono porsi in concreto contrasto con le esigenze di ordine e sicurezza»[13].

La *ratio legis* era quella di limitare l'operatività di tale norma ai soli casi limite e il suo scopo principale era soprattutto quello di impedire le rivolte all'interno degli istituti di pena[14]. Tuttavia, questo nuovo spirito innovatore, ha dovuto scontrarsi sul piano pratico con le esigenze di ordine e sicurezza ed inoltre tale articolo divenne la base giuridica per introdurre le carceri speciali con il decreto interministeriale del 21 luglio 1977[15].

La legge Gozzini, L. n. 663/1986, abrogò l'art. 90 o.p., il quale, con il d.l. 8 giugno 1992 convertito dalla legge 7 agosto 1992 n. 356 denominata "Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa", venne poi sostituito dall'art. 41-*bis* o.p. Questo regime detentivo speciale, che rappresenta per così dire una linea di confine, in quanto è il limite massimo entro cui lo Stato può spingersi per soddisfare le esigenze di difesa sociale, venne introdotto, come si evince dalla data di promulgazione della legge, in un'epoca nota per lo stragismo mafioso della famiglia dei Corleonesi, sono questi gli anni in cui lo Stato italiano è stato esposto continuamente alle minacce e agli attacchi da parte della nota associazione mafiosa "Cosa Nostra"[16].

L'inquadramento storico temporale della nascita di tale istituto fa comprendere come questo rappresentò sia una risposta alle stragi di quel periodo, ma anche una rivoluzione per il sistema detentivo. Infatti, la detenzione

---

[13] L. Pace, *Libertà personale e pericolosità sociale,* in Aa.Vv., M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale,* Napoli, 2017, 394.

[14] L. Pace, *op. cit.*, 394.

[15] L. Pace, *op. cit.*, 394.

[16] A. Della Bella, *Il regime detentivo speciale ex art. 41-bis comma 2, o.p.: alla ricerca di un compromesso tra le esigenze di prevenzione speciale e la tutela dei diritti fondamentali della persona,* in Aa.Vv., A. Gaboardi, A. Gargani, G. Morgante, A. Presotto, M. Serraino (a cura di), *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere, affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale,* Torino, 2013, 117.

ordinaria attuata fino a quel momento per i boss mafiosi si era dimostrata inadeguata, in quanto quest'ultimi, continuando a mantenere i contatti con l'ambiente esterno, dirigevano le operazioni da dentro le carceri e in tal modo le problematiche inerenti alle infiltrazioni mafiose continuavano a persistere, per cui lo strumento normativo che era stato pensato, precedentemente al 41-*bis*, per combattere tale fenomeno criminale, si rivelò totalmente inadeguato[17].

Pertanto, al fine di rispondere all'esigenza di prevenzione speciale e di neutralizzare il pericolo, spezzando il vincolo associativo tra il detenuto e l'organizzazione criminale di appartenenza, la nuova previsione legislativa si pone l'obiettivo di rafforzare la custodia in carcere dei soggetti detenuti ritenuti particolarmente pericolosi[18].

Con l'art. 41-*bis* o.p. si è attribuito il potere al Ministro della Giustizia, anche su richiesta del Ministro dell'Interno, di sottoporre i detenuti (imputati, condannati e internati) per taluno dei delitti di cui al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4-*bis* o comunque per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l'associazione di tipo mafioso al c.d. carcere duro, un regime penitenziario più severo che riduce notevolmente i contatti tra detenuti e mondo esterno. Tale misura nella sua originale formulazione aveva la connotazione di misura emergenziale, destinata a rimanere in vigore per un breve periodo temporale, tanto che il decreto-legge n. 306/1992 stabiliva un periodo di soli tre anni per la sua vigenza, ma così non fu perché nel dicembre 2002 questa misura si inserì stabilmente nel sistema penitenziario italiano[19].

I presupposti per la sua applicazione erano sempre molto vaghi e i destinatari vennero individuati sulla base dell'art. 4-*bis* o.p., il cui contenuto era caratterizzato da forte genericità e rimesso alle determinazioni dell'Amministrazione Penitenziaria, ed inoltre contro i decreti del Ministro della Giustizia, che disponevano l'applicazione della misura, non poteva essere esperito alcun rimedio giurisdizionale[20]. Pertanto, la prima formulazione dell'art. 41-*bis* o.p. aveva introdotto una norma decisamente contrastante con i principi costituzionali sia in merito ai presupposti applicativi, dal momento che la norma selezionava i detenuti sulla base del titolo di reato, quanto alla durata, in quanto non essendo previsto un termine massimo di applicazione la misura poteva essere illimitatamente prorogabile, ed anche il contenuto della misura connotato da una spiccata indeterminatezza faceva sì che si attribuisse una discrezionalità rilevante al Ministro della Giustizia[21].

Sulla base di ciò, le prime applicazioni di questo nuovo regime detentivo, che si ebbero nelle carceri di Pianosa e dell'Asinara, si tradussero in abusi e

17 L. Pace, *op. cit.*, 396.
18 A. Della Bella, *op. cit.,* 118-119.
19 A. Della Bella, *op. cit.,* 119.
20 *Ibidem.*
21 L. Pace, *op. cit.,* 409.

maltrattamenti che costituiscono tutt'oggi una pagina buia della storia italiana[22], suscitando in alcuni il pensiero che si trattasse di una «vendetta dello Stato, che attaccato da continue minacce, in quel momento, doveva dimostrare la sua forza»[23].

Il regime speciale ha inasprito notevolmente il trattamento penitenziario privandolo oltremodo della finalità rieducativa per far fronte ad esigenze di difesa sociale, in quanto ha inserito una presunzione di pericolosità sociale massima nei confronti dei soggetti destinatari della misura, criminali collegati con ambienti mafiosi[24].

L'efficacia sistemica che raggiunse la norma fece sì che nel 2002 questa si inserì in modo definitivo nel sistema penitenziario italiano e la legge 23 dicembre 2002 n. 279, nello stabilizzare la nuova misura, ne ridisegnò i tratti peculiari, cercando di inserirla negli «argini di costituzionalità» che la Corte costituzionale in più pronunce interpretative aveva individuato[25].

In realtà, in merito ai presupposti applicativi non cambiò molto, mentre quanto al contenuto si stabilì, *ex* art. 41-*bis* comma 2-*quater* : 1) la riduzione dei colloqui con i familiari, uno al mese dietro apposito vetro divisorio; 2) la riduzione delle telefonate, una al mese, alternativa al colloquio di massimo dieci minuti; 3) la sottoposizione della corrispondenza al visto di controllo; 4) la limitazione delle somme di denaro e dei beni; 5) la limitazione delle ore di permanenza all'esterno, due ore al giorno, e dei gruppi con cui poter parlare, massimo quattro persone[26]. Inoltre, all'Amministrazione penitenziaria venne data la facoltà di adottare misure di elevata sicurezza interna ed esterna con «la necessità di prevenire contatti con l'organizzazione criminale di appartenenza o di attuale riferimento, contrasti con elementi di organizzazioni contrapposte, interazione con altri detenuti o internati appartenenti alla medesima organizzazione ovvero ad altre ad essa alleate»[27].

È bene notare che con la riforma del 2002 venne anche introdotto un controllo giurisdizionale sui decreti di applicazione della misura da parte dei tribunali di sorveglianza, che dal 2009 è stata attribuita al solo Tribunale di sorveglianza di Roma[28]. Tuttavia, già in una pronuncia del 1996, la n. 351 la Corte costituzionale aveva affermato che «non vi è oggi discussione sul controllo dell'autorità giudiziaria sotto ogni profilo di legittimità di detta deter-

[22] A. Della Bella, *op. cit.*, 120.
[23] A. Della Bella, *Il carcere duro tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali*, Milano, 2016, 111-112 da L. Pace, *op. cit.,* 410.
[24] L. Pace, *op. cit.,* 396.
[25] L. Pace, *op. cit.,* 396.
[26] A. Della Bella, *op. cit.*, 122.
[27] Cfr. Art. 41-*bis* o.p., comma 2-*quarter* lett. a), Legge 26 luglio 1975, n. 354, Ordinamento penitenziario.
[28] A. Della Bella, *op. cit.*, 123.

minazione, compreso dunque l'eccesso di potere nelle sue varie manifestazioni suscettibili di rivelare un non corretto uso del potere amministrativo»[29].

La Corte costituzionale sin dall'introduzione del nuovo art. 41-*bis* o.p. è intervenuta rimodulando le condizioni applicative dello stesso, affinché fossero maggiormente aderenti alle previsioni costituzionali. Pertanto, nonostante non ci sia stata una vera e propria censura della Consulta, si registrarono molteplici sentenze interpretative sul tema[30].

In merito a ciò, la giurisprudenza costituzionale affonda le sue radici nella pronuncia n. 349 del 1993, in cui nonostante non sancisca l'incostituzionalità dell'istituto, ne delinea dei limiti oggettivi e assicura una garanzia giurisdizionale per cui stabilisce come le limitazioni *ex* art. 41-*bis* possano incidere solo sulle modalità di svolgimento della detenzione, ma non anche sulla quantità e qualità della pena che viene determinata dalla sentenza penale di condanna[31]. Infatti, «a ciò consegue 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, secondo comma, della Costituzione»[32].

Il principio della congruità della misura inflitta rispetto alle esigenze per cui la legge ne stabilisce l'applicazione viene enunciato con la pronuncia n. 351 del 1996, ma meglio specificato l'anno successivo in cui, nella sentenza n. 376 del 1997, si ribadisce che « il regime differenziato si fonda non già astrattamente sul titolo di reato oggetto della condanna o dell'imputazione, ma sull'effettivo pericolo della permanenza di collegamenti, di cui i fatti di reato concretamente contestati costituiscono solo una logica premessa; dall'altro lato, le restrizioni apportate rispetto all'ordinario regime carcerario non possono essere liberamente determinate, ma possono essere – sempre nel limite del divieto di incidenza sulla qualità e quantità della pena e di trattamenti contrari al senso di umanità – solo quelle congrue rispetto alle predette specifiche finalità di ordine e di sicurezza; e anche di tale congruità al fine è garanzia *ex post* il controllo giurisdizionale attivabile sui provvedimenti ministeriali»[33].

L'art. 41-*bis* o.p. nel corso degli anni, almeno fino al 2009, è stato calibrato soprattutto grazie all'intervento del Giudice delle leggi, il quale ha cercato di rimodularne la portata nel tentativo di renderlo compatibile con quanto previsto dalla Carta costituzionale.

---

29 Cfr. Corte cost., 14 ottobre 1996, n. 351, in *Giur. Cost.*, punto 4 del *Considerato in diritto.*

30 L. Pace, *op. cit.*, 410.

31 L. Pace, *op. cit.*, 411; v. anche G.P. Dolso, *Corte costituzionale, 41-bis OP e sindacato di ragionevolezza. Note a margine della sentenza della Corte costituzionale n.186 del 2018*, in *giurisprudenzapenale.com*, 2020, 1-*bis* – "Dentro il 41-*bis*", 1 ss.

32 Cfr. Corte cost., 24 giugno 1993, n. 349, in *Giur. Cost.*, punto 4.2 del *Considerato in diritto.*

33 Cfr. Corte cost., 26 novembre 1997, n. 376, in *Giur. Cost.*, punto 5 del *Considerato in diritto.*

È bene notare però che con la legge n. 94 del 2009 il legislatore torna a regolamentare la disciplina in oggetto, con delle risultanze che disattendono completamente le varie pronunce giurisprudenziali le quali, fino a quel momento, si erano fatte portavoce dei principi costituzionali più garantisti[34]. Pertanto, si registra un notevole aggravamento del regime penitenziario destinato ai condannati di tale specie, simbolo della stretta normativa del legislatore sul punto.

Un esempio di ciò è la previsione legislativa che stabilisce come, nel caso di cumulo di pene per i vari reati, tra cui anche fattispecie previste *ex* art. 4-*bis* o.p., il regime detentivo speciale può continuare ad essere applicato anche se la pena per i reati non ostativi sia stata espiata. Tale scelta si pone in un clima di totale avversione sia rispetto alla *ratio* sottesa all’ 41-*bis*, in quanto fonda la pericolosità sul titolo di reato, sia con il finalismo rieducativo che, per la prosecuzione di un regime di tal specie, richiederebbe una valutazione di pericolosità sociale concreta e attuale[35].

3. Le preclusioni ostative: tra norma e giurisprudenza.

Sempre in reazione allo stragismo dei primi anni 90 si inserisce nel sistema penitenziario italiano l’istituto dell’ergastolo ostativo che, nell’ottica di repressione di quei crimini che fecero vacillare l’Italia in quegli anni, è stato da sempre caratterizzato da uno stringente regime preclusivo in merito all’accesso ai benefici penitenziari e alle misure alternative[36]. Nel nostro ordinamento si trovarono così a convivere due tipologie di ergastolo, in quanto, oltre a quello ostativo, che inizialmente si qualificava come il c.d. “fine pena mai”, si rinviene anche quello “ordinario”. Quest’ultimo, per quanto sia sempre inserito nel novero delle pene esemplari, durante la sua esecuzione è suscettibile di essere attenuato, in quanto, dopo un determinato arco temporale trascorso in esecuzione della pena si concede la possibilità ai destinatari di tale sanzione di accedere ai benefici premiali e alle misure alternative alla detenzione[37]. Di contro, quando si parla di ergastolo ostativo e quindi di soggetti autori di quei reati *ex* art. 4-bis o.p. che abbiano ricevuto con sentenza definitiva di condanna la pena dell’ergastolo, l’accesso ai benefici penitenziari dipende da fattori ben diversi dal semplice decorso della pena.

Tali interventi legislativi hanno condotto alla previsione per cui per un soggetto condannato, alla pena dell’ergastolo o altra pena per taluno dei delitti *ex* art. 4-*bis* o.p., l’accesso alle misure alternative e ad altri benefici penitenziari è condizionato dalla collaborazione con la giustizia *ex* art. 58-*ter* o.p.. Infatti, per i soggetti condannati ai reati c.d. assolutamente ostativi, *ex* art.

[34] L. Pace, *op. cit.,* 414.
[35] *Ibidem.*
[36] G. Chiola, *Il sistema carcerario italiano, Profili costituzionali*, Torino, 2020, 177.
[37] T. Salvino, *L’ergastolo “ostativo”: un reale cambiamento?,* in *dirittifondamentali.it* , Fascicolo 3/2023, 20 settembre 2023, 112.

4-*bis* co. 1 o.p., la collaborazione con la giustizia si pone come condizione di ammissibilità dell'istanza volta ad ottenere l'applicazione di una misura alternativa diversa dalla liberazione anticipata, mentre per i soggetti condannati per i delitti c.d. parzialmente ostativi, *ex* art. 4-*bis* comma 1-*ter* ed 1-*quater,* la collaborazione ripristina il regime detentivo ordinario, quello previsto per i soggetti condannati per i delitti comuni[38].

Dalla L. 7 agosto 1992 n. 356 sino ad oggi la consistenza dei reati ostativi si è andata via via modificando e tale regime differenziato ha perseguito anche obiettivi differenti da quello di prevenzione speciale, come ad esempio quello di produrre una pressione psicologica nel soggetto ristretto al fine di fargli assumere un atteggiamento collaborativo con la giustizia, e di tranquillizzare l'opinione pubblica, mostrando una risposta dello Stato di contrasto ai fenomeni criminali, questo è il motivo per cui il novero dei reati *ex* art. 4-*bis* o.p. verrà esteso, inglobando anche fattispecie penali che hanno poco o nulla in comune con la criminalità organizzata[39].

È necessario, per meglio comprendere la portata dei nuovi interventi legislativi, analizzare la tipizzazione che l'organo legislativo ha fatto in merito ai delitti ostativi, nei quali si inseriscono: i delitti con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico con atti di violenza, il delitto *ex* art. 416-*bis* e 416-*ter* c.p., i delitti commessi con le condizioni *ex* art. 416-*bis* c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, il delitto *ex* art. 291-*quater* d.P.R. 43/1943, il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, *ex* art. 630 c.p., il delitto associativo *ex* art. 74 d.P.R. n. 309/90, i delitti di riduzione in schiavitù, prostituzione minorile, pornografia minorile, tratta di persone, acquisto o alienazione di schiavi, violenza sessuale di gruppo[40]. Al di là della classificazione dei singoli reati, si nota come, ricomprendendo tra le fattispecie quella dei delitti commessi con le condizioni *ex* art. 416-*bis* c.p., il legislatore abbia creato *de iure e de facto* una fattispecie aperta, che indica in modo generico i presupposti applicativi in quanto riferibile a tutti quei delitti volti ad agevolare comunque le associazioni di stampo mafioso, senza discernere tra i vari gradi di gravità delle condotte di favore.

Per quanto concerne i crimini di tale specie questi vengono inseriti nei c.d. delitti di prima fascia, mentre per i detenuti che abbiano commesso reati gravi, ma non direttamente connessi con la criminalità organizzata, si parla di delitti appartenenti alla c.d. seconda fascia. I reati sopra elencati costituiscono la *condicio sine qua non* per l'accesso al regime detentivo speciale, e in tal senso i condannati all'ergastolo per uno di questi delitti subiscono, ciò che la dottrina ha definito come "fenomeno del triplo schiacciamento", poiché privati della libertà personale, in quanto ergastolani, privati della possibilità

38 L. Degl'innocenti, F. Faldi, *I benefici penitenziari*, Milano, 2014, 376.
39 *Ibidem.*
40 *Ibidem.*

di accedere a misure *extra moenia*, in quanto ostativi, e sottoposti al regime del carcere duro[41].

Come precedentemente detto, l'art. 4-*bis* viene introdotto dal decreto-legge n. 152 del 1992, subito modificato l'8 giugno 1992 con il decreto-legge n. 306, a causa della strage mafiosa che avvenne il 23 maggio dello stesso anno. È con tale decreto che viene stabilita la *necessaria condicio* della collaborazione con la giustizia *ex* art. 58-*ter* o.p., per i soggetti autori dei reati presupposto, affinché sia data la possibilità a quest'ultimi di poter accedere alle misure alternative o ai benefici penitenziari. Dividendo i delitti tra pima e seconda fascia, la norma compie una differenziazione sulla base della pericolosità sociale dei vari soggetti, che più è elevata e più fa desumere che il soggetto mantenga i rapporti con la criminalità organizzata di provenienza e sulla base di tale presunzione *iuris et iure* l'acceso alle misure alternative e più in generale ai benefici penitenziari, viene concesso esclusivamente dietro una collaborazione qualificata[42].

La Corte costituzionale nel 1995 collega la collaborazione al finalismo rieducativo sancendo che «essendo la funzione rieducativa della pena valore insopprimibile che permea l'intero trattamento penitenziario, in tanto è possibile subordinare ad una determinata condotta l'applicazione di istituti che di quel trattamento sono parte integrante, in quanto la condotta che si individua come presupposto normativo risulti oggettivamente esigibile, giacché, altrimenti, residuerebbe nel sistema null'altro che una preclusione assoluta, del tutto priva di bilanciamento proprio sul piano dei valori costituzionali coinvolti»[43].

Secondo l'art. 58-*ter* o.p., la collaborazione è evidente quando il soggetto reo, anche successivamente alla condanna, si sia attivato per impedire all'attività delittuosa di raggiungere conseguenze ulteriori ovvero abbia coadiuvato l'autorità giudiziaria a raccogliere elementi utili per la ricostruzione dei fatti o per l'individuazione dei soggetti colpevoli[44]. Pertanto, stando alla lettera della norma, si prevedono due tipologie di condotte, il ravvedimento attivo, configurabile quando il condannato si sia adoperato attivamente per evitare le conseguenze ulteriori dell'attività delittuosa, e la fattiva collaborazione, quando i condannati «hanno aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori dei reati»[45]. L'accertamento di tale condotta è rimesso al Tribunale di sorveglianza che, sentito il pubblico ministero e raccolte le necessarie informazioni, valuta l'utilità della collaborazione. Insistendo su un'interpretazione meramente letterale il rico-

41 F. Del Vecchio, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, in *Processo penale e politica criminale*, Torino, Luglio 2020.

42 L. Pace, *op. cit.*, 398.

43 Cfr. Corte cost., 22 febbraio 1995, n. 68, in *Giur. Cost.,* punto 4 del *Considerato in diritto.*

44 L. Degl'innocenti, F. Faldi, *op. cit.*, 385.

45 Cfr. Art 58-*ter* comma primo, Legge 26 luglio 1975, n. 354, Ordinamento penitenziario.

noscimento della condotta collaborativa postula che questa debba essere concreta e significativa al fine di dare un contributo reale e utile alle indagini. Pertanto, ne consegue che un contributo dato quando il quadro probatorio è già completo oppure quando gli elementi forniti sono già a disposizione degli organi inquirenti, configura una condotta collaborativa inidonea a consentire l'accesso ai benefici penitenziari[46].

Si precisa, inoltre, che per superare la preclusione di elevata pericolosità sociale, è necessario che gli elementi forniti siano attinenti al caso di specie e non generici, altrimenti si consentirebbe, in modo privilegiato, a chi ha collaborato nell'ambito di un solo procedimento penale di accedere irragionevolmente ai benefici penitenziari per qualsiasi tipo di delitto[47].

La legge n. 279 del 2002, tuttavia, inserisce nell'art. 58-*ter* anche ulteriori forme di collaborazione, che erano già state menzionate dalla Corte costituzionale in diverse pronunce, al fine di mitigare l'operatività della preclusione[48].

La pronuncia cardine della giurisprudenza della Corte in materia è senza dubbio la sentenza n. 306 del 1993, con cui il Giudice delle leggi riconosce l'utilità di tale previsione nel contrastare l'allarmante fenomeno della criminalità organizzata, quindi dà rilevanza alla logica di prevenzione generale su cui si permea la disciplina, ma al contempo ritiene che un restringimento così forte dell'accesso ai benefici penitenziari rischia di compromettere la finalità rieducativa della pena, *ex* art. 27 comma terzo Cost[49].

Dunque, la Corte conclude ammettendo la non incostituzionalità della previsione in esame, ma sottolinea come «[...] inibire l'accesso alle misure alternative alla detenzione ai condannati per determinati gravi reati, abbia comportato una rilevante compressione della finalità rieducativa della pena. Ed infatti la tipizzazione per titoli di reato non appare consona ai principi di proporzione e di individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario, mentre appare preoccupante la tendenza alla configurazione normativa di "tipi di autore", per i quali la rieducazione non sarebbe possibile o potrebbe non essere perseguita. Inoltre, non può non destare serie perplessità, pur in una strategia di incentivazione della collaborazione, la vanificazione dei programmi e percorsi rieducativi»[50].

Pertanto, viene confermata l'idoneità della collaborazione a far cessare la presunzione di pericolosità sociale, in quanto è l'unico elemento in grado di far desumere un'interruzione del rapporto tra il soggetto e la criminalità organizzata, ma viene ritenuta irragionevole la revoca automatica del beneficio sulla base della mancata collaborazione[51].

---

46 L. Degl'Innocenti, F. Faldi, *op. cit.*, 386.
47 Cfr. Corte Cass., sez. I, 23 settembre 1996, Sent. n. 205749, in C.E.D.
48 L. Degl'Innocenti, F. Faldi, *op. cit.*, 391.
49 L. Pace, *op. cit.*, 400.
50 Cfr. Corte cost., 11 giugno 1993, n. 306, in *Giur. Cost.*, punto 11 del *Considerato in diritto.*
51 L. Pace, *op. cit.*, 401.

Al fine di contenere le discriminazioni ingiustificate, derivanti da un'applicazione troppo stringente della disciplina, la Corte in successivi interventi dichiarò incostituzionale l'art. 4-*bis* nelle ipotesi in cui escludeva l'applicazione dei benefici penitenziari a causa di una collaborazione assente, senza considerare l'ipotesi in cui tale mancanza fosse indipendente dalla volontà del soggetto[52]. Il primo intervento fu quello del 27 luglio 1994 n. 357, in cui la Corte precisa l'illegittimità dell'art. 4-*bis* nella parte in cui non prevede che l'accesso ai benefici penitenziari possa essere concesso nel caso in cui la sentenza di condanna abbia accertato la partecipazione limitata del soggetto al fatto criminoso e perciò sia impossibile un'utile collaborazione con la giustizia[53], per cui in questo modo la Corte estese l'ambito di operatività della collaborazione irrilevante anche ai casi di collaborazione inesigibile dovuta alla scarsa partecipazione del soggetto al fatto di reato[54].

Con la sentenza del 1 marzo 1995 n. 68, la Corte dichiara l'illegittimità dell'art. 4-*bis* o.p. nella parte in cui non prevede che i benefici possano essere concessi anche laddove l'accertamento completo e integrale del fatto, operato con la sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, estendendo la disciplina della collaborazione irrilevante ai casi di collaborazione impossibile per cui stabilisce che i benefici penitenziari «possano essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità operato con sentenza irrevocabile renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»[55].

Tali pronunce resero possibile aprire la strada dell'applicazione dei benefici penitenziari anche ai casi di collaborazione assente, ma solo nelle fattispecie in cui la sua mancanza era da attribuirsi ad un fatto non imputabile al condannato, cioè prescindeva dalla volontà dello stesso[56].

Il legislatore nel 2002 recepisce tali orientamenti giurisprudenziali e definisce, nell'attuale comma 1-*bis* dell'art. 4-*bis*, i casi in cui l'assenza di collegamento con la criminalità organizzata possa essere desunta anche senza la

---

52 A. Della Bella , *La Cassazione dopo la sentenza 253 della Corte costituzionale: il destino della collaborazione impossibile e lo standard probatorio richiesto per il superamento della presunzione assoluta di pericolosità,* in *sistemapenale.it,* 16 aprile 2020, 3

53 Cfr. Corte cost., 27 luglio 1994, n. 357, in *Giur. Cost.*, punto 4 del *Considerato in diritto:* «Va pertanto dichiarata, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, primo comma, secondo periodo, della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non prevede che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma possano essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, renda impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che siano stati acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata»; v. anche L. Degl'innocenti, F. Faldi, *op. cit.,* 391.

54 A. Della Bella, *op. ult. cit.*, 3.

55 Cfr. Corte cost., 1° marzo 1995, n. 60, in *Giur. Cost.,* massima n. 21987.

56 L. Degl'innocenti, F. Faldi, *op. cit.,* 391.

collaborazione, specificando però che l'accesso ai benefici è possibile solo successivamente all'acquisizione di elementi che facciano escludere qualsiasi collegamento attuale con associazioni mafiose, terroristiche o eversive[57].

Con il decreto legge 11 febbraio 2009, n. 11, convertito in legge 23 aprile 2009 n. 38, si sono previste all'interno dell'art. 4-*bis* o.p., due tipologie di collaborazione inesigibile, che devono essere sempre sottoposte all'accertamento del Tribunale di sorveglianza, ossia la collaborazione impossibile, quando l'accertamento dei fatti e delle responsabilità è stato esaurito dalla sentenza di condanna, ed anche la collaborazione irrilevante, quando il soggetto ha partecipato in modo limitato al compimento del fatto criminoso, pertanto a causa della sua posizione secondaria non è a conoscenza di elementi rilevanti ai fini delle indagini[58].

Tuttavia, è necessario ricordare la precisazione fatta dalla giurisprudenza costituzionale per cui, nell'istanza volta ad ottenere l'accertamento della collaborazione impossibile o inesigibile, il richiedente ha l'onere di fornire elementi specifici e comprovanti la cessazione dei suoi contatti con la criminalità organizzata, e qualora tale onere di allegazione non venga soddisfatto, l'istanza viene dichiarata *ab origine* inammissibile[59].

Dunque, ai fini di poter beneficiare di un trattamento penitenziario più mite rispetto a quello previsto *ex* art. 4-*bis* o.p., è necessaria la compresenza di tali elementi che si risolvono nella collaborazione con la giustizia e nell'accertata inesistenza di legami con la criminalità organizzata. La dottrina, in merito all'imposizione di tale onere della prova in capo al condannato, in quanto spetta a quest'ultimo produrre elementi utili volti a far desumere la sua non appartenenza al vincolo associativo, si è mostrata poco favorevole, ritenendo che si sia stabilito un'inversione dell'onere della prova che è evidentemente contrario ai principi del nostro ordinamento[60]. D'altronde, in tal senso emerge la configurazione di una vera e propria *probatio diabolica,* in quanto si richiede al soggetto istante di dimostrare in via affermativa l'inesistenza di un fatto impeditivo, con tutte le difficoltà che ciò comporta e che producono un notevole aggravamento della situazione già *ab initio* di svantaggio del reo[61]. I giudici di legittimità ribadiscono che non basta provare l'assenza dell'inserimento del soggetto reo all'interno di un'associazione criminale per soddisfare il requisito, in quanto la preclusione *ex* art. 4-*bis* opera nel momento in cui ci sia qualsiasi tipo di contatto con l'ambiente o con persone connesse alla

[57] L. Caraceni, *Sub art. 4-bis,* in Aa.Vv., F. Della Casa, G. Giostra (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato,* Milano, 2019, 67.
[58] L. Degl'innocenti, F. Faldi, *op. cit.,* 391 ss.
[59] L. Degl'innocenti, F. Faldi, *op. cit.,* 392.
[60] L. Degl'innocenti, F. Faldi, *op. cit.,* 395.
[61] F. Del Vecchio, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, in *Processo penale e politica criminale*, Torino, Luglio 2020, 102.

criminalità organizzata, anche laddove non sia stato riconosciuto il delitto *ex* art. 416-*bis* o.p.[62].

3.1. Le prospettive esterne: la Corte EDU e il carattere ambivalente della collaborazione.

L'ergastolo ostativo, che discende dal combinato disposto degli artt. 22 c.p., 4-*bis* e 58-*ter* o.p., rappresenta all'interno del sistema sanzionatorio italiano la pena più estrema, in quanto i condannati all'ergastolo che abbiano commesso un delitto ostativo non vedono riconosciuta alcuna possibilità di accesso ai benefici penitenziari se non dietro collaborazione con la giustizia, pertanto, questo può configurarsi come una pena immutabile e priva di qualsiasi prospettiva volta a riacquistare la libertà[63].

Con la sentenza Viola c. Italia, il 13 giugno 2019, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dichiara che l'ergastolo ostativo si pone contro i principi sanciti dall'art. 3 CEDU, secondo cui nessuno può essere sottoposto a trattamenti inumani e degradanti, ed è la prima volta che i giudici di Strasburgo censurano l'ergastolo ostativo così come delineato dall'ordinamento italiano[64].

Tale pronuncia risponde al ricorso presentato nel 2016 dal detenuto Marcello Viola, il quale dal 1992 è ristretto nelle carceri italiane per fatti di criminalità organizzata e dal 1999 si trova in regime di ergastolo ostativo a causa del suo diniego a collaborare, dovuto a scelte personali e alla sua costante dichiarazione di innocenza. Il signor Viola, successivamente a due rigetti delle richieste di permessi premio e liberazione condizionale da parte della magistratura di sorveglianza, ricorre alla Corte EDU ritenendo che la disciplina in esame fosse in contrasto con: a) l' art. 3 CEDU in quanto l'ergastolo ostativo non essendo comprimibile viola il principio della proporzionalità della pena; b) l'art. 3 CEDU sotto il profilo procedurale in quanto la dichiarazione di inammissibilità dell'istanza aveva impedito una valutazione nel merito della stessa; c) l'art. 5 par. 4 CEDU perché l'ordinamento italiano non consente un ricorso volto ad esaminare le condizioni sostanziali e procedurali che hanno comportato l'applicazione della misura; d) l'art. 6 par. 2 in merito alla presunzione di innocenza; e) l'art. 8 CEDU per la costrizione che provoca la mancata collaborazione su chi si proclama innocente e sui suoi familiari[65]. I giudici di Strasburgo ritengono il reclamo ammissibile solo per violazione degli artt. 3 e 8 CEDU, *sub* a) e *sub* e), quindi per la violazione del divieto di trattamenti

---

62 Cfr. Corte Cass. Pen., sez. I, 26 giugno 1992, n. RV-191924, in C.E.D.

63 G. Picaro, *La Corte E.D.U. dichiara l'ergastolo ostativo incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. Brevi riflessioni a margine della sentenza "Viola"*, in *Archiviopenale.it*, 2/2019, 2.

64 G. Picaro, *op .cit.,* 1.

65 M.S. Mori, V. Alberta, *Prime osservazioni sulla sentenza Marcello Viola c. Italia (n. 2) in materia di ergastolo ostativo,* in *giurisprudenzapenale.com,* 6/2019, 2.

inumani e degradanti e per l'incompatibilità del regime ostativo con la finalità rieducativa e il reinserimento sociale del reo[66].

Nell'orientare la decisione dei Giudici di Strasburgo notevole rilievo venne assunto da una pronuncia precedente, un vero e proprio *leading case,* la sentenza Vinter e altri c. Regno Unito, in cui la stessa aveva elaborato l'assunto per cui un ergastolo non riducibile e non riesaminabile viola il diritto del detenuto alla speranza e contrasta con l'art. 3 CEDU ledendo la dignità umana del soggetto[67].

La Corte EDU nella sua argomentazione logica constata in via preliminare come lo Stato italiano si sia trovato costretto ad inserire tale istituto nell'ordinamento penitenziario agendo in risposta ad alcuni degli episodi più allarmanti della sua compagine storica e dunque, riconosce la gravità dei reati commessi dal ricorrente, ma mette altresì in evidenza come la lotta alla mafia non possa tradursi in una deroga alla Convenzione europea dei diritti dell'Uomo[68].

Al centro della sentenza venne posta proprio la questione della riducibilità o meno dell'ergastolo ostativo, in particolare la Corte si domanda se il meccanismo della collaborazione, *ex* art. 58-*ter* o.p., sia sufficiente a soddisfare il requisito della modulabilità della pena e se sia compatibile con l'art. 3 CEDU, ed inoltre sottolinea come anche il sistema penitenziario italiano sia imperniato sul principio di progressione trattamentale e finalità rieducativa della pena, che mal si concilia con la previsione in esame, potrebbe dunque configurarsi un'antinomia di sistema[69].

La giurisprudenza di Strasburgo arriva alla conclusione per cui una pena perpetua, senza speranza di liberazione, frustra l'ideale rieducativo e contrasta con il rispetto della dignità umana, quindi viola sotto molteplici punti di vista l'art. 3 della Convenzione.

In merito alla collaborazione, i Giudici di Strasburgo ritengono che questa sia sicuramente un elemento fondamentale per svolgere delle valutazioni in merito alla concessione della liberazione condizionale, ma al contempo questa non può costituire l'unico requisito per poter accedere al beneficio[70]. Inoltre, aggiungono che nonostante sia assodato che la scelta di cooperare sia rimessa alla libera autodeterminazione del condannato, rimane tuttavia

---

66 G. Picaro, *op. cit.,* 3.

67 G. Picaro, *op. cit.*, 4.

68 Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, sentenza Viola c. Italia, §130: «[...] riconosce che i reati per i quali il ricorrente è stato condannato riguardano un fenomeno particolarmente pericoloso per la società. Rileva inoltre che l'introduzione dell'articolo 4-*bis* è il risultato della riforma del regime penitenziario del 1992, avvenuta in un contesto di emergenza in cui il legislatore è dovuto intervenire, dopo un episodio estremamente significativo dell'Italia, in una situazione particolarmente critica. Tuttavia, la lotta contro questo flagello non può giustificare deroghe alle disposizioni dell'articolo 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti le pene inumani o degradanti».

69 G. Picaro, *op. cit.*, 4.

70 S. Mastrapasqua, *La riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit.: prime applicazioni, implicazioni e prospettive*, in sistemapenale.it

possibile dubitare che questa dipenda effettivamente da una libera scelta, in quanto potrebbe anche dipendere da questioni di pura convenienza del reo[71]. Richiamando anche una sentenza della Corte costituzionale italiana, la n. 306 del 1993, viene così, anche in questa sede, messa in discussione l'equivalenza tra assenza di collaborazione e pericolosità sociale. D'altronde, è del tutto possibile che un condannato, pur non distaccandosi dall'ambiente criminale cui appartiene e non essendo rieducabile, sia spinto a collaborare per ragioni di mera utilità connesse alla semplice e pura finalità di godere del regime ordinario, e *argomento a contrario,* può accadere che il soggetto scelga di non collaborare, ma sia inserito in un percorso rieducativo efficace e funzionale desumibile da indicatori diversi dalla collaborazione con la giustizia[72].

La Corte EDU si pone contro la «presunzione inconfutabile di pericolosità»[73] che grava su questi soggetti, in quanto cristallizza la situazione detentiva e priva quest'ultimi di qualsiasi possibilità di riscatto, e ribadisce, inoltre, il valore assoluto dell'art. 3 della Convenzione, non sottoponibile a deroghe, il quale non rende possibile «privare una persona della sua libertà in maniera coercitiva senza operare nel contempo per il suo reinserimento e senza fornirgli una possibilità di recuperare un giorno tale libertà»[74].

In realtà, precedentemente a tale sentenza, erano emersi all'interno dell'ordinamento italiano dei segnali in grado di far presumere un superamento del carattere dell'ostatività, attribuibili ai lavori della Commissione Palazzo che nel 2013 fu incaricata di redigere un progetto di riforma del sistema penale[75]. La proposta formulata dalla Commissione vedeva l'inserimento di un'alternativa alla collaborazione utile e alla collaborazione inesigibile, in particolar modo si voleva inserire il comma 1-*bis* all'art. 4-*bis* o.p. per cui « [..] e altresì nei casi in cui risulti che la mancata collaborazione non escluda il sussistere dei presupposti, diversi dalla collaborazione medesime, che permettono la concessione dei benefici penitenziari», così che qualsiasi elemento idoneo a fornire la prova del distacco dall'ambiente criminale sarebbe stato sufficiente a superare la presunzione di pericolosità e la condotta collaborativa[76]. Tuttavia, tale progetto non venne attuato e nonostante il lavoro del tavolo XVI degli Stati generali dell'Esecuzione Penale, volto ad eliminare automatismi e preclusioni, la stesura finale della L. 23 giugno 2017 n. 103 non attuò alcuna modifica in merito[77].

La pronuncia dei Giudici di Strasburgo, pur non costituendo una sentenza pilota, sollecitò il potere legislativo italiano a revisionare la disciplina e a trovare un rimedio alla violazione contestata, fornendo delle indicazioni

71 G Picaro., *op. cit.*, 5.
72 G Picaro, *op. cit.*, 5.
73 Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, sentenza Viola c. Italia, §127.
74 Cfr. Corte EDU, 13 giugno 2019, sentenza Viola c. Italia, §136.
75 M.S. Mori, V. Alberta, *op. cit.*, 3.
76 *Ibidem.*
77 M.S. Mori, V. Alberta, *op. cit.,* 4.

soprattutto in merito al superamento dell'automatismo preclusivo con cui operano gli artt. 4-*bis* e 58-*ter* o.p.[78]. Al paragrafo 141 di tale provvedimento si evidenzia come la situazione degli ergastolani ostativi sia un problema strutturale, tutt'oggi presente, del sistema italiano, vista la molteplicità dei ricorsi pendenti davanti la Corte EDU[79]. Tuttavia, è in questa sede che quest'ultima indica allo Stato alcune misure da attuare per tentare di risolvere il problema come una riforma necessaria della pena perpetua, che consenta il riesame della stessa e la possibilità delle autorità giudiziali di compiere delle valutazioni in merito al percorso risocializzante del condannato, precisando che il distacco dall'ambito criminale possa desumersi anche da elementi diversi dalla collaborazione[80].

Il problema dell'ergastolo ostativo può trovare una possibile soluzione solo nell'attenuazione della sanzione penale, che permetta di configurarla come una pena *de iure e de facto* riducibile, attraverso l'introduzione nel sistema normativo di previsioni che rendano possibili il rilascio dell'interessato, senza eccessive preclusioni, e gli diano l'opportunità di richiedere il riesame della pena[81].

3.3. L'approdo più recente della Corte costituzionale e le modifiche legislative più recenti in materia.

Successivamente alla pronuncia della Corte EDU, nel 2019 la Corte costituzionale si pronuncia per la prima volta con una sentenza di accoglimento in merito all'art. 4-*bis* o.p..

Per effetto di tale pronuncia, la n. 253 del 2019, il beneficio penitenziario dei permessi premio può ora essere concesso anche ai condannati non collaboranti, a condizione che siano stati acquisiti degli elementi tali da non far desumere un contatto con la criminalità organizzata o l'eventuale rispristino di un collegamento[82]. Una sentenza di questo tipo avrebbe potuto costituire una svolta in quanto avrebbe potuto suscitare la revisione della disciplina nel sistema legislativo italiano, soprattutto perché intervenne alcuni mesi dopo la pronuncia della Corte EDU[83]. Tuttavia, la spinta riformatrice data dai Giudici delle leggi fu arrestata, nonostante la stessa Corte costituzionale con

[78] G. Picaro, *op. cit.,* 7-8.
[79] M.S. Mori, V. Alberta, *op. cit.,* 8.
[80] M.S. Mori, V. Alberta, *op. cit.,* 8.
[81] M. Ruotolo, «*Farsi da sé artefici di una migliore sorte». Senso e funzione della pena in Eugenio Perucatti. Presentazione alla riedizione del libro,* in M. Ruotolo, E. Perucatti (a cura di), *Perché la pena dell'ergastolo deve essere attenuata,* Napoli, 2021, XII.
[82] E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *sistemapenale.it*, 7 novembre 2022.
[83] *Ibidem.*

l'ordinanza 97 del 11 maggio 2021 diede al parlamento un «congruo tempo per affrontare la materia»[84], rinviando la trattazione di un anno.

Nella fattispecie la Corte doveva rispondere ad un quesito sollevato dalla Corte di Cassazione circa la legittimità degli artt. 4-*bis* primo comma e 58-*ter* o.p. e dell'art. 2 del decreto-legge n. 152 del 1991, nella parte in cui si esclude la possibilità di accedere alla liberazione condizionale, per il condannato all'ergastolo dichiarato colpevole per i reati commessi avvalendosi del metodo mafioso o per agevolare l'associazione mafiosa, che non abbia mostrato l'intento di collaborare[85]. La Corte accerta l'illegittimità, ma non la dichiara e non entra nel merito della questione e, con la tecnica dell'"incostituzionalità prospettata", si limita a rinviare la trattazione al maggio 2022, ritenendo che «un accoglimento immediato delle questioni proposte, in definitiva, comporterebbe effetti disarmonici sulla complessiva disciplina in esame»[86], pertanto ritiene necessario e sollecita un intervento tempestivo del legislatore, anche in un'ottica di collaborazione istituzionale[87].

Il Parlamento risponde con una proposta di legge che tuttavia non riesce ad essere approvata entro il maggio 2022 e per questo la Corte con l'ordinanza n. 122 del 2022 dispone un secondo rinvio all'8 novembre 2022. Tale processo viene però interrotto quando il 31 ottobre dello stesso anno il Governo ripropone in forma di decreto-legge il d.d.l. n. 2574, aggiungendo anche una condizione peggiorativa per il condannato, travisando così il monito della Corte[88].

Il decreto-legge n. 162 del 2022, convertito in legge n. 199, il 30 dicembre 2022, rimodula le condizioni in presenza delle quali il detenuto può essere ammesso al lavoro esterno, ai permessi premio, alla liberazione condizionale, differenziando i delitti all'interno dell'art. 4-*bis* o.p. in due categorie, quelli attinenti alla criminalità organizzata e i restanti come i delitti contro la pubblica amministrazione, violenza sessuale, sequestro di persona[89]. Per i primi al condannato si richiede il ricorrere di tre elementi: 1) un'idonea condotta carceraria che implichi una partecipazione attiva al programma rieducativo e una dissociazione dall'ambiente mafioso; 2) l'adempimento delle obbligazioni civili o l'assoluta impossibilità di adempiervi; 3) l'onere di allegare gli elementi specifici che consentano di escludere un legame con la criminalità organizzata[90]. Queste nuove condizioni sono inserite nel nuovo comma 1-*bis*

[84] Cfr. Corte cost., 11 maggio 2021, ord. n. 97, in *Giur. Cost.*, punto 11 del *Considerato in diritto.*

[85] E. Dolcini, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanza, prospettive inquietanti*, in *sistemapenale.it*, 25 maggio 2021, 2.

[86] Cfr. Corte cost., 11 maggio 2021, ord. n. 97, in *Giur. Cost.*, punto 11 del *Considerato in diritto.*

[87] E. Dolcini, *L'ergastolo ostativo riformato in articulo mortis*, in *sistemapenale.it*, 7 novembre 2022.

[88] *Ibidem.*

[89] E. Dolcini, *op. ult. cit.*

[90] E. Dolcini, *op. ult. cit.*

dell'art. 4-*bis* o.p., che sostituisce il precedente, e per le altre tipologie di reati vengono previste delle condizioni analoghe.

In merito ai detenuti non collaboranti la nuova disciplina prevede che in assenza di collaborazione con la giustizia sia precluso l'accesso ai benefici penitenziari, i quali potranno essere disposti solo quando il provvedimento che prevede il regime detentivo speciale venga revocato o non prorogato[91]. Tuttavia, ciò vale a meno che questi non dimostrino di aver adempiuto al risarcimento dei danni provocati, di aver interrotto ogni tipo di legame con la criminalità organizzata, valutazione che è rimessa al giudice[92], ovvero di aver attuato delle iniziative volte a favorire le vittime, sia in senso risarcitorio che di giustizia riparativa, e tutto ciò ha reso questa preclusione relativa e non più assoluta[93].

Notiamo però un aumento del *quantum* di pena espiato per far sì che un condannato all'ergastolo possa accedere alla liberazione condizionale, trent'anni e non più ventisei. Quest'ultimo dato rappresenta sicuramente l'aspetto più discusso della riforma normativa, qualificabile come un'inversione di tendenza del legislatore, in quanto anni prima fu proprio la legge Gozzini a ridurre tale requisito che passò da ventott'anni a ventisei[94].

L'attività legislativa in tal senso recepisce senza dubbio i principi giurisprudenziali in merito alla relatività della preclusione e ciò rappresenta anche un notevole passo avanti per l'ordinamento penitenziario che risponde anche alle ammonizioni della Corte EDU, ma d'altro canto la rivalutazione del *quantum* simboleggia una retrocessione del sistema che potrebbe essere associata all'esigenza del legislatore di non allarmare la coscienza cittadina sul tema.

Inoltre, parte della dottrina ritiene che questa novella legislativa rappreseti *in toto* un peggioramento del regime *ex* art. 4-*bis* o.p., in quanto lo riconduce alla sua ratio originaria dal momento che estende il novero dei reati ostativi ed inoltre, seppur amplia lo spettro dei benefici penitenziari a cui i soggetti in esame hanno diritto di accedere, di contro introduce delle previsioni di accesso di difficile dimostrazione probatoria da parte del detenuto[95].

La Corte costituzionale, in merito al ricorso presentatogli, successivamente a tale modifica normativa, ha restituito gli atti alla Corte di Cassazione rimettente, che avrebbe dovuto valutare la possibilità applicativa della normativa nella fattispecie che ha portato ad interrogare il Giudice delle leggi nel

---

91 E. Dolcini, *op. ult. cit.*

92 Si nota come in tal caso il legislatore abbia introdotto una fattispecie suscettibile di interpretazione integrativa, poiché non sono inseriti elementi e presupposti da cui desumere la rescissione di tale vincolo, ma ogni tipo di valutazione in merito è affidata alla discrezionalità del giudice.

93 V. Capuozzo, *Il dialogo tra Corte costituzionale e legislatore sull'ergastolo ostativo*, in *treccani.it*, 24 gennaio 2023.

94 S. Mastrapasqua, *La riforma del regime ostativo ex art. 4-bis ord.penit.: prime applicazioni, implicazioni e prospettive*, in *sistemapenale.it.*

95 T. Salvino, *L'ergastolo "ostativo": un reale cambiamento?,* in *dirittifondamentali.it*, Fascicolo 3/2023, 20 settembre 2023, 116.

2021[96]. Quest'ultima con la pronuncia n. 15197 dell'8 marzo 2023 ha sospeso ogni tipo di valutazione circa l'innalzamento della soglia di pena per la liberazione condizionale e riguardo le nuove modifiche normative, rinviando per nuovo giudizio al Tribunale di sorveglianza[97]. Anche in successive pronunce inerenti al giudizio di legittimità costituzionale delle normative in esame, il *modus operandi* della Corte costituzionale è stato pressoché simile, concretizzandosi nella scelta di restituire gli atti al giudice *a quo*, come si nota da ultimo nell'ordinanza 18/2024.

Tuttavia, in tempi non remoti, anche la giurisprudenza di legittimità si è pronunciata in favore della nuova *ratio* sottesa alla riforma legislativa relativamente al superamento delle presunzioni. In accoglimento del ricorso proposto da un detenuto condannato a reati ostativi perpetrati in contesti mafiosi che, con ordinanza del 25/03/2022, si era visto negata la richiesta di un permesso premio da parte del Magistrato di sorveglianza di Roma, la stessa si mostra favorevole alla valutazione di elementi individualizzanti circa il rilascio dei benefici penitenziari verso i soggetti condannati ai reati ostativi[98].

Nella fattispecie in esame il ricorrente si era visto negare il beneficio penitenziario in quanto non aveva dato prova di un ravvedimento attivo circa le condotte criminali, precedentemente da lui attuate, e quindi non viene superata la presunzione *iuris et iure* di collegamento con la cosca mafiosa, nonostante il suo percorso *intra moenia* fino a quel momento fosse stato regolare e conforme alle regole penitenziarie. Nei motivi addotti in ricorso si censura sia la mancata valutazione da parte del Tribunale di sorveglianza dei progressi educativi che il detenuto in questione aveva avuto, sottolineando come lo stesso avesse anche conseguito durante il percorso trattamentale una Laurea in Giurisprudenza, sia la mancanza di informazioni utili ed idonee a dimostrare sul piano probatorio l'attualità dei collegamenti del soggetto con la criminalità organizzata ovvero la presumibile reviviscenza degli stessi.

Ciò premesso, in accoglimento dello stesso, i giudici di Piazza Cavour, in ordine alla condotta non collaborante del soggetto, parlano di una presunzione relativa, che come tale, è idonea di essere superata attraverso l'allegazione di elementi probatori in grado di confutarla ed inoltre ribadiscono come il provvedimento del Tribunale di sorveglianza mal si pone nei confronti del dettame legislativo di nuovo conio e dei principi ad esso sottesi[99], censurando anche la carenza di motivazioni idonee allegate al rigetto dell'istanza. È qui che i giudici di legittimità, consci della pericolosità sociale di alcune tipologie di reati, sposano quella teoria, già enucleata dai giudici costituzionali e ribadita dalla Corte di Strasburgo, che ai fini della concessione dei permessi

96 *Ibidem.*

97 Cfr. Corte cass. pen., sez. I, 8 marzo 2023, n.15197, in *onelgale.wolterskluwer.it*, punto 7 e 8 del *Considerato in diritto.*

98 Cfr. Corte Cass. pen., sez. I, 30 marzo 2023, n. 23556, in *dejure.it*.

99 Si fa qui riferimento al nuovo testo dell'art. 4-*bis* comma 1-*bis*, Ord. pen., modificato con il decreto-legge n. 162 del 2022 convertito, con modificazioni, dalla legge n. 199 del 2022.

premio o altri benefici penitenziari impone di valutare non già in via oggettiva l'assenza di collaborazione del reo, ma l'evoluzione totale della personalità del soggetto ai fini di un esame che sia prettamente individualizzato[100].

5. Considerazioni finali.

Non occorre ribadire che da sempre le tematiche inerenti all'art. 41-*bis* o.p. e al regime preclusivo di cui al 4-*bis* o.p. scuotono i teorici, gli operatori del diritto, nonché l'opinione pubblica, soprattutto alla luce delle diverse *ratio* che animano da un lato il sistema penitenziario *in toto ex* L. 354/1975, che detta le regole dell'esecuzione penale, e dall'altro gli istituti afferenti alla normativa in esame, con tutte le modifiche di sistema apportate.

Il nuovo sistema di esecuzione penale, che venne introdotto negli anni '70 dello scorso secolo, guarda ai più importanti principi costituzionali, orientandosi non solo alla punizione, ma anche alla reintegrazione dei detenuti, ha subito nel corso degli anni importanti battute d'arresto a causa di "emergenze" sociali. È qui che il legislatore, quasi costretto, devia la funzione rieducativa, restringendo le maglie dell'esecuzione penale, in risposta a pressioni sociali, e molto spesso non considerando gli effetti a lungo termine di tali scelte. Ne è un esempio paradigmatico proprio l'introduzione del 41-*bis* in risposta al fenomeno dello stragismo mafioso, successivamente agli accadimenti del 1992 che hanno segnato la storia italiana, introdotto con una norma temporanea che invece continua a dispiegare i suoi effetti nei nostri giorni, in quanto normativa definitivamente consolidata nel nostro ordinamento penitenziario.

Tuttavia, le recenti modifiche legislative e la recente giurisprudenza delle corti cercano costantemente di effettuare un bilanciamento tra gli interessi rieducativi e quelli di prevenzione e difesa sociale, entrambi gravanti sul concetto di pena, che si acuiscono quando parliamo di pene quali l'ergastolo. Di contro, seppur il *novum* legislativo – d.l. n. 162 del 2022 – abbia prospettato una condizione carceraria diversa per i soggetti autori dei reati di cui al 4-*bis*, ha contestualmente introdotto una serie di requisiti per l'accesso ad alcune delle misure alternative che, in taluni casi, possono essere di difficile soddisfazione, quindi con un'unica *varatio legis* si ampliano e restringono le maglie dell'esecuzione penale in queste specifiche ipotesi.

Probabilmente, una risposta unidirezionale da parte del legislatore è sicuramente di difficile elaborazione, tenendo anche conto degli interessi che entrano in gioco in tematiche di tal genere, e della difficile ponderazione de-

[100] «Per concludere, questo Collegio è ben conscio dell'esistenza di una sottilissima linea di demarcazione che - in presenza di condannati per reati gravissimi - divide le valutazioni attinenti alla pericolosità sociale e da quelle caratterizzate dalla mera condanna morale per i gravi fatti posti in essere. Deve essere sempre immanente al giudizio demandato al giudice di sorveglianza, però, la necessità di effettuare una completa valutazione degli elementi di fatto "individualizzanti", che connotano il percorso carcerario del soggetto, onde verificare compiutamente se essi assumano - o meno - una univoca significazione di segno favorevole».

gli stessi. Quello a cui si può auspicare è una più attenta valutazione casistica da parte dei Tribunali di sorveglianza, e più in generale dalla giurisprudenza, circa le attitudini personali dei soggetti che sottoposti al c.d. regime differenziato facciano richiesta dei benefici penitenziari a cui possono ambire, così che si elimini – soprattutto nella prassi – qualsiasi tipo di automatismo circa la valutazione delle presunzioni legali, al fine di garantire un equo contemperamento delle esigenze pubbliche e private, tale da non incappare anche in nuovi ammonimenti da parte della Corte EDU.

Ciò detto occorre anche tener conto che un totale annebbiamento della funzione rieducativa produrrebbe un collasso del sistema penale, accentuandone i tratti puramente punitivi, e probabilmente generando anche una reazione contraria da parte della collettività rispetto a quella di dissuasione dal commettere l’illecito. Inoltre, ricordando quanto il mondo antico continui ad insegnarci ancora oggi «Nessuno punisce coloro che commettono ingiustizie per il semplice fatto che sono stati ingiusti, a meno che non voglia vendicarsi in modo irrazionale, come una bestia; chi, invece, vuole punire secondo ragione, non vendica l’ingiustizia commessa – dal momento che non può annullare ciò che è stato – ma punisce in vista del futuro, affinché non venga commessa ingiustizia di nuovo, né da quello né da un altro che lo veda punito»[101].

[101] Platone, *Protagora*, a cura di F. Adorno, Bari, 1996, XXXI.

IL RUOLO DELLE PIATTAFORME ONLINE NELLA LOTTA CONTRO LA VIOLENZA DI GENERE: COSA CAMBIA CON IL *DIGITAL SERVICE ACT*

Ottavia Murro*

Sommario: 1. Il perimetro dell'indagine. – **2.** La dimensione digitale della violenza (anche di genere). – **3.** La vigilanza algoritmica in Rete e la rimozione dei contenuti illeciti prima del *Digital Service Act*. – **4.** Il *Digital Service Act*: uno sguardo di insieme. – **5.** Il meccanismo di *notice and action*. – **6.** Rimozione dei contenuti e disabilitazione degli *account*. – **7.** L'obbligo di motivazione. – **8.** Gli ordini di rimozione dell'autorità giudiziaria. – **9.** La *due diligence* tra contraddittorio e trasparenza. – **10.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT

Il saggio esamina l'impatto del *Digital Services Act* (DSA) sul sistema digitale europeo, con particolare attenzione alle nuove tutele previste per le vittime di violenza di genere online. Attraverso l'analisi normativa, lo studio evidenzia come il DSA introduca obblighi rafforzati per le piattaforme digitali in materia di moderazione dei contenuti illegali, trasparenza algoritmica e meccanismi di segnalazione rapida. Inoltre, viene analizzato il nuovo quadro regolatorio nell'ottica di promuovere un maggiore equilibrio tra libertà di espressione e tutela della dignità, soffermandosi sulle criticità ancora aperte riguardanti l'effettiva applicabilità delle misure.

This essay examines the impact of the Digital Services Act (DSA) on the European digital system, with a particular focus on the new protections provided for victims of online gender-based violence. Through a regulatory analysis, the study highlights how the DSA introduces strengthened obligations for digital platforms regarding the moderation of illegal content, algorithmic transparency, and rapid reporting mechanisms. Furthermore, the new regulatory framework is analyzed with a view to promoting a greater balance between freedom of expression and the protection of dignity, focusing on the remaining critical issues regarding the effective applicability of the measures.

1. Il perimetro dell'indagine.

Da tempo, ormai, l'Unione europea ha sviluppato una importante attenzione e sensibilità per le istanze della vittima di reato, codificando, negli anni, un *corpus* normativo[1] che può essere considerato come vero e proprio «sta-

* Ricercatore, Diritto processuale penale, Università Telematica Pegaso.

[1] Tra i plurimi atti normativi si richiamano, la Direttiva 2012/29/UE che rappresenta il principale testo dell'Unione dedicato alla tutela delle vittime di reato, fornendo, tra le altre cose, nell'art. 2, una definizione estesa di vittima. Antecedente alla suddetta Direttiva si richiamano, anche,

tuto europeo»[2] per le vittime, finalizzato a garantire una protezione a largo spettro[3], tanto in chiave preventiva, quanto repressiva[4].

Destinataria preferenziale di questa strategia integrata di tutela è la vittima vulnerabile[5] o particolarmente debole, spesso qualificata come «supervittima»[6], giustappunto per rimarcare la posizione nodale dalla stessa ricoperta nel diritto dell'Unione.

In tale contesto, la persona offesa è stata considerata come un soggetto fragile, connotato da una duplice dimensione di vulnerabilità[7]:

– in senso soggettivo-relazionale nei casi in cui la debolezza della vittima è connessa a particolari condizioni bio-fisiologiche di cui la stessa è portatrice (quali, per esempio, l'età, il genere, l'orientamento sessuale, la disabilità);

– in senso oggettivo-situazionale, nei casi in cui l'illecito penale, le relative modalità di realizzazione e le finalità criminose perseguite determinano una

la Direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime, nonché la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (Convenzione di Istanbul, 2011). In dottrina, specificamente sulla Convenzione di Istanbul, Aa.Vv., *La violenza nei confronti delle donne dalla Convenzione di Istanbul al «Codice Rosso»*, a cura di T. Manente, Torino, 2019. Gli interventi regolatori sono perseguiti con il Regolamento (UE) n. 606/2013 che riguarda provvedimenti civili (divieti di avvicinamento, ordini di allontanamento, etc.). Più di recente, la Direttiva (UE) 2024/1385 e, per un approfondimento, C. Paonessa, *La diffusione di contenuti illeciti online. Obblighi di incriminazione e contrasto del "Deepfake" nella direttiva (UE) 2024/1385*, in *Discrimen*, 10.6.2025.

2 L'espressione è di M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, di S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Lupária, Torino, 2012, 59.

3 S.O. Vall-Llovera, *Manifestaciones del derecho a la protección de la seguridad e integridad de la víctima menor*, in *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa/America*, a cura di T. Armentadeu, S.O. Vall-Llovera, Madrid, 2010, 202.

4 Sul tema, tra i molti, E.M. Catalano, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29/UE e nella giurisprudenza della Corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1789; D. Savy, *La vittima dei reati nell'Unione europea - le esigenze di tutela dei diritti fondamentali e la complementarietà della disciplina penale e civile*, Milano, 2013; C. Amalfitano, *L'azione dell'Unione europea per la tutela delle vittime di reato*, in *Dir. un. eur.*, 2011, 643.

5 In dottrina, C. Amalfitano, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, *Riv. it. med. leg.*, 2018, 523; F. Trapella, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti, possibili rimedi*, in *Arch. pen. web*, 3 dicembre 2019.

6 In argomento, S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in *Lo scudo e la spada.* cit., 1; M. Del Tufo, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in *Punire, mediare, riconciliare. Dalla giustizia penale internazionale alla rielaborazione dei conflitti individuali*, a cura di G. Fiandaca e C. Visconti, Torino, 2009, 107; M.L. Lanthiez, *La clarification des fondaments européens desdroits des victimes*, in *La victime sur la scène pénale en Europe*, a cura di G. Giudicelli-Delage e C. Lazerges, Parigi, 2008, 145 ss.

7 Tra i molti, F. Palazzo, *Soggetti vulnerabili e diritto penale*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, a cura di G. Spangher, A. Marandola, Torino, 2021, 94. Sulle forme di manifestazione della vulnerabilità della vittima M. Venturoli, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "ageometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 553.

specifica condizione di debolezza (ad esempio, nei casi di terrorismo, criminalità organizzata, circolazione stradale, tortura, infortuni sul lavoro).

A tali due dimensioni se ne può aggiungere, oggi, una terza, che si cristallizza nella c.d. vulnerabilità generalizzata-digitale.

Ed è proprio nel contesto dei crimini digitali che la violenza che qui interessa, ovvero quella di genere, ha ampliato progressivamente il proprio ambito di manifestazione, assumendo forme nuove di prevaricazione, strettamente connesse alle dinamiche comunicative della Rete[8].

L'ambiente online, come si vedrà nel prosieguo, per le sue caratteristiche di anomia, anonimato e rapidità di diffusione, costituisce un contesto favorevole all'amplificazione e reiterazione di condotte lesive[9] (*revenge porn*, *cyberstalking*, *doxing*, *sextortion*, *hate speech*[10]) che pongono la vittima della *cyber*-violenza in una condizione di spiccata fragilità.

In questo scenario, il Regolamento (UE) 2022/2065, noto come *Digital Services Act* (DSA), rappresenta una chiave di svolta nella costruzione di una *governance* europea dei contenuti digitali. Esso mira ad instaurare un equilibrio tra libertà d'espressione, tutela dei diritti fondamentali e responsabilità sociale delle piattaforme, introducendo una serie articolata di obblighi di diligenza (*due diligence obligations*) per gli intermediari digitali, fondati sul principio di proporzionalità e di graduazione in base alla dimensione e all'impatto del servizio[11].

Diversamente detto, il DSA rappresenta un primo tentativo di istituzionalizzare la responsabilità sociale digitale, vincolando le piattaforme a un dovere di prevenzione e cooperazione nella gestione dei rischi connessi alla violenza online.

---

8 In tema, C. Bernasconi, *I diversi volti della violenza digitale di genere nella cornice degli obblighi sovranazionali di tutela*, in *Dis. Crimen*, 17 settembre 2025. In senso più ampio, Aa.Vv., *Contrasto a violenza e discriminazione di genere*, a cura di P. Felicioni, A. Sanna, Milano, 2019.

9 M. Venturoli, *La vittima del reato tra riconoscimenti formali e nuovi orizzonti sanzionatori*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso, G. Varraso, Milano, 2023, 509.

10 Sulle specifiche questioni si rinvia a M. Mattia, "Revenge porn" *e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 19 luglio 2019; T. Pietrella, *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione*, in *www.sistemapenale.it*, 6 ottobre 2023, 13; A. Verza, *Aggredire attraverso l'immagine. Cristallizzazioni tecnologiche, genere e diniego di tutela nella logica disciplinante neoliberale*, in *Ragion pratica*, 2017, 469. Analizza i meccanismi psicologici nella comunicazione digitale, A. Spena, *La parola(-)odio. Sovraesposizione, criminalizzazione e interpretazione dello* hate speech, in *Criminalia* 2016, 579.

11 Il regolamento si applica a tutte le categorie di *intermediary services* (mere conduit, caching, hosting), ma distingue in modo crescente gli obblighi per le piattaforme online e per le *Very Large Online Platforms* (VLOPs) e *Very Large Online Search Engines* (VLOSEs), ossia gli operatori che raggiungono almeno 45 milioni di utenti attivi nell'Unione.

2. La dimensione digitale della violenza (anche di genere).

È quantomai attuale il rischio che la Rete divenga, con sempre maggior frequenza, il principale veicolo per la violenza, essendo un enorme volano di produzione e consumo di contenuti nell'ambiente *cyber*[12].

Ed infatti, i crimini digitali hanno da un lato ampliato le modalità di commissione di specifiche fattispecie delittuose (tra cui *stalking* online, molestie online, istigazione alla violenza o all'odio online); sotto altro profilo, hanno determinato l'introduzione di nuovi illeciti penali (si pensi alla condivisione non consensuale di materiale intimo o manipolato)[13]. In tale scenario, il *cyberspazio* ha creato una situazione di più intensa vulnerabilità, poiché risulta contraddistinto da una maggiore facilità di accesso, da parte dell'autore di reato, al mondo digitale della vittima, la quale si trova al cospetto di una oggettiva difficoltà, alle volte impotenza, ad arginare le condotte illecite che può subire[14].

Nel contempo, i crimini digitali vivono una sorta di "contiguità" fra lo spazio digitale e quello reale al punto che forme di violenza iniziate nel luogo fisico, possono proseguire in quello mediato dalla Rete e viceversa, con una evidente intensificazione dell'offensività del crimine[15]. Più precisamente, le vittime della violenza online possono esibire, sul piano personologico, una vulnerabilità rafforzata che amplifica in modo significativo l'offensività dell'illecito[16]. Ed infatti, la distanza fisica esistente tra gli autori di reato e le rispettive vittime può favorire una "spersonalizzazione" di queste ultime agli occhi dei primi, agevolando, altresì, l'anonimato di cui beneficiano spesso i *cyber* delinquenti (frequentemente celati dietro *nickname*). A ciò si aggiunge la difficoltà tecnica che spesso si incontra nel rimuovere i contenuti attraverso i quali si manifesta la violenza *online* che, una volta pubblicati in Rete, potrebbero essere già stati duplicati e ripubblicati da alti utenti, rimanendo dunque accessibili, anche per tempi molto lunghi.

---

[12] S. Braschi, *La nuova direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica e le sue ricadute nell'ordinamento nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, 1375.

[13] M. Tonellotto, *Criminalità e cyberspazio, alcune riflessioni in materia di cybercriminalità*, in *Riv. vitt. crim. sic.*, vol. XVI, 2022, 13.

[14] A. Verza, *Aggredire attraverso l'immagine*, cit., 469.

[15] E. Staksrud, *Does the use of social networking sites increase children's risk of harm?*, in *Computers in human behaviour*, 2013, 40; R. Thomas, E. Christiansen, *Community and social network sites as Technology Enhanced Learning Envi-ronments*, in *Technology, Pedagogy and Education*, 2008, 207.

[16] Affrontano tale aspetto N. Amore, *La tutela penale della riservatezza sessuale nella società digitale. Contesto e contenuto del nuovo cybercrime disciplinato dall'art. 612-ter c.p.*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20 gennaio 2020, 5; G.M. Caletti, *Libertà e riservatezza sessuale all'epoca di Internet. L'art. 612-ter c.p. e l'incriminazione della pornografia non consensuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 2067; M. Mattia, "*Revenge porn" e suicidio della vittima: il problema della divergenza tra 'voluto' e 'realizzato' rispetto all'imputazione oggettiva degli eventi psichici*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 19 luglio 2019, 4.

Circostanze che amplificano il senso di insicurezza ed impotenza delle vittime della violenza digitale[17]. Quest'ultima, a ben vedere, è diventata un fenomeno criminoso complesso, in continua espansione, rispetto alla quale deve essere fornita una risposta stratificata, ripetutamente soggetta a rinnovamento, che passa attraverso la convergenza sinergica di strumenti preventivo-repressivi di differente natura[18].

Sotto questa prospettiva, viene in rilievo anche la violenza digitale di genere[19] – intesa come declinazione della violenza digitale[20] – che diviene una trasposizione tecnologica delle forme tradizionali di violenza, fondata sul potere informazionale e sulla logica algoritmica delle piattaforme. Detta forma di violenza si inserisce in un contesto di asimmetrie strutturali tra utenti e piattaforme, dove la visibilità dei contenuti e la loro persistenza nel tempo contribuiscono a una seconda vittimizzazione, talvolta più incisiva di quella derivante dal contatto fisico.

3. La vigilanza algoritmica in Rete e la rimozione dei contenuti illeciti prima del *Digital Service Act*.

Prima di analizzare in che modo il DSA abbia inciso sul contrasto alla violenza di genere perpetrata nelle piattaforme digitali, appare utile approfondire il concetto di "vigilanza algoritmica" nella Rete.

A ben vedere, con lo sviluppo di Internet, sono emerse diverse fonti di debolezza, note come i "tre punti di vulnerabilità di Internet": anonimato, convenienza e accessibilità[21]. Nel contempo, sono state individuate altre vulnerabilità, come: i) l'approssimazione al mondo reale; ii) una maggiore accettabilità online di attività inaccettabili nel mondo reale; iii) l'ambiguità tra morale e crimine; iv) una distanziazione tra il sé reale e il sé online[22].

[17] Analizza la tematica della peculiare dimensione del *cyberspazio*, inteso come luogo agevolatore la commissione di illeciti poiché le condotte risultano «protett[e] dall'anonimato dello schermo», G. Marotta, *Tecnologie dell'informazione e nuovi processi di vittimizzazione*, in *Riv. vitt. crim. sic.*, 2012, 93.

[18] Affronta il tema, E. Montelius, K. Nygren, *Doing' risk, 'doing' difference: towards an understanding of the intersections of risk, morality and taste*, in *Health, Risk & Society*, 2014, 431; D. Lyon, *Surveillance studies: An overview*, London, 2007.

[19] È stato osservato come la violenza digitale, seppure abbraccia tutte quelle forme di violenza rese possibili dall'utilizzo delle nuove tecnologie, si concentra particolarmente nella c.d. violenza di genere che vede la donna esposta alle aggressioni *cyber*; così, E. Bergamini, *Combating Violence against Women and Domestic Violence from the Istanbul Convention to the EU Framework: The Proposal for an EU Directive*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2023, n. 2, 28.

[20] C. Bernasconi, *I diversi volti della violenza digitale di genere*, cit., 5.

[21] E. Cohen, *The surveillance-innovation complex: the irony of the participatory turn*, in D. Barney et al. (Eds.), *The Participatory Condition in the Digital Age*, Minneapolis, 2016.

[22] T. Gillespie, *Custodians of the internet: platforms, content moderation, and the hidden decisions that shape social media*, New Haven, 2018.

A tali oggettive criticità si deve, poi, aggiungere la caratteristica strutturale della Rete[23] che ha una natura essenzialmente non gerarchica e, di conseguenza, seppure l'*hosting* e la ricerca di servizi sono mediati da agenzie di servizi Internet (commerciali e governative), il contenuto di commenti, *post*, immagini, etc., dipende principalmente dall'attività degli utenti. Nel contempo, le caratteristiche delle piattaforme *social* creano un ambiente dinamicamente complesso e promiscuo nel quale l'elevata condivisione di informazioni (anche private e riservate) aumenta il rischio di danni a potenziali soggetti vulnerabili[24].

In questa prospettiva è stata sperimentata la c.d. vigilanza algoritmica[25] che consente, anche attraverso strumenti di Intelligenza Artificiale, la moderazione (parzialmente) automatizzata e la regolamentazione dei contenuti sulle piattaforme di *social media*, al fine di verificare la conformità con la legge[26]. Più nel dettaglio, prima dell'introduzione del DSA, sono state le piattaforme a sviluppare, testare e mettere in funzione un numero crescente di sistemi automatizzati finalizzati ad identificare e segnalare i contenuti illeciti[27], al fine di armonizzarsi al quadro normativo delineato dalla Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico. In realtà, tale Direttiva si fondava su un approccio essenzialmente liberista e tecnologicamente neutro, improntato al principio di non responsabilità dell'intermediario per i contenuti generati dagli utenti, salvo nei casi in cui quest'ultimo avesse un ruolo attivo nella loro diffusione[28].

Nell'analizzare sotto il profilo tecnico in cosa consiste la suddetta vigilanza, si può rilevare come essa, nell'utilizzare gli algoritmi come strumenti

[23] «Il passaggio da strumento a ambiente dovrebbe farci comprendere che le tecnologie digitali, attraverso il loro potere computazionale, contribuiscono a plasmare l'ambiente in cui viviamo garantendo le condizioni della loro stessa esistenza indipendentemente dagli esseri umani (...) la rigidità del diritto tradizionale si rivela incapace di regolare le nuove modalità delle azioni umane; la destatualizzazione e la deterritorializzazione producono un diritto flessibile e adattabile al modello reticolare del mondo digitale». Così E. Maestri, *Stupri digitali: una questione di governance del cyberspazio*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, 2024, 31.

[24] A.I. Cooper (Ed.), *Sex and the Internet: A guidebook for clinicians*, London, 2020, 26; S.A. King, *Internet gambling and pornography: Illustrative examples of psychological consequences of communication anarchy*, in *Cyberpsychology & Behavior*, 1999, 175; K.M. Hertlein, A. Stevenson, *The Seven "As" Contributing to Internet-Related Intimacy Problems: A Literature Review. Cyberpsychology*, in *Journal of Psychosocial Research on Cyberspace*, 2010, 29. Sul tema, anche, E. Quayle, M. Taylor, *Social networking as a nexus for engagement and exploitation of young people*, in *Information Security Technical Report*, 2011, 44.

[25] E. Maestri, *Stupri* digitali, cit., 64.

[26] L'automazione ha consentito di ampliare il concetto di sorveglianza che viene mediata da algoritmi; sulla questione, D. Lyon, *Surveillance studies: An overview*, London, 2007.

[27] N. Just, M. Latzer, *Governance by algorithms: Reality construction by algorithmic selection on the Internet*, in *Media, Culture & Society*, 2016, 238; C. Katzenbach, L. Ulbricht, *Algorithmic governance*, in *Internet Policy Review*, 2019, 8.

[28] G. Sartor, *Providers Liability: From eCommerce Directive to Digital Services Act*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2022, 785.

di controllo, si estrinseca in un sistema più ampio rispetto ai classici sistemi di sorveglianza, basandosi su un controllo che coinvolge plurimi dati, quali il tracciamento, l'analisi dei metadati, le parole chiave[29]. L'automazione, specialmente attraverso le tecnologie di *Machine Learning*[30], ha contribuito all'estensione della sorveglianza e, in tale scenario, gli algoritmi vanno considerati come parte dei sistemi decisionali automatizzati, che combinano persone e codici computazionali in dinamiche complesse[31]. Infatti, attraverso la vigilanza algoritmica, le piattaforme riescono a monitorare le attività degli utenti e a modulare i contenuti in base alle loro preferenze[32].

Nel contempo, gli algoritmi non forniscono barriere rigide che impediscono agli individui di parlare liberamente, ma aiutano a determinare se una comunicazione è consentita o soppressa[33].

Tuttavia, questo meccanismo, comunemente definito di *notice and take-down*, comporta un regime di responsabilità passiva e reattiva che è rimessa all'iniziativa del soggetto leso o dell'autorità competente, senza imporre alle piattaforme alcun obbligo di monitoraggio o prevenzione generalizzato[34].

Ed infatti, l'assenza di un adeguato quadro normativo ha più volte spinto la Corte di Giustizia UE ad intervenire sulla complessa questione della rimo-

---

[29] D. Lyon, *Surveillance studies: An overview*, London, 2007, 40.

[30] «I sistemi di *machine learning* hanno la capacità, già ad oggi, di emanciparsi dalle informazioni ricevute in sede di programmazione, giungendo a soluzioni innovative e addirittura, secondo alcuni, creative, con conseguente fuoriuscita degli *output* artificiali dalla sfera di dominio (e di comprensione) di programmatori e sviluppatori». Così, B. Fragasso, *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento: profili di responsabilità penale del produttore di sistemi di i.a.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 290. Sulla specifica questione, anche, G. Teubner, *Soggetti giuridici digitali. Sullo* status *privatistico degli agenti software autonomi*, Napoli, 2019, 55.

[31] S. Zuboff, *Big other: surveillance capitalism and the prospects of an information civilization*, in *Journal of information technology,* 2015, 75.

[32] Seppure non è questa la sede per approfondire il ruolo dell'intelligenza artificiale nella vigilanza algoritmica, può sicuramente rilevarsi come tali sistemi non possono essere considerati come meri "strumenti", poiché non reagiscono in maniera deterministica agli *input* forniti dall'uomo, nè sono da questi pienamente dominabili; sul tema, tra i molti, J. Millar, I. Kerr, *Delegation, relinquishment, and responsibility: The prospect of expert robots*, in R. Calo e al. (eds.), *Robot Law*, Edward Elgar Publishing, 2016, 107.

[33] G. Deleuze, *Postscript on the Societies of Control*, in D. Wilson, C. Norris (Eds.), *Surveillance, crime and social control*, London, 2017, 35; A. Rouvroy, *The end(s) of critique: data-behaviourism versus due-process*, in M. Hildebrandt, E. De Vries (Eds.), Privacy, *Due Process and the Computational Turn. Philosophers of Law Meet Philosophers of Technology*. London, 2013, 143; J. Cheney-Lippold, *We Are Data*, in *New York University Press*, 2017, 49. Nel panorama italiano, L. Magnani, *Ingegnerie della conoscenza. Introduzione alla filosofia computazionale*, Marcos y Marcos, 1997, 50.

[34] A ben osservare, il quadro previgente al DSA si caratterizza per un'evidente frammentazione normativa e per un approccio reattivo e decentralizzato, fondato su un sistema di responsabilità *ex post*. Per una analisi delle pronunce della Corte di Giustizia UE, antecedenti al Digital Service Act, tra i molti, M. Monti, *La Corte di Giustizia, la Direttiva E-Commerce e il controllo contenutistico online: le implicazioni della decisione C 18-18 sul discorso pubblico online e sul ruolo di Facebook*, in *MediaLaws*, 2019, 243; Id., *Privatizzazione della censura e Internet platforms: la libertà d'espressione e i nuovi censori dell'agorà digitale*, in *Riv. it. inf. dir.*, 2019, 35.

zione dei contenuti dai servizi di *hosting*; segnando così il passaggio da una responsabilità meramente reattiva a una forma embrionale di responsabilità proattiva, ancorché limitata ai casi di ordine giudiziale o amministrativo. I giudici di Lussemburgo hanno, così, precisato che, in base alla direttiva 2000/31/CE, l'autorità giudiziaria o amministrativa può richiedere la rimozione seriale di contenuti ad un servizio di *hosting* qualora essi siano identici o equivalenti ad un contenuto ritenuto illecito dalle stesse autorità[35]. Sotto altro profilo, si è anche affermato che il prestatore di servizi di *hosting* può perdere il beneficio dell'esenzione di responsabilità se svolge un ruolo attivo tale da conferirgli conoscenza o controllo dei dati memorizzati[36] e i giudici nazionali possono ordinare alle piattaforme la rimozione non solo dei contenuti specificamente segnalati come illeciti, ma anche di quelli equivalenti o identici[37].

Si può quindi ritenere che la vigilanza algoritmica e i plurimi interventi della Corte di Giustizia UE abbiano fatto emergere la necessità di costruire una architettura normativa comune, in grado di conciliare libertà di comunicazione, sicurezza digitale e responsabilità sociale delle piattaforme, tracciando così il perimetro del *Digital Service Act*.

4. Il *Digital Service Act*: uno sguardo di insieme.

Il nuovo Regolamento (UE) 2022/2065 (*Digital Services Act*, DSA)[38], relativo al mercato unico dei servizi digitali, segna il passaggio da un sistema di responsabilità essenzialmente passivo e frammentato, ereditato dalla direttiva e-Commerce, a un modello di responsabilità procedurale e relazionale, in-

[35] Si è precisato, infatti che «i contenuti equivalenti da rimuovere devono essere individuati dall'autorità giudiziale o amministrativa senza che ai servizi di *hosting* sia richiesta alcuna valutazione autonoma sugli stessi e di modo che i suddetti servizi possano procedere ad una rimozione di tali contenuti mediante procedure automatizzate, sì da non porre in essere procedure di sorveglianza generalizzata o attiva. In settori non armonizzati, la direttiva 2000/31/CE non osta alla rimozione su scala mondiale di un contenuto dai servizi di *hosting*, fatto salvo quanto previsto dalle norme internazionali vigenti». Cfr., CGUE, 3 ottobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland Limited*, causa C-18/18, in *MediaLaws*, 2019, 243.

[36] CGUE *Google France*, 23 marzo 2010, (causa C-236/08); Id., 16 febbraio 2012, *SABAM c. Netlog* (causa C-360/10); Id., 27 marzo 2014, *UPC Telekabel Wien* (causa C-314/12), nelle quali la Corte ha ribadito che le misure di blocco o rimozione devono rispettare il principio di proporzionalità, bilanciando la tutela dei diritti fondamentali con la libertà di impresa e d'informazione; per una analisi delle pronunce si rinvia a M. Monti, *La Corte di Giustizia*, cit., 244.

[37] CGUE, 3 ottobre 2019, *Glawischnig-Piesczek*, cit.

[38] Il Regolamento è stato pubblicato il 27 ottobre 2022 in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il nuovo Reg. UE 2022/2065 relativo a un mercato unico dei servizi digitali e «segna l'epilogo del percorso iniziato nel dicembre 2020, con la presentazione della relativa proposta da parte della Commissione Europea e l'avvio di un ampio processo di consultazione; volendo risalire ancor più indietro nel tempo, è possibile affermare che il provvedimento concorre a realizzare la Strategia per il mercato unico digitale, enunciata nel maggio 2015 e resa poi progressivamente oggetto di attuazione». Così, S. Braschi, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli* Internet Provider Service*?*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 367.

centrato su obblighi di diligenza che impongono alle piattaforme di mettere in atto misure per contrastare la diffusione di beni, servizi o contenuti illegali online. Nel contempo, esso riconosce che un comportamento responsabile e diligente da parte dei prestatori di servizi intermediari è essenziale per un ambiente *online* sicuro, prevedibile e affidabile[39].

Il Regolamento si configura, dunque, come un vero e proprio codice di procedura amministrativa delle piattaforme, poiché istituisce un *corpus* di regole formali e sostanziali di comportamento per gli intermediari online, con l'obiettivo di procedimentalizzare la libertà d'impresa digitale e di riequilibrarla con i diritti fondamentali degli utenti.

Diversamente detto, il Regolamento mira a creare un ambiente digitale più sicuro e trasparente[40], proteggendo i diritti fondamentali degli utenti (in particolare la libertà di espressione e di informazione, la libertà di impresa, il diritto alla non discriminazione), con il fine di conseguire un elevato livello di protezione dei consumatori.

Più nel dettaglio, esso prevede specifici obblighi di diligenza in capo alle piattaforme per contrastare i contenuti illegali, la disinformazione *online* e altri rischi per la società[41], al fine di promuovere una nuova cultura della prevenzione. Il Capo III del regolamento, infatti, disciplina una serie di *due diligence obligations* relative anche alle attività di *private enforcement*, con un sistema di obblighi strutturato secondo vari livelli di intensità[42].

In linea generale, cinque istituti appaiono centrali per la protezione contro la violenza di genere in Rete:

– il meccanismo di segnalazione e azione (*notice and action*);
– le misure di rimozione dei contenuti e disabilitazione degli account;
– l'obbligo di motivazione;
– gli ordini di rimozione dell'autorità giudiziaria;
– il contraddittorio.

Nel tracciare il perimetro dei principali obblighi di *due diligence* che ricadono sui fornitori di servizi, si rileva come le piattaforme sono, ora, obbligate ad introdurre specifiche procedure di dettaglio sul piano della moderazione dei contenuti e dei reclami; a vietare la pubblicità mirata ai minori; ad introdurre specifici obblighi finalizzati a proteggere la *privacy* e la sicurezza degli utenti minori di età, nonché il loro benessere mentale e fisico; ad introdurre

[39] Esso si componendosi di 156 considerando e 93 articoli, ripartiti in quattro capi: "disposizioni generali" (artt. 1-3), "responsabilità dei prestatori di servizi intermediari" (artt. 4-10), "obblighi in materia di dovere di diligenza per un ambiente trasparente e sicuro" (artt. 11-48) e "attuazione, cooperazione, sanzione ed esecuzione" (artt. 49-93).

[40] E. Birritteri, *Punire la disinformazione: il ruolo del diritto penale e delle misure di moderazione dei contenuti delle piattaforme tra pubblico e privato*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.*, 2021, 304.

[41] A. Turillazzi, M. Taddeo, L. Floridi, F. Casolari, *The Digital Services Act: an analysis of its ethical, legal and social implications*, in *Law, Innovation and Technology*, 2023, n. 15, 83.

[42] Per un inquadramento generale, A. Turillazzi, M. Taddeo, L. Floridi, F. Casolari, *The Digital Services Act:An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications*, in *SSRN Electonic Journal*, 2022.

obblighi di tracciabilità per i fornitori di mercati *online*, al fine di contrastare la diffusione di merci illegali[43].

Inoltre, i prestatori di servizi intermediari devono individuare, identificare e contrastare – con attività automatizzate o meno – contenuti illegali e informazioni incompatibili con le condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio, comprese le misure adottate che incidono sulla disponibilità, sulla visibilità e sull'accessibilità di tali contenuti illegali o informazioni; prevedere misure a presidio delle suddette condotte; introdurre un sistema sanzionatorio che consenta la rimozione o la disabilitazione dell'accesso ai contenuti illegali, ovvero la cessazione o la sospensione dell'account di un destinatario del servizio[44].

5. Il meccanismo di *notice and action.*

Delineato il piano dell'indagine, diviene necessario soffermarsi sull'elemento fondamentale del DSA, ovvero il rafforzamento della responsabilità delle piattaforme digitali che sono onerate dall'obbligo di introdurre misure proattive per prevenire la diffusione di contenuti illegali[45].

Nel partire dall'analisi del tessuto normativo, viene in rilievo *in primis* l'art. 14 del Regolamento che mira a potenziare termini e condizioni di servizio[46], imponendo agli operatori di includere nelle condizioni generali[47], ogni informazione su tutte le politiche, le procedure e gli strumenti utilizzati per moderare i contenuti immessi in Rete dagli utenti, fornendo altresì informazioni specifiche sul processo decisionale algoritmico e la successiva verifica umana[48]. Nel contempo, l'art. 16 introduce l'obbligo, in capo ai prestatori di servizi, di memorizzazione e predisposizione di meccanismi di facile accesso e uso per consentire a qualsiasi persona o ente di notificare la presenza di con-

[43] In particolare, tali fornitori devono ora garantire che i venditori forniscano informazioni verificate sulla loro identità prima di poter iniziare a vendere i loro beni su tali mercati *online*.

[44] M.L. Bixio, *Gli obblighi applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari, ai prestatori di servizi di* hosting *e ai fornitori di piattaforme* online *(Artt. 11-32 – Capo III, Sezioni, 1, 2, 3 e 4)*, in *Diritto di internet*, 2023, 21.

[45] L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori nella regolazione europea della trasformazione digitale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2022, 1108.

[46] In dottrina, M.L. Bixio, *Gli obblighi applicabili a tutti i prestatori di servizi*, cit., 21.

[47] La norma precisa anche che il linguaggio da utilizzare nelle condizioni generali di servizio deve essere chiaro, semplice e comprensibile (se del caso anche ai minori).

[48] Si legge, al paragrafo 4 dell'art. 14, che gli operatori rimangono liberi di regolare i meccanismi di moderazione dei contenuti degli utenti, così come i correlati strumenti di reclamo, dovendo però, farlo «in modo diligente, obiettivo e proporzionato» e «tenendo debitamente conto dei diritti e degli interessi legittimi di tutte le parti coinvolte, compresi i diritti fondamentali dei destinatari del servizio, quali la libertà di espressione, la libertà e il pluralismo dei media, e altri diritti e libertà fondamentali sanciti dalla Carta».

tenuti illegali[49], con la possibilità di presentare segnalazioni esclusivamente per via elettronica[50].

Una simile impostazione induce a ritenere come gli artt. 14 e 16 delineino un primo obbligo di *due diligence*, finalizzato a introdurre un modello più articolato di cooperazione procedimentale, sostituendosi al tradizionale paradigma del *notice and takedown*. Nel contempo, nell'ottica del contrasto alla violenza di genere *online*, il meccanismo di *notice and action* rappresenta uno strumento chiave per assicurare una rimozione tempestiva dei contenuti lesivi.

Da un punto di vista procedurale, la segnalazione (*notice*) deve contenere elementi minimi (descrizione, localizzazione, motivi dell'illiceità, dati del segnalante) e, una volta ricevuta, la piattaforma è obbligata ad agire con tempestività e obiettività, motivando le decisioni e informando sia il segnalante sia l'utente interessato.

Sotto il profilo dell'*action*, si prevede anche l'introduzione di veri e propri meccanismi interni finalizzati a gestite efficacemente i reclami degli utenti, nel rispetto di standard elevati di trasparenza ed imparzialità nella gestione delle segnalazioni, bilanciando la libertà di espressione con la protezione dei diritti degli utenti e la lotta contro i contenuti illegali e dannosi.

I prestatori di servizio hanno, quindi, l'obbligo di prendere in carico le segnalazioni e di adottare tutte le necessarie decisioni in modo tempestivo, diligente, non arbitrario e obiettivo, fornendo, altresì, informazioni specifiche sull'eventuale uso di strumenti automatizzati per trattare e/o assumere gli opportuni provvedimenti.

Di talché, la norma in questione sembra delineare il perimetro di un diritto procedurale europeo del contenuto digitale[51], in quanto obbliga le piattaforme ad agire non solo *ex post*, ma anche secondo una logica di amministrazione preventiva della legalità[52].

---

[49] Gli operatori dovranno predisporre anche misure idonee a facilitare le segnalazioni affinché siano «sufficientemente precise e adeguatamente motivate» (art. 16 comma 2 del Regolamento). Va comunque precisato che prima dell'introduzione del DSA era la giurisprudenza a valorizzare l'adozione di meccanismi di filtraggio preventivi, così, *ex multis*, Cass. civ. sez. I, 13 dicembre 2021, n. 39763. In dottrina, si rinvia a L. Tormen, *La linea dura della Cassazione in materia di responsabilità dell'hosting provider (attivo e passivo)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 1047; nonché, per una analisi sulle prospettive di riforma, A. Ingrassia, *Responsabilità penale degli* internet service provider*: attualità e prospettive*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1626.

[50] In tale contesto, va precisato come l'art. 22 del DSA istituisce la figura dei "segnalatori attendibili", prescrivendo che alla trattazione delle loro segnalazioni sia accordata priorità.

[51] In dottrina, sul rapporto tra diritti e dimensione digitale della società, P. De Pasquale, *Verso una Carta dei diritti digitali (fondamentali) dell'Unione europea?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2022, 163.

[52] L. D'Agostino, *Il Digital Services Act: verso un codice di procedura delle piattaforme*, in *Riv. dir. civ.*, 2023, 415.

Così ragionando si può ritenere che il Regolamento introduca una sorta di «livello basilare e minimo di diritti procedurali»[53] sia attraverso il meccanismo di *notice and action*, sia attraverso l'introduzione dell'obbligo di informare, sempre e senza indebito ritardo, il segnalatore del ricevimento della segnalazione e della decisione presa in merito, fornendo contestualmente ogni informazione circa i ricorsi disponibili per contestare il provvedimento del prestatore.

In altri termini, si disciplina una vera e propria autonomia regolatoria delle piattaforme, sottoposta a vincoli di motivazione, *accountability* e controllo pubblico.

Diversamente detto, il meccanismo *de quo* non è solo uno strumento tecnico, ma un obbligo di diligenza organizzativa, che riflette l'evoluzione del diritto digitale verso un modello di *compliance by design*[54].

Il problema sarà, però, capire il punto di equilibrio tra vigilanza algoritmica, moderazione semi-automatizzata dei contenuti e intervento (eventuale o obbligatorio) dell'uomo nelle decisioni di rimozione di dati digitali e/o disabilitazione degli account[55]. Interrogativo che nasce da uno scenario del tutto inedito che vede le piattaforme elevate a "giudici privati" della sicurezza digitale[56], all'interno di una politica di collaborazione tra *big tech* e autorità di controllo nella prevenzione degli illeciti[57].

6. Rimozione dei contenuti e disabilitazione degli *account*.

Gli artt. 16 e 17 del Regolamento disciplinano, sempre sotto il profilo dell'*action*, gli interventi di rimozione dei contenuti illegali, da parte del prestatore di servizi, previo provvedimento motivato[58].

---

[53] L. D'Agostino, *Disinformazione e obblighi di* compliance *degli operatori del mercato digitale alla luce del nuovo* Digital Service Act, in *Media Law*, 2024, 24.

[54] D. Keller, *Intermediary Liability 2.0*, in *Geo. L. Tech. Rev.*, 2018, 1.

[55] In argomento, G. Contissa, G. Lasagni, G. Sartor, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) algoritmi e IA: alla ricerca di un diritto effettivo*, in *Dir. internet*, 2019, 620. Sul tema, anche, W.N. Price II, *Regulating Black-Box Medicine*, in *Mich. L. Rev.*, 2017, 421; J.S. Allain, *From Jeopardy! to Jaundice: The Medical Liability Implications of Dr. Watson and Other Artifificial Intelligence Systems*, in *La. L. Rev.*, 2013, 1049.

[56] Per un'analisi sul ruolo dell'intelligenza artificiale nei processi decisionali, tra i molti, N. Amore, *L'effetto della robotica e dell'IA nell'imputazione giuridica degli eventi infausti*, in N. Amore, E. Rossero (a cura di), *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica. Organizzazione, autonomia, responsabilità*, Bologna, 244; A. Fiorella, *Responsabilità penale dei Tutor e dominabilità dell'Intelligenza Artificiale. Rischio permesso e limiti di autonomia dell'Intelligenza Artificiale*, in R. Giordano (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia*, Milano, 2022, 651; M.B. Magro, *Decisione umana e decisione robotica. Un'ipotesi di responsabilità da procreazione robotica*, in *Leg. pen.*, 10 maggio 2020; I. Salvadori, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2021, 100.

[57] EUROPOL, *ChatGPT. The impact of Large Language Models on Law Enforcement*, 19 dicembre 2023.

[58] La rimozione dei contenuti illeciti è, nell'ambito della violenza digitale di genere, di cruciale

A rafforzare il sistema di tutele, si prevede anche che in caso di violazioni reiterate o gravi, il prestatore di servizi possa disabilitare, temporaneamente o in via permanente, l'account responsabile, motivando in ordine alla proporzionalità e garantendo – come si vedrà – il diritto di difesa dell'utente (art. 23).

Delineato il perimetro dell'analisi, occorre verificare *in primis* quale sia l'eventuale procedura da seguire per comminare una sanzione e, in secondo piano, in cosa consista l'obbligo di motivazione.

Da un punto di vista normativo, si rileva – senza indugi – che il DSA non fornisce regole di dettaglio circa il funzionamento specifico di tali procedure interne di reclamo e di sanzione; né si individuano specifiche indicazioni sui correlati diritti procedurali del destinatario della sanzione stessa.

A ben vedere, il Regolamento si limita a sancire l'obbligo delle piattaforme *online* di: a) gestire i reclami presentati tramite il loro sistema interno in modo in modo tempestivo, non discriminatorio, diligente e non arbitrario; b) ritirare la propria decisione ove il reclamo contenga «sufficienti motivi per indurre il fornitore a ritenere che la decisione presa sia infondata»; c) «comunicare senza indebito ritardo ai reclamanti la loro decisione motivata in merito al reclamo presentato, nonché i mezzi ulteriori di ricorso a loro disposizione»; d) prevedere che i ricorsi interni in questione vengano decisi con la supervisione di personale adeguatamente qualificato e non avvalendosi esclusivamente di strumenti automatizzati.

In altri termini, alle piattaforme, viene lasciata ampia libertà nel disciplinare le procedure dei sistemi interni di reclamo, con conseguente facoltà di formalizzare liberamente protocolli interni di gestione del meccanismo di *notice and action*[59]. E se da un lato ci si trova sicuramente al cospetto di decisioni capaci di incidere in modo significativo sui diritti fondamentali, in particolare sulla libertà di comunicazione e di espressione[60], sotto altro aspetto mancano indicazioni di maggiore dettaglio circa le garanzie procedurali minime a tutela di utenti che si trovino di fronte ad una sanzione[61].

---

importanza in quanto determina una reazione tempestiva a condotte che spesso generano danni immediati ed irreversibili.

[59] In dottrina, F.G. Sell, *The Digital Services Act: A General Assessment*, in A. von Ungern-Sternberg (a cura di), *Content Regulation in the European Union. The Digital Services Act*, Trier, 2023, 95.

[60] «Pur non potendosi certamente imporre generali modelli standard secondo un analitico livello di dettaglio, l'impressione anche su questo versante è quella di un percorso che, pur avendo condivisibilmente istituzionalizzato tali meccanismi e correttamente sancito in linea generale l'obbligo delle piattaforme di agire in modo non discriminatorio e arbitrario e secondo diligenza anche nella gestione dei reclami interni, poteva essere ancora perfezionato nella direzione della più efficace tutela dei diritti degli utenti»; così, L. D'Agostino, *Disinformazione e obblighi di compliance*, cit., 14.

[61] A ben osservare, uno dei pochi aspetti che viene normato dal DSA attiene ai risarcimenti e ai costi della lite, si prevede che gli utenti debbano poter accedere gratuitamente, o per un importo simbolico a tali meccanismi, «(t)ale previsione, al netto della natura non vincolante delle decisioni

Ma non solo. Nel volgere lo sguardo al versante squisitamente processuale, e con specifico riguardo al segmento investigativo di ricerca della prova, il Regolamento non disciplina le modalità di acquisizione da parte delle autorità giudiziarie (ovvero della vittima in caso di indagini difensive) dei contenuti illeciti rimossi, atteso che questi costituiscono – quantomeno in potenza – il corpo del reato.

Di qui, la necessità di costruire una cornice di regolazione finalizzata a disciplinare, *in primis*, le modalità di custodia dei contenuti illeciti rimossi e degli account disabilitati. In tale prospettiva, sarebbe sicuramente auspicabile l'introduzione di uno specifico divieto di cancellazione, da parte del gestore del servizio, di tali dati informatici, unito all'obbligo di conservazione dei suddetti dati per un predeterminato lasso temporale. In secondo piano, nei casi in cui il contenuto illegale è stato rimosso a seguito di una segnalazione, andrebbe anche normata la possibilità per l'autorità giudiziaria (e per le parti private) di acquisire *ex post* le suddette informazioni al fine di poterle utilizzare in un eventuale procedimento penale.

Diversamente detto, mancano i criteri generali di diritto cui ricorrere per assicurare la corretta conservazione dei dati originali; per impedirne la cancellazione o l'alterazione; per garantire l'eventuale ed immediata duplicazione su richiesta dall'autorità giudiziarie[62].

7. L'obbligo di motivazione.

Quanto analizzato sinora ci conduce ad un ulteriore aspetto peculiare disciplinato dal DSA, ovvero la necessaria motivazione dei provvedimenti adottati dai gestori del servizio.

In tale ottica, va osservato come il sistema di tutele predisposte nel DSA si inserisce in una più ampia visione del ruolo del prestatore di servizi[63]. Più pre-

---

degli organismi in parola, ci pare rivesta in definitiva una indubbia importanza nella misura in cui offre agli utenti dei servizi digitali una ulteriore alternativa per tutelare la propria posizione, specie lì dove il sistema di reclamo interno alla piattaforma online non abbia dato gli esiti sperati o comunque presenti criticità, senza dover necessariamente adire l'autorità giudiziaria o in generale gli attori pubblici di *enforcement* e senza che l'innesco di tale binario alternativo di risoluzione delle controversia pregiudichi il diritto di poter percorrere comunque, in qualsiasi fase, le strade della giurisdizione statale»; cfr. L. D'Agostino, *Disinformazione e obblighi di compliance*, cit., 16.

[62] Per un'analisi sulla più ampia questione dell'acquisizione ed analisi di prove informatiche, tra i tanti, S. Aterno, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 61; E. Lorenzetto, *Utilizzabilità dei dati informatici incorporati su* computer *in sequestro: dal contenitore al contenuto passando per la copia*, in *Cass. pen.*, 2010, 1522; L. Luparia, *La ratifica della convenzione sul* cyber crime *del Consiglio d'Europa. I profili processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 717; F.M. Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *Cass. pen.*, 2012, 707. Affrontano il tema con specifico riguardo anche al versante tecnico-informatico Aa.Vv., *Investigazione penale e tecnologia informatica. L'accertamento del reato tra progresso scientifico e garanzie fondamentali*, a cura di Luparia, Ziccardi, Milano, 2007; Aa.Vv., Cyber Forensics *e Investigazioni digitali*, a cura di S. Aterno, F. Cajani, C. Costabile, D. Curtotti, Torino, 2021.

[63] Si rileva anche che, ai sensi dell'art. 16, il DSA implementa gli obblighi di collaborazione degli

cisamente, poiché la sola repressione penale dei comportamenti *online* non è parsa sufficiente a garantire tutela effettiva alle vittime, il legislatore europeo ha ritenuto necessario un ripensamento della responsabilità delle piattaforme che diventano, oggi, attori regolatori e non meri intermediari tecnici[64].

In altri termini, la piattaforma agisce come soggetto para-amministrativo, tenuto a rispettare obblighi di imparzialità, trasparenza e motivazione analoghi a quelli propri dell'amministrazione pubblica.

Il principio sotteso è che l'attività di moderazione, poiché incide sui diritti fondamentali, deve essere regolata alla stregua di un procedimento amministrativo.

Nel contempo, ogni decisione di moderazione, rimozione del contenuto, sospensione o chiusura dell'account, deve essere motivata e comunicata all'interessato, con indicazione del contenuto e della base giuridica o contrattuale invocata; dell'eventuale uso di strumenti automatizzati; dei rimedi disponibili (interni o stragiudiziali). Ciò significa che, se da un lato il Regolamento ha elevato la rimozione dei contenuti a strumento di tutela sostanziale della persona, sotto altro profilo ne ha bilanciato l'utilizzo con garanzie procedurali di trasparenza e contraddittorio[65].

Occorre, a questo punto, comprendere in cosa consista la motivazione che i prestatori di *hosting services* devono fornire ai destinatari del servizio. A ben vedere, la norma prevede che sia chiarita la tipologia di sanzione irrogata, specificandone la portata territoriale e la durata; siano indicati i fatti e le circostanze su cui si basa la decisione di applicare la restrizione del servizio, precisando - solo «ove opportuno» - se la sanzione sia stata applicata all'esito di una segnalazione pervenuta tramite il meccanismo di *notice and action* di cui all'art. 16 DSA o in virtù di indagini volontarie intraprese di propria iniziativa dall'organizzazione. Ed ancora, il sanzionato deve essere informato della possibilità di presentare ricorso. In tal caso, va anche chiarita la base giuridica o la clausola contrattuale "interna" che si assume violata e i motivi per cui l'informazione o il contenuto vengono considerati in contrasto con tali previsioni.

L'obbligo di motivazione sembra, dunque, sottolineare la volontà del legislatore eurounitario di tutelare sia segnalanti, sia operatori digitali, al fine di assolvere a quel delicato compito di operare il complesso bilanciamento tra

---

hosting provider, prescrivendogli anche di informare l'autorità giudiziaria, qualora «venga[no] a conoscenza di informazioni che fanno sospettare che sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà commesso un reato che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza di una o più persone».

64 E. Maestri, *Stupri digitali*, cit., 33.

65 La disciplina introduce infatti l'obbligo per le piattaforme di comunicare agli utenti le ragioni della rimozione, consentendo il ricorso a sistemi interni di gestione dei reclami (art. 20) e a meccanismi di risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 21).

esigenze di protezione e diritti di difesa dell'utente che ha subito la restrizione imposta dalla piattaforma[66].

Alla luce di tale struttura normativa, la motivazione non si presenta all'interprete come un mero adempimento formale, quanto piuttosto come l'estrinsecazione della garanzia di legittimità sostanziale e di verificabilità della decisione[67]. Più precisamente, essa diviene un dovere di legalità "orizzontale", per cui anche i soggetti privati che gestiscono spazi di comunicazione diventano garanti di diritti fondamentali[68]. Dunque, la portata dogmatica di tale obbligo estende dal settore pubblico al settore privato l'amministrazione della libertà di espressione.

In altri termini, l'obbligo di motivazione trasforma la decisione di moderazione da atto discrezionale a provvedimento motivato e controllabile e, in questo senso, esso diventa il criterio di distinzione tra autotutela privata e funzione pubblica digitale.

8. Gli ordini di rimozione dell'autorità giudiziaria.

L'aspetto più significativo disciplinato nel DSA è la possibilità per le autorità competenti di emanare ordini vincolanti, rivolti ai prestatori di servizi di *hosting* per rimuovere il materiale illecito (art. 3, lettera g, punto iii).

In tale ottica, il Regolamento pare tracciare un punto di equilibrio tra l'autonomia privata delle piattaforme digitali e il potere pubblico di garantire la legalità nello spazio informativo europeo.

Equilibrio che si concretizza in un duplice meccanismo: da un lato, l'ordine di rimozione dei contenuti illegali emesso da un'autorità giudiziaria o amministrativa (art. 9 DSA); dall'altro, l'obbligo di motivazione delle decisioni autonome adottate (art. 17 DSA). Si tratta di due norme complementari, che realizzano una sorta di procedimentalizzazione multilivello del potere di incidere sulla comunicazione digitale: il primo strumento esprime il controllo pubblico sull'illiceità dei contenuti; il secondo traduce in regole di diritto privato il principio di legalità e di trasparenza tipico dell'azione amministrativa.

Ciò posto, l'ordine di rimozione si pone non già come una misura meramente coercitiva, ma come un atto amministrativo in senso sostanziale, soggetto ai principi generali del giusto procedimento, della motivazione e della proporzionalità[69].

---

[66] In passato, la dottrina si era già espressa su eventuali profili di responsabilità degli Internet provider service, soprattutto nei casi di delitti di particolare gravità, così, A. Manna, *Considerazioni sulla responsabilità penale dell'internet provider in tema di pedofilia*, in *Dir. inf.*, 2001, 151.

[67] Parla di «condizione epistemica della legalità algoritmica», L. D'Agostino, *Disinformazione e obblighi di* compliance, cit., 26.

[68] D.F. Bernasconi, *I diversi volti della violenza digitale*, cit., 9.

[69] Il DSA opera un bilanciamento tra tali interessi contrapposti, pure in considerazione del significativo squilibrio tra i poteri contrattuali delle parti. Sul tema, B. Carotti, *La politica europea sul digitale: ancora molto rumore*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 2022, 998. Ampiamente, anche G. Alpa, *Sul potere contrattuale delle piattaforme digitali*, in *Contratto delle imprese*, 2022, 721.

Così ragionando, il meccanismo di cui all'art. 9 DSA va a realizzare una forma embrionale di cooperazione giudiziaria europea digitale[70], fondata su un riconoscimento automatico e al contempo temperato dal rispetto dei diritti fondamentali della persona interessata[71].

Nel rimanere focalizzati sul tessuto normativo, il Regolamento prevede che gli Stati membri designino le autorità competenti ad emettere ordini vincolanti di rimozione o disabilitazione dell'accesso a contenuti illegali, obbligando i prestatori di servizi a conformarsi senza indebito ritardo e a comunicare l'esecuzione dell'ordine[72]. Questi ultimi devono essere specifici e motivati, devono recare informazioni precise sull'autorità emanante, sulla base giuridica, sui mezzi di ricorso disponibili e devono essere riconosciuti ed eseguiti in tutti gli Stati membri, secondo il principio di mutuo riconoscimento digitale[73].

L'efficacia transfrontaliera di suddetti provvedimenti costituisce uno degli elementi più innovativi del DSA, in quanto consente di superare la tradizionale frammentazione giurisdizionale delle misure di *takedown*, spesso

[70] Sull'ampio tema della cooperazione giudiziaria digitale, tra i molti, S. Signorin, *Verso l'applicazione trasversale del principio "digital by default" nel settore della cooperazione giudiziaria dell'Unione europea*, in *Eurojust*, 2025, 206. Affrontano il medesimo tema anche G. Nixon, *Ctrl, Alt, Delete: re-booting the European Union via e-government*, in P.G. Nixon, V.N. Koutrakou (a cura di), *E-government in Europe*, 2007, 19; E. Themeli, *The frontiers of digital justice in Europe*, in Aa.Vv. (a cura di), *Frontiers in Civil Justice*, Cheltenham, 2022, 102.

[71] In dottrina, per una disamina della questione, M. Lamanuzzi, *Il coinvolgimento dei gestori delle piattaforme social nel contrasto dell'odio e della pornografia virtuale. Oltre la net neutrality: tra autoregolamentazione e responsabilità amministrativa, in I nuovi volti del sistema penale fra cooperazione pubblico privato e meccanismi di integrazione fra hard law e soft law*, in Aa.Vv., *Atti del X corso di Formazione interdottorale di Diritto e Procedura Penale "Giuliano Vassalli" per Dottorandi e Dottori di ricerca*; VIII convegno sezione giovani penalisti AIDP, a cura di A. Gullo, V. Militello, T. Rafaci, Milano, 2021, 390. Per una analisi sul rapporto tra sicurezza e diritti, tra i molti, Cisterna, *Il difficile equilibrio tra sicurezza interna e tutela dei diritti*, in *Guida dir.*, *Dossier*, 2018, n. 3, 81.

[72] Nel contesto della violenza di genere online, questa previsione assume una funzione strategica. In Italia, tali ordini possono essere emanati, ad esempio, dal giudice penale nell'ambito delle indagini previste dal Codice Rosso (Legge n. 69/2019) o, in via d'urgenza, dall'autorità giudiziaria civile, *ex* art. 700 c.p.c., qualora si renda necessario impedire la diffusione di contenuti lesivi della dignità o dell'integrità personale della vittima. Inoltre, l'art. 612-*ter* c.p. (diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti) consente al pubblico ministero di chiedere l'immediata rimozione dei contenuti e il sequestro delle copie digitali, in coordinamento con i fornitori di servizi di hosting. Sul piano sovranazionale, la disciplina dell'art. 9 DSA integra e rafforza gli strumenti previsti dalla Direttiva 2011/93/UE sulla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori, nonché dalla Convenzione di Budapest sul cybercrime, che già prevedevano poteri di blocco e rimozione dei contenuti a carattere illecito. Il DSA, tuttavia, introduce per la prima volta un meccanismo di interoperabilità e riconoscimento reciproco degli ordini di rimozione tra Stati membri, imponendo alle piattaforme di agire tempestivamente entro 24 ore dal ricevimento dell'ordine, salvo impedimenti tecnici o giuridici. In dottrina, G. Finocchiaro, *Le nuove regole europee sui servizi digitali*, in *Dir. internet*, 2023, 67.

[73] M.L. Bixio, *Gli obblighi applicabili a tutti i prestatori di servizi intermediari*, cit., 21.

inefficaci quando il prestatore ha sede in un altro Stato membro o quando il contenuto è ospitato su server esteri.

Nel contempo, anche l'art. 9 (alla stregua dell'art. 17) impone che ogni ordine contenga una motivazione dettagliata delle ragioni per cui il contenuto è ritenuto illegale, indicando la norma di diritto applicata e la modalità con cui essa si rapporta alla fattispecie concreta[74]. Norma che, letta in combinato disposto con gli artt. 41 e 47 della Carta dei diritti fondamentali, rappresenta la positivizzazione del principio di trasparenza dell'autorità digitale, funzionale al controllo giurisdizionale e al sindacato di proporzionalità[75].

Alla luce di tali osservazioni, si è indotti a ritenere come gli artt. 9 e 17 costruiscono una catena di legalità progressiva: l'autorità pubblica esercita un potere di ordine che vincola *ex lege* e deve essere motivato in senso formale e sostanziale. Ugualmente, la piattaforma, soggetto privato delegato alla regolazione del discorso pubblico, esercita un potere di autotutela contrattuale che, per effetto del DSA, è vincolata dagli stessi requisiti di motivazione, proporzionalità e verificabilità.

Entrambi i meccanismi sono il segnale di un passaggio dal diritto sostanziale al diritto procedurale della comunicazione digitale[76].

Il combinato disposto degli artt. 9 e 17 sembra, dunque, garantire la tracciabilità della decisione di limitare il diritto di espressione e, in secondo luogo, la possibilità di controllo giurisdizionale, con il fine ultimo di prevenire arbitrii e discriminazioni sistemiche, soprattutto nei casi di violenza di genere, dove l'asimmetria informativa tra vittima e piattaforma è massima.

9. La *due diligence* tra contraddittorio e trasparenza.

Il corredo di innovazioni introdotte dal Regolamento in esame si completa di uno specifico richiamo al dovere di bilanciare la rapidità dell'intervento delle piattaforme con le garanzie del contraddittorio, soprattutto nei casi di sospensione dell'account o rimozione di contenuti illegali.

Più nel dettaglio, la *due diligence* per le piattaforme *online* prevede l'obbligo di fornire ai propri utenti, sia segnalanti che segnalati, un sistema di

[74] «Nella fase di *enforcement* a valle di tali regole autonormate, invece, l'articolo in commento appare più sensibile alle esigenze sia di dettagliare maggiormente, e non solo con clausole di carattere generale, gli obblighi degli operatori, sia di rafforzare e specificare con più analiticità i diritti e le garanzie procedurali minime per gli utenti che subiscono simili misure para-punitive»; in tal senso, L. D'Agostino, *Disinformazione e obblighi di* compliance, cit., 11. A ben vedere, l'ampiezza dell'obbligo motivazionale contempera esigenze di tutela delle vittime e diritti fondamentali, fornendo una base di informazioni indispensabili per l'utente che voglia avvalersi degli strumenti di reclamo.

[75] Sotto il profilo dogmatico, la motivazione si configura dunque come principio strutturante del diritto dei servizi digitali, in quanto consente il bilanciamento tra libertà di espressione, la tutela della dignità personale e la legalità dell'azione repressiva, pubblica o privata. In dottrina, anche, M. Bassini, *Digital Services Act e responsabilità delle piattaforme*, in *MediaLaws*, 2023, 18.

[76] L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori*, cit., 1108.

reclamo. Ed infatti, gli obblighi di rimedio interno e trasparenza sono cristallizzati nell'art. 20 DSA che impone alle piattaforme la predisposizione di un sistema interno di gestione dei reclami che consenta agli utenti di impugnare le decisioni di moderazione[77]. La suddetta disciplina è strettamente collegata all'obbligo di motivazione di cui all'art. 17 DSA che, come già visto, richiede che la decisione di rimozione contenga lo *statement of reasons* che specifichi, tra le varie cose, anche i fatti, la norma e/o Clausola contrattuale invocata[78]. Nel contempo, il diritto di difendersi è presidiato da alcune garanzie procedurali quali il diritto di accesso al fascicolo e il diritto di essere ascoltati prima dell'adozione di sanzioni amministrative (artt. 52, 74 DSA).

A ben vedere, si introduce un livello minimo di garanzie a tutela degli utenti, consentendo loro di accedere agli atti e richiedere, già a livello interno, un ulteriore riesame della decisione.

Chiaramente, la piattaforma è chiamata a bilanciare l'esigenza di rapida rimozione dei contenuti illeciti con il diritto dell'autore del contenuto stesso ad essere informato e a replicare. Nel silenzio normativo, l'individuazione ed attuazione del punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze pare essere interamente demandato all'implementazione di specifiche procedure interne attuate dalle piattaforme.

Completa il corredo di oneri gravanti sui prestatori di servizio l'art. 15 DSA che introduce un ulteriore obbligo di *due diligence*: il dovere di pubblicare, almeno una volta all'anno, «relazioni chiare e facilmente comprensibili sulle attività di moderazioni dei contenuti svolte durante il periodo di riferimento»[79]. Un vero e proprio report che elenca i numeri delle segnalazioni ricevute; le *azioni di moderazione* (ovvero le azioni intraprese dalla piattaforma, come la rimozione di contenuti o la disabilitazione di account); le *politiche di sicurezza* adottate.

Si tratta di una previsione che muove dalla prospettiva della *disclosure* anche relativamente al modo in cui sono applicate in concreto le regole autonormate dalle piattaforme sull'attività di moderazione dei contenuti.

Tuttavia, se da un alto gli organi di *enforcement* possono accedere ai report e, dunque, acquisire informazioni che hanno indubbiamente un peso significativo per valutare la *due diligence* delle piattaforme, sotto altro pro-

[77] Il sistema deve essere semplice, gratuito, proporzionato, accessibile; le decisioni devono essere motivate e devono, altresì, essere specificate le condizioni di ricorso esterno (artt. 20 e 21 DSA). In dottrina, A. Mantelero, *Piattaforme e libertà: il ruolo dell'intermediario digitale nel diritto europeo*, in *BioLaw Journal*, 2022, 55.

[78] L'art. 21 introduce, altresì, un meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie, con organismi certificati che possono esaminare e decidere sulle impugnazioni relative a rimozioni e sospensioni. Per un commento sulle questioni in tema di risoluzione alternativa delle controversie, G. Gioia, A. Bigi, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie nel mercato dei servizi digitali (artt. 17, 20, 21, 24, 35 – Capo III, Sezioni 2, 3 e 5)*, in *Diritto di internet*, 1, 2023, 39.

[79] Questo include statistiche sulle segnalazioni di contenuti illegali, le azioni intraprese per moderare tali contenuti e le politiche implementate per garantire la sicurezza e la trasparenza.

filo a queste ultime viene lasciato un margine di libero apprezzamento, nella redazione dei report, estremamente ampio[80].

10. Osservazioni conclusive.

La diffusione delle piattaforme *online* e, soprattutto, dei *social network*, ha prodotto una epocale trasformazione del sistema informativo, amplificando sia la disponibilità, sia la divulgazione di contenuti digitali. In un simile contesto, l'arena digitale viene sempre più frequentemente occupata dalle grandi piattaforme private che si pongono come i «nuovi governanti di questo tempo»[81].

Più ampiamente, la tutela dei diritti nei nuovi territori dello spazio virtuale ha generato una diversa allocazione dei poteri tra settore pubblico e settore privato, nella lotta alla c.d. sovranità digitale[82].

In tale scenario, la rapida espansione di internet oltre confini delimitati si è tradotta nell'adozione di piani regolatori di diversa ispirazione[83], con il fine – quantomeno in potenza – «di realizzare una disciplina globalizzante nell'interpretazione delle linee di politica legislativa, volta a reagire alla portata intrinsecamente extraterritoriale dei fenomeni in questione»[84].

Ed appare, ormai, innegabile come il legislatore contemporaneo debba necessariamente confrontarsi sui diritti digitali fondamentali per gli utenti, sugli obblighi per le piattaforme in termini di contestabilità, trasparenza ed equità verso tutti gli interlocutori nell'ecosistema digitale, sui sistemi pubblici di *enforcement* e di controllo efficaci, nell'ottica di un approccio co-regolatorio che sta progressivamente ponendo le basi di un diritto pubblico digitale europeo.

In questa direzione, il DSA è sicuramente riuscito a colmare una lacuna che caratterizzava lo scenario normativo europeo con riferimento alla responsabilizzazione degli operatori digitali nelle attività di autonormazione e auto-organizzazione. Ed è pregevole la scelta di cercare di risolvere un *gap* mediante un regolamento europeo, trattandosi di uno strumento (per definizione) più adatto a disciplinare il fenomeno del *business* digitale che necessita, inevitabilmente, di risposte di respiro sovrannazionale.

---

80 G. BUTTARELLI, *La regolazione delle piattaforme digitali: il ruolo delle istituzioni pubbliche*, in *Gior. dir. amm.*, 2023, 116; L. Torchia, *I poteri di vigilanza, controllo e sanzionatori*, cit., p1109.

81 K. Klonick, *The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech*, in *Harvard Law Review*, 131, 2018, 1598-1670. Sul tema, anche, A. Manganelli, *Piattaforme digitali*, cit., p. 885. L'A. ritiene che le regole contrattuali tra utenti e grandi piattaforme, accettate volontariamente dai primi sottoscrivendo i termini e le condizioni di servizio, sono divenute regole di gestione e di *governance* delle interazioni delle *community* composte da enormi gruppi di utenti.

82 Sul tema, A. Vigorito, *Sovranità digitale ed extraterritorialità dei dati: è davvero configurabile (e da parte di chi) un "oblio globale"?*, in *Dir. infor. informatica*, 2023, 777.

83 Muove in tal senso, ad esempio il GDPR e, sul tema, tra i tanti, A. Bradford, *The Brussels Effect*, in *Northwerstern University Law Review*, 2012, 17.

84 A. Vigorito, *Sovranità digitale*, cit., 778.

Gli oneri per le piattaforme sono risultati molteplici, dal dovere di rafforzare l'apparato di garanzie minime definito dall'art. 14, disciplinando l'esercizio dei propri poteri sanzionatori nel rispetto di diritti essenziali; alle *policy* di gestione dei reclami; all'individuazione di misure sanzionatorie/interdittive, finalizzate a tutelare le vittime; alla dettagliata definizione dei soggetti titolari della potestà di dettare tali regole; all'enunciazione del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio[85]. Il tutto bilanciando innovazione, libertà di espressione e sicurezza online.

Sullo sfondo, però, si intravedono alcune ombre. *In primis*, appare concreto il rischio di subire il fascino di strumenti decisionali automatizzati che – mediati anche dall'intelligenza artificiale – possono sostituirsi, o parzialmente sostituirsi, all'uomo nella scelta dei contenuti illeciti da rimuovere o degli account da disabilitare[86]. In tal caso, la presunzione di non discriminazione di cui gli strumenti totalmente o parzialmente automatizzati potrebbero – in astratto – godere, deve pur sempre scontrarsi con la circostanza che l'algoritmo è «ontologicamente condizionato dal sistema di valori e dalle intenzioni di chi ne commissiona la creazione e/o di chi lo crea»[87].

Sotto altro profilo, di più ampio respiro, si riscontra come il DSA, seppure delinei un ventaglio di obblighi, lasci un ampio spazio discrezionale alle piattaforme, con la logica conseguenza che l'efficacia del Regolamento sarà strettamente connessa alle regole interne che le singole *big tech* sceglieranno di adottare.

Diversamente detto, il pericolo è quello di assistere alla creazione di veri e propri ordinamenti privati delle piattaforme che possono, così, sottrarsi alle norme provenienti da qualsiasi altro ordinamento pubblico, diventando sem-

---

[85] Per un approfondimento, R. Niro, *Piattaforme digitali e libertà di espressione fra autoregolamentazione e coregolazione: note ri-costruttive*, in *Oss. fonti*, 2021, 3.

[86] «La società è affascinata dall'idea che l'intelligenza artificiale possa fornire risposte scevre da errori, che potrebbero invece condizionare la valutazione dell'essere umano, e raggiungere un esito giudiziario più affidabile perché privo di influenze morali, etiche, valoriali, politiche (...). [Tuttavia], nonostante l'apparente neutralità dell'input fornito, come insegna il noto esperimento compiuto in casa Amazon, la deriva discriminatoria può determinarsi, autonomamente, nei processi decisionali automatizzati»; così, T. Alesci, *Processo algoritmico e contrasto alla violenza di genere. Punti di contatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 1340. In tema, anche, V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. Ruffolo (a cura di), *Intelligenza Artificiale - Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, 547; B. Panattoni, *Intelligenza Artificiale: le sfide per il diritto penale nel passaggio dall'automazione tecnologica all'autonomia artificiale*, in *Dir. inf.*, 2021, 317. Ritiene che l'output prodotto dall'IA va sempre corroborato con altri elementi di prova, M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2019, 17.

[87] T. Alesci, *Processo algoritmico*, cit., 1341. L'A. precisa, inoltre, come l'«interpretazione del risultato, dipende anche da una imprescindibile categorizzazione dei dati di partenza, dall'affidamento alla neutralità del dato inserito che comporta una carente flessibilità ermeneutica a revocare in dubbio il risultato».

pre di più «luoghi non sottoponibili alle "regole dei governi", ma disciplinabili esclusivamente con regole proprie»[88].

[88] Così, A. Manganelli, *Piattaforme digitali e social network, fra pluralità degli ordinamenti, pluralismo informativo e potere di mercato*, in *Giur. cost.*, 2023, 887. L'A precisa, infatti che «in un contesto di pervasivo potere di mercato e contrattuale, le piattaforme hanno sempre avuto la possibilità concreta di stabilire unilateralmente i propri termini di servizio, come condizioni generali di contratto che sono andate a costituire quella che è stata poi definita *platform law.* È diventato così evidente che la scelta non era (più) tra regole o assenza di regole, ma fra regole derivanti dai poteri pubblici e regole derivanti dai poteri privati».

Occupazione arbitraria di immobili e figure di "resistenza passiva" nel recente decreto-legge in materia di sicurezza pubblica

Marco Gambardella*

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** L'occupazione arbitraria di immobili (art. 634-*bis* c.p.). – **2.1.** Il requisito della "violenza o minaccia" nell'art. 634-*bis* c.p. – **3.** La criminalizzazione delle condotte di "resistenza passiva". Il delitto di blocco stradale e ferroviario. – **4.** I delitti di rivolta in carcere e nelle strutture di trattenimento per i migranti. – **5.** Qualche riflessione finale.

ABSTRACT

Nell'ambito dell'audizione parlamentare1 sul decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, in materia di sicurezza pubblica, l'Autore si occupa di alcuni profili strettamente penalistici. Anzitutto, vengono prese in considerazioni alcune criticità concernenti il nuovo delitto di occupazione arbitraria di immobili destinati a domicilio altrui. Viene, inoltre, analizzato uno dei temi centrali nella struttura del "decreto sicurezza": la c.d. criminalizzazione delle condotte di "resistenza passiva". Tale obiettivo è stato attuato tramite l'innesto di tre delitti: il blocco stradale e ferroviario, la rivolta all'interno di un istituto penitenziario e la rivolta all'interno di una struttura di trattenimento per i rimpatri dei migranti irregolari.

In the context of the parliamentary hearing on Decree-Law No. 48 of 11 April 2025 on public safety, the author deals with a number of strictly penal profiles. First of all, some critical issues concerning the new crime of arbitrary occupation of property used as someone else's home are examined. Furthermore, one of the central themes in the structure of the "security decree" is analysed: the so-called criminalisation of "passive resistance" conduct. This objective was implemented through the introduction of three crimes: the road and rail blockade, the riot inside a prison and the riot inside a detention facility for the repatriation of irregular migrants.

1. Premessa.

Nell'ambito del recente e controverso decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48 (convertito senza emendamenti dalla legge n. 80 del 2025), in materia di sicurezza pubblica, mi occuperò di seguito soltanto di alcuni profili strettamente penalistici.

* Professore ordinario di diritto penale - Sapienza Università di Roma.

[1] Testo riveduto dell'audizione parlamentare in presenza del 22 aprile 2025 (Commissioni riunite I Affari costituzionali, e II Giustizia della Camera dei deputati su disegno di legge C. 2355).

Come studioso del diritto penale, mi spetta sicuramente il compito di distinguere tra due dimensioni dell’esperienza giuridica: *i*) il piano *politico-criminale*; *ii*) il piano *esegetico-applicativo*.

Non v’è dubbio che sotto il profilo *politico-criminale*, preso nella sua globalità, il decreto sicurezza procede nella direzione sbagliata: accresce l’area del penalmente rilevante occupando spazi che peraltro non gli competono; con un pericoloso accostamento a un diritto penale d’autore, di mera disobbedienza, intollerante verso il dissenso e la discordanza di opinioni.

Non dobbiamo poi dimenticare l’ulteriore ruolo del giurista positivo: criticare certo le politiche-criminali governative se vi sono buoni ragioni per farlo, tuttavia occuparsi seriamente della questione relativa al superamento o meno dei *limiti* della discrezionalità attribuita al legislatore interno sulle scelte in campo penale. I limiti, cioè, della *legittimità costituzionale* della nuova produzione normativa e su questo davvero occorre essere intransigenti e contribuire – se si riesce – al dibattito scientifico sulla validità delle norme contenute nel decreto sicurezza versione 2025.

Non è detto che una “cattiva” politica-criminale sia sovrapponibile alla illegittimità costituzionale delle norme penali che esprime. Al fine di compiere tale verifica rivolta all’annullamento della legge illegittima, appare indispensabile “distinguere” tra le disposizioni all’interno del decreto sicurezza.

E se si scorge qualcosa di accettabile sotto il versante politico-criminale e di non illegittimo costituzionalmente, che può andare incontro ai bisogni di tutela della collettività, nonché presenti un reale disvalore, conviene tentare di rendere la nuova disciplina – mediante qualche ritocco legislativo, se necessario, e una interpretazione costituzionalmente adeguatrice – efficace, funzionale e corretta sotto il profilo delle categorie e della sistematica penale.

2. L’occupazione arbitraria di immobili (art. 634-*bis* c.p.).

Il primo punto del decreto su cui intendo soffermarmi riguarda le disposizioni previste in materia di sicurezza urbana. Il legislatore ha qui inserito all’art. 634-*bis* c.p. un inedito delitto per punire l’*occupazione arbitraria di immobili destinati a domicilio altrui*.

Il nuovo art. 634-*bis* c.p. ha alcune criticità che occorre sottolineare. In primo luogo, mi chiedo se l’immobile arbitrariamente occupato, possa essere anche un “immobile pubblico”, cioè un edificio pubblico o destinato ad uso pubblico.

L’art. 634-*bis* c.p. non è chiaro al riguardo: si sarebbe dovuto precisare meglio questo cruciale aspetto nelle intenzioni del legislatore storico. Non viene invece connotato in alcun modo il requisito dell’immobile, quanto all’appartenenza.

Non v’è dubbio che è correttamente sostenibile l’interpretazione secondo cui può essere anche un edificio pubblico l’immobile occupato, purché destinato ad uso abitativo; e dunque vanno esclusi gli immobili abbandonati o in disuso.

In favore di tale soluzione depongono invero una serie di argomenti.

Anzitutto, l’argomento testuale. Nel decreto-legge, all’art. 10, comma 2, è stabilito che nell’art. 639-*bis* c.p. – relativo ai casi di esclusione della perseguibilità a querela –, nel caso si tratti di un edificio pubblico (o destinato a uso pubblico), sia aggiunto anche l’art. 634-*bis* c.p., concernente il nuovo delitto di occupazione arbitraria di immobili.

L'argomento sistematico. Due dei delitti-matrice: gli artt. 633 (invasione di terreni o edifici) e 633-*bis* c.p. (invasione di terreni o edifici per realizzare un *rave party*) prendono in considerazione sia gli edifici pubblici sia quelli privati.

Tuttavia, una diversa soluzione interpretativa sembra possibile: essa appare in grado di superare l'argomento testuale della modifica dell'art. 639-*bis* c.p. (nonché l'argomento sistematico) e far ritenere l'edificio occupato in modo arbitrario esclusivamente "privato".

Ebbene, nell'enunciato dell'art. 634-*bis* c.p. si prende in considerazione l'immobile "destinato a domicilio altrui".

Inoltre, nel nuovo art. 321-*bis* c.p.p. riguardante il procedimento d'urgenza per la reintegrazione nel possesso dell'immobile – aggiunto sempre dal decreto sicurezza – si fa riferimento alla "abitazione effettiva del denunciante".

Ancora, il reato qui matrice: l'art. 634 c.p. (*turbativa violenta del possesso di cose immobili*) non è incluso nella lista dei delitti in cui, se si tratta di immobile pubblico, viene meno la procedibilità a querela; e si riferisce dunque solo a immobili privati.

Alla luce di queste sintetiche considerazioni, nel testo dell'art. 634-*bis* c.p. si sarebbe dovuto inserire, dopo la parola immobile, tra virgole la qualificazione "pubblico o privato". E ciò avrebbe reso chiaro – come sembra essere nell'intenzione del legislatore – che tale nuovo illecito penale si applica altresì agli alloggi realizzati dall'Istituto autonomo di case popolari, ove non ancora assegnati, ad esempio, all'assegnatario privato.

2.1. Il requisito della "violenza o minaccia" nell'art. 634-*bis* c.p.

Passiamo ad esaminare un ulteriore elemento critico del reato in esame, rappresentato dal requisito della "violenza o minaccia", che deve accompagnare l'occupazione di immobili arbitraria. In particolare, le condotte previste nella prima parte del comma 1: occupazione, detenzione senza titolo e impedimento del rientro.

A differenza del delitto matrice dell'art. 634 c.p., nel quale si stabilisce al secondo comma che «il fatto si considera compiuto con violenza o minaccia quando è commesso da più di dieci persone», nel novello art. 634-*bis* c.p. non è detto nulla. Vale quindi quanto prescritto nel comma 2 dell'art. 634 c.p.? Oppure i concetti di violenza e minaccia vanno intesi in modo non qualificato, e dunque nel significato generale? Anche questo andrebbe chiaramente precisato per evitare incertezze e difformi interpretazioni.

Inoltre, la *violenza* è da riferirsi alla *persona*, alla *cosa* immobile, a tutte e due (persona/cosa)? Ciò andrebbe puntualizzato come avviene, ad esempio, nel delitto di turbativa violenta del possesso di cose immobili (art. 634 c.p.) ovvero nella violazione di domicilio (art. 614 c.p.).

Ancora: "violenza o minaccia" sono modalità che devono accompagnare anche l'ulteriore condotta tipica, relativa all'*impedire il rientro nell'immobile del proprietario*?

Non è chiaro, andrebbe precisato!

Il requisito della violenza e minaccia (sulle cose? sulle persone? su entrambe?) sembra radicare altresì la ragionevolezza e la proporzionalità della cornice edittale prevista (da 2 a 7 anni di reclusione).

Per le due sottofattispecie delineate nell’ultima parte del comma primo (in cui non ci sono le modalità “violente”) – appropriazione dell’immobile con “artifici e raggiri” e “cessione ad altri” dell’immobile occupato – la pena appare sproporzionata.

E ciò anche alla luce della cornice edittale del delitto di violazione domiciliare con violenza sulle cose/persone o commessa da soggetto armato (da 2 a 6 anni di reclusione).

Si dovrebbe, dunque, differenziare la pena della sottofattispecie di *occupazione* arbitraria dell’immobile con artifici o raggiri e di quella di *cessione* ad altri dell’immobile occupato. L’opportunità di una cornice sanzionatoria più lieve non fa risultare pertanto corretta l’espressione «Alla stessa pena ...», per l’occupazione di immobile di natura truffaldina o fraudolenta.

Andrebbe poi aggiunta nell’*incipit* dell’art. 634-*bis* c.p. una *clausola di riserva*, per evitare il concorso formale eterogeneo con i delitti aventi un nucleo in comune di elementi di fattispecie.

Si pensi, ad esempio, all’invasione di terreni o edifici semplice o finalizzata all’organizzazione di *rave party* (artt. 633 e 633-*bis* c.p.), alla turbativa violenta del possesso di cose immobili, alla violazione di domicilio e alla truffa. Potrebbe essere formulata nel modo seguente: “chiunque fuori dai casi indicati dagli articoli 614, 633, 633-*bis*, 634, 640 c.p. ...”.

3. La criminalizzazione delle condotte di “resistenza passiva”. Il delitto di blocco stradale e ferroviario.

Analizziamo nel prosieguo uno dei temi centrali e portanti nell’impianto del decreto sicurezza 2025: la c.d. criminalizzazione delle condotte di “resistenza passiva”. Resistenza passiva riconducibile fenomenicamente a comportamenti di *pubblica manifestazione del dissenso*, che tradizionalmente sono esclusi dall’area del penalmente rilevante, consistendo perlopiù in condotte di semplice inazione rispetto agli ordini dell’Autorità.

Si tratta di *ordini impartititi dall’Autorità* che, sebbene non sempre definiti dal legislatore del decreto sicurezza come “legittimi”, devono essere tali; altrimenti devono essere disapplicati dal giudice penale (ordinario), in quanto il giudice è soggetto soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.). E se dunque il provvedimento amministrativo non si conforma alla medesima non può rilevare nella causa da decidere.

Tale obiettivo è stato attuato dal provvedimento normativo mediante l’innesto di tre delitti: (*i*) il blocco stradale e ferroviario; (*ii*) la rivolta all’interno di un istituto penitenziario (art. 415-*bis* c.p.); (*iii*) la rivolta all’interno di una struttura di trattenimento per i rimpatri dei migranti e dei c.d. punti di crisi o *hotspot* (art. 14, comma 7.1., t.u. imm.).

Iniziando dal *delitto di blocco stradale e ferroviario* (art. 1-*bis*, comma 1, d.lgs. n. 66 del 1948), a seguito delle modifiche apportate dal decreto-sicurezza del 2025, abbiamo ora due sottofattispecie criminose di “resistenza passiva” che sostituiscono il previgente illecito amministrativo diversamente formulato.

La *prima ipotesi delittuosa* è del tutto irrealistica, al di fuori del sistema penale, perché punisce (con la reclusione fino a 1 mese o la multa fino a 300 euro) una “resistenza passiva” mediante il comportamento di una sola persona che col suo corpo

ostruisce la strada, blocca il traffico; e attraverso questa "misera" condotta per il legislatore si causerebbe un'offesa al bene giuridico della libera circolazione delle strade ferrate e ordinarie.

Tale figura criminosa appare incostituzionale, in quanto si tratta di una mera disobbedienza, senza offesa al bene giuridico, una condotta che è carente di offensività in astratto, non essendo neppure astrattamente in grado di mettere in pericolo il bene tutelato.

L'impedimento alla libera circolazione sulle strade è altresì l'evento fenomenico che deve prodursi a seguito della condotta tipica (ostruire la strada con un blocco "personale"). Ma sulla scorta di una interpretazione teleologica della fattispecie, occorre che si determinino significativi ostacoli alla circolazione: e come può un solo corpo impedire in modo significativo la circolazione stradale o ferroviaria?

Il "vero reato" è la *seconda sottofattispecie*: il «fatto commesso da più persone riunite» (almeno tre persone), le quali impediscono la libera circolazione ostruendo la strada ordinaria o ferrata con il proprio corpo (da 6 mesi a 2 anni di reclusione). Proprio per questo, andrebbe qualificata come una autonoma figura delittuosa, e non già quale circostanza aggravante ad effetto speciale.

Anche qui siamo davanti a un diritto penale di mera disobbedienza, del tutto incostituzionale, perché criminalizza una fattispecie di semplice protesta (manifestazioni, ad es., come quelle dei gruppi ambientalisti), una resistenza passiva, la quale non ha *nessuna* capacità offensiva.

Il suggerimento al legislatore non può che essere nel futuro di eliminare radicalmente il reato di blocco stradale e ferroviario, poiché si tratta di una disposizione appartenente al c.d. diritto penale di mera disobbedienza; in totale in contraddizione rispetto ai *principi di offensività, colpevolezza e proporzionalità* garantiti dagli artt. 25 e 27 della Costituzione. Né pare esserci spazio qui per una interpretazione costituzionalmente adeguatrice delle disposizioni.

Unica nota positiva è che, in realtà, alcune vicende storiche sussumibili sotto il nuovo delitto erano già penalmente rilevanti ai sensi dell'art. 340 c.p., *l'interruzione di pubblico servizio*. Reato quest'ultimo che, avendo nell'*incipit* della fattispecie legale una clausola di sussidiarietà indeterminata ("fuori dai casi preveduti da particolari disposizioni di legge"), verrà ad essere assorbito dal reato di blocco stradale o ferroviario.

4. I delitti di rivolta in carcere e nelle strutture di trattenimento per i migranti.

Per quanto concerne le altre forme di "resistenza passiva" – i *delitti di rivolta in carcere* (art. 415-*bis* c.p.) e nelle *strutture di trattenimento per i migranti* (centri di permanenza per i rimpatri, i CPR; i punti di crisi, gli *hotspot*; e non le strutture di trattenimento dei richiedenti asilo) (art. 14, comma 7.1., t.u. imm.) – contemplano certamente la resistenza inattiva, ma non ruotano totalmente attorno a questo concetto come invece succede per il blocco stradale e ferroviario.

In particolare, i nuovi delitti di rivolta contengono molteplici sottofattispecie: non solo le figure imperniate su condotte violente o minacciose di "resistenza attiva", bensì appunto anche una di *mera resistenza passiva all'esecuzione degli ordini impar-*

titi. Seppure, va osservato che nel decreto-legge sicurezza 2025 – a differenza che nel disegno di legge “matrice” (approvato alla Camera il 18 settembre 2024, AC 1660) – il comportamento di resistenza passiva è collegato all’impedimento di atti dell’ufficio (o servizio) necessari per la gestione dell’ordine e della sicurezza.

Anche tali ultime ipotesi di resistenza passiva sono contrarie al diritto penale del “fatto commesso” garantito e imposto dall’art. 25, comma 2, Cost. Delitti di mera disubbidienza che violano i principi cardine del diritto penale: materialità, offensività e colpevolezza (artt. 25 e 27 Cost.).

In particolare, sembrerebbe prendersi in considerazione qui uno *status*: quello di persona sottoposta a restrizione nella sua libertà personale. Un pericoloso accostamento tra gli stranieri irregolari trattenuti presso un CPR (o un punto di crisi) e le persone detenute in carcere (sulla inidoneità dell’art. 14 t.u. imm. a definire in modo sufficientemente preciso quali siano i diritti delle persone trattenute nel periodo in cui sono private della libertà personale, che non soddisfa la riserva assoluta dell’art. 13, comma 2, Cost., cfr. in motivazione Corte cost. n. 96 del 2025).

Un trattamento penale più severo fondato su una qualità personale che deriva dal precedente compimento di atti del tutto estranei rispetto al fatto di reato contestato e non connesso alla condotta criminosa, introducendo una responsabilità penale c.d. d’autore, in violazione del principio di offensività (Corte cost, n. 116 del 2025, in tema di misure di prevenzione personale e guida senza patente).

Al riguardo, è noto che la giurisprudenza di legittimità non reputa configurabile il *delitto di resistenza a pubblico ufficiale* (art. 337 c.p.), quando la condotta si traduce in un mero atteggiamento di resistenza passiva (cfr. Cass., sez. VI, 13 gennaio 2015, n. 6069, *CED*, n. 262342 – 01; Cass., sez. VI, 6 novembre 2012, n. 10136/2013, *ivi*, n. 254764-01; Cass., sez. VI, 5 giugno 2008, n. 37352, *ivi*, n. 241187-01). E indicativamente, da ultimo, si è asserito che lo strattonare o il divincolarsi posti in essere da un soggetto onde impedire il proprio arresto integra il delitto *de quo*, ogni qualvolta quest’ultimo non si limiti *a una mera opposizione passiva* al compimento dell’atto del pubblico ufficiale, ma impieghi la forza per neutralizzarne l’azione e sottrarsi alla presa, nel tentativo di guadagnare la fuga (Cass., sez. I, 31 marzo 2022, n. 29614, *ivi*, n. 283376-01).

Anche in relazione alla causa di giustificazione dell’*uso legittimo delle armi* (art. 53 c.p.), la tradizionale opinione ritiene che una mera resistenza passiva non sia idonea a giustificare l’uso dell’arma da parte del pubblico ufficiale (cfr. Cass., sez. IV, 15 febbraio 1995, n. 2148).

Oltretutto, configura una violazione dei principi di proporzionalità della pena e di ragionevolezza *equiparare* le condotte violente e minacciose a quelle di mera resistenza passiva.

Anche qui parrebbe necessario abrogare tali nuove figure delittuose di resistenza passiva non in linea con i principi fondamentali della materia, e pertanto palesemente incostituzionali.

Un’ultima annotazione, sempre nei delitti di rivolta in carcere e nei centri di permanenza per migranti è prevista una *figura di reato aggravato dall’evento*: se dal “fatto di rivolta” scaturisce una lesione grave o gravissima o la morte “quale conseguenza non voluta”. Ancora una volta il legislatore ha impiegato questa anacronistica formulazione, che crea problemi di compatibilità con il principio di colpevolezza.

Non è chiaro se si tratta di un reato autonomo o di una circostanza aggravante, ma qui resta il fatto che il criterio di imputazione non può che essere la colpa "in concreto", come hanno stabilito sia le Sezioni unite penali "Ronci" del 2009 sia in precedenza la Corte costituzionale nella sua giurisprudenza (cfr. sentenze, nn. 364/1988, 1085/1988, 322/2007).

Dunque, anche riguardo a tali sottofattispecie aggravate dall'evento, si tratta di ipotesi che non possono avere cittadinanza nel nostro attuale ordinamento, e devono essere eliminate perché incostituzionali. D'altronde abbiamo già nel sistema l'art. 586 c.p., una figura generale di «morte o lesioni come conseguenza di altro delitto»: *ça suffit*!

5. Qualche riflessione finale.

In conclusione, riprendo quanto osservato all'inizio. Mi preoccupa, sotto il profilo politico-criminale, l'uso indiscriminato del diritto penale per finalità che non gli sono proprie: scoraggiare il dissenso pubblico, introdurre norme incriminatrici di mera disubbidienza, rendere più energica l'azione governativa e degli apparati di polizia.

Ma poi, dopo che il decreto-legge in materia di sicurezza è stato convertito in legge senza emendamenti (n. 80/2025), nel solco di un approccio democratico e costituzionale, sembra logico cercare di contribuire al dibattito per comprendere meglio ciò che non si allinea ai principi penali costituzionali e sovranazionali.

E se la disciplina del decreto sicurezza si pone oltre i limiti che la nostra Carta (e il diritto sovranazionale) consente alla discrezionalità del legislatore nelle scelte penali, occorre richiedere a gran voce l'invalidazione di tale diritto. Mentre, se non varca tali limiti, impiegare i principi costituzionali e sovranazionali in via interpretativa per adeguare il più possibile alla nostra Legge fondamentale (e al diritto sovranazionale) le nuove norme e renderle pienamente legittime, nonché conformare tale diritto alle categorie e alle strutture del sistema giuridico di riferimento.

Non vorrei, tuttavia, che l'attenzione della nostra dottrina e dell'opinione pubblica in tema di "panpenalismo" e di non-rispetto del principio di *extrema ratio* si concentrasse solo sul decreto sicurezza del 2025.

A me sembra, che insieme a tali fenomeni patologici, vada affrontato con decisione e rigore ciò che logicamente appare essere addirittura qui un *prius*: il principio costituzionale della riserva di legge che rimette al "soggetto-Parlamento" – il quale incarna la rappresentanza politica della Nazione – le scelte di politica-criminale. Al Parlamento, quale istituzione rappresentativa dell'intera comunità nazionale, è affidato dunque il compito di valutare se apprestare una sanzione penale e in quale misura per proteggere determinati beni (così da ultimo Corte cost., n. 95 del 2025).

In quest'ottica, una supplenza normativa come vera e propria fonte di diritto penale nel sistema sanzionatorio (e non solo) – anche quando abbia esiti *in bonam partem* – non può essere assegnata, come sta accadendo negli ultimi anni, all'opera (seppur meritoria) della Corte costituzionale, organo i cui componenti non sono eletti dai cittadini e in cui non risiede la sovranità popolare.

Come è noto, la Corte costituzionale sta compiendo una massiccia opera di rivisitazione del sistema sanzionatorio penale, soprattutto tramite l'introduzione delle cosiddette "valvole di sicurezza" per consentire al giudice di moderare la pena. Quest'ultime, per i "fatti di lieve entità", limitano la pena fino a un terzo quando il

minimo edittale è ritenuto troppo elevato. E ciò anche al di fuori di grandezze edittali di riferimento, così da adeguare la sanzione penale alla gravità del comportamento concreto del reo, facendo leva sul principio di rieducazione della pena, di proporzione e di individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

Si pensi, ad esempio, alle pronunce della Corte cost. n. 120 del 2023, in tema di estorsione (art. 629 c.p.); Corte cost., n. 83 del 2025, in materia di deformazione della persona mediante lesione personale al viso (art. 583-*quinquies* c.p.); Corte cost., n. 86 del 2024 in tema di rapina impropria (art. 628, comma 2, c.p.); Corte cost. n. 244 del 2022, avente ad oggetto il reato militare di sabotaggio (art. 167, comma 1, c.p.m.p.; Corte cost. n. 202 del 2025 in tema di violenza sessuale di gruppo). Ecco per tutte queste ipotesi, il Giudice delle leggi ha immesso nell’ordinamento penale una “valvola di sicurezza” al fine di permettere al giudice, nei casi lieve entità, di temperare la sanzione irrogata.

Senza dimenticare che per il delitto forse più presente nella prassi giudiziaria: il traffico illecito di stupefacenti “pesanti”, *ex* art. 73, comma 1, t.u. stup., la pena minima edittale della reclusione nella misura di 6 anni (anziché 8) è stata direttamente stabilita dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 40 del 2019, al di fuori di qualsiasi “rima obbligata”.

Brevi note alle Sezioni unite n. 13783 del 2025 in tema di confisca: sulla solidarietà passiva dei correi e sulla natura della confisca di denaro

Giulia Soldini*

Sommario: 1. La vicenda giudiziaria. – **2**. La questione. – **3**. La decisione. – **3.1.** Questioni preliminari all'esame del quesito di diritto rimesso alle Sezioni unite. **– 4**. La questione di diritto portata all'attenzione delle Sezioni unite. **– 5.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

La confisca di somme di denaro 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.
In caso di concorso di persone nel reato, esclusa ogni forma di solidarietà passiva, la confisca è disposta nei confronti del singolo concorrente limitatamente a quanto dal medesimo concretamente conseguito. Il relativo accertamento è oggetto di prova nel contraddittorio fra le parti. Solo in caso di mancata individuazione della quota di arricchimento del singolo concorrente, soccorre il criterio della ripartizione in parti uguali.
I medesimi principi operano in caso di sequestro finalizzato alla confisca, per il quale l'obbligo motivazionale del giudice va modulato in relazione allo sviluppo della fase procedimentale e agli elementi acquisiti.

1. La vicenda giudiziaria.

Con sentenza del 26 marzo 2023 il giudice per le indagini preliminari ha applicato, a norma dell'art. 444 cod. proc. pen., la pena richiesta dalle parti nei confronti di G.M. e M.F. in ordine ai reati di associazione per delinquere finalizzata alla corruzione tra privati e a più fatti di corruzione.

A M.F., responsabile dell'area tecnica della società SR s.p.a. e incaricato delle procedure di affidamento dei contratti di lavoro edili da parte della stessa impresa e di quelle appartenenti al medesimo gruppo societario, si contesta, in concorso con G.M. e con altri coimputati, di avere stipulato più patti corruttivi con alcune imprese; a fronte della dazione di un determinato compenso, M.F. avrebbe compiuto una serie di atti contrari ai suoi doveri di ufficio e agli obblighi assunti nei confronti del suo datore di lavoro, orientando in modo inquinato le suddette procedure al fine di consentire

* G.I.P./G.U.P. presso il Tribunale di Arezzo.

l'aggiudicazione delle commesse alle imprese corruttrici, disponibili a riconoscergli e a corrispondergli una "percentuale" dell'importo dell'appalto.

Il compenso ai corrotti sarebbe stato corrisposto attraverso la "retrocessione" di una parte dei profitti derivanti dagli appalti aggiudicati in modo inquinato per effetto dell'accordo corruttivo: in una prima fase, la retrocessione sarebbe avvenuta, a fronte della emissione di fatture, attraverso il versamento di somme di denaro su un conto corrente intestato alla società "Al. s.r.l.", amministrata da G.M., e, successivamente al luglio 2019, attraverso la società "2K s.r.l.", sostanzialmente riconducibile allo stesso M.F.

Il giudice ha disposto, ai sensi dell'art. 2641 cod. civ., nei confronti di M.F. la confisca diretta del denaro, costituente il profitto derivante dai soli fatti corruttivi, per l'ammontare complessivo di 350.844,87 euro, ovvero, in subordine, la confisca per un valore corrispondente al profitto, e nei confronti di G.M. la confisca per equivalente per il complessivo importo di 226.956,99 euro.

La confisca per equivalente nei confronti di G.M. è stata disposta in applicazione del c.d. principio solidaristico, non essendo stata raggiunta né la prova del diretto conseguimento del profitto - anche solo in parte - dallo stesso G.M. e neppure che il profitto sia stato in concreto ripartito tra i correi.

Secondo il giudice per le indagini preliminari:

- se il profitto del reato è costituito da denaro, la relativa confisca ha sempre natura diretta; - la confisca diretta presuppone sempre un effettivo incremento patrimoniale del reo, in ragione dell'acquisizione delle utilità derivanti dal reato;

- in caso di pluralità di concorrenti nel reato, la confisca diretta può essere disposta nei confronti di ciascuno di essi nella misura del profitto da ognuno effettivamente conseguito, solo nel caso in cui ciò emerga con chiarezza dalle risultanze probatorie;

- qualora, invece, non sia possibile stabilire con certezza le quote di profitto effettivamente conseguite dai singoli concorrenti, la confisca per equivalente può essere disposta indifferentemente nei confronti di ognuno dei concorrenti, anche per l'intero ammontare del vantaggio complessivamente accertato.

In relazione alla fattispecie concreta, ha aggiunto in punto di fatto il giudice che:

- secondo M.F. il profitto ricavato dai singoli episodi corruttivi sarebbe pervenuto interamente nella sua disponibilità e sarebbe stato dallo stesso poi suddiviso con gli altri compartecipi - tra cui G.M. - secondo gli accordi di spartizione conclusi;

- G.M. e gli altri correi avrebbero invece negato di aver ricevuto alcunché, se non alcune migliaia di euro per rimborsi di spese;

- i file *excel* rinvenuti nella disponibilità di M.F. dimostrerebbero solo l'esistenza degli accordi spartitori, ma non anche il loro adempimento e, quindi, la suddivisione concreta delle somme conseguite;

- al fine di stabilire se ed in che misura il "profitto" sia stato distribuito, non si dovrebbe avere riguardo alle cifre descritte nei relativi capi d'imputazione, derivanti dalle dichiarazioni degli imputati, ma sarebbe invece necessario fare riferimento ai fatti effettivamente accertati.

G.M., con un unico motivo di ricorso, ha dedotto la contraddittorietà e la manifesta illogicità della motivazione della sentenza impugnata nella parte in cui si è escluso che siano state accertate le somme da lui in concreto conseguite, quale parte dei complessivi profitti derivanti dai reati commessi in concorso con gli altri imputati.

La motivazione, in particolare, sarebbe contraddittoria per avere lo stesso Giudice, da una parte, affermato che le risultanze probatorie avrebbero permesso di «delineare in modo sufficientemente preciso il quadro criminale e la fattispecie associativa» e di determinare il complessivo importo del profitto, ma, dall'altra, svilito tale dato di presupposizione al fine della quantificazione della quota parte di profitto attribuibile a ciascun concorrente.

Si evidenzia come proprio la quantificazione della porzione di profitto incamerato da F. avrebbe dovuto consentire al giudice di determinare, per sottrazione, la parte di profitto ricavata dai correi.

La sentenza sarebbe inoltre viziata per avere il Tribunale affermato che non vi sarebbe prova dei trasferimenti di denaro da M.F. a G.M., atteso che, invece, nei rapporti tra costoro, sarebbe stato accertato come, almeno per un determinato periodo di tempo, sarebbe stato quest'ultimo a versare denaro al primo e non viceversa: dall'agosto 2018 a luglio 2019, infatti, il corrispettivo al corrotto sarebbe stato versato sul conto bancario della "Al. s.r.l.", riconducibile, come detto, allo stesso G.M. e da quest'ultimo poi prelevato e riversato in contanti a M.F. (e al di lui socio, Z.); solo successivamente, tali trasferimenti di denaro sarebbero avvenuti direttamente attraverso movimenti bancari dal conto della "Al." a quello della "2K s.r.l.s.", gestita di fatto direttamente da M.F. Dunque, si argomenta, sarebbe stato sufficiente verificare l'ammontare di tali movimenti bancari e dei documenti contabili sottostanti, per ricavarne, per sottrazione dal profitto di M.F., l'esatto importo di profitto trattenuto da G.M., e, quindi, la minor somma a lui confiscabile; non diversamente, sarebbe stato possibile procedere alla quantificazione dell'ammontare del profitto conseguito dai singoli concorrenti ove si fossero tenute in considerazione anche le ulteriori emergenze investigative, ovvero le dichiarazioni degli imputati, le conversazioni intercettate, le informative di polizia sugli accertamenti bancari, i file excel di M.F.

Sotto ulteriore profilo, si aggiunge, la sentenza sarebbe viziata per non avere il Tribunale fatto riferimento ai fatti così come descritti nei capi d'imputazione; in sede di "patteggiamento", il giudice non avrebbe il potere di operare una selezione del materiale probatorio fino a giungere ad una modifica di fatto degli addebiti.

Il ricorso proposto da M.F., articolato in due motivi, deduce violazione di legge e vizi della motivazione.

Il primo motivo attiene alla ritenuta dimostrazione del conseguimento dell'intero profitto dei reati da parte del ricorrente e, quindi, dell'avvenuto accrescimento del suo patrimonio, con la conseguente possibilità di disporre nei suoi confronti la confisca diretta per il relativo importo.

La sentenza impugnata avrebbe erroneamente ricavato tale dato solo dalle dichiarazioni dell'imputato, che, in realtà, non sarebbero dimostrative, atteso che, invece, vi sarebbe la prova, da un lato, che sul conto della società "2K" dello stesso M.F. sarebbero pervenute solo parte delle somme transitate sul conto della società "Al." di G.M., e, dall'altra, del versamento per contanti di altre somme direttamente agli altri imputati.

Sarebbe stato sufficiente, si aggiunge, esaminare i capi d'imputazione, per ricavare l'esistenza e l'ammontare delle ripartizioni tra gli imputati, escludendosi, quindi, l'ipotesi di un accrescimento patrimoniale diretto solo per il ricorrente.

Non diversamente, il giudice, in modo illogico, avrebbe ritenuto di potersi discostare dai fatti per come contestati nelle imputazioni, sostenendo che queste si limite-

rebbero solo a fare riferimento alla esistenza di accordi di spartizione tra gli imputati, ma non anche all'effettiva distribuzione delle somme conseguite.

Dunque, si evidenzia, la Pubblica accusa non avrebbe dimostrato l'effettivo conseguimento delle somme derivanti dai reati da parte del solo M.F. e ciò non consentirebbe di disporre la confisca diretta del denaro solo nei riguardi di questi.

Con il secondo motivo si contesta l'applicabilità del principio solidaristico con riferimento alla confisca "per equivalente".

Richiamando alcune pronunce di questa Corte, della Corte costituzionale e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sostiene l'imputato che, anche quando non sia possibile individuare specificamente la quota di profitto attribuibile a ciascun concorrente nel reato, nondimeno la confisca per equivalente dovrebbe essere applicata nei confronti di ognuno di essi nel rispetto dei canoni della solidarietà interna e, dunque, in misura proporzionale al grado di responsabilità del singolo concorrente e, qualora questo non sia determinabile, in parti uguali.

Diversamente, si aggiunge, si finirebbe per violare il principio di legalità, sotto il profilo del divieto di responsabilità per fatto altrui, e il principio di proporzionalità delle sanzioni.

La confisca, anche se disposta per equivalente, non potrebbe dunque superare l'entità del complessivo profitto in concreto conseguito, non essendo consentita nessuna duplicazione. Nel caso specifico, nei riguardi di G.M. sarebbero stati computati importi già addebitati anche a M.F. e all'altro concorrente Z.

La decisione impugnata sarebbe inoltre intrinsecamente contraddittoria nella parte in cui il giudice, pur affermando di non doversi necessariamente attenere ai capi d'imputazione, avrebbe tuttavia fatto riferimento a questi ultimi per determinare in modo differenziato per ciascun imputato la quota di profitto da confiscare; si aggiunge, infine, che sussisterebbe un contrasto tra motivazione e dispositivo della sentenza, affermandosi nella prima che la confisca dovrebbe essere disposta solo nei confronti di M.F., ma disponendosi poi, nel secondo, l'ablazione anche nei confronti dei coimputati.

2. La questione.

«*Se, in caso di pluralità di concorrenti nel reato, la confisca per equivalente del relativo profitto possa essere disposta per l'intero nei confronti di ciascuno di essi, indipendentemente da quanto da ognuno eventualmente percepito, oppure se ciò possa disporsi soltanto quando non sia possibile stabilire con certezza la porzione di profitto incamerata da ognuno; od ancora se, in quest'ultimo caso, la confisca debba comunque essere ripartita tra i concorrenti, in base al grado di responsabilità di ognuno oppure in parti eguali, secondo la disciplina civilistica delle obbligazioni solidali*».

3. La decisione.

Dopo aver dato atto dell'esistenza del contrasto giurisprudenziale, la Corte di cassazione ha precisato – sulla base delle imputazioni – il ruolo svolto in concreto dai ricorrenti.

M.F. assumeva la veste di soggetto corrotto, mentre G.M. assumeva una doppia veste: in alcuni casi, egli era il privato corruttore che, in ragione delle commesse a lui stesso illecitamente aggiudicate, avrebbe, in ragione del patto corruttivo, retrocesso parte del profitto – cioè del vantaggio conseguito – in favore di M.F. e di un altro correo. Nella maggior parte dei casi, invece, egli assumeva la veste di intermediario, di strumento per l'attuazione del patto corruttivo e di veicolo di "tangente", in quanto gestore del conto corrente sul quale, almeno in una prima fase, risultava essere stato versato il denaro da corrispondere ai corrotti.

Prima di rispondere direttamente al quesito posto dalla Sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione, le Sezioni Unite rappresentavano la necessità di far chiarezza su questioni "*quasi pregiudiziali*" alla menzionata questione di diritto.

3.1. Questioni preliminari all'esame del quesito di diritto rimesso alle Sezioni unite.

Nello specifico, la suprema Corte affermava:

con il *nomen iuris* di "confisca", si fa riferimento ad una pluralità di istituti aventi natura e finalità differenti ed accomunati solo dall'effetto del trasferimento coattivo di beni economici al patrimonio pubblico;

quando si fa riferimento alla confisca di denaro, occorre primariamente verificare se si tratti di prezzo o di profitto del reato;

il concetto di "prezzo" è ormai ben definito in giurisprudenza: trattasi del compenso dato o promesso ad una determinata persona, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito;

la nozione di "profitto del reato" non è oggetto di specifica definizione normativa e, anche in questo caso, la giurisprudenza della Corte di cassazione, anche a Sezioni unite, ne ha indicato il contenuto ed individuato una serie di principi. In particolare,

principio di causalità del reato rispetto al profitto: nel senso che il profitto deve essere sempre accompagnato dal requisito della "pertinenzialità", vale a dire deve derivare dal reato;

il collegamento profitto-reato deve esistere anche rispetto ai c.d. surrogati, vale a dire quei beni acquisiti attraverso l'immediato impiego \ trasformazione del profitto diretto del reato;

principi di causalità, di materialità e di attualità: per essere tipico, il profitto deve corrispondere ad un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario, ingenerato dal reato attraverso la creazione, la trasformazione o l'acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica;

non è profitto, qualsivoglia vantaggio futuro, eventuale, immateriale o non ancora materializzato in termini strettamente economico-patrimoniali;

proprio la molteplicità e diversità dei canali con i quali può circolare la ricchezza, ha portato ad ampliare la nozione di profitto, "*non soltanto ai beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza anche indiretta e mediata dell'attività criminosa*" (Cass. pen., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 2014, *Gubert*, CED 258846). Trattasi del concetto di "provento" che è più ampio di quello di profitto;

l'ampliamento di tale nozione risulta in linea sia con il diritto internazionale, sia con il diritto europeo;

Sulla scorta di tali principi la Corte di Cassazione affermava la necessità (inderogabile) della derivazione del profitto dal reato e della prova del nesso di pertinenza.

Infine rilevava come, nel caso concreto, si fosse in presenza di confisca del prezzo del reato di corruzione (e non del profitto, come invece sostenuto dal Tribunale): «è stato confiscato il prezzo corrisposto dai corruttori ai corrotti, cioè a M.F.; ad esclusione del fatto contestato al capo 13) - per il quale assume la veste formale di corruttore - a G.M. deve essere riconosciuto il ruolo di strumento tra corruttori e corrotti, un intermediario il cui ruolo fondante - almeno in un dato momento - è stato quello di veicolare «la tangente», cioè il prezzo della corruzione. È giuridicamente irrilevante che il prezzo sia stato corrisposto - verosimilmente utilizzando una parte del vantaggio, cioè del profitto, derivante dal reato di corruzione, cioè il vantaggio che i corruttori abbiano conseguito per effetto del reato di corruzione e, in particolare, dell›aggiudicazione inquinata degli appalti. È la dazione attuativa del patto corruttivo che è stata confiscata» (pagina 13 della sentenza);

strettamente connessa alla necessità che il profitto – anche se inteso in senso estivo - derivi dal reato, è la distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente;

è possibile procedere a confisca diretta del prezzo o del profitto del reato, sempre che questi esistano e siano stati conseguiti dal reo (principi di materialità e di pertinenzialità).

Il giudice deve, quindi, identificare il bene costituente prodotto \ profitto e, dopo, verificare attentamente la connessione dello stesso al reato per cui si procede;

i principi di materialità e di pertinenzialità operano anche per la confisca per equivalente, ma l'accertamento del Giudice è parzialmente diverso: a) dapprima, sarà necessario identificare quanto confiscabile; b) seguirà l'accertamento della indisponibilità attuale del bene da confiscare; c) infine, l'apprensione del *tantundem* in una sede economica diversa.

Senza un effettivo conseguimento del prezzo o del profitto, non si può confiscare né in via diretta e nemmeno per equivalente.

La confisca diretta è misura di sicurezza che si fonda su una valutazione di pericolosità della cosa – intesa come attitudine della cosa a cagionare un danno, vale a dire possibilità che, se lasciata nella libera disponibilità del reo, questa finisca per incentivare la commissione di ulteriori illeciti.

Trattasi, dunque, di pericolosità di relazione, tra la persona e la cosa, quindi tra il reo e l'uso che ne potrebbe fare: per tale ragione, così concepita dal legislatore, la confisca diretta non ha natura punitiva.

Anche qualora, il vincolo colpisca il provento del delitto (si ricorda, nozione più ampia di quella di profitto), deve sempre essere fornita la prova della derivazione diretta dal reato o degli "*elementi che riconducano con certezza il bene all'attività criminosa posta in essere, mediante l'individuazione di tutti i passaggi e le trasformazioni del profitto originario*" (Cassazione S,U, n. 20208 del 25.10.2007, dep. 2008, Miragliotta).

Quindi:

la provenienza indiretta concerne il bene da confiscare;

il vantaggio patrimoniale deve, invece, essere sempre causalmente ricollegabile al reato.

A queste condizioni, la confisca è sempre diretta, anche se – osservano le Sezioni Unite – il progressivo ampliamento del concetto di profitto – giunto sino a quello di provento – di fatto, toglie rilievo al requisito della pericolosità intrinseca della cosa

oggetto di misura ablativa; ci si allontana, all'evidenza, dall'idea che il fondamento dell'ablazione sia costituito dalla pericolosità della cosa.

Ciò perché risulta prevalente l'esigenza di riportare la sfera economica-patrimoniale del reo nella stessa situazione che avrebbe avuto se il reato non fosse stato commesso.

La confisca per equivalente è un surrogato di quella diretta poiché colpisce un valore patrimoniale pari al bene integrante prezzo o profitto del reato (e che sarebbe stato confiscato se fosse stato rinvenuto).

In linea con i criteri forniti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la confisca per equivalente si è vista riconoscere – dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità – natura "*eminentemente sanzionatoria*" sul presupposto: a) della mancanza di pericolosità dei beni colpiti dal vincolo; b) dell'assenza di rapporto di pertinenzialità tra il reato e detti beni – andandosi a collocare nel perimetro dell'art. 25 Cost., in punto di divieto di retroattività.

Nondimeno, la giurisprudenza di legittimità – da ultimo, sentenza "Lucci" – non ha mancato di evidenziare come, accanto alla natura eminentemente sanzionatoria – si affianchi una funzione ripristinatoria e di riallineamento della situazione economica (modificata in meglio, in seguito alla commissione del reato).

Proprio la natura peculiare – che sembrerebbe collocarla sul piano delle pene – e la funzione – che invece l'avvicinerebbe più ad una misura di sicurezza – attribuiscono a tale ablazione un carattere poliedrico.

Ne deriva che il valore del bene (che avrebbe dovuto essere confiscato in via diretta, ma non è stato rinvenuto nella sfera patrimoniale del reo) costituisce il parametro di quanto si può confiscare.

Sulla scorta di quanto ricostruito, precisano le Sezioni Unite, si è arrivati ad affermazioni nette per le quali, se la confisca diretta è sempre misura di sicurezza e, come tale, sottratta alle garanzie della legalità penale, invece la confisca per equivalente è sempre una sanzione, una pena, quindi sottoposta alle fondamentali garanzie derivanti dal principio di legalità.

Tali affermazioni sono da mettere in discussione per due ragioni:

spesso l'impossibilità di rinvenire il bene da sottoporre a confisca diretta dipende da fattori del tutto accidentali. Ne consegue che l'applicazione dello statuto della legalità penale e delle garanzie fondamentali (connesso alla confisca per equivalente) sarebbe rimesso a circostanze parimenti casuali;

l'asserita natura eminentemente sanzionatoria si fonda su una sovrapposizione concettuale errata: quella tra carattere afflittivo e carattere punitivo. Quest'ultimo è da intendersi come sofferenza per la violazione di un precetto, per la quale è necessaria la comprensione da parte del reo, nell'ottica di una finalità rieducativa. Il rapporto tra afflittivo e punitivo è di genere a specie: se è vero che ogni pena è afflittiva, non è vero che ogni misura afflittiva è una punizione.

La misura afflittiva può tendere alla realizzazione di scopi differenti rispetto alla pena.

Come conseguenza di tale impostazione (lett. b) se ne deduce che la confisca per equivalente ha certamente carattere afflittivo, poiché incide negativamente sulla sfera giuridica di chi la subisce, limitando la sua proprietà personale, ma non per questo è necessariamente punitiva: specie se, come unica conseguenza, determina la mera

eliminazione dal patrimonio del reo di un bene che non sarebbe stato acquisito se non fosse stato commesso il reato.

La bonifica del patrimonio dall'arricchimento illecito vuole ribadire che «*il crimine non paga*».

Tale conclusione era già, in parte, stata raggiunta dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 112 del 2019, allorquando precisava che le sanzioni amministrative para –penali (quale la confisca del prodotto delle operazioni finanziarie illecite e non solo del profitto) fossero soggette al principio di irretroattività e proporzionalità, ma non anche a quello di rieducazione (perché strettamente connesso alla logica della pena privativa, o limitativa, della libertà personale).

Il Giudice delle leggi, inoltre, distingueva in base all'oggetto della confisca: nel caso di profitto, il vincolo ablativo svolge una mera funzione ripristinatoria – dunque, di riequilibrio; in caso di prodotto o di "beni utilizzati", l'effetto sulla situazione patrimoniale del reo è peggiorativo – quindi, il vincolo assume carattere peggiorativo. E ciò a prescindere che si tratti di confisca diretta o per equivalente.

Concludeva: «*le confische assumono una connotazione punitiva solo quando infliggono all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito*».

In sostanza, indipendente dalla specie della confisca, la funzione è punitiva quando essa sottrae al destinatario più di quanto egli abbia guadagnato mediante il reato.

Alla luce di quanto sopra, la Corte di Cassazione precisava che la confisca per equivalente, se da un lato ha natura sanzionatoria attesa l'evaporazione del nesso di pertinenzialità tra la cosa e il reato, dall'altro ha funzione recuperatoria, poiché si colpisce il valore del provento.

Ne deriva che, dando rilevanza alla funzione recuperatoria \ ripristinatoria, si supera la rottura del nesso di pertinenzialità tra il bene ed il reato, dal momento che il vincolo non incide sulla identità "quantitativa" del rapporto tra reato e reo.

La natura della confisca per equivalente deriva e dipende da quella diretta a cui accede: se la confisca diretta ha natura "recuperatoria" (confisca del profitto), la confisca per equivalente sarà recuperatoria; se la confisca diretta ha carattere punitivo – perché, ad esempio, si quantifica per eccesso il profitto – la confisca per equivalente sarà punitiva.

Natura della confisca avente ad oggetto somme di denaro: proprio la fungibilità del denaro e sua funzione di mezzo di pagamento, ha – nel tempo – indotto la giurisprudenza di legittimità ad attribuire rilievo al valore nominale dell'importo da confiscare, non ritenendo necessaria la prova che proprio quel denaro provenisse dallo specifico reato contestato. Principio poi definitivamente affermato con S.U., sentenza n. 31617 del 26.6.20215 ("Lucci") che precisava come la confisca di somme di denaro dovesse ritenersi sempre diretta e non necessitasse della prova della derivazione diretta. Ciò perché esso si confonde automaticamente nel patrimonio e perde di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica.

Tale automatismo non opera – secondo la giurisprudenza successiva – allorquando: a) sia provata la derivazione lecita del denaro; b) sia provata la consumazione, l'occultamento o la dispersione della somma in un momento antecedente all'esecuzione del sequestro preventivo; c) il denaro fosse già nella disponibilità del reo prima

ancora della commissione del reato (essendo il profitto riconducibile non ad un illecito guadagno, ma ad un mancato decremento, da un mancato esborso).

La Sezioni Unite, con la sentenza qui in commento, criticano tale impostazione, precisando:

la fungibilità (da intendersi nel senso di mancanza di individualità specifica, passibile di sostituzione senza trasformazione in ragione della confusione) è una caratteristica della *res*. Nulla ha a che vedere con il legame tra il bene ed il reato;

la sentenza "Lucci" avrebbe creato un terzo genere di confisca: oltre a quella di proprietà (che impone l'accertamento del nesso di derivazione) e a quella di valore, vi sarebbe la confisca diretta di denaro, che non richiede la verifica del nesso pertinenziale. Oltretutto volendo applicare pedissequamente i principi affermati nella sentenza Lucci, si dovrebbe giungere alla conclusione opposta – vale a dire che la confisca del denaro è sempre per equivalente, in ragione della fungibilità e dell'indistinta confusione nel patrimonio del reo.

Sulla base di questa ricostruzione, la Suprema Corte indicava ipotesi di confisca di denaro da considerarsi sicuramente diretta:

se la somma confiscata è proprio quella derivata dal reato;

se l'utilità mediata e diretta sia stata acquisita dopo il reato mediante reimpiego del profitto diretto (ma occorre la prova dei singoli passaggi del denaro e\o della sua trasformazione);

se il denaro illecito è stato prelevato ed utilizzato per acquistare un bene diverso (ma anche qui occorre la prova. Ad esempio: transito immediato della somma, che è versata e prelevata in circostanze di tempo e di fatto dimostrative del fatto che si tratta della stessa somma).

La confisca del denaro non è invece diretta se ha ad oggetto somme sopravvenute o preesistenti rispetto al reato ovvero, comunque, a questo certamente non riconducibili; in particolare, la confisca di somme giacenti sul conto corrente non è diretta in tutti i casi in cui, attraverso il "tracciamento" degli incrementi patrimoniali in denaro, non sia provato che si tratti di denaro derivante da reato.

4. La questione di diritto portata all'attenzione delle Sezioni unite.

Nel ripercorrere i vari orientamenti, la Corte dava atto di quello prevalente e consistente nel riconoscere la possibilità di disporre la confisca per equivalente del profitto, nei confronti di ciascuno dei concorrenti per l'intero, indipendente da quanto effettivamente percepito.

Tale impostazione si fonda su tre argomenti: 1) la natura e funzione sanzionatoria della confisca di valore; 2) la fissità della responsabilità concorsuale giustificherebbe l'ablazione per ciascun concorrente dell'intero prezzo o profitto (in virtù della teoria monistica che ispira la disciplina del concorso di persone nel reato e che impone che ciascun concorrente ne risponda nella sua globalità a prescindere dal contributo fornito); 3) il riferimento alla solidarietà passiva dell'obbligazione.

Le Sezioni Unite criticano tutti e tre gli argomenti sopra prospettati.

Quanto al punto 1), proprio nelle questioni pregiudiziali, la Corte precisava come la natura della confisca per equivalente del profitto non fosse quella di pena pecuniaria, bensì di surrogato della confisca diretta.

Quanto al punto 2), l'ipotesi concorsuale consente di attrarre nella medesima cornice edittale astratta i singoli contributi concorsuali, ma non giustifica la fissità della risposta punitiva e, soprattutto, non consente a taluno dei correi di farsi carico della pena da infliggere all'altro compartecipe. Diversamente, si violerebbero i principi di colpevolezza e di uguaglianza.

Quanto al punto 3), non è chiara la ragione che lega il tema dell'obbligazione solidale civile con quello del concorso nel reato e con la confisca per equivalente. Tale impostazione si pone, infatti, in contrasto con il principio di proporzionalità.

Il principio di proporzionalità si snoda in quattro verifiche successive, relative: a) alla sussistenza di una finalità legittima della misura; b) all'idoneità della misura stessa a conseguire quella finalità; c) alla necessità della misura, intesa come inesistenza di misure egualmente idonee ma meno incidenti sui diritti fondamentali dell'interessato; d) alla sua proporzionalità in senso stretto, ossia al carattere non eccessivo della compressione del diritto fondamentale rispetto all'importanza dello scopo perseguito.

La proporzione attiene, dunque, al rapporto tra mezzi impiegati e scopo perseguito.

Ma ben può essere utilizzato per verificare il rapporto tra risposta sanzionatoria e gravità del fatto che ha dato origine alla sanzione – trovando il proprio fondamento negli artt. 3 e 27 Cost (in relazione alla finalità rieducativa della pena).

Quindi:

la confisca è misura sottoposta anch'essa al controllo di proporzionalità, a prescindere dalla sua formale "etichetta";

anche rispetto alla confisca si deve valutare se la compromissione del diritto di proprietà sia idonea, necessaria e proporzionata rispetto al fine prefissato;

se l'ablazione non è diretta ad un mero ripristino ma assume connotati punitivi, nel senso in precedenza esplicitato (Corte cost., sent. n. 112 del 2019), il controllo di proporzionalità assume una valenza retrospettiva, con particolare riguardo alla proporzione della sanzione complessivamente irrogata rispetto alla gravità del singolo fatto;

se l'ablazione è invece diretta al ripristino della situazione anteriore all'illecito, il controllo di proporzionalità ha una valenza prospettica ed è volto a verificare la congruità del mezzo - cioè della misura- rispetto al fine;

gli automatismi e le rigidità sanzionatorie possono essere elementi indicativi di sproporzione.

Proprio perché la funzione della confisca per equivalente del profitto derivante dal reato è di tipo ripristinatorio, il tema di una confisca senza arricchimento (quale quella disposta per l'intero indistintamente, magari su un concorrente che nulla o poco ha concretamente percepito), pone un tema di compatibilità con il principio di proporzionalità.

Nel caso di **confisca punitiva**, se la pena è misura della colpevolezza, allora anche il vincolo deve essere parametrato al contributo e al *quantum* di vantaggio in concreto conseguito. Diversamente sarebbe violato il principio di proporzionalità della pena (e, di conseguenza, quello di eguaglianza e di finalità rieducativa).

Nel caso di **confisca ripristinatoria**, l'accoglimento dell'impostazione tradizionale determinerebbe la violazione del principio di proporzionalità – inteso nel senso di rapporto tra mezzi e fine perseguito. Disporre il vincolo per l'intero su un concorrente che non ha incamerato – o non ha incamerato del tutto – il profitto, significa sacrificare il suo diritto di proprietà in maniera immediata ed eccessiva.

Il tema della confisca senza arricchimento e della quantificazione del prezzo o del profitto conseguito da ciascun compartecipe nel reato, diventa allora un tema del processo, e, in particolare, un tema oggetto di prova. Si tratta di un accertamento che deve essere compiuto caso per caso, in concreto. Una quantificazione del prezzo o del profitto che viene provata non in via presuntiva, ma sulla base di un accertamento probatorio concreto, in ragione degli atti del processo.

Solo nel caso in cui sia impossibile provare l'esatto ammontare del profitto percepito singolarmente dai correi, allora si giustifica l'applicazione del riparto in parti uguali. Ma se, e solo se, sia provata e certa la realizzazione di un profitto illecito come conseguenza del reato per i quali vi è imputazione con art. 110 c.p.

I principi sopra affermati devono trovare applicazione anche in abito di misure cautelari., in ragione della loro natura strumentale e anticipatoria rispetto al provvedimento di merito.

5. Considerazioni conclusive.

La sentenza resa dalle Sezioni unite oggetto del presente commento ha indiscutibilmente il merito di aver fissato, sulla base dei principi fondamentali che regolano la materia, i criteri guida per l'operatore giuridico, in un settore estremamente complesso e dotato di normativa (per così dire) lacunosa.

Il monito delle Sezioni unite, in linea con la giurisprudenza internazionale, è chiaro: non fermarsi all'etichetta. Il criterio che deve guidare l'interprete è principalmente quello della finalità perseguita con il vincolo.

In generale, la confisca diretta – obbligatoria o facoltativa - ha natura "preventiva", vale a dire, è volta a neutralizzare il rischio che la disponibilità della *res* porti il reo a commettere ulteriori reati. Quindi si è in presenza di una misura di sicurezza;

Tuttavia, sia alla confisca diretta che a quella per equivalente possono essere riconosciute anche finalità ulteriori:

se la finalità è di tipo "ripristinatorio" – cioè, è volta ad eliminare il vantaggio patrimoniale ottenuto con l'illecito (vantaggio che altrimenti il reo non avrebbe ottenuto) – allora si è in presenza di una misura "afflittiva", ma non anche punitiva. In quanto tale, troveranno applicazione il principio di irretroattività e quello di proporzionalità – quest'ultimo inteso come relazione tra mezzo e fine;

se la finalità è di tipo "punitivo" – ossia sottrae al reo più di quanto abbia ottenuto con la commissione del reato – allora si è in presenza di una pena patrimoniale soggetta ai principi di irretroattività, proporzionalità (inteso come relazione tra risposta sanzionatoria e gravità del fatto), colpevolezza e finalità rieducativa.

Ad ogni modo, in ciascuna delle tre ipotesi, resta ferma l'applicazione del principio di legalità e, di conseguenza, di prevedibilità.

L'affermazione non è banale, poiché sarebbe auspicabile che le differenti ipotesi di confisca fossero puntualmente previste, non solo in relazione alle fattispecie di reato, ma anche in relazione alla tipologia di sentenza con le quali si applicano: se, infatti, è pacifico che per sentenza di condanna si intenda tanto quella resa all'esito del dibattimento, quanto quella resa in sede di giudizio abbreviato, non altrettanto pacifica è la natura della sentenza di patteggiamento.

Tornando all'argomentazione relativa alla necessità di stabilirne la finalità, in caso di confisca per equivalente, un aiuto può essere dato dall'oggetto che viene colpito dal vincolo.

In caso di profitto – o di provento, secondo la declinazione ampia offerta dalla giurisprudenza – è altamente probabile che la funzione sia ripristinatoria.

In caso di prodotto o di beni che servirono a commettere il reato, è altamente probabile che la finalità sia punitiva.

Il punto è verificare se la limitazione del diritto di proprietà in capo al reo sia superiore o meno a quanto ottenuto con la commissione del reato (da ultimo, Corte Costituzionale sentenza n. 7/2025).

Altra conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite: la confisca per equivalente è meramente una modalità di apprensione del bene, alternativa a quella diretta.

Quindi non muta la finalità: se la confisca diretta ha funzione ripristinatoria, lo stesso sarà per quella equivalente che ne consegue; se la finalità della confisca diretta ha funzione punitiva, lo stesso sarà per la conseguente equivalente.

In sostanza viene affermato il principio di accessorietà della funzione del vincolo per equivalente a quello diretto.

Ciò che emerge con evidenza dalla lettura della sentenza è che, ad essere centrale, è la funzione svolta dal vincolo.

Talmente rilevante che, proprio la funzione ripristinatoria riconosciuta nella confisca per equivalente del profitto consente di superare l'argomentazione dell'assenza del nesso di pertinenzialità, arrivando così a negarne la natura di pena.

Ciò perché se è vero che viene a mancare l'identità fisica del bene collegato al reato, è altrettanto vero che non viene meno l'identità quantitativa (parametrata al valore di quel bene).

Delle due l'una: o è una pena o è una misura di sicurezza, posto che l'introduzione nell'ordinamento di un terzo tipo di vincolo ablatorio non può di certo avvenire tramite giurisprudenza.

E, in questa pronuncia, la Suprema Corte sembra affermare che ogni qualvolta non vi sia un'eccessiva compressione del diritto di proprietà del reo – eccessività non in senso assoluto, ma parametrata al vantaggio economico ottenuto con la commissione del delitto – allora si dovrebbe essere in presenza di una misura di sicurezza.

Infine, l'affermazione più dirompente: la confisca del denaro non è sempre diretta.

In sostanza, viene annullato quanto sostenuto con la sentenza *Lucci* (n. 31617 del 26 giugno 2015). Tale pronuncia precisava anche che è consentita la confisca diretta obbligatoria nel caso di sopravvenuta estinzione del reato per prescrizione, ma non anche quella per equivalente attesa la sua natura sanzionatoria.

Ma, stando a quanto precisato dalle odierne S.U., se i due vincoli partecipano della stessa natura (ad esempio, ripristinatoria), allora dovrebbe applicarsi anche il vincolo per equivalente, pure in presenza di una sentenza per prescrizione del reato.

Ciò che emerge in maniera chiara dalla pronuncia è l'innalzamento dell'onere probatorio.

Il nesso di pertinenzialità – sia esso diretto o indiretto, nel caso di provento – deve risultare chiaramente dagli atti di indagine e, prima ancora, deve essere provata l'esistenza – quindi l'effettiva realizzazione o l'avvenuto pagamento – del profitto o del prezzo.

Da ultimo, la definitiva rottura con il principio di solidarietà passiva delle obbligazioni.

Che sia a natura ripristinatoria o sanzionatoria, il vincolo deve sempre rispettare il principio di proporzionalità.

Se ha funzione punitiva, la confisca dovrà essere applicata in misura proporzionata al contributo dato da ciascun concorrente nella commissione del reato. In quanto "pena", essa stessa segue la misura della colpevolezza.

Se ha funzione ripristinatoria, la stessa dovrà essere applicata in proporzione al fine: ossia eliminare quanto concretamente ottenuto dal reo concorrente per effetto del reato.

Colpa medica: più tutele per i sanitari. "Non è uno scudo, solo buon senso"

Cristiano Cupelli* e Valentina Stella**

Valentina Stella a colloquio con Cristiano Cupelli sul disegno di legge di riforma della responsabilità penale in ambito sanitario appena approvato dal Consiglio dei Ministri.

Il Consiglio dei Ministri di giovedì 4 settembre ha approvato, su proposta del Ministro della salute, un disegno di legge recante "Delega al governo in materia di professioni sanitarie e disposizioni relative alla responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie". Nel complesso, il testo mira a un'ampia rimodulazione dell'attuale sistema delle professioni sanitarie, sia dal punto di vista formativo che da quello ordinistico; l'obiettivo è rafforzare l'attrattività del Servizio sanitario nazionale e garantire più elevati standard di qualità e sicurezza delle cure. In questa prospettiva, è stata inserita anche una modifica della responsabilità degli operatori sanitari; si tratta di una proposta che si iscrive in un percorso di riforma avviato da tempo e che rappresenta, come ha sottolineato più volte, tra gli altri, il Presidente della Federazione nazionale dei medici, un passaggio atteso, reso ancor più impellente dall'approssimarsi della scadenza delle disposizioni temporanee previste nel decreto milleproroghe (dicembre 2025).

Parliamo degli effetti e delle potenzialità virtuose di questa proposta di riforma con il prof. Cristiano Cupelli, ordinario di diritto penale presso l'Università di Roma Tor Vergata, esperto del tema e autore di molte pubblicazioni sull'argomento.

Partiamo dal testo: qual è il contenuto della riforma sul piano della responsabilità penale degli operatori sanitari?

"L'art. 7 del disegno di legge appena approvato, inserito nel Capo II "Disposizioni in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie", interviene sulla disciplina prevista nel codice penale in una duplice, sinergica prospettiva: da un lato, modificando l'art. 590-*sexies* – inserito dalla legge Gelli-Bianco nel 2017 e relativo alla responsabilità per colpa per i fatti di omicidio e lesioni personali colpose (artt. 589 e 590 c.p.) commessi nell'esercizio di attività sanitaria –, limitando la punibilità rispetto a tali ipotesi ai soli casi di colpa grave, purché siano state rispettate dal sanitario le linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge o le buone pratiche clinico assistenziali, sempre che le predette raccomandazioni o buone pratiche risultino adeguate alle specificità del caso concreto; dall'altro lato, inserendo nel codice penale un nuovo articolo (590-*septies*: "Colpa nell'attività sanitaria"), che indi-

* Professore Ordinario di Diritto Penale Università Roma Tor Vergata.
** Giornalista del Dubbio.

vidua specifici parametri sulla base dei quale il giudice procede all’accertamento della colpa e del suo grado (es. la scarsità delle risorse umane e materiali disponibili, le eventuali carenze organizzative, la complessità della patologia del paziente, la mancanza, limitatezza o contraddittorietà delle conoscenze scientifiche sulla patologia o sulla terapia, la presenza di situazioni di urgenza o emergenza, ecc.).

Quali sono i limiti dell’odierna disciplina della colpa medica che hanno spinto a un nuovo intervento?

“Sono molti e ampiamente noti i profili problematici dell’attuale statuto della responsabilità penale, nonostante il notevole «fermento normativo» cui abbiamo assistito negli ultimi anni, all’esito di una lunga fase di aera e propria «delega giurisprudenziale»: dalla legge Balduzzi del 2012 alla legge Gelli-Bianco del 2017, al decreto covid del 2021 e al milleproroghe del 2024 (prorogato a inizio 2025 sino alla fine dell’anno); senza considerare l’impatto della legge n. 219 del 2017 sulla non punibilità, in determinate ipotesi, del personale sanitario (art. 1, co. 6). Si tratta di un fermento che, evidentemente, è sintomatico di instabilità e insoddisfazione. I limiti principali sono tuttavia ascrivibili in particolare all’equivoco e inadeguato tenore letterale dell’art. 590-*sexies* c.p. (involuto e poco intelligibile) e potenziati dal successivo intervento, in senso ulteriormente restrittivo, delle Sezioni unite penali della Cassazione nella sentenza Mariotti del febbraio 2018. Il sostanziale fallimento dell’art. 590-*sexies* è peraltro attestato, in maniera inequivocabile, dalla sua sostanziale irrilevanza statistica, peraltro inevitabile a fronte del margine di non punibilità eccessivamente angusto (non punibilità solo per imperizia lieve nella fase esecutiva e nel rispetto di linee guida certificate). Proprio questi limiti, come è ben noto, hanno mosso il legislatore a introdurre dapprima, nella fase più acuta dell’emergenza covid, una normativa ad hoc per attenuarne le ricadute nei confronti degli operatori coinvolti nel contrasto alla pandemia (art. art. 3-*bis*, introdotto nella fase di conversione del d.l. n. 44 del 2021) e quindi, cessata la fase critica, nel corpo della l. 23 febbraio 2024, n. 18 (di conversione del d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, cd “decreto milleproroghe”), su input del Ministero della Salute, una nuova norma temporanea, che ha avuto (e continua ad avere) l’indubbio merito di temperare i gravosi limiti dell’art. 590-*sexies* c.p. Semplificando, l’assetto odierno vede la convivenza tra l’art. 590-*sexies* c.p. e l’art. 4 commi 8-*septies* e 8-*octies*, legge n. 18 del 2024 (c.d. decreto milleproroghe), la cui vigenza è stata ulteriormente prorogata al 31 dicembre 2025”.

La nuova versione dell’art. 590-*sexies* rappresenta un passo avanti per la tranquillità degli operatori sanitari?

“Indubbiamente sì, poiché da una parte insiste nella strada di un modello di responsabilità professionale circoscritta, in caso di rispetto di prassi virtuose, solo a condotte connotate da colpa grave; dall’altra, supera l’equivoco del riferimento alla sola imperizia come tipologia di colpa non punibile (basta su una artificiosa e ormai anacronistica distinzione tra matrici colpose). Ma non è tutto: dà rilevanza esplicita a una serie di fattori e di condizioni soggettive che accompagnano la quotidiana attività degli operatori sanitari e che inevitabilmente ne finiscono per condizionare la prestazione e la pretesa di conformità alle migliori regole cautelare. Ebbene, con la riforma il giudice sarà tenuto a prenderle in considerazione ai fini dell’accertamento della colpa e del suo grado, motivandone l’eventuale irrilevanza. Insomma, si è al co-

spetto di un passo avanti, che in qualche misura recupera tanto l'esperienza virtuosa della legge Balduzzi, integrandola e migliorandola, quanto talune positive acquisizioni giurisprudenziali (contenute principalmente nella sentenza Cantore del 2013 e solo in part. nella sentenza Mariotti del 2018), integrandole con la proficua esperienza delle norme temporanee della fase pandemica e del vigente decreto milleproroghe".

Può dunque ritenersi che nel caso in cui il Parlamento approvi il disegno di legge i medici potranno lavorare più serenamente?

"Se, come è auspicabile, il Parlamento darò il via libera alla riforma (magari con qualche limatura), si offrirà un importante contributo per rasserenare il clima in cui i medici quotidianamente sono chiamati a operare; un clima che oggi appare tutt'altro che semplice e pacifico, visto che – come da più parti denunciato – le difficoltà tecniche dell'attività sanitaria sono ulteriormente complicate dai disagi organizzativi e dalla conflittualità ingenerata dalla costante tendenza alla ricerca di un capro espiatorio per tutto ciò che non va come i pazienti o i loro familiari si aspettano che vada. Ebbene, una norma che in qualche misura circoscriva alle sole ipotesi più gravi la responsabilità colposa in ambito sanitario (senza alcuna depenalizzazione, ovviamente) può contribuire a restituire serenità al personale medico e dunque a consentire di lavorare meglio".

Quali sono le accuse dalle quali i medici devono oggi difendersi maggiormente?

"Le principali imputazioni avanzate nei confronti dei medici riguardano le fattispecie di omicidio colposo e lesioni colpose (non a caso espressamente richiamate all'art. 590-*sexies* c.p.); a queste ipotesi, di carattere generale, si aggiunge, nel peculiare e delicato settore della ginecologia, la diffusa contestazione della interruzione colposa di gravidanza (art. 593-*bis* c.p.), attualmente fuori dallo spettro applicativo della nuova (ma anche della vecchia) ipotesi di non punibilità. Rispetto a questa lacuna, si potrebbe rimediare in sede parlamentare, così superando le perplessità cui si espone il diverso trattamento riservato a un qualunque medico che, nell'esercizio della propria attività, cagioni la morte del paziente (che potrà avvalersi del più favorevole regime della responsabilità ai sensi dell'art. 590-*sexies*, con esclusione quindi della colpa lieve in caso del rispetto delle linee guida e delle buone prassi) rispetto a un ginecologo che cagioni colposamente un aborto, tenuto a soggiacere a una disciplina più gravosa nella quale, nonostante il rispetto di linee guida o buone prassi, rilevi anche la colpa lieve".

È opportuno parlare di 'scudo penale', con riferimento alla proposta di modifica?

"Ecco, credo che alcune delle principali riserve che hanno accompagnato il provvedimento scaturiscano da un equivoco di fondo, favorito proprio dal fuorviante riferimento all'espressione «scudo penale», che aleggia ormai indisturbato nel dibattito pubblico e nella proiezione mediatica: il messaggio che traspare da questo improprio richiamo terminologico è infatti che si cerchi, a livello politico, di introdurre un odioso privilegio a tutela della classe medica e a discapito dei malati. Ebbene, è vero esattamente il contrario: un medico più tranquillo è un professionista che lavora meglio e meglio tutela la salute dei suoi pazienti. Per questo, va salutato con favore un intervento – come quello messo in cantiere dal Governo – che contribuisca a disarticolare

la perversa ricerca, anche in sanità, di un colpevole a tutti i costi (sono i numeri che parlano: quasi 35 mila azioni intraprese negli ultimi anni per presunta malpractice, con circa 300 mila fascicoli che affollano i tribunali e il 97 per cento delle denunce in sede penale che finisce con archiviazione o proscioglimento) e che allontani non solo la gogna mediatica e il conseguente pregiudizio reputazionale, ma soprattutto il rischio che medici, scossi e spaventati, si attivino principalmente per la salvaguardia della loro incolumità, fisica (le aggressioni, nonostante gli ultimi provvedimenti, proseguono) e giudiziaria, attuando comportamenti tipici della medicina difensiva: esami diagnostici cautelativi di tipo preventivo, servizi aggiuntivi non necessari (diretti per lo più a dissuadere dalla possibilità di presentare denunce), astensione da interventi di cura verso pazienti ad alto rischio.

Il provvedimento inciderà anche sul profilo dell’iscrizione dei medici nel registro degli indagati?

“Su questo aspetto il provvedimento non avrà un’incidenza immediata, ma potrà comunque avere, per così dire, una proiezione indiretta, dal momento che il pubblico ministero, prima di iscrivere a carico di un medico la notizia di reato, dovrà necessariamente considerare, anche alla luce dei più stringenti canoni imposti dal riformato art. 335 c.p.p., i parametri inseriti nel nuovo art. 590-*septies* c.p. ai fini dell’accertamento della colpa medica e del suo grado (tra i quali, ad esempio, la scarsità delle risorse umane e materiali disponibili, le eventuali carenze organizzative nonché la complessità della patologia del paziente)”.

Quanto tempo ci vorrà perché possa davvero dirsi superata la medicina difensiva?

“Come detto, è questo l’obiettivo del provvedimento; una rapida approvazione parlamentare potrà dunque offrire un significativo contributo in tale direzione. Tuttavia, non si può pensare che possa bastare un testo legislativo, per quanto buono, a risolvere un problema, per così dire, strutturale dei nostri tempi: quel sentimento profondamente radicato nella società di oggi, nella quale il desiderio di giustizia si trasforma in sete di vendetta e la ricerca della verità diviene una formula vuota e stereotipata dietro la quale si cela la ricerca di un capro espiatorio da consegnare quanto prima alla dittatura del vittimismo; un’imperante tirannia, quest’ultima, che, abbondantemente enfatizzata dalla proiezione mediatica, pervade la quotidianità in nome dell’ancestrale e deresponsabilizzante canone per cui se qualcosa non è andata per il verso giusto è sempre colpa di qualcun altro, che va (quanto prima) individuato e (penalmente) sanzionato. E questo qualcun altro, nel mondo sanitario, viene ancora individuato nel medico”.

Osservatorio Corte Costituzionale

a cura di Ottavia Murro

PROCEDIBILITÀ A QUERELA DEGLI ATTI PERSECUTORI.

C. Cost., 24 luglio 2025 (ud. 9 giugno 2025) n. 123, G. Amoroso, Presidente; F. Viganò Redattore

La questione.

Il Tribunale ordinario di Verona, sezione penale, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 85, comma 2-*ter*, del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 (Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari), in riferimento all'art. 3 della Costituzione. Tale disposizione stabilisce che *"per i delitti previsti dagli articoli 609-bis, 612-bis e 612-ter del codice penale, commessi prima della data di entrata in vigore del presente decreto, si continua a procedere d'ufficio quando il fatto è connesso con un delitto divenuto perseguibile a querela della persona offesa in base alle disposizioni del presente decreto"*.

Il rimettente, chiamato a giudicare sulla responsabilità penale di un imputato accusato del delitto di cui agli artt. 612-*bis,* comma secondo, e 635, comma secondo, c.p. per aver ripetutamente minacciato e insultato la persona offesa, nonché averne danneggiato la macchina rompendone i tergicristalli, ha sollevato dubbi in ordine alla procedibilità del delitto di danneggiamento di cose esposte alla pubblica fede, ritenendo che l'art. 9 del d.lgs. n. 31 del 2024, che a sua volta si connette con l'art. 1, comma 1, lettera b), del medesimo decreto, incida sulla procedibilità dei delitti di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.) e diffusione illecita di immagini (art. 612-*ter* c.p.), commessi prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 31 del 2024, allorché siano connessi con un delitto di danneggiamento commesso su cose esposte alla pubblica fede.

A ben vedere, la procedibilità di tali reati viene mantenuta ferma anche nell'ipotesi in cui il delitto connesso, procedibile d'ufficio al momento della sua commissione, sia divenuto successivamente procedibile a querela per effetto della stessa "riforma Cartabia". Ciò vale anche nell'ipotesi in cui i tre delitti in questione siano connessi a un danneggiamento di cose esposte alla pubblica fede, il quale è divenuto procedibile a querela in base allo stesso d.lgs. n. 31 del 2024.

Tale regola - ad avviso del rimettente - si porrebbe in contrasto con l'art. 3 Cost. perché non solo derogherebbe senza alcuna giustificazione al principio della retroat-

* Ricercatore diritto processuale penale – Università Telematica Pegaso

tività della *lex mitior*, applicabile anche ai mutamenti favorevoli del regime di procedibilità del reato ma, altresì, creerebbe una irragionevole disparità di trattamento fra i casi in cui uno dei tre delitti menzionati dalla disposizione censurata sia connesso a un delitto divenuto procedibile a querela in base alla "riforma Cartabia" e quelli in cui uno dei tre delitti sia connesso al reato di danneggiamento di cose esposte a pubblica fede divenuto, invece, procedibile a querela soltanto in base al successivo "correttivo".

Le argomentazioni.

La Corte, in via preliminare, ha delineato il perimetro della questione sollevata dal Tribunale di Verona precisando che l'oggetto del giudizio di legittimità attiene non all'art. 85, comma 2-*ter* del d.lgs. n. 150 del 2022 isolatamente considerato, bensì al rapporto tra tale norma e la procedibilità del delitto di atti persecutori. Ed infatti, proprio in virtù della natura derogatoria della disposizione censurata rispetto alla ordinaria retroattività della *lex mitior*, il rimettente ha sollevato il contrasto con l'art. 3 Cost. La Consulta, esaminando l'ipotesi in cui un delitto originariamente procedibile d'ufficio divenga procedibile a querela in forza di una legge entrata in vigore successivamente al fatto, ha precisato che gli artt. 609-*septies*, quarto comma, numero 4), c.p. (in relazione alla violenza sessuale), 612- *bis*, quarto comma, c.p. (in relazione agli atti persecutori) e 612-*ter* c.p., quinto comma, c.p. sono delle fattispecie normative complesse, imperniate sulla connessione tra i delitti in questione e un altro delitto procedibile d'ufficio.

Tali disposizioni, derogatorie rispetto all'ordinario regime di procedibilità a querela dei delitti considerati, determinano che in presenza di connessione con un delitto procedibile d'ufficio, il loro regime di procedibilità venga anch'esso attratto a quello della procedibilità d'ufficio.

Tuttavia, il mutamento del regime di procedibilità del reato connesso per effetto di una legge sopravvenuta non può – a giudizio della Corte – non riverberarsi anche sul regime di procedibilità dei tre delitti in questione. In questa ipotesi, la legge sopravvenuta opera come *lex mitior* producendo effetti sia sul piano processuale, sia sostanziale.

Invero, il censurato art. 85, comma 2-*ter*, del d.lgs. n. 150 del 2022 ha carattere innovativo rispetto all'ordinario operare del principio della retroattività della legge penale più favorevole entrata in vigore dopo la commissione del fatto ed introduce una deroga rispetto alla normale operatività della regola sancita dall'art. 2, quarto comma, c.p. La Corte, nel riconoscere il contrasto della disposizione censurata con l'art. 3 Cost., si è soffermata sulla *ratio* del principio di retroattività che non è assoluto e può subire deroghe da parte del legislatore, purché esse superino un vaglio positivo di ragionevolezza, in quanto si rivelino proporzionate alle esigenze di tutela di controinteressi essi stessi dotati di rango costituzionale.

Nel caso in esame, la deroga operata dalla disciplina censurata al principio di retroattività della legge penale più favorevole non supera, nei limiti sottoposti dal rimettente allo scrutinio della Corte, tale vaglio positivo di ragionevolezza e viola, pertanto, l'art. 3 Cost. e, pertanto, l'art. 85, comma 2-*ter* del d.lgs. ter n. 150 del 2022, in quanto richiamato dall'art. 9 del d.lgs. n. 31 del 2024.

La norma, dunque, è incostituzionale nella parte in cui prevede che si continui a procedere d'ufficio per il delitto previsto dall'art. 612- *bis* c.p. connesso con il delitto

di cui all'art. 635, secondo comma, numero 1), c.p. commesso, prima della data di entrata in vigore del medesimo d.lgs. n. 31 del 2024, su cose esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede.

La Corte ha, inoltre, riconosciuto che il ripristino della regola generale della sopravvenuta procedibilità a querela dei fatti in risponde all'esigenza di assicurare alle persone offese la facoltà di proporre querela. Tuttavia, essendo ormai scaduti i termini stabiliti dalla legge per il delitto di danneggiamento commesso su cose esposte alla pubblica fede, è necessario ora individuare un nuovo termine per la presentazione della querela per il delitto previsto dall'art. 612- *bis*. Analoga considerazione attiene al nuovo *dies a quo* per l'acquisizione della querela da parte dell'autorità giudiziaria, nei casi di cui all'art. 85, comma 2, del medesimo decreto legislativo.

Sul punto, la Consulta ha ritenuto che in entrambi i casi, esso coincida con la data di pubblicazione della presente sentenza in Gazzetta Ufficiale poiché a partire da essa verrà meno l'efficacia della disposizione censurata e, con essa, la procedibilità d'ufficio dei fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 31 del 2024.

Soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 85, comma 2-*ter*, del decreto legislativo 10 ottobre 2022, ter n. 150 (Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari), in quanto richiamato dall'art. 9 del decreto legislativo 19 marzo 2024, n. 31 (Disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari), nella parte in cui prevede che si continui a procedere d'ufficio per il delitto previsto dall'art. 612- *bis* c.p. connesso con il delitto di cui all'art. 635, secondo comma, numero 1), c.p. commesso, prima della data di entrata in vigore del medesimo d.lgs. n. 31 del 2024, su cose esposte per necessità o per consuetudine o per destinazione alla pubblica fede e nella parte in cui non prevede che, relativamente al suddetto delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p., i termini previsti dall'art. 85, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 150 del 2022 decorrano dalla data della pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale.

DELITTO DI RAPINA: ILLEGITTIMO IL DIVIETO DI PREVALENZA DELL'ATTENUANTE DELLA LIEVE ENTITÀ DEL FATTO SULL'AGGRAVANTE DELLA RECIDIVA REITERATA

C. Cost., 21 luglio 2025 (ud. 23 giugno 2025) n. 117, G. Amoroso, Presidente; S. Petitti Redattore

La questione.

I Giudici dell'udienza preliminare dei Tribunali di Sassari e di Cagliari, nonché la Corte di cassazione, prima sezione penale, hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p. nella parte in cui stabilisce il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, introdotta con la sentenza n. 86 del 2024 della Corte costituzionale per il reato di rapina, sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.

In particolare, ad avviso dei rimettenti la disposizione censurata viola gli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, Cost., per la sproporzione della pena rispetto alla gravità del fatto e per la sua inidoneità alla rieducazione del condannato. Il GUP del Tribunale di Sassari e la Corte di cassazione denunciano, altresì, la violazione dell'art. 27, primo comma, Cost., dal momento che la disposizione censurata renderebbe impossibile l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Il GUP del Tribunale di Cagliari e la Corte di cassazione lamentano anche la violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., in quanto il divieto di prevalenza di cui all'art. 69, quarto comma, c.p., determinerebbe un automatismo che impedirebbe al giudice di proporzionare la pena all'entità del fatto.

In riferimento alla non manifesta infondatezza, tutte le ordinanze di rimessione – premettendo che i reati oggetto di contestazione nei relativi giudizi devono ritenersi di lieve entità - richiamano la giurisprudenza della Corte Costituzionale in ordine al divieto di prevalenza di alcune attenuanti sulla recidiva aggravata (art. 99, quarto comma, c.p.), previsto dal quarto comma dell'art. 69 c.p.

Le argomentazioni.

La Corte, investita della questione di legittimità costituzionale in ordine al divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità sulla circostanza aggravante della recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, c.p., ha ritenuto fondate le questioni di legittimità Costituzionale in riferimento agli artt. 3, primo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost.

Sul punto, la Corte - richiamando la propria giurisprudenza - ha riconosciuto che il giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee consente al giudice di valutare il fatto in tutta la sua ampiezza specificando che, sebbene si applichi il regime ordinario disciplinato dall'art. 69 c.p., sono costituzionalmente ammissibili delle deroghe subordinate a scelte discrezionali del legislatore, purchè non determinino un'alterazione degli equilibri costituzionalmente imposti sulla strutturazione della responsabilità penale.

Invero, sebbene il legislatore sia titolare del potere di scelta, la giurisprudenza di legittimità può effettuare un controllo per gli eventuali vizi di manifesta irragionevolezza o di violazione del principio di proporzionalità. In tal senso, si è rilevato che l'art. 69, quarto comma, c.p., è stato oggetto di numerose pronunce di illegittimità costituzionale parziale, le quali hanno colpito il divieto di prevalenza di varie circostanze attenuanti specificamente individuate, sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.

Nel merito, i rimettenti hanno posto a fondamento della propria questione il divieto di prevalenza sancito in relazione all'attenuante della lieve entità del fatto introdotta con la sentenza n. 86 del 2024 per il reato di rapina propria ed impropria. In particolare, con tale sentenza la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 628, secondo comma, c.p. per il delitto di rapina impropria (nonché, in via consequenziale, del primo comma dello stesso articolo per il reato di rapina propria) nella parte in cui non era previsto che la "*pena comminata* [fosse] *diminuita in misura non eccedente un terzo quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità*".

L'attenuante della lieve entità del fatto costituisce, per entrambe le forme di rapina, una "valvola di sicurezza" nell'ambito di una fattispecie che, oltre ad avere un minimo edittale particolarmente elevato, è applicabile a condotte connotate da differente disvalore atteso che l'art. 628 c.p. è applicabile anche a comportamenti occasionali di minimo impatto personale, volti a conseguire un lucro modesto e tali da recare alla vittima un pregiudizio esiguo.

Invece, l'art. 69, quarto comma, c.p. - nella misura in cui impedisce in modo assoluto al giudice di ritenere prevalente la diminuente della tenuità del fatto quando concorre con l'aggravante della recidiva reiterata - frustra gli effetti che l'attenuante mira a determinare e ne compromette la necessaria funzione di riequilibrio sanzionatorio, in violazione degli artt. 3, primo comma, e 27, terzo comma, Cost. Inoltre, a fronte di una fattispecie astratta idonea a ricomprendere condotte di differente disvalore, l'impossibilità per il giudice di ritenere prevalente l'attenuante si pone, altresì, in contrasto con il principio di individualizzazione della pena (art. 27, primo comma, Cost.), che richiede di tenere conto dell'effettiva entità e delle specifiche esigenze dei singoli casi, e il principio di finalità rieducativa della pena, che deve orientare sia le scelte del legislatore nella individuazione del trattamento sanzionatorio, sia le decisioni dei giudici che determinano la pena da irrogare in concreto. Inoltre, il divieto di prevalenza di prevalenza dell'attenuante in esame contrasta, altresì, con il principio di proporzionalità della pena atteso che tale principio poiché diretto a tendere alla rieducazione del condannato, ai sensi dell'art. 27, terzo comma, Cost., implica *"un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra (sentenza n. 185 del 2015)".*

La soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, c.p. per violazione degli artt. 3, primo comma, e 27, primo e terzo comma, Cost., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante del fatto di lieve entità, introdotta con sentenza n. 86 del 2024 della stessa Corte Costituzionale in relazione al delitto di rapina, sulla circostanza aggravante della recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, c.p.

Osservatorio Sezioni Unite

a cura di
Guido Colaiacovo*
Luigi Ludovici**

Impugnazioni

Sez. un., 24 ottobre 2024 (dep. 8 aprile 2025), n. 13808, Cassano, Presidente, Liberati, Relatore, Pompeo- Piccirillo, P.m. (concl. conf.)

*In tema di impugnazioni, l'onere del deposito dell'elezione o della dichiarazione di domicilio, previsto, a pena di inammissibilità dell'atto d'impugnazione, dall'art. 581, comma 1-*ter*, c.p.p., può essere assolto anche con il richiamo espresso e specifico, in esso contenuto, a una precedente dichiarazione o elezione di domicilio e alla sua collocazione nel fascicolo processuale, tale da consentire l'immediata e inequivoca indicazione del luogo in cui eseguire la notificazione.*

La questione

Le Sezioni unite sono intervenute per chiarire se la previsione, a pena di inammissibilità dell'impugnazione delle parti private e dei difensori, del contestuale deposito della dichiarazione o elezione di domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio (art. 581, comma 1-*ter,* c.p.p.), imponga di allegare all'atto di impugnazione una dichiarazione o elezione di domicilio formata dopo la pronuncia della sentenza impugnata ovvero se debba essere interpretata nel senso che, ai fini indicati, sia sufficiente la sola presenza in atti della dichiarazione o elezione di domicilio, benchè non richiamata nell'atto di impugnazione od allegata al medesimo.

I contrapposti orientamenti

Secondo un primo orientamento, la dichiarazione o l'elezione di domicilio da depositare unitamente all'atto di impugnazione dovrebbe essere necessariamente nuova, convergendo su tale interpretazione sia la *ratio* dell'art. 581, comma 1-*ter*, c.p.p. sia pregnanti ragioni di ordine sistematico (Cass., sez. II, 12 aprile 2024, n. 23462, in *C.E.D. Cass.*, n. 286374; Cass., sez. V, 23 aprile 2024, n. 17055, *ivi*, n. 286357; Cass., sez.

* Professore associato di diritto processuale penale - Università di Foggia.
** Professore associato di diritto processuale penale - Università degli Studi "Guglielmo Marconi".

II, 14 marzo 2024, n. 19547, *ivi*, n. 286521; Cass., sez. VI, 16 gennaio 2024, n. 3365, *ivi*, n. 285985; Cass., sez. VI, 20 dicembre 2023, n. 3365, *ivi*, n. 285900; Cass., sez. V, 10 gennaio 2024, n. 3118, *ivi*, n. 285805; Cass., sez. V, 28 novembre 2023, n. 1177, *ivi*, n. 286088). Quanto al primo profilo, si osserva che la norma persegue l'obiettivo di promuovere impugnazioni consapevoli e relative citazioni a giudizio dall'esito certo, con la conseguenza che le relative dichiarazioni o elezioni di domicilio devono necessariamente intervenire contestualmente alla proposizione dell'impugnazione, non prima né dopo di essa, cosicché l'esistenza già in atti di una dichiarazione o elezione di domicilio non potrebbe sortire effetti rispetto all'impugnazione, essendo necessaria una rinnovata, consapevole volontà dell'imputato nello specifico momento della proposizione dell'impugnazione. Tale conclusione sarebbe anche confermata nella sua validità per effetto della parallela modifica che ha interessato l'art. 164 c.p.p. e che avrebbe determinato il venir meno del principio di immanenza della domiciliazione, essendo stato rimosso all'interno della norma il riferimento alla validità della domiciliazione «per ogni stato e grado del procedimento». Nella giurisprudenza di legittimità si è fatto, però, strada anche un secondo indirizzo secondo il quale, per l'ammissibilità dell'impugnazione *ex* art. 581, comma 1-*ter*, c.p.p., è sufficiente l'allegazione della dichiarazione o elezione di domicilio intervenuta nel processo di primo grado (Cass., sez. II, 10 giugno 2024, n. 23275, in *C.E.D. Cass*., n. 286361; Cass., sez. VI, 3 giugno 2024, n. 22287, *ivi*, n. 286625; Cass., Sez. II, 19 aprile 2024, n. 16480, *ivi*, n. 286269; Cass., sez. II, 11 gennaio 2024, n. 8014, *ivi*, n. 285936; Cass., sez. VI, 10 luglio 2024, n. 32702, non mass.; Cass., sez. VI, 21 giugno 2024, n. 34035, non mass.; Cass., sez. II, 13 giugno 2024, n. 27785, non mass.; Cass., sez. IV, 11 giugno 2024, n. 36463, non mass.). Dimostrerebbe l'assunto innanzitutto il diverso tenore letterale che caratterizza l'art. 581, comma 1-*quater*, c.p.p. ove è espressamente specificato che, l'ammissibilità dell'impugnazione dipende dall'allegazione di un apposito mandato ad impugnare, contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio, conferito al difensore necessariamente dopo la pronuncia della sentenza; il fatto che tale precisazione manchi nel contesto dell'art. 581, comma 1-*ter*, c.p.p. indurrebbe quindi ad escludere che l'elemento della *novità* della dichiarazione o elezione di domicilio possa essere introdotto in via interpretativa, fermo restando l'onere del difensore di verificare e depositare con l'impugnazione la dichiarazione o l'elezione di domicilio che la cancelleria utilizzerà per la notificazione del decreto di citazione per il giudizio di appello, specialmente nei casi in cui l'imputato abbia effettuato nel corso del procedimento diverse dichiarazioni o elezioni di domicilio. A sostegno di questa lettura, la giurisprudenza richiama il principio di legalità processuale affermato anche in ambito C.E.D.U., dal quale si desumerebbe l'impossibilità di interpretare estensivamente le norme limitative dei diritti dell'imputato, come accadrebbe nel caso in cui si subordinasse il diritto di difendersi impugnando alla posteriorità della dichiarazione o elezione di domicilio rispetto alla pronuncia della sentenza impugnata. Si osserva ancora come una siffatta interpretazione non sarebbe imposta neppure da un'interpretazione in chiave sistematica atteso che il novellato art. 164 c.p.p. sembra in realtà continuare a riconoscere la validità della dichiarazione o della elezione di domicilio pregressa ai fini, tra l'altro, delle notificazioni degli atti di citazione in giudizio ai sensi dell'art. 601 c.p.p.

La soluzione

Aderendo al secondo orientamento, le Sezioni unite hanno affermato che non è necessario che la dichiarazione o l'elezione di domicilio da depositare a pena d'inam-

missibilità, *ex* art. 581, comma 1-*ter*, c.p.p., unitamente all'atto di impugnazione sia stata formata successivamente alla sentenza impugnata e funzionalmente alla proposizione dell'impugnazione, in quanto tale ulteriore condizione è richiesta soltanto e in modo espresso per l'imputato giudicato in assenza dall'art. 581, comma 1-*quater*, c.p.p. Mentre l'obbligo di deposito della dichiarazione o dell'elezione di domicilio svolge la generica funzione di agevolare la citazione a giudizio dell'appellante, la *novità* della domiciliazione persegue un'ulteriore e diversa finalità, cioè quella di assicurare la volontà dell'imputato di impugnare la sentenza di primo grado. Pertanto, poiché tale volontà può considerarsi presunta a condizione che l'imputato non sia stato giudicato *in absentia*, ecco spiegato il perché la legge ancora l'ammissibilità della sola impugnazione dell'assente alla novità della (nomina e) della domiciliazione. Continua il *plenum* osservando che la possibilità di avvalersi anche di una precedente dichiarazione o elezione di domicilio è poi desumibile dal nuovo testo dell'art. 164 c.p.p. che, pur delimitando l'efficacia della domiciliazione, ne riconosce però la perdurante validità a determinati fini ovvero "per le notificazioni dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, degli atti di citazione in giudizio ai sensi degli artt. 450, comma 2, 456, 552 e 601". Non vale a smentire l'interpretazione propugnata neppure quanto stabilito dall'art. 157-*ter*, comma 3, c.p.p. ove, infatti, non si richiede affatto la novità della domiciliazione, ma soltanto che la notificazione dell'atto di citazione a giudizio dell'imputato venga fatta presso un domicilio che, proprio perché indicato in sede di presentazione dell'impugnazione, sia in grado di garantire la certa e regolare notificazione della *vocatio in iudicium*. Sottolinea ancora il Supremo Consesso che, in assenza di una espressa previsione che disponga in tal senso, la necessità che, ai fini dell'impugnazione, venga prodotta una *nuova* dichiarazione o elezione di domicilio non può essere neppure ricavata per via interpretativa, stante il pacifico principio di diritto processuale secondo cui le disposizioni che contemplano oneri sanzionati a pena di inammissibilità della domanda o dell'impugnazione sono di stretta interpretazione. Senza contare che, introducendo una causa di inammissibilità del gravame preordinata a garantire una maggiore funzionalità, rapidità ed efficienza del procedimento notificatorio ma non supportata dal dato letterale e sistematico, si limiterebbe ingiustificatamente il diritto a far riesaminare la decisione da una giurisdizione superiore o di seconda istanza della persona dichiarata colpevole o condannata per un reato, in dispregio degli artt. 6, par. 2 C.E.D.U., 2 del Protocollo n. 7 alla C.E. D.U. nonché dell'art. 14 par. 5 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici. Chiarito ciò, precisano da ultimo le Sezioni Unite che la dichiarazione o l'elezione di domicilio precedentemente formulata non deve essere necessariamente unita fisicamente all'atto di impugnazione, potendo essere soltanto in esso richiamata, a condizione che tale richiamo sia chiaro, specifico, inequivoco e permetta, senza difficoltà o necessità di indagini, di individuarle con immediatezza nel fascicolo processuale. Quanto poi al caso di domiciliazioni plurime, spetta al difensore dell'imputato appellante indicare con chiarezza e precisione quale sia, tra tutte, quella valida così da consentire la regolare e certa notifica del decreto di citazione a giudizio in appello.

(L.L.)

Giudizio abbreviato

Sez. un., 27 febbraio 2025 (dep. 23 luglio 2025), n. 27059, Cassano, Presidente, Brancaccio, Relatore, Gaeta, P.m. (concl. conf.)

Nel caso di delitti e contravvenzioni posti in continuazione e oggetto di giudizio novellato, la riduzione per il rito ai sensi dell'art. 442, comma 2, c.p.p., come nove/lato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103, va operata, sulla pena inflitta per i delitti, nella misura di un terzo e, sulla pena applicata per le contravvenzioni, nella misura della metà

In tema di giudizio abbreviato, in caso di continuazione tra delitti e contravvenzioni, l'erronea determinazione unitaria, nella misura di un terzo, della diminuente prevista dall'art. 442, comma 2, c.p.p., piuttosto che in maniera distinta con riduzione della metà per le contravvenzioni, integra un'ipotesi di pena illegittima e non di pena illegale, sempre che la sanzione inflitta rientri nei limiti edittali

La questione

Le Sezioni unite sono intervenute per risolvere il contrasto giurisprudenziale sorto con riferimento alla modalità di determinazione della pena e della riduzione della stessa per la diminuente del giudizio abbreviato nell'ipotesi di reato continuato.

In particolare, alla Suprema Corte è stato chiesto di decidere in che modo debba essere calcolata la pena e, nello specifico, la diminuzione per il rito abbreviato nel caso di continuazione tra un delitto e una contravvenzione.

I contrapposti orientamenti

La Corte ha rilevato la presenza di due orientamenti sul tema.

Secondo il primo e maggioritario orientamento, la novella del 2017, che ha modificato l'art. 442, comma 2, c.p.p., impone di applicare alle contravvenzioni la diminuente nella misura della metà, anche nei casi in cui esse costituiscano reati satellite in continuazione con ipotesi delittuose che, diversamente, prevedono una riduzione pari a un terzo (Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 7578, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1957; Cass., sez. un., 21 giugno 2018, n. 40983, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 27; Cass., sez. VI, 18 gennaio 2024, n. 17842, in *C.E.D. Cass.*, n. 286474; Cass., sez. II, 4 aprile 2023, n. 33454, *ivi*, n. 285023; Cass., sez. VI, 18 gennaio 2022, n. 4199, non mass.; Cass., sez. V, 17 settembre 2019, n. 42199 non mass.; Cass., sez. VI, 25 giugno 2021, n. 28021, non mass.).

Tale accezione prende le mosse dall'analisi della volontà legislativa che ha introdotto, con l'articolo citato, una norma processuale di favore avente, però, anche effetti sostanziali.

Il secondo e minoritario orientamento, invece, sostiene che, nel caso di continuazione tra delitti e contravvenzioni, la riduzione *ex* art. 442, comma 2, c.p.p. debba essere esclusivamente quella riferibile ai delitti (pari a un terzo), dato che la pena del reato continuato è parametrata a quella del delitto-base della continuazione.

Tale scelta ermeneutica valorizza sia la gravità discendente del delitto e della contravvenzione (il primo sempre più grave della seconda) sia l'ordine che il giudice deve considerare nelle operazioni di calcolo (la diminuzione del rito abbreviato è un'operazione da effettuarsi a valle delle altre) (Cass., sez. II, 17 gennaio 2023, n. 40079, in *C.E.D. Cass.*, n. 285218; Cass., sez. VI, 7 novembre 2022, n. 48834, *ivi*, n. 284076; Cass.,

sez. III, 6 luglio 2021, n. 41755 in *C.E.D. Cass.*, n. 282670; Cass., sez. VI, 6 ottobre 2023, n. 51221, non mass.; Cass., sez. II, 13 settembre 2023, n. 38440, non mass.).

La soluzione

La Suprema Corte prima di definire la questione rimessa alla sua attenzione, si è soffermata sull'analisi dei due istituti coinvolti: il giudizio abbreviato e, in particolare, la natura della diminuente di cui all'art. 442, comma 2, c.p.p. e il reato continuato.

In primo luogo, la sentenza ha affermato che la diminuente in questione – di natura processuale – è evidentemente riconnessa alla sola logica deflattiva e di riduzione del carico giudiziario. Invero, per l'applicazione della stessa, non viene operata alcuna valutazione del fatto-reato o della personalità dell'imputato; si tratta esclusivamente di una riduzione automatica e fissa.

Tale dimensione processuale, tuttavia, si interseca con una dimensione sostanziale, considerato che le caratteristiche della diminuente in questione possono ricondurre a rilevanti effetti sull'individuazione concreta del trattamento sanzionatorio. Sul punto, la Corte Costituzionale (C. cost., 3 dicembre 2020, n. 260, in *Giur. cost.* 2020, p. 1570 ss.) ha sottolineato che la diminuente ha una immediata ricaduta sulla tipologia e sulla durata delle pene applicabili in caso di condanna e che, dunque, non può non sottostare ai principi fondamentali in materia penale, tra cui il principio di retroattività (sul punto, nello specifico Cass., sez. un., 17 dicembre 2020, n. 7578, cit., p. 1960 ss.).

In secondo luogo, la pronuncia ha approfondito l'istituto del reato continuato. Quest'ultima, quale figura derogatoria del concorso materiale dei reati, è evidentemente volta a normare la comminazione della pena in ipotesi in cui il legislatore ritiene che la condotta realizzata sia connotata da un minor disvalore. Dunque, la finalità dell'istituto è quella della mitigazione del trattamento sanzionatorio, anche quando la continuazione è configurata tra reati di specie diversa, delitti e contravvenzioni, potendosi affermare (come aveva già fatto la Cass, sez. un., 21 giugno 2018, n. 40983, *cit.,* p. 27 ss.) il principio "dell'applicabilità diffusa".

A ben vedere, infatti, con riferimento alla natura del reato continuato si deve superare la contrapposizione tra la concezione unitaria e quella dell'autonomia giuridica: si deve parlare, oggi, di "visione multifocale" del reato continuato per cui la seconda lascia spazio alla prima quando sia espressamente previsto e quando determini un trattamento sanzionatorio favorevole al *reo*.

Prese le mosse da tale analisi, la Suprema Corte ha analizzato i due orientamenti contrastasti.

Il primo, secondo cui la riduzione per il rito deve essere effettuata distintamente sugli aumenti di pena disposti per le contravvenzioni e per i delitti, è sostenuto da vari argomenti.

Intanto, seppure con l'utilizzo della continuazione vi sia una sorta di "perdita di autonomia" dei reati satellite, la riduzione della pena, derivante dalla scelta del rito premiale, deve essere applicata tanto al reato-base quanto ai reati satelliti, considerando il trattamento più favorevole che ne deriva (Cass., sez. IV, 15 gennaio 2019, n. 5034, in *C.E.D. Cass.*, n. 275218; Cass., sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 832, *ivi*, n. 271752). Invero, l'introduzione dell'art. 442, comma 2, seconda parte c.p.p. ha notevoli effetti sostanziali tanto da doversi ritenere applicabile anche ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore. Se così non fosse, infatti, si procederebbe all'abrogazione implicita della norma. In questo quadro, a nulla vale il richiamo dell'art. 76 c.p. che non ri-

esce a scalfire la perdurante autonomia tra reati puniti con sanzioni diverse di genere o specie anche se nell'alveo della continuazione.

Il secondo orientamento sostiene che la riduzione in questione deve essere operata nella misura di un terzo anche nei casi di continuazione tra delitti e contravvenzioni, proprio alla luce della regola del cumulo giuridico di cui al richiamo art. 76 c.p.

Ciò discende dalla perdita di autonomia delle pene originariamente previste per le violazioni minori che – quindi – non conservano efficacia (Cass., sez. VI, 6 ottobre 2023, n. 51221, non mass.; Cass., sez. V, n. 13 aprile 2017, n. 26450, in *C.E.D. Cass.*, n. 270540). D'altronde il principio del *favor rei*, che già trova applicazione piena nella costruzione della continuazione, non può essere considerato assoluto, bensì deve essere contemperato dalle conseguenze discendenti dall'utilizzo della *fictio iuris* imposta dall'istituto di cui all'art. 81 c.p. e, in particolare, dai commi tre e quattro dell'art. 81 c.p.

La Corte di cassazione ha abbracciato il primo dei due orientamenti, quello maggioritario.

In primo luogo, si è soffermata sul carattere cogente e inderogabile della riduzione per la scelta del rito abbreviato, nella misura stabilita dalla legge, che non ammette esclusioni neppure nel reato continuato "bicromo" in cui convivono delitti e contravvenzioni. Ciò è vero perché permane una tendenziale autonomia dei reati che compongono la continuazione evidentemente ispirata (sin dalla costruzione legislativa) al principio del *favor rei*; tale costruzione ben si attaglia proprio all'istituto della continuazione, ormai flessibile e non rinchiuso nell'ottica duale tra unitarietà e scindibilità.

In secondo luogo, non vi è alcun principio o norma che imponga l'applicazione della diminuente per la scelta del rito in maniera unitaria: al contrario, il legislatore ha previsto una duplicazione della stessa, in differente misura, in totale aderenza con l'attuazione del trattamento sanzionatorio meno afflittivo.

A ogni modo, la perdita di autonomia sanzionatoria non comporta l'irrilevanza della valutazione della gravità dei reati contestati, per cui si deve considerare perdurante l'obbligo di motivazione in tema di singoli aumenti collegati ai reati satellite della continuazione proprio per garantire il vaglio sulla proporzionalità e adeguatezza della misura della pena. Tale valutazione autonoma del disvalore ben si appaia con la differente misura della riduzione premiale, più incisiva nei casi di contravvenzione.

Dello stesso avviso è anche la Corte costituzionale che nell'analisi del reato continuato (C. cost., 1 agosto 2008, n. 324, in *Giur. cost.*, 2008, p. 769 ss.; C. cost., 27 luglio 1994, n. 361, *ivi*, 1994 p. 453 ss.) ha sostenuto l'autonomia dei singoli reati collegati dal vincolo della continuazione e la specialità dell'unificazione dei medesimi nei casi espressamente previsti da legge e, comunque, nelle ipotesi in cui essa determinasse l'applicazione di un trattamento più favorevole.

Dunque, in caso di giudizio abbreviato, la "doppia" riduzione per le contravvenzioni e per i delitti va applicata dopo aver individuato la pena base e gli aumenti per ogni reato satellite in continuazione; i reati satellite, quindi, perdono di autonomia solo all'esito del calcolo della pena e della riduzione premiale stessa.

Con tutta evidenza, nessun rilievo possono avere le obiezioni fondate sulla normativa precedente in cui non era prevista la diversità delle riduzioni premiali.

In conclusione, la Corte di cassazione si è dilungata sino a esprimere un ulteriore principio di diritto in tema di pena illegale. Infatti, qualora la pena irrogata rientri nei limiti edittali, l'erronea applicazione della diminuente non configura un'ipotesi di pena illegale, bensì di pena illegittima, non potendosi – dunque – dedurre in Cassazione

quanto eventualmente non appellato. La Suprema Corte ha ribadito i parametri della pena illegale: non corrispondenza alla pena astrattamente prevista per la fattispecie incriminatrice o commisurazione fondata su una cornice edittale inapplicabile perché dichiara illegittima o perché individuata in violazione del principio di irretroattività (cfr., *ex multis*, Cass., sez. un., 31 marzo 2022, n. 38809, in *Cass. pen.*, 2023, p. 97; Cass., sez. un., 26 giugno 2015, n. 46653, *ivi*, 2017, p. 165).

In questo quadro, a conclusione, non è qualificabile come illegale la pena che sia l'esito di una erronea determinazione della diminuente di cui all'art. 442, comma 2, c.p.p. sempre se essa rimanga nell'alveo dei limiti edittali previsti per la fattispecie di reato.

Giulia Fiorucci (dottoranda di ricerca – Università degli Studi "G. Marconi" di Roma)

Appello

Sez. un., 27 marzo 2025 (dep. 5 settembre 2025), n. 30355, Cassano, Presidente, Ariolli, Relatore, Ceroni, P.m. (concl. diff.)

In caso di confisca di prevenzione avente ad oggetto beni ritenuti fittiziamente intestati a un terzo, quest'ultimo può rivendicare esclusivamente l'effettiva titolarità dei beni confiscati, senza poter prospettare l'insussistenza dei presupposti applicativi della misura, deducibile soltanto dal proposto.

La questione

Le Sezioni unite sono chiamate a pronunciarsi sui limiti di legittimazione da parte del terzo, intestatario di un bene, a contestare in sede processuale l'applicazione di una misura di prevenzione a carattere patrimoniale. In particolare si chiede alla Corte di esplicitare se il terzo sia legittimato solo a rivendicare l'effettiva titolarità dei beni confiscati o se la sua legittimazione si estenda anche a censurare i presupposti applicativi della misura.

I contrapposti orientamenti

Si registrano sul tema tre diversi orientamenti.

Secondo l'orientamento largamente maggioritario, il terzo risulta legittimato a rivendicare solo l'effettiva titolarità dei beni sottoposti a vincolo (*ex plurimis*, Cass., sez. II, 19 aprile 2024, n. 20193, in *C.E.D. Cass.*, n. 286441; Cass., sez. I, 11 maggio 2023, n. 35669, *ivi*, n. 285202; Cass, sez. V, 20 novembre 2020, n. 333, *ivi*, n. 280249; Cass., sez. VI, 4 giugno 2019, n. 7469, *ivi* n. 278454; Cass., sez. V, 29 ottobre 2024, n. 4946, non mass.).

In quest'ottica, il terzo intestatario può ottenere la revoca della confisca di prevenzione, solo fornendo la prova della titolarità del bene. In effetti, per il terzo le sorti della misura di prevenzione, sia essa personale o reale, disposta nei confronti del proposto, risultano del tutto indifferenti, dal momento che la vicenda processuale non è idonea a produrre effetti negativi nei suoi confronti.

Tale conclusione si deduce, altresì, dal fatto che «l'interesse in sede penale non è basato sul concetto di soccombenza, quanto, piuttosto, su una prospettiva utilitaristica, consistente nella finalità negativa, perseguita dal soggetto legittimato di rimuovere una situazione di svantaggio processuale derivante da una decisione giudiziale, e in quella positiva, del conseguimento di un'utilità, ossia di una decisione più vantaggiosa rispetto a quella oggetto del gravame, e che risulti logicamente coerente con il sistema normativo» (Cass., sez. un., 27 ottobre 2011, n. 6624, in *Cass. pen.*, 2013, p. 105).

Da ciò deriverebbe il limite alla deducibilità delle condizioni di applicabilità della misura da parte del terzo, poiché l'unico aspetto del contendere che lo coinvolge in via diretta attiene alla confutazione della sostanziale disponibilità del bene da parte del proposto (Cass, sez. VI, 9 gennaio 2024, n. 5094, in *C.E.D. Cass.*, n. 286058).

Di avviso contrario è il secondo, minoritario orientamento che ritiene che il terzo sia legittimato altresì a contestare la mancanza dei presupposti per l'applicazione della misura nei confronti del proposto (Cass., sez. I, 21 gennaio 2021, n. 20717, non mass.). Infatti, in un precedente delle stesse Sezioni Unite era già stato chiarito come la sussistenza dell'interesse ad impugnare deve fondarsi sulla prospettazione contenuta nel mezzo di impugnazione e non sull'effettiva fondatezza della pretesa azionata (Cass., sez. un., 28 marzo 2019, n. 28911, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 1240 ss.).

Tale orientamento minoritario contesta quello maggioritario, poc'anzi richiamato, ritendo che esso sia affetto da «una considerazione *ex post* della sorte dei motivi di impugnazione *secundum eventum litis*, che invece debbono essere valutati *ex ante* nella loro attitudine distruttiva della pretesa fatta valere [...]» (considerando in diritto, punto 5, pag. 13 della sentenza). Si evidenzia come comprimere la facoltà del terzo di contrastare i presupposti soggettivi della misura, incidenti in maniera significativa sul diritto di proprietà, si ponga in contrasto con il rispetto del principio di rilievo costituzionale e convenzionale del contraddittorio (art. 6 C.e.d.u. e art. 111 cost.).

Si registra, infine, un terzo orientamento, definibile intermedio, il quale si ramifica in due sotto-orientamenti.

La prima sotto-soluzione, pur aderendo all'orientamento maggioritario, lo qualifica "a maglie strette" e, dunque, consente al terzo di interloquire sulla confiscabilità del bene solo con riferimento alla «perimetrazione temporale della pericolosità del proposto, quando il bene confiscato fuoriesca da essa, nelle misure di prevenzione, o esorbiti il canone della ragionevolezza, nella confisca c.d. allargata, ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p.», Cass., sez. V, 19 gennaio 2022, n. 8984, non mass. sul punto; Cass., sez. I, 20 settembre 2017, n. 13375, *ivi*, n. 272703).

La seconda sotto-distinzione di quest'ultimo orientamento intermedio riconosce al terzo l'interesse a censurare i presupposti oggettivi della confisca di prevenzione, escludendo, invece, quelli soggettivi riguardanti la pericolosità sociale del proposto, cfr. Cass., sez. I, 15 dicembre 2020, n. 19094, *ivi* n. 281362. Si ritiene, pertanto, che il terzo intestatario possa «essere ammesso a documentare la datazione del suo acquisto per espungerla dall'area temporale della pericolosità del proposto; pericolosità che, dunque, viene in esame soltanto in via mediata e non già come motivo principale di censura consentito al ricorrente che risulti essere terzo intestatario fittizio», (in questo senso, un *obiter dictum* di Cass., sez. I, 21 novembre 2023, n. 12478, non mass., nonché Cass., sez. V, 14 ottobre 2022, n. 513, non mass.).

La soluzione

Nella sentenza in commento, la Corte aderisce al primo orientamento largamente maggioritario, ritenendo che il terzo destinatario di misura di prevenzione reale possa contestare solamente l'effettiva titolarità del bene oggetto di confisca, ma non è al contrario ammesso a sindacare i presupposti applicativi per l'adozione della restrizione patrimoniale.

Le Sezioni unite argomentano tale assunto osservando che, quanto all'applicabilità, nello specifico, delle misure di prevenzione a carattere patrimoniale, esse devono rispettare i principi costituzionali e convenzionali posti a tutela della proprietà privata (artt. 41-42 cost.), nonché il principio di riserva di legge, di proporzionalità della sanzione (art. 1 prot. addizionale C.e.d.u. e art. 3 cost) e le garanzie del giusto processo.

Si chiarisce che la *res* oggetto di confisca debba avere un indice di pericolosità intrinseco, riconducibile a condotte illecite o presunte tali, e, per tale ragione, si ritiene che il destinatario della misura sia parte necessaria (e ineludibile) del procedimento di prevenzione, tanto se esso abbia ad oggetto l'applicazione di una misura di prevenzione personale, quanto se esso concerna l'applicazione di una misura di carattere patrimoniale.

A sostegno di tale statuizione, emergono diversi dati normativi nella disciplina contenuta nel cd. codice antimafia. In particolare, l'art. 7, c. 2 d.lgs. n. 159/2011 stabilisce che il provvedimento debba contenere altresì «la concisa esposizione dei contenuti della proposta», riferendosi così a una sorta di contestazione relativa ai presupposti sui quali la richiesta della misura e, dunque, l'azione di prevenzione, si fonda. Tra le svariate disposizioni richiamate, merita menzione l'art. 23 dello stesso d.lgs., che, al secondo comma, enuclea la posizione dei terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, stabilendone "la chiamata" ad intervenire all'udienza in camera di consiglio. Tale locuzione esprime, sul piano processuale, «uno *ius ad loquendum* diverso da quello che caratterizza il diritto a partecipare come parte» (considerando in diritto, punto 9, p. 19 della sentenza).

Appare, pertanto, chiaro che il presupposto a prendere parte al giudizio da parte del terzo sia circoscritto al diritto di cui risulta portatore, poiché, in caso contrario, non vi sarebbe alcuna distinzione tra il destinatario della proposta (quale parte necessaria del procedimento) e coloro i quali vantino in via del tutto eventuale diritti sui beni sequestrati (art. 23, c. 4 cod. antimafia).

Date le consolidate nozioni dottrinali di legittimazione e di interesse ad agire in giudizio, il terzo è legittimato ad intervenire nel procedimento di prevenzione solo per rivendicare la qualità di proprietario effettivo del bene oggetto di ablazione e, quindi, di titolare di una situazione astrattamente meritevole di tutela secondo l'ordinamento. Il suo interesse sussiste in termini di "concretezza" e "attualità", laddove mediante l'impugnazione si miri ad ottenere l'annullamento della confisca con riferimento alla fittizietà dell'intestazione e il riconoscimento della propria posizione giuridica qualificata.

La contestazione da parte del terzo della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale nei confronti del proposto, oltre a provenire da soggetto non legittimato, sarebbe sorretta da un interesse di mero fatto, derivante indirettamente dall'esito della procedura principale, cui l'ordinamento non attribuisce rilievo giuridico (Cass., Sez. II, 19 aprile 2024, n. 20193, in *C.E.D. Cass.*, n. 286441).

La Corte aggiunge che la partecipazione del terzo al procedimento di prevenzione risulta del tutto eventuale anche alla luce del fatto che questi debba conferire una procura speciale al difensore attestante la volontà di partecipare, in accordo con quanto stabilito all'art. 7 d.lgs. n. 159/2011 che esclude che il terzo possa avvalersi di un difensore d'ufficio (Cass., sez. II, 30 novembre 2022, n. 13723, non mass.). Ne deriva che, l'interesse del terzo a prendere parte al giudizio di prevenzione risiede nella scelta di tutelare nell'ambito di tale sede il proprio interesse a dimostrare l'effettiva titolarità del bene di cui si discute.

A sostegno delle proprie conclusioni la Corte richiama – *ad abundantiam* – anche le statuizioni di una recente pronuncia della Corte di Strasburgo, 20/01/2025, Garofalo e altri c. Italia. In essa, la Corte Edu ha ribadito il carattere ripristinatorio e non sanzionatorio/afflittivo della confisca di prevenzione, cui possono essere sottoposti beni correlati temporalmente e proporzionalmente a profitti illeciti (negli stessi termini, C. Cost., 27 febbraio 2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, p. 213).

Carolina Teresi (dottoranda di ricerca – Università degli Studi "G. Marconi" di Roma)

Epidemia

Sez. un., 10 aprile 2025 (dep. 28 luglio 2025), n. 27515, Cassano, Presidente, Andreazza, Relatore, Romano, P.m. (concl. diff.)

Il delitto di epidemia colposa può essere integrato anche da una condotta omissiva.

La questione

Le Sezioni unite si sono pronunciate sulle modalità di realizzazione del delitto di epidemia colposa, previsto e punito dagli artt. 438, comma 1 e 452, comma 1, n. 2 c.p., e hanno chiarito che può essere integrato anche attraverso una condotta omissiva.

La questione ha avuto origine da una sentenza del Tribunale di Sassari che ha assolto l'imputato con formula piena (perché il fatto non sussiste), in quanto la fattispecie di epidemia colposa, non contemplando condotte omissive, sarebbe integrabile soltanto dalla diffusione "attiva" di germi patogeni.

Il contrasto è emerso a seguito dell'impugnazione del procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Sassari, il quale ha dedotto l'inosservanza degli artt. 40 comma 2 e 438 c.p. e ha censurato la sentenza proprio laddove ha escluso l'incriminazione delle condotte omissive.

Le Sezioni unite, alle quali il ricorso era stato rimesso, dopo aver ricostruito il fatto e la vicenda processuale, hanno analizzato e risolto la questione controversa.

I contrapposti orientamenti

Il quesito rimesso alle Sezioni unite era stato in realtà già scrutinato in due precedenti occasioni dalla IV Sezione penale che si era espressa in senso negativo.

Cass., sez. IV, 12 dicembre 2017, n. 9133, in *C.E.D. Cass.*, n. 272261 ha infatti ritenuto che l'art. 438 c.p. «evoca [...] una condotta commissiva a forma vincolata di per sé

incompatibile con l'art. 40 comma 2 c.p., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera» (per approfondimenti, Piras, *Sulla configurabilità dell'epidemia colposa omissiva*, in *www.sistemapenale.it*, 8 luglio 2020).

Successivamente, Cass., sez. IV, 4 marzo 2021, n. 20416, in *Riv. it. med leg.*, 2021, p. 1129 ha sostenuto, sulla medesima interpretativa, che «in tema di delitto di epidemia colposa, non è configurabile la responsabilità a titolo di omissione in quanto l'art. 438 c.p., con la locuzione "mediante la diffusione di germi patogeni", richiede una condotta commissiva a forma vincolata, incompatibile con il disposto dell'art. 40 c.p., comma 2, riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera».

A fronte di tale indirizzo e in assenza di pronunce di legittimità che avessero elaborato espressamente una diversa soluzione ermeneutica, Cass., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, in C.E.D. Cass., n. 277791 (pur non affrontando direttamente il tema della configurabilità in forma omissiva del reato di cui all'art. 438 c.p.) in un *obiter dictum* sostenne che «[...] la norma incriminatrice non seleziona le condotte diffusive rilevanti e richiede [...] che il soggetto agente procuri un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni, senza individuare in che modo debba avvenire detta diffusione; occorre, però, al contempo [...] che sia una diffusione capace di causare un'epidemia».

Dunque, innestandosi su quest'ultimo orientamento, la sezione rimettente ha proposto un superamento del consolidato indirizzo giurisprudenziale, ammettendo la realizzazione del reato di epidemia colposa in forma omissiva. Secondo l'ordinanza di rimessione, una simile ricostruzione non sarebbe osteggiata dal dato letterale, né da quanto ribadito di recente dalle Sezioni Unite civili, secondo le quali «l'attività interpretativa giudiziale è segnata, anzitutto, dal limite di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto, previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento a opera della giurisprudenza stessa» (Cass. civ., Sez. un., 6 dicembre 2021, n. 38596, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 1101 con nota di Nicolai, Sul rapporto tra sezioni civili e penali di un medesimo ufficio).

In tal senso, sarebbe possibile ricomprendere le condotte omissive nella nozione di "diffusione", dato che – alla luce del sopracitato indirizzo dottrinario – il termine può ricomprendere forme non necessariamente implicanti un agire positivo (sull'assenza di preclusioni Pelissero, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, p. 525). Una simile interpretazione, del resto, risulterebbe coerente con la rilevanza della gestione del rischio sanitario correlata a condotte colpose nel contesto storico e sociale odierno, differente da quello del 1930, nel quale il legislatore vedeva come prioritario il contrasto allo spargimento doloso di germi. La scelta d'introdurre l'incriminazione dell'epidemia, non prevista dai codici preunitari né dal codice Zanardelli, venne infatti giustificata «[...] in rapporto alla enorme importanza che ormai ha acquistato la possibilità di venire in possesso di germi; capaci di cagionare una epidemia e di diffonderli [...]», non potendosi da ciò desumere con certezza la volontà di escludere dall'àmbito d'applicazione della fattispecie le condotte realizzate in forma omissiva.

D'altra parte, il riferimento alla «diffusione di germi patogeni» manterrebbe una funzione selettiva dell'evento, accentuandone il disvalore sotto il profilo della peculia-

re prospettiva di tutela: a essere vincolata non sarebbe la condotta (che ricomprenderebbe qualsiasi modalità di trasmissione della malattia) bensì il mezzo attraverso il quale si verifica l'evento; ciò renderebbe applicabile l'art. 40 comma 2 c.p., ritenuto compatibile con i c.d. reati a mezzo vincolato.

A sostegno di tale ricostruzione sta anche il rilievo che il legislatore costruisce le fattispecie incriminatrici come reati di evento a forma libera allorché intende apprestare una tutela particolarmente intensa al bene giuridico protetto, sanzionando tutte le possibili modalità di aggressione; essendo tutelate la salute pubblica e l'incolumità collettiva è pertanto ragionevole ritenere che il legislatore abbia voluto descrivere l'epidemia come reato causalmente orientato. In effetti, sebbene in termini più generali, alcune pronunce della Suprema Corte confutano una delle premesse della tesi che esclude la realizzazione del reato di epidemia colposa in forma omissiva, affermando che non è pacifica l'incompatibilità tra reati a forma vincolata e condotta omissiva (Cass., sez. II, 3 ottobre 2023, n. 46209, in *C.E.D. Cass.*, n. 285442; Cass., sez. II, 18 aprile 2023, n. 24487, *ivi*, n. 284856; Cass., sez. VI, 5 marzo 2019, n. 13411, *ivi*, n. 275463).

La soluzione

Le Sezioni Unite si sono soffermate sul dato normativo dell'art. 438 c.p. che, limitandosi a punire «chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni», esclude che la diffusione possa avvenire solo tramite lo spargimento di questi ultimi, in quanto ciò impedirebbe la configurazione in forma omissiva e colposa. Un esito divergente non potrebbe giustificarsi valorizzando la Relazione del Guardasigilli al progetto del Codice penale che non può vincolare l'interprete. Peraltro, non risulterebbe decisiva neppure l'impossibilità di assimilare, alla luce della distinzione effettuata dal legislatore del 1930, il concetto di diffusione a quello di contagio (con riferimento al quale vi erano specifiche previsioni di reato, poi abrogate). Considerando infine la diffusione come riferita unicamente al comportamento del possessore dei germi (distinti dalla sua persona), si introdurrebbe un reato proprio o a soggettività ristretta, a dispetto della natura comune del reato. Alla luce di quanto esposto, la struttura della norma (da leggersi in correlazione al bene giuridico dell'incolumità pubblica, tradizionalmente tutelata da reati causalmente orientati) rivela la presenza di un reato a forma libera.

Da una lettura più corretta dell'art. 438 c.p., che individua la condotta nel cagionare un'epidemia, consegue la qualificazione della «diffusione di germi patogeni» non come specificazione della condotta, bensì *ubi consistam* normativo dell'evento. La norma risulta così armonica con la scelta del legislatore di tutelare beni giuridici primari (come l'incolumità pubblica) attraverso fattispecie a forma libera o causalmente orientate e presenta altresì una definizione di epidemia volutamente differenziata da quella scientifica.

Dunque, diversamente da quanto affermato in dottrina, secondo le Sezioni Unite interpretare la diffusione di germi patogeni come mezzo di espressione qualificata dell'epidemia non costituisce una ridondanza, ma serve a escludere le forme di epidemia non causate dalla diffusione orizzontale di germi patogeni (ossia attraverso sostanze tossiche, radioattive o parassitarie); ciò consente di evitare l'inclusione del significato di "lasciar diffondere" nel concetto di "diffondere" e il rischio di violare il principio di legalità – tipicità. Inoltre, l'ampiezza semantica del verbo "cagionare" (utilizzato in numerose norme penali a tutela di beni rilevanti) conduce a qualificare il

delitto come "causalmente orientato" e a rendere permeabile la fattispecie alla clausola di equivalenza di cui all'art. 40, secondo comma, c.p.

In definitiva, come ritenuto da altra corrente della dottrina, il reato di epidemia deve ritenersi a condotta libera (il «cagionare») assistita dall'esclusività del mezzo di propagazione («mediante la diffusione di germi patogeni»). D'altra parte, escludere l'applicabilità del reato in presenza di condotte omissive striderebbe con la tutela della salute pubblica (art. 32 Cost.) e col mutato contesto storico-sociale: mentre al momento dell'introduzione nel codice il fenomeno era prospettato come essenzialmente doloso (dato l'uso delle armi batteriologiche nella Prima guerra mondiale), oggi l'epidemia evoca sempre più la gestione del rischio sanitario e si riferisce a condotte quasi esclusivamente inosservanti e colpose. Una lettura riduttiva, fondata sulla diretta e intenzionale dispersione del virus causata dal soggetto agente, ridurrebbe il reato alla figura (residuale, anacronistica e relegata a casi statisticamente ridotti) di chi si lascia colposamente sfuggire germi di cui è in possesso. Ritenendo dunque la condotta del reato come "cagionare", ne consegue l'applicabilità del principio di equivalenza tra causalità omissiva e causalità attiva giacché esso «si applica ai reati causali puri, caratterizzati dalla rilevanza dell'evento e dalla indifferenza della condotta» e nei quali la norma mira a evitare l'evento pericoloso per la salute pubblica indipendentemente dalle modalità comportamentali (Cass., sez. III, 18 dicembre 2008, n. 16286, in *C.E.D. Cass.*, n. 243455).

Né pare possibile considerare quale ostacolo alla lettura della condotta in forma omissiva la lesione che tale costruzione arrecherebbe alla necessità di provare «oltre ogni ragionevole dubbio» il nesso di causalità e la colpevolezza, a presidio dell'art. 27 Cost. Il rischio di trasferire sul piano penale e di addebitare eventi che dovrebbero restare confinati a deficit organizzativi appare poi neutralizzato dalla sussistenza in capo al singolo di un obbligo giuridico in relazione alle conoscenze scientifiche: è la riconducibilità dell'omissione al secondo comma dell'art. 40 c.p., assistita dall'obbligo giuridico in capo al soggetto agente, che garantisce la conformità del reato di epidemia nella forma omissiva al principio di legalità (che sarebbe sottoposto a frizione qualora si seguisse una lettura "estensiva" della diffusione dei germi, interpretata come manifestazione della condotta).

(Vincenzo Di Terlizzi, Dottore di ricerca - Università di Foggia)

Intercettazioni: dopo la sentenza Cavallo, arriva la cavallina storna: si ritorna alle autorizzazioni in bianco?

Cass., sez. III, 14 aprile 2025 (dep. 15 maggio 2025), n. 18413, Liberati, Presidente, Corbo, Relatore, Pratola, P.m. (concl. parz. diff.)

Leonardo Filippi*

Sommario: 1. La vicenda. – **2**. Lo snodo argomentativo della sentenza. – **3**. (Segue): non si versa nel caso di cui all'art. 270 c.p.p. – **4**. (Segue): non si versa nel caso di cui all'art. 270 c.p.p. – **5**. (Segue): ma si verserebbe nel medesimo procedimento. – **6**. (Segue): l'elaborazione giurisprudenziale successiva alle S.U. Cavallo. – **7**. (Segue): il "nucleo centrale "del fatto storico per il quale l'intercettazione è autorizzata. – **8**. (Segue): il decreto di autorizzazione all'intercettazione. – **9**. Osservazioni critiche.

ABSTRACT

Bizzarra sentenza della terza Sezione della Corte di cassazione che afferma che il reato di associazione per delinquere finalizzato a commettere delitti relativi all'esercizio abusivo di giochi e scommesse ha ad oggetto un fatto storico il cui "nucleo centrale" è incluso in quello di una associazione mafiosa, per la quale furono autorizzate le intercettazioni ma archiviata per infondatezza della notizia di reato.

A bizarre ruling from the Third Section of the Court of Cassation states that the crime of criminal association aimed at committing crimes related to the illegal operation of games and betting involves a historical fact whose "core" is included in that of a mafia association, for which wiretaps were authorized but dismissed due to lack of sufficient evidence of a crime.

1. La vicenda.

Alcuni imputati dei reati di partecipazione ad associazione finalizzata a commettere una serie indeterminata di delitti (art. 416 cod. pen.), di esercizio abusivo di giochi e scommesse (art. 4, commi 1 e 4-*bis*, l. n. 401 del 1989), e di trasferimento fraudolento di valori (art. 512-*bis* cod. pen.) ricorrono in cassazione contestando la ritenuta utilizzabilità delle comunicazioni intercettate, deducendo che le stesse sono state effettuate in altro procedimento, per un diverso reato, quello di cui agli artt. 110

* Già Professore ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Cagliari.

e 416-*bis* cod. pen., nemmeno connesso *ex* art. 12 cod. proc. pen. con quelli per cui si procede in questa sede, e che non sussistono inoltre i presupposti richiesti dall'art. 270 cod. proc. pen. per consentirne il valido impiego processuale ai fini dell'accertamento dei reati oggetto del presente processo.

La Corte afferma che, ai fini della utilizzabilità dei risultati di intercettazioni telefoniche o tra presenti *ex* art. 270 cod. proc. pen., nella nozione di "medesimo procedimento" sono da ricomprendere tutte le fattispecie di reato contestate sulla base dei fatti storici indicati a fondamento del provvedimento autorizzativo del giudice, pur se ulteriormente definiti solo all'esito del fisiologico sviluppo delle indagini, sempre che dette fattispecie rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 cod. proc. pen.

2. Lo snodo argomentativo della sentenza.

Tralasciando altri profili secondari, il più importante principio di diritto enunciato dalla sentenza riguarda la ritenuta utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni disposte in un diverso procedimento.

La terza sezione della Corte ha ritenuto infondate le censure enunciate nel primo motivo, comuni a tutti i ricorrenti, le quali contestano la ritenuta utilizzabilità delle comunicazioni intercettate, deducendo che le stesse sono state effettuate in altro procedimento, per un diverso reato, quello di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., nemmeno connesso *ex* art. 12 cod. proc. pen. con quelli per cui si procede in questa sede, e che non sussistono inoltre i presupposti richiesti dall'art. 270 cod. proc. pen. per consentirne il valido impiego processuale ai fini dell'accertamento dei reati oggetto del presente processo.

Ai fini dell'esame delle censure poste nel motivo appena sintetizzato, la sentenza in esame premette che le intercettazioni di cui si discute possono essere utilizzate ai fini dell'accertamento dei reati per cui si procede solo se è corretto affermare che le stesse sono state disposte nel "medesimo procedimento".

Si richiama perciò il principio enunciato dalle Sezioni Unite, e precisamente da Sez. U, n. 51 del 28/11/2019, dep. 2020, Cavallo, Rv. 277395 – 01, non contestato dalla successiva giurisprudenza di legittimità, né dalle parti del presente processo, e in relazione al quale non emergono ragioni per chiedere un ripensamento ex art. 618, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., «il divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen. di utilizzazione dei risultati di intercettazioni di conversazioni in procedimenti diversi da quelli per i quali siano state autorizzate le intercettazioni – salvo che risultino indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza – non opera con riferimento ai risultati relativi a reati che risultino connessi *ex* art. 12 cod. proc. pen. a quelli in relazione ai quali l'autorizzazione era stata *ab origine* disposta, sempreché rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge».

3. (Segue): non si versa in un'ipotesi di connessione dei procedimenti.

Ciò posto, la sentenza anzitutto esclude la configurabilità di una ipotesi di connessione *ex* art. 12 cod. proc. pen. tra i reati per cui si procede in questa sede e quello

di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., indicato a base dei provvedimenti di autorizzazione delle intercettazioni. Il rapporto di connessione tra reati, infatti, consiste in un legame tra i medesimi e, quindi, per la sua natura "relazionale", presuppone indefettibilmente la sussistenza di ciascuno di essi. Di conseguenza, non può ipotizzarsi, nemmeno in astratto, un rapporto di connessione con un reato la cui sussistenza è stata esclusa e in relazione al quale non è pendente alcun procedimento penale.

Ora, nella specie, per il delitto di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., richiamato a fondamento delle attività di captazione, è stata disposta l'archiviazione per infondatezza della notizia di reato. Ne discende che, nella vicenda in esame, l'avvenuta archiviazione delle indagini per il delitto di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., preclude in radice la configurabilità di un rapporto di connessione tra di esso e qualunque altra fattispecie di reato.

4. (Segue): non si versa nel caso di cui all'art. 270 c.p.p.

La sentenza in esame, inoltre, esclude che, nella specie, sussistano i presupposti per l'operatività della disciplina di cui all'art. 270 cod. proc. pen., la quale prevede le condizioni che rendono ammissibile l'utilizzazione delle intercettazioni in un procedimento diverso da quello nel quale sono state effettuate. Invero, per l'applicazione della disciplina di cui all'art. 270 cod. proc. pen., è condizione indispensabile che i reati oggetto del diverso procedimento siano delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. E, però, i reati per cui si procede – precisamente quelli di partecipazione ad associazione finalizzata a commettere una serie indeterminata di delitti (art. 416 cod. pen.), di esercizio abusivo di giochi e scommesse (art. 4, commi 1 e 4-*bis*, l. n. 401 del 1989), e di trasferimento fraudolento di valori (art. 512-*bis* cod. pen.) – sono tutti delitti per i quali "non" è obbligatorio l'arresto in flagranza.

5. (Segue): ma si verserebbe nel medesimo procedimento.

La terza Sezione della Corte di cassazione afferma, tuttavia, che il principio enunciato dalle Sezioni Unite nella sentenza "Cavallo" non preclude l'utilizzabilità dei risultati di intercettazioni di conversazioni per reati diversi da quelli formalmente indicati a base del provvedimento di autorizzazione alle attività di captazione.

Invero, Sez. Un. Cavallo, cit., afferma espressamente che, nell'ambito della disciplina delle intercettazioni, la nozione di "altro procedimento", dalla quale dipende l'operatività del divieto di cui all'art. 270 cod. proc. pen, non corrisponde a quella di "reato" (cfr., in motivazione, § 10). E, a spiegazione di questo assunto, osserva, per un verso, che la nozione di "procedimento" non ha connotati univoci nel lessico generale del codice di procedura penale, e, sotto altro profilo, che il legislatore, anche quando si occupa specificamente della disciplina delle intercettazioni, mostra chiaramente di distingue tra "procedimento" e "reato", come si desume dalle vicende relative alla disposizione di cui all'art. 270, comma 1-*bis*, cod. proc. pen., in tema di utilizzabilità delle comunicazioni acquisite mediante captatore informatico.

La sentenza delle Sez. un., Cavallo, anzi, a precisazione di questa premessa, rappresenta pure che la nozione di "procedimento" non può essere correlata all'iscrizione nel registro delle notizie di reato, di cui all'art. 335 cod. proc. pen.

Evidenzia, infatti, e specificamente, che, a voler ancorare la nozione di "procedimento" all'iscrizione *ex* art. 335 cod. proc. pen., «dovrebbe essere considerato "diverso procedimento" [anche] quello iscritto nei confronti di una persona nota per un

certo reato a seguito delle intercettazioni disposte in un procedimento contro ignoti per quel medesimo fatto-reato», per poi sottolineare: «esito, questo, all'evidenza disallineato rispetto alla disciplina codicistica (che, per le intercettazioni "ordinarie", richiede, *ex* art. 267, comma 1, cod. proc. pen., solo la sussistenza di "gravi indizi di reato")», oltre che contrario all'univoco indirizzo ermeneutico in forza del quale «se un'intercettazione telefonica è validamente autorizzata, essa può essere utilizzata nei confronti di qualsiasi persona a carico della quale faccia emergere elementi di responsabilità per quel reato», nonché (esito) «all'evidenza irrazionale». Aggiunge che, seguendo questa impostazione legata al dato formale dell'iscrizione, «dovrebbe essere considerato "diverso procedimento" anche quello nuovamente iscritto a seguito di riapertura delle indagini *ex* art. 414, comma 2, cod. proc. pen., laddove, come la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di rimarcare, in tale ipotesi non si instaura un procedimento diverso e possono legittimamente essere utilizzati i risultati delle indagini già svolte, compresi gli esiti delle intercettazioni», citando, a tal proposito, Sez. 6, n. 1626 del 16/10/1995, dep. 1996, Pulvirenti, Rv. 203741 – 01.

La sentenza delle Sez. un., Cavallo, inoltre, ritiene utilizzabili i risultati delle intercettazioni anche con riguardo ai reati connessi art. 12 cod. proc. pen. proprio perché gli stessi sono da considerare inclusi nel "medesimo procedimento" avente ad oggetto le fattispecie poste a base dei provvedimenti di captazione: precisamente, in queste ipotesi, ricorre un "medesimo procedimento" in ragione del «"legame sostanziale" tra il reato in relazione al quale l'autorizzazione all'intercettazione è stata emessa e il reato emerso grazie ai risultati di tale intercettazione». In particolare, la sentenza Cavallo evidenzia: «La parziale coincidenza della regiudicanda oggetto dei procedimenti connessi e, dunque, il legame sostanziale – e non meramente processuale – tra i diversi fatti-reato consente di ricondurre ai "fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede" (Corte cost., sent. n. 366 del 1991), di cui al provvedimento autorizzatorio dell'intercettazione, anche quelli oggetto delle imputazioni connesse accertati attraverso i risultati della stessa intercettazione: il legame sostanziale tra essi, infatti, esclude che l'autorizzazione del giudice assuma la fisionomia di un'"autorizzazione in bianco"», vietata dall'art. 15 Cost.

6. (Segue): l'elaborazione giurisprudenziale successiva alle S.U. Cavallo.

Le indicazioni offerte da Sez. n. Cavallo, cit., hanno trovano significativa rispondenza e ulteriore svolgimento nella successiva elaborazione giurisprudenziale, la quale ha ribadito da più prospettive come la nozione di "medesimo procedimento" è ancorata specificamente a profili sostanziali e non ad evenienze meramente processuali.

In particolare, una pronuncia ha precisato che, sulla base della disciplina applicabile ai procedimenti iscritti fino al 31 agosto 2020, antecedente alla riforma introdotta dal d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, come modificato dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito dalla legge 25 giugno 2020 n. 70, i risultati delle intercettazioni autorizzate per un determinato fatto-reato sono utilizzabili anche per gli ulteriori fatti-reato legati al primo dal vincolo della continuazione ex art. 12, lett. *b)*, cod. proc. pen., senza necessità che il disegno criminoso sia comune a tutti i correi (Sez. 5, n. 37697 del 29/09/2021, Papa, Rv. 282027 – 01).

Secondo altra decisione, poi, i risultati delle intercettazioni telefoniche legittimamente acquisiti nell'ambito di un procedimento penale inizialmente unitario, riguardanti distinti reati per i quali sussistono le condizioni di ammissibilità previste dall'art. 266 cod. proc. pen., sono utilizzabili anche nel caso in cui il procedimento sia successivamente frazionato a causa della eterogeneità delle ipotesi di reato e dei soggetti indagati, atteso che, in tal caso, non trova applicazione l'art. 270 cod. proc. pen. che postula l'esistenza di procedimenti *ab origine* tra loro distinti (Sez. 2, n. 4341 del 15/01/2025, Giglio, Rv. 287542 – 01).

Diverse pronunce, ancora, hanno affermato l'utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni anche in caso di diversa e meno grave qualificazione del reato per il quale le stesse sono state disposte, se questa nuova definizione giuridica del fatto consegua agli esiti delle captazioni o comunque alla fisiologica evoluzione delle investigazioni (cfr. Sez. 6, n. 48320 del 12/04/2022, Manna, Rv. 284074 – 01, e Sez. 6, n. 23148 del 20/01/2021, Bozzini, Rv. 281501 – 01).

7. (Segue): il "nucleo centrale "del fatto storico per il quale l'intercettazione è autorizzata.

Secondo la sentenza in esame, in considerazione di quanto esposto, appare ragionevole concludere che, ai fini della utilizzabilità dei risultati di intercettazioni telefoniche o tra presenti, nella nozione di "medesimo procedimento" sono da ricomprendere tutte le fattispecie di reato contestate sulla base dei fatti storici indicati a fondamento del provvedimento autorizzativo del giudice, pur se ulteriormente definiti solo all'esito del fisiologico sviluppo delle indagini, sempreché dette fattispecie rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dall'art. 266 cod. proc. pen. Invero, si è già detto che, in materia di intercettazioni, secondo la giurisprudenza anche delle Sezioni Unite, la nozione di "procedimento" è più ampia di quella di "reato", e si estende anche a fatti per i quali vi è solo parziale coincidenza, quali i reati connessi. In considerazione di questo assunto, di conseguenza, va anche esclusa l'individuazione della nozione di "procedimento" sulla base di quella di identità del fatto evocata nella memoria presentata nell'interesse dei ricorrenti, quale «corrispondenza storico-naturalistica nella configurazione del reato, considerato in tutti i suoi elementi costitutivi (condotta, evento, esso causale) e con riguardo alle circostanze di tempo, di luogo e di persona»; del resto, la nozione appena richiamata è relativa al ben diverso istituto del divieto di *bis in idem*.

Ciò posto, deve rilevarsi che la riferibilità del "medesimo procedimento" a tutte le fattispecie contestate sulla base dei fatti storici indicati a fondamento dei provvedimenti legittimanti le intercettazioni, pur se ulteriormente definiti solo all'esito del fisiologico sviluppo delle indagini, non sacrifica l'esigenza garantita dall'art. 15 Cost. di evitare che l'autorizzazione del giudice ad effettuare le captazioni assuma la fisionomia di una "autorizzazione in bianco". La corrispondenza tra il fatto storico posto a base dell'autorizzazione a disporre le intercettazioni, o parte di esso, e il "nucleo centrale" del fatto storico enunciato della nuova imputazione, in effetti, consente di concludere che pure quest'ultimo rientra tra i «fatti costituenti reato per i quali in concreto si procede», ossia tra i "fatti" che debbono essere necessariamente predeterminati nel provvedimento del giudice (Corte cost., sent. n. 366 del 1991).

Del resto, è proprio in ragione della medesimezza del fatto storico posto a fondamento delle intercettazioni, o di parte di esso, e del "nucleo centrale" del fatto storico posto a base dell'imputazione non enunciata nel provvedimento autorizzativo, che è possibile ritenere l'utilizzabilità dei risultati delle attività di captazione anche in caso di diversa e meno grave qualificazione della condotta delittuosa per la quale le stesse sono state disposte.

8. (Segue): il decreto di autorizzazione all'intercettazione.

Al fine di valutare se, nella specie, l'utilizzazione dei risultati delle attività di captazione sia da ritenere effettuata nell'ambito del "medesimo procedimento", per la sentenza in esame è fondamentale muovere dall'esame del decreto di intercettazione di conversazioni o comunicazioni in caso di urgenza, adottato dalla Procura della Repubblica di Catania il 9 giugno 2018, e del successivo decreto di convalida del G.i.p. del Tribunale di Catania, emesso in pari data; per completezza, è utile dare conto di altri atti allegati ai ricorsi e relativi all'evoluzione del procedimento nel quale sono state effettuate le intercettazioni.

Il decreto adottato dalla Procura della Repubblica di Catania il 9 giugno 2018, è stato emesso nell'ambito del procedimento penale n. 2534 del 2018, nei confronti dell'attuale ricorrente Antonio Padovani, per il reato di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., in Catania in corso di consumazione. A base del provvedimento, si riportano innanzitutto dichiarazioni del collaboratore di giustizia Fabio Lanzafame, imprenditore nel settore del *gaming on line* vicino al clan Santapaola/Ercolano, il quale ha riferito «dell'attività illecita condotta da Padovani Antonio e della quale aveva avuto contezza diretta nell'ambito della sua attività criminale e imprenditoriale». In particolare, secondo quanto trascritto nel decreto, il collaboratore di giustizia: 1) ha indicato Antonio Padovani come «un grosso noleggiatore di *slot machines* e proprietario del sito "*sport and games*"»; 2) ha precisato di essere divenuto nel 2002 «agente della "*sport and games*" proprio attraverso il Padovani», e di aver maturato un debito verso questa società per alcune migliaia di euro nel 2003, poi ripianato a rate; 3) ha riferito che «negli anni successivi un tale Felix cercò spesso di contattarmi, per conto del Padovani. Il Felix era uno stretto collaboratore del Padovani nel settore delle scommesse»; 4) ha aggiunto che, nel 2012/2013, Antonio Padovani gli aveva chiesto nuovamente di collaborare con lui e «mi disse che era in società con un tale Ninì Bacchi di Bagheria, proprietario del sito *www.bet2875.com* con cui stava avendo dei problemi», ed ancora che da tale collaborazione egli aveva maturato un credito nei confronti dell'attuale ricorrente, da questi adempiuto a rate.

Il decreto, poi, rappresenta che Antonio Padovani nel 2000 era stato sottoposto ad indagini dalle quali era risultato gestire, da "monopolista", gli apparecchi di videogiochi nella Sicilia orientale, i cui proventi risultavano confluire nelle casse del clan Santapaola, e che a carico del medesimo hanno riferito altri due collaboratori di Giustizia, Carmelo Barbieri ed Eugenio Sturiale. Secondo quanto riportato nel decreto, Carmelo Barbieri ha detto di aver conosciuto Antonio Padovani perché questi voleva aprire delle sale gioco a Gela, e, a tal fine, contattare la "famiglia Madonia", ed ha aggiunto di averlo perciò fatto incontrare con tale Burgio, gestore della sala bingo di Gela, precisando: «E in quell'occasione, sia Burgio che Padovani, addivennero a un accordo per la fornitura di macchinette, di queste *slot-machine* e anche per alcuni siti

sportivi che erano in dotazione o che li gestiva il signor Padovani». Eugenio Sturiale, invece, ha riferito in termini generali dell'esistenza di rapporti tra Antonio Padovani e la "famiglia Madonia".

Ancora, il decreto evidenzia la presenza di contatti tra Antonio Padovani e Salvatore Turiano, altro ricorrente in questa sede. Segnala, in particolare, i legami tra i due per reati connessi al gioco d'azzardo tra il 2002 ed il 2016, e, poi, con specifico riferimento al 2018, l'attività di autista svolta dal secondo per il primo nei giorni 22 e 23 maggio 2018. Rimarca come, il 23 maggio 2018, il precisato accompagnamento è stato funzionale a consentire ai due di recarsi presso distinti centri scommesse, uno con l'insegna "Betreal.it", l'altro con l'insegna "Domus Bet". Aggiunge che i centri scommesse con insegna "Betreal.it" sarebbero riconducibili ad una società con sede in Malta, il cui legale rappresentante era socio di una società, a sua volta, esercente la gestione di *software* per la società "Gamenet s.p.a.", la quale «ha numerose partecipazioni in aziende che esercitano le scommesse *on line* tra le quali la Sport And Games s.r.l. e la A.P. Games s.r.l., entrambe riconducibili al Padovani Antonio».

Il decreto del G.i.p. del Tribunale di Catania del 9 giugno 2018 ha convalidato il decreto di intercettazione di conversazioni o comunicazioni in caso di urgenza, adottato dalla Procura della Repubblica di Catania il 9 giugno 2018.

A suo fondamento, in particolare, il decreto del G.i.p. richiama sinteticamente le dichiarazioni del collaboratore di giustizia Fabio Lanzafame e sottolinea l'esigenza di intercettare le comunicazioni tra Antonio Padovani e Salvatore Turiano, indicato come «pregiudicato per reati connessi».

Per quanto riguarda gli altri atti, allegati ai ricorsi, e relativi all'evoluzione del procedimento nel quale sono state effettuate le intercettazioni, sembra utile indicare in sintesi il contenuto del decreto di iscrizione nel registro nelle notizie di reato a carico di Antonio Padovani nel proc. n. 2534/18, ossia del procedimento nel quale sono state disposte le intercettazioni della cui utilizzabilità si discute, del decreto di iscrizione nel registro nelle notizie di reato datato 15 gennaio 2020, e del decreto di archiviazione del proc. n. 2534/18.

Il decreto di iscrizione nel registro nelle notizie di reato a carico di Antonio Padovani nel proc. n. 2534/18, adottato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania in data 5 giugno 2018, è relativo al «reato di cui agli artt. 110, 416-bis c.p. In Catania in corso di consumazione».

Il decreto di iscrizione nel registro nelle notizie di reato, dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Catania in data 15 gennaio 2020, ha ad oggetto l'iscrizione o l'aggiornamento dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato di numerose persone, tra cui tutti gli attuali ricorrenti. Il precisato decreto, in particolare, premette: «Vista la CNR depositata e la richiesta cautelare predisposta nell'ambito del procedimento 2534/18». Dispone, poi, «[l]'iscrizione (o l'aggiornamento delle iscrizioni nei confronti) di» ottantasei persone, tra i quali gli attuali ricorrenti, e per tutti i fatti per i quali è stata poi esercitata l'azione penale nel presente processo, ivi compresi quelli ritenuti sussistenti dalla sentenza impugnata in questa sede. Ordina, quindi, che «le posizioni sopra indicate e limitatamente alle ipotesi contestate vengano stralciate in un nuovo procedimento penale contenente gli atti a fondamento della richiesta cautelare».

Il decreto di archiviazione del proc. n. 2534/18, adottato dal G.i.p. del Tribunale di Catania in data 29 dicembre 2022, fa seguito alla richiesta di archiviazione del 28 di-

cembre 2022. Lo stesso, emesso nei confronti di persone che non sono indicate nella copia allegata al ricorso, attiene ai reati di cui agli artt. 416-*bis*, 640 c.p. e 4 legge n. 401 del 1989. Il provvedimento, in particolare precisa: «L'odierno presente costituisce l'originario proc. di cui è stralcio il più corposo proc. pen. n. 1021/2020 R.G.N.R. (e N. 892/2020 R.G.GIP), denominato "Apate" nei confronti di Padovani Antonio e altri». E aggiunge in immediata consecuzione: «Per la maggior parte delle posizioni è stata esercitata azione penale, mentre restano da valutare, in questa sede, le posizioni dei soggetti nei confronti dei quali non emergono elementi per l'utile esercizio dell'azione penale». Per chiarezza, va precisato che, per quanto risulta dall'intestazione della sentenza emessa in primo grado nel presente procedimento dal Tribunale di Catania, ufficio del Giudice per le indagini preliminari, in data 12 maggio 2022, il

presente procedimento recava il n. 1021/20 R.G.N.R. e il n. 892/20 R.G. G.I.P. 2.3. In considerazione dei principi giuridici applicabili e degli elementi legittimamente valutabili, può concludersi che le intercettazioni di cui si discute sono utilizzabili ai fini dell'accertamento dei reati per cui si procede, in quanto deve ritenersi che le stesse sono state disposte nel "medesimo procedimento". La sentenza ha già chiarito che si è nell'ambito del "medesimo procedimento" quando il reato per il quale si procede, sebbene non enunciato nel decreto di autorizzazione delle intercettazioni, si riferisce ad un fatto storico il cui "nucleo centrale" coincide con – o è incluso in – quello posto a fondamento del precisato provvedimento.

Ora, nella vicenda in esame, il reato di associazione per delinquere finalizzato a commettere una serie indeterminata di delitti, in particolare relativi all'esercizio abusivo di giochi e scommesse, ascritto ad Antonio Padovani nella qualità di capo e promotore, ha ad oggetto un fatto storico il cui "nucleo centrale" è incluso in quello descritto a fondamento della contestazione di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., per la quale sono state autorizzate le intercettazioni.

Invero, la condotta indicata a base dell'imputazione di cui agli artt. 110 e 416-*bis* cod. pen., ed ascritta ad Antonio Padovani, riguarda proprio l'esercizio della sua attività imprenditoriale nel settore dei giochi e delle scommesse; e, nei decreti autorizzativi delle intercettazioni, si rappresenta che questa attività ha ad oggetto non solo il noleggio di *slot machines*, ma anche, e specificamente, la gestione di siti *internet* per la raccolta di scommesse, esercitata in modo organizzato ed avvalendosi di più collaboratori, tra cui Salvatore Turiano, poi ritenuto partecipe dell'associazione per delinquere oggetto del presente giudizio.

In particolare, come più analiticamente evidenziato nel § 2.2.1, nel decreto autorizzativo di urgenza del P.M. si espone che: a) il collaboratore di giustizia Lanzafame indica Padovani come proprietario del sito "*sport and games*", e riferisce di essere stato agente della società gerente tale sito «attraverso il Padovani», di essere stato contattato per conto di Padovani da tale Felix «stretto collaboratore» dell'attuale ricorrente proprio «nel settore delle scommesse», e di aver appreso da Padovani della partecipazione dello stesso in una società che gestiva un sito scommesse ".com"; b) il collaboratore Carmelo Barbieri fornisce notizia di un accordo tra Padovani e tale Burgio per la gestione in Gela «anche per alcuni siti sportivi che erano in dotazione o che li gestiva il signor Padovani»; c) le banche dati in possesso delle forze di polizia documentano rapporti consolidati nel tempo tra Antonio Padovani e Salvatore Turiano, anche specificamente relativi a reati connessi al gioco d'azzardo; d) pedinamenti effettuati nel maggio 2018 hanno confermato il rapporto di collaborazione tra

Padovani e Turiano, pure allo specifico fine di recarsi presso più centri di gestione di scommesse.

Inoltre, nel decreto di convalida del G.i.p., pur motivato in modo sintetico, si richiama espressamente e specificamente come rilevante proprio il rapporto intercorrente tra Antonio Padovani e Salvatore Turiano.

Le osservazioni che precedono sono risolutive ai fini del giudizio affermativo dell'utilizzabilità delle intercettazioni nel presente giudizio, atteso che questa conclusione, nella specie, dipende dalla nozione di "medesimo procedimento", e che tale nozione, come precedentemente rilevato nel § 2.1.4., in linea con le indicazioni di Sez. U, Cavallo, cit., si qualifica per il suo contenuto "sostanziale", e non per profili formali connessi alle iscrizioni nel registro delle notizie di reato.

A ogni modo, per completezza, si può rilevare che, dalla documentazione allegata dalla difesa al ricorso, per come già sintetizzato, risulta come il procedimento penale da cui è derivato il presente giudizio sia uno «stralcio» effettuato nel 2020 dal procedimento nel quale sono state disposte le intercettazioni, successivamente all'effettuazione di queste. Sicché, anche da un punto di vista formale, le intercettazioni di cui si discute, possono ritenersi effettuate nel "medesimo procedimento".

9. Osservazioni critiche.

La pronuncia in commento non può essere condivisa perché svuota di contenuto il controllo del giudice, ammettendo che il reato di associazione per delinquere finalizzato a commettere una serie indeterminata di delitti relativi all'esercizio abusivo di giochi e scommesse, ascritto al ricorrente nella qualità di capo e promotore, avrebbe ad oggetto un fatto storico il cui "nucleo centrale" e sarebbe incluso in quello descritto a fondamento della contestazione di associazione di stampo mafioso, per la quale erano state autorizzate le intercettazioni.

In definitiva, la Corte giunge a ravvisare una identità fattuale tra l'associazione di stampo mafioso, per la quale le intercettazioni furono a suo tempo autorizzate, e una generica associazione a delinquere, nonostante il fatto di reato sia ben diverso tra le due fattispecie criminose, che presentano un'evidente diversità ontologica tra le due forme di delitto associativo.

Ma soprattutto, il delitto di associazione di stampo mafioso è stato archiviato e quindi un giudice ha affermato l'insussistenza del relativo fatto di reato, che non può quindi essere posto a base di una altra autorizzazione ad intercettare.

Ma è evidente che il controllo del giudice per autorizzare o meno l'intercettazione, sotto il profilo della sussistenza dei "gravi indizi di reato", deve avere ad oggetto un fatto di reato contestato precisamente dal pubblico ministero, con indicazione degli elementi essenziali del delitto, della data e del luogo di commissione del fatto. E il fatto di reato relativo all'associazione mafiosa non solo è ontologicamente diverso dal fatto di reato riguardante l'associazione ai fini dell'esercizio abusivo di giochi e scommesse, ma si distingue pure per le diverse date e luoghi di commissione del fatto.

E allora, come si può sostenere che il giudice, autorizzando l'intercettazione per l'associazione mafiosa (poi archiviata e quindi insussistente), avrebbe implicitamente autorizzato anche la assai diversa associazione a delinquere, iscritta nel registro delle notizie di reato ben due anni dopo ?

Seguendo questa impostazione, l'autorizzazione ad intercettare relativa ad un fatto autorizzerebbe l'intercettazione per altri innumerevoli fatti diversi, il cui "nucleo centrale" potrebbe ritenersi "incluso" o "prossimo" o "simile" a quello autorizzato: il che significherebbe ammettere una "autorizzazione in bianco", che la Corte costituzionale censurò già dagli anni '90 del secolo scorso (Corte cost. 10.2.1994, n. 63).

Si potrebbe anche pensare di essere di fronte allo stesso fatto, ma diversamente qualificato nel tempo, prima come associazione mafiosa e poi derubricato come semplice associazione a delinquere.

Ma in questo caso il *vulnus* per la giustizia sarebbe ancora maggiore: il pubblico ministero nella richiesta di intercettazione avrebbe "iper-qualificato" una semplice associazione a delinquere in una associazione di stampo mafioso e, quel che è più grave, il g.i.p. avrebbe omesso di effettuare le doverose valutazioni a tutela della segretezza delle comunicazioni.

Non so in quale delle due ipotesi la giustizia ne esca peggio.

Per l'ammissione dell'incidente probatorio "speciale" resta preclusa al giudice la valutazione della vulnerabilità

Corte di Cassazione, Sez. S.U., sentenza 18 marzo 2025, (ud. 12 dicembre 2024), n. 10869 – Cassano Presidente – Aprile Relatore – Mazzotta P.G. (conf.) – Ric. A.A. Annullamento senza rinvio

Lorenzo Algeri*

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – **2.** Il caso e la questione di diritto. – **3.** L'incidente probatorio come istituto polifunzionale. – **4.** L'incidente probatorio "speciale" e quello "atipico". – **5.** Richiesta di incidente probatorio speciale e abnormità del provvedimento di rigetto. – **6.** Conclusioni. Un complesso bilanciamento tra la protezione del dichiarante vulnerabile e il diritto di difesa.

ABSTRACT

In giurisprudenza si è posto, da tempo, il problema dell'esistenza o meno di un ambito discrezionale del giudice per le indagini preliminari in relazione all'ammissione dell'incidente probatorio della testimonianza di soggetti vulnerabili e si è sviluppato un contrasto interpretativo in ordine alla ricorribilità in Cassazione, per vizio di abnormità, del provvedimento di rigetto della relativa richiesta. Le Sezioni unite, aderendo all'indirizzo minoritario, hanno stabilito che il giudice non ha nessuno spazio di discrezionalità nei casi di vulnerabilità presunta per legge ai sensi dell'art. 392 comma 1-bis, primo periodo, e che, di conseguenza, un eventuale provvedimento di rigetto è ricorribile in Cassazione per abnormità strutturale.

In case law, the issue of whether the judge for preliminary investigations has discretionary power in relation to the admission of evidence from vulnerable witnesses has long been debated, and a conflict of interpretation has arisen regarding the possibility of appealing to the Court of Cassation on the grounds of abnormality against the rejection of the relevant request. The Joint Divisions, adhering to the minority opinion, ruled that the judge has no discretion in cases of presumed vulnerability under the law pursuant to Article 392, paragraph 1-bis, first sentence, and that, consequently, any rejection decision may be appealed to the Court of Cassation on the grounds of structural abnormality.

* Ricercatore di Diritto processuale penale – Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze.

1. Considerazioni preliminari.

Le Sezioni unite della Cassazione sono state chiamate ad intervenire in merito ad un contrasto giurisprudenziale insorto in relazione alla legittimità del provvedimento con il quale il giudice rigetti la richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., motivato con riferimento alla non vulnerabilità della persona offesa e alla rinnovabilità della prova[1].

La Suprema corte ha risolto il contrasto interpretativo effettuando, sul piano sistematico, un bilanciamento tra due esigenze: da un lato, quella di protezione dell'offeso rispetto alle ricadute negative della c.d. vittimizzazione secondaria[2] e, da un altro lato, quella di salvaguardare le prerogative del diritto di difesa[3].

2. Il caso e la questione di diritto.

Il Procuratore de la Repubblica presso il Tribunale di Termini Imerese aveva chiesto al Giudice per le indagini preliminari di procedere con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza della persona offesa del reato di cui all'art. 572 c.p. nell'ambito del procedimento penale iscritto a carico del compagno convivente. Il pubblico ministero aveva evidenziato che la richiesta doveva considerarsi presentata ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., in una situazione nella quale, in ragione del titolo del reato oggetto di indagine, la testimone poteva essere qualificata come persona offesa in condizioni di vulnerabilità presunta per legge, sicché l'anticipazione della sua audizione le avrebbe evitato un "trauma da processo" e, allo stesso tempo, avrebbe garantito la genuinità della prova da acquisire. Aggiungeva come, nella fattispecie, l'ammissione dell'incidente probatorio fosse giustificata anche dalla "particolare vulnerabilità" della teste, in ragione del recente parto e delle conseguenti peculiari condizioni psicologiche. Il Giudice per le indagini preliminari aveva rigettato la richiesta argomentando, in linea generale, che l'art. 329, comma 1-*bis*, c.p.p. non prevede per il giudice un "obbligo" di disporre l'incidente probatorio in tutti i casi ivi previsti; più in particolare osservava che la teste, di cui era stato chiesto l'esame anticipato, benché persona offesa del reato di cui all'art. 572 c.p., non poteva essere qualificata come

---

[1] Per un commento in relazione all'ordinanza di rimessione (Cass., Sez. VI, 23 maggio 2024, n. 27104), si veda F.R. De Palo, *L'obbligo di incidente probatorio protetto e il ritorno dell'istruzione formale*, in *Arch. pen.*, 1, 2025, dove viene effettuata un'approfondita analisi della figura dell'atto abnorme nel procedimento penale.

[2] G. Di Chiara, *L'offeso. Tutela del dichiarante vulnerabile, sequenze dibattimentali, vittimizzazione secondaria, stress da processo: l'orizzonte-parametro del danno da attività giudiziaria penale tra oneri organizzativi e prevenzione dell'incommensurabile*, in *La vittima del processo. I danni da attività giudiziaria penale*, a cura di G. Spangher, Torino, 2017, 451 ss.; A. Saponaro, *Vittimologia. Origini – concetti – tematiche*, Milano, 2004, 185 ss.; M. Venturoli, *La vittima nel sistema penale: dall'oblio al protagonismo?* Napoli, 2015, 51 ss.; G. Scardaccione, *Le vittime e la vittimologia. Teorie e applicazioni*, Milano, 2015, 110 ss.

[3] Cass., Sez. un., 18 marzo 2025 (ud. 12 dicembre 2024), n. 10869. Per un commento sintetico alla sentenza si veda A. Marandola, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile*, in *Giur. it.*, maggio, 2025, 1173.

persona in condizioni di vulnerabilità, in ragione: della sua maggiore età; del fatto che aveva già presentato plurime denunce contro l'indagato; dei plurimi riscontri della sua ultima deposizione accusatoria; delle dichiarazioni del padre della donna, il quale aveva riferito agli inquirenti che, dopo il parto, la figlia si trovava in buone condizioni fisiche. Investita del ricorso del pubblico ministero, la Sesta Sezione penale della Corte di cassazione aveva rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità di impugnare l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p. e, con ordinanza del 23 maggio 2024, aveva rimesso gli atti alle Sezioni Unite.

Secondo un primo orientamento, il provvedimento con il quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona offesa nei casi indicati dall'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., è legittimo, perché rientrante nella sfera del potere discrezionale spettante al giudice[4]. Secondo questo indirizzo, largamente maggioritario, le disposizioni di fonte sovranazionale che regolano la materia (art. 35 della Convenzione di Lanzarote del 2007, art. 18 della Convenzione di Istanbul del 2011, artt. 18 e 20 della Direttiva 2012/29/UE), dalle quali emerge l'esistenza del interesse primario a l'adozione di misure finalizzate a la limitazione de le audizioni de la vittima, non comportano nel processo penale alcun "automatismo" probatorio, tanto meno un obbligo per il giudice di disporre l'assunzione della testimonianza della persona offesa vulnerabile a seguito della mera presentazione di una richiesta di incidente probatorio. Stabilire, in siffatte ipotesi, un "obbligo" per il giudice di ammissione dell'incidente probatorio, oltre che porsi in contrasto con il tenore letterale delle norme del codice di procedura penale, potrebbe finire per realizzare un effetto sproporzionato rispetto allo scopo di tutela del soggetto vulnerabile: come avverrebbe laddove la prova da assumere dovesse risultare irrilevante o superflua, perché ad esempio il dato conoscitivo sia stato già raggiunto *aliunde*; oppure quando specifiche circostanze di fatto, legate, ad esempio, alle peculiari condizioni de la vittima o alle caratteristiche della condotta delittuosa, sconsiglino l'anticipazione a la fase de le indagini del assunzione della testimonianza. Sulla base di tali considerazioni si è negato che l'ordinanza con la quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio per l'esame della persona offesa di uno dei reati di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., per essere stato escluso lo stato di vulnerabilità de la vittima, possa essere qualificata come abnorme, in quanto provvedimento che non si pone al di fuori del sistema processuale e non determina una irrimediabile stasi del procedimento, ben potendo la suindicata prova dichiarativa essere acquisita nel prosieguo del giudizio.

Un secondo orientamento ha sostenuto, al contrario, l'impugnabilità dell'ordinanza. Per tale orientamento, le medesime disposizioni di fonte sovranazionale indicate dal primo indirizzo, tutte finalizzate a scongiurare per le vittime di determinati rea-

[4] Cass., Sez. I, 8 giugno 2023, n. 46821, in *Ced Cass.* 285455 - 01; Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 46109, in *Ced Cass.* 282354 - 01; Cass., Sez. III, 28 maggio 2021, n. 29594, in *Ced Cass.* 281718 - 01; Cass., Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, in *Ced Cass.* 280337 - 01; Cass., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, in *Ced Cass.* 279604 – 01. Per un precedente più remoto si veda Cass., Sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, in *Ced Cass.* 255483 – 01.

ti il rischio di fenomeni di "vittimizzazione secondaria", impongono l'anticipazione dell'audizione di quelle persone offese di cui occorre salvaguardare l'integrità fisica e psicologica, altrimenti messa in pericolo da un indebito ritardo ovvero da una ripetizione degli ascolti nel corso del procedimento penale. Il giudice è, dunque, obbligato ad ammettere l'incidente probatorio finalizzato all'assunzione della testimonianza della persona offesa vulnerabile richiesto ai sensi dell'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., potendo rigettare l'istanza solo in assenza degli ulteriori specifici presupposti normativi che legittimano l'anticipazione dell'atto istruttorio. A tale conclusione è possibile pervenire sulla base dell'esegesi letterale della disposizione in argomento, caratterizzata, in particolare, dall'impiego della formula «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1»; nonché in ragione del fatto che, in tutte le disposizioni del codice di rito in materia di prova penale, sono sempre tenute distinte le facoltà di iniziativa spettanti alle parti processuali, espressione dell'esercizio di diritti potestativi, dai poteri valutativi e decisionali spettanti al giudice destinatario delle relative richieste. In tali situazioni, è qualificabile in termini di "arbitrarietà" e, dunque, di abnormità l'ordinanza del giudice che rigetta la richiesta di incidente probatorio per l'assunzione della testimonianza della persona offesa, laddove tale determinazione sia giustificata da concrete valutazioni in ordine alla vulnerabilità della vittima ovvero alla esistenza dell'urgenza dell'atto da compiere[5]. Con decreto del 15 luglio 2024, la Prima Presidente aveva assegnato il ricorso alle Sezioni Unite penali fissando per la trattazione l'udienza pubblica del 12 dicembre 2024.

3. L'incidente probatorio come istituto polifunzionale.

Le Sezioni unite della Cassazione, prima di entrare nel merito della questione oggetto di ricorso, hanno ripercorso l'evoluzione normativa che ha portato all'attuale configurazione dell'incidente probatorio. Nella sua impostazione originaria, il codice di procedura penale del 1988 stabiliva una netta separazione tra la fase delle indagini preliminari, destinata a consentire al pubblico ministero di svolgere le indagini, acquisendo le fonti di prova necessarie per accertare la fondatezza della iniziale notizia di

[5] Il relativo provvedimento è stato considerato affetto da abnormità strutturale, in quanto emesso in assenza di un potere espressamente previsto dalla legge. In questo senso, Cass., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, in *Ced Cass.* 277756 – 01, commentata da C. Ardigò, *Verso un "liberalizzazione" dell'incidente probatorio, tra tutela della vittima vulnerabile e salvaguardia delle garanzie difensive*, in *Sist. Pen.*, 6, 2020, 209.; Cass., Sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, in *Ced Cass.* 277686 – 01, commentata da L. Suraci, *L'atto "assiologicamente" abnorme: riflessi di una nuova nozione di abnormità. (Incidente probatorio)*, in *Giur. It.* 2020, 201. Secondo un'altra pronuncia, "il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio finalizzato all'assunzione della prova dichiarativa di una parte lesa vulnerabile è affetto da abnormità funzionale per carenza di potere in concreto nel caso in cui non esponga le cogenti ragioni che, nello specifico, prevalgono sulle esigenze di tutela della vittima e della genuinità della prova" (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto abnorme il provvedimento reiettivo della richiesta di incidente probatorio strumentale all'assunzione delle testimonianze delle persone offese del delitto di cui all'art. 612-*bis* c.p., adottato dal giudice per le indagini preliminari sul rilievo che gli atti persecutori risultavano assorbiti negli ulteriori delitti contestati di rapina e di estorsione, che non avrebbero consentito l'anticipazione della testimonianza, anche in ragione dell'età dei dichiaranti e della natura economica dei fatti denunciati). V. Cass., Sez. II, 24 marzo 2023, n. 29363, in *Ced Cass.* 284962 - 01.

reato, e, dunque, per permettere al rappresentante della pubblica accusa di decidere se esercitare o meno l'azione penale; e la fase del giudizio dibattimentale, deputata alla verifica della fondatezza dell'ipotesi accusatoria "cristallizzata" nell'imputazione, mediante l'assunzione delle prove nel contraddittorio delle parti, dinanzi ad un giudice terzo. Il dibattimento, dunque, costituiva il momento esclusivo nel quale era prevista la formazione della prova penale, in ossequio ai principi di oralità, di concentrazione e di immediatezza, essendo, di regola, esclusa l'utilizzazione diretta dei risultati delle attività di investigazione svolte unilateralmente dalle parti nel corso della precedente fase delle indagini.

Tuttavia, quel sistema processuale riconosceva, in via eccezionale, la possibilità di anticipare nel tempo l'assunzione di una prova, stabilendo che nel corso della fase delle indagini preliminari o durante l'udienza preliminare[6] si potesse aprire una sorta di parentesi, per consentire al giudice, su richiesta della parte, l'acquisizione di una prova che non sarebbe stato possibile assumere in un eventuale, successivo giudizio dibattimentale[7]. La formazione della prova penale sarebbe avvenuta in forma "incidentale", nel rispetto dei criteri fondamentali del contraddittorio e dell'oralità, ma derogando a quello della immediatezza (perché il giudice della assunzione della prova sarebbe stato diverso da quello chiamato ad adottare, in seguito, la decisione finale di merito), esclusivamente in alcune specifiche situazioni, nelle quali fosse stata riconosciuta l'esistenza di una urgente indifferibilità dell'atto da compiere ovvero della non rinviabilità della relativa attività assuntiva. Tali ipotesi eccezionali, disciplinate tassativamente dalle disposizioni previste dalla lett. a) alla lett. g) dell'originaria versione del comma 1 dell'art. 392 c.p.p. – alle quali si aggiungeva la peculiare fattispecie disciplinata dal comma 2 dello stesso articolo –, rispondevano al bisogno di assicurare, in via del tutto straordinaria, l'acquisizione anticipata di un patrimonio informativo altrimenti destinato a diventare, nel prosieguo, non più recuperabile. Negli anni successivi al momento dell'entrata in vigore del codice di rito, una serie di ripetuti interventi legislativi ha in parte modificato i presupposti di operatività dell'istituto dell'incidente probatorio, ampliando le possibilità di impiego di uno strumento processuale che, nella iniziale impostazione codicistica, avrebbe dovuto avere uno spazio assoluta-

[6] V. Corte cost., n. 77 del 1994.

[7] S. Arasi, *L'incidente probatorio atipico*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2012, 622 ss.; M. Bargis, *L'incidente probatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 4, 1328 ss.; L. Cuomo, F. Scioli, *L'incidente probatorio*, Torino, 2007; G. Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2006; G. De Roberto, voce *Incidente probatorio*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Roma, 1989, 4 ss.; G. Di Chiara, *L'incidente probatorio tra «novella» del 1997 e successive turbolenze: la breccia delle dichiarazioni collaborative* erga alios, in *Giur. Cost.*, 1999, 6, p. 3786 ss.; P. Di Geronimo, *L'incidente probatorio*, Padova, 2000; K. La Regina, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, III, Torino, 2009, 551 ss.; A. Macchia, *L'incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1989, 8-9, 1600 ss.; M. Galasso, *L'incidente probatorio nel nuovo codice di procedura penale*, in *Giur. mer.*, 1990, 3, 688 ss.; C. Morselli, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000; B. Piattoli, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg, I, Torino, 2000, 399 ss.; P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, 69 ss.; S. Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 11 ss.; S. Sau, *sub* art. 392 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, Tomo I, Milano, 2023, 2466 ss.; L. Suraci, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, Pisa, 2017, 18 ss.

mente limitato. Tale istituto ha finito, così, per acquisire - come evidenziato negli studi dottrinali - una vera e propria "polifunzionalità"[8].

4. L'incidente probatorio "speciale" e quello "atipico".

Nell'ambito dei casi di incidente probatorio non legati strettamente alla caratteristica della non rinviabilità, spiccano le ipotesi di acquisizione delle dichiarazioni testimoniali di soggetti "fragili". Da questo punto di vista, l'anticipazione della testimonianza presenta una duplice finalità: in primo luogo, è volta a proteggere la persona vulnerabile dalle ricadute negative dovute alla partecipazione al processo per un tempo prolungato; in secondo luogo, è predisposta a garanzia della genuinità e dell'attendibilità della prova.

Nella sua iniziale versione, il comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., introdotto dall'art. 13 comma 1 della legge 15 febbraio 1996, n. 66, recante nuove "Norme contro la violenza sessuale", prevedeva, oltre a più estese forme di "*discovery*" degli atti di indagine e ad innovative modalità di audizione "protetta" (artt. 393, comma 2-*bis*, e 398, comma 5-bis, c.p.p.), un "percorso privilegiato" per favorire l'anticipazione dell'assunzione della deposizione testimoniale del minore di sedici anni, nell'ambito dei procedimenti riguardanti i più gravi delitti di abuso sessuale. Venne, infatti, stabilito che l'acquisizione di quella prova sarebbe potuta avvenire "anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1" dello stesso art. 392 c.p.p., dunque indipendentemente dalla ricorrenza di una delle situazioni che, in precedenza, avrebbero eccezionalmente potuto giustificare una assunzione anticipata della prova. La portata operativa di tale disposizione è stata, in seguito, notevolmente ampliata.

Dapprima, è stato esteso il catalogo dei reati per i quali è possibile l'instaurazione di tale forma di incidente probatorio c.d. "speciale"[9].

Successivamente, è stata prevista l'operatività di tali speciali regole di formazione della prova penale con riguardo ad una più larga categoria di testimoni, essendo state ritenute applicabili sia a tutti i minorenni (dunque, non solo agli infrasedicenni), sia alle persone offese maggiorenni, ma sempre in relazione a particolari tipologie

[8] K. La Regina, *Incidente probatorio*, cit., 570 ss.; A. Macchia, *Nuove norme in materia di rinvio a giudizio, di udienza preliminare e di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 1999, 1, 328 ss.; P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, cit., 86 ss.; S. Sau, *L'incidente probatorio*, cit., 71 ss.; L. Suraci, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e protezione della persona*, 22 ss.

[9] Tale estensione è avvenuta per effetto dell'art. 13, comma 3, legge 3 agosto 1998, n. 269, in materia di "Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori"; dell'art. 15, comma 7, legge 11 agosto 2003, n. 228, in materia di "Misure contro la tratta di persone"; dell'art. 14, comma 2, legge 6 febbraio 2006, n. 38, in materia di "Disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet"; dell'art. 9, comma 1, lett. b), D.L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, in materia di "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori"; ed ancora, dell'art. 5, comma 1, lett. g), legge 1 ottobre 2012, n. 172, in materia di "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007".

di reati[10]. L'ultima versione del comma 1-*bis*[11] dell'art. 392 c.p.p. prevede un ulteriore, secondo periodo, con cui si è voluta disciplinare la figura dell'incidente probatorio c.d. "atipico": in collegamento con il nuovo art. 90-*quater* c.p.p., è stabilito che "In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza".

In seguito alla disamina inerente alla predetta evoluzione normativa, le Sezioni unite hanno chiarito che il comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. è strutturato secondo una composizione "binaria", in forza della quale sono attribuiti al giudice differenti poteri di valutazione in ordine alla richiesta di anticipare la testimonianza in incidente probatorio.

Il primo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p. è riconducibile al c.d. incidente probatorio "speciale" e riguarda i casi in cui si procede per specifici gravi reati a sfondo sessuale ovvero espressione di violenza domestica o di genere, nei quali è prevista l'assunzione anticipata della testimonianza del minore o della persona offesa perché lo *status* di soggetto vulnerabile è presunto per legge.

Il secondo periodo del comma 1-*bis* dell'art. 392 c.p.p., invece, si riferisce al c.d. incidente probatorio "atipico" e si riferisce a tutti gli altri casi, relativi ad altri reati ("In ogni caso", si legge nell'*incipit* del secondo periodo) in cui la persona offesa si trovi in "condizioni di particolare vulnerabilità".

Nelle ipotesi di incidente probatorio "speciale", dunque, a fronte della richiesta di anticipare l'acquisizione della testimonianza, il giudice non ha alcun potere valutativo sulla vulnerabilità del soggetto da ascoltare in quanto la medesima è presunta *iuris et de iure*, restando la discrezionalità giurisdizionale limitata all'accertamento della presenza dei presupposti oggettivi e soggettivi previsti dalla norma[12]. In particolare, secondo le Sezioni unite, è ragionevole ritenere che resti, in ogni caso, ferma l'applicabilità della regola generale dettata, in materia di prova penale, dall'art. 190, comma 1, c.p.p., per cui il giudice è sempre tenuto ad escludere, tra quelle richieste, "le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti". Inoltre, non si può escludere che, in applicazione di tale disposizione, il giudice possa giun-

[10] Così per effetto delle modifiche introdotte dall' art. 9 del D.L. n. 38 del 2009.

[11] La norma è stata modificata dall'art. 1, comma 1, lett. h), legge 15 dicembre 2015, n. 212 (approvata dal Parlamento per dare attuazione alla Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

[12] La maggioranza della dottrina ritiene che l'art. 392 comma 1 *bis* c.p.p. stabilisca una presunzione di vulnerabilità e di non rinviabilità. V. L. Camaldo, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 176; P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, cit., 89, 91 ss.; S. Sau, *L'incidente probatorio*, cit., 76, 144 ss., 222; F. Tribisonna, *L'ascolto del minore testimone o vittima di reato nel procedimento penale. Il difficile bilanciamento tra esigenze di acquisizione della prova e garanzia di tutela della giovane età*, Padova, 2017, 256 ss. Si veda, tuttavia, in senso contrario M.G. Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, in *Il minorenne fonte di prova nel processo penale*, a cura di C. Cesari, Milano, 2015, 176 ss.; N. Pascucci, *La testimonianza della persona offesa minorenne*, Torino, 2020, 129.

gere a rigettare una richiesta di incidente probatorio, laddove l'esame testimoniale dovesse risultare in concreto del tutto inutile, perché, ad esempio, la prova dei fatti oggetto della deposizione sia stata raggiunta in base ad altre risultanze processuali; oppure se l'esame dovesse essere risultare "non praticabile" per le particolari condizioni personali in cui si trova il dichiarante. In tali casi, però, il giudice che intende dichiarare inammissibile o rigettare la richiesta sarà tenuto a dare conto delle specifiche ragioni della sua decisione, assolvendo ad un onere di motivazione puntuale e specifica, per evitare il rischio che le sue determinazioni possano tradursi in una sostanziale elusione delle indicate presunzioni di legge.

Al contrario, nelle ipotesi di incidente probatorio "atipico", il giudice conserva un più ampio potere di valutazione in quanto deve appurare in concreto, volta per volta, se sussista la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa (anche se minorenne), desumendola, "oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede", tenendo conto "se il fatto risulta commesso con violenza alla persona con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato" secondo le prescrizioni contenute nell'art. 90-*quater* c.p.p.

La suddetta regolamentazione dei poteri del giudice è coerente, ad avviso delle Sezioni unite, con l'impianto vittimocentrico dell'attuale struttura del procedimento penale. Un'immediata conferma si trova nella disciplina stabilita dalla regola di cui all'art. 190-*bis* c.p.p., che preclude tendenzialmente la reiterazione della testimonianza vulnerabile in sede dibattimentale[13].

Un'ulteriore conferma di questa impostazione si rinviene nella normativa e nella giurisprudenza sovranazionale.

Infatti, il legislatore, nelle varie modifiche che sono state nel tempo apportate al codice di procedura penale, ha tenuto conto, tra l'altro, della necessità di uniformare

[13] La L. n. 269 del 1998 aveva esteso alla testimonianza del minore di sedici anni nei procedimenti per i reati di violenza sessuale e pedofilia la medesima previsione di cui all'art. 190 *bis* c.p.p., introdotto per i procedimenti di criminalità organizzata ad opera del D.L. n. 306 del 1992, convertito dalla L. n. 356 del 1992. Si veda, in proposito, L. Camaldo, *La testimonianza dei minori nel processo penale: nuove modalità di assunzione e criteri giurisprudenziali di valutazione*, in *Ind. pen.*, 2000, 181 ss.; F.M. Grifantini, sub *art. 190-bis*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, Milano, 2020, 752 ss.; C. Quaglierini, sub *art. 190-bis*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano, 2023, 2628 ss. Come è noto, in seguito alla modifica apportata dall'art. 1, comma 1, lett. e), D.Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, l'art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, prevede attualmente un meccanismo di filtro in forza del quale il diritto ad ottenere l'ammissione della prova dichiarativa in dibattimento è limitato nei procedimenti aventi ad oggetto determinati reati in materia di violenza sessuale e di pedofilia quando il testimone "*minore degli anni diciotto*" e, in ogni caso, la "*persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità*" hanno già reso dichiarazioni in sede di incidente probatorio o in dibattimento nel contraddittorio con la persona nei cui confronti le dichiarazioni medesime saranno utilizzate ovvero si tratta di dichiarazioni i cui verbali sono stati acquisiti a norma dell'articolo 238 c.p.p. In tali casi l'esame è ammesso soltanto se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni oppure se il giudice o una delle parti lo ritengano necessario in base a specifiche esigenze.

l'ordinamento interno alle previsioni di norme sovranazionali attinenti, in modo specifico, alle modalità di assunzione della testimonianza del minore vittima di reati.

Nel contesto internazionale ha assunto una specifica rilevanza la Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali, stipulata a Lanzarote il 25 ottobre 2007[14]. Si tratta di uno strumento sovranazionale, attraverso il quale si mira a predisporre un tessuto normativo efficace per prevenire e reprimere le dilaganti forme di sfruttamento sessuale – in particolare sotto forma di pornografia e prostituzione – che coinvolgono i minorenni.

Il punto di equilibrio tra esigenze di salvaguardia della psiche del minore e di genuinità dei contributi probatori che gli stessi sono in grado di fornire al processo penale è costituito dalle regole relative ai "*colloqui con il bambino*" (art. 35). Le regole si compongono di un catalogo di prescrizioni da osservare nelle interviste dei minorenni (anche semplici testimoni dei fatti criminosi previsti dalla Convenzione), con lo scopo di gestire in modo specialistico il percorso di sofferenza legato al ricordo traumatico che la deposizione vuole rievocare e, contemporaneamente, di evitare eccessi investigativi, capaci di minare non solo la stabilità psicologica del minore ma anche la genuinità del prodotto probatorio dichiarativo. Si prevede, pertanto, che i colloqui con il minore si svolgano - per quanto possibile - a ridosso dei fatti traumatici subiti dal medesimo, così da consentirgli un rapido allontanamento dal circuito mnemonico e processuale legato al reato; che i colloqui si svolgano in locali idonei allo scopo, attraverso professionisti specificamente preparati ed addestrati e con la presenza - salve necessità contrarie - di maggiorenni di riferimento; che il numero dei colloqui sia limitato allo stretto indispensabile e sottoposto a video-registrazione, così da poter sfruttare le registrazioni come prova nel processo in luogo di nuove deposizioni del minore.

Per le dichiarazioni in sede processuale *stricto sensu*, infine, si prevede (art. 36) la possibilità di svolgimento del processo a porte chiuse oppure l'audizione a distanza.

Il vero salto di qualità nel rafforzamento dei diritti della persona offesa dal reato, oltre alle fondamentali indicazioni che derivano dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[15] e della Corte di Giustizia[16], è rappresentato dall'adozione

[14] Per un'analisi dettagliata della Convenzione di Lanzarote si veda S. Martelli, *Le convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in L. Lupária (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015, 31 ss. In Italia, il legislatore ha attuato la Convenzione per mezzo della legge 1° ottobre 2012, n. 172.

[15] In una lettura che accomuna il concetto della "vittimizzazione secondaria" a quello della vulnerabilità, la Corte di Strasburgo ha, infatti, ritenuto che il diritto previsto dall'art. 8 CEDU possa risultare in concreto violato, oltre che nei casi in cui l'iniziativa processuale sia stata lasciata alla decisione della persona offesa del reato o si sia realizzata una eccessiva esposizione, anche mediatica, della stessa, anche laddove nel processo vengano adottate forme e modalità di audizione che non garantiscano una adeguata protezione della vittima (cfr., tra le altre, Corte EDU, 27/05/2021, J.L. c. Italia; Corte EDU, 09/02/2021, Affaire N.Q. c. Turchia; Corte EDU, 14/05/2020, Mraovic c. Croazia; Corte EDU, 02/03/2017, Talpis c. Italia; Corte EDU, 28/05/2015, Y. c. Slovenia).

[16] La Corte di giustizia delle Comunità Europee nel 2005 si era già occupata della materia *de qua*. Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla interpretazione delle disposizioni dettate dagli artt. 2, 3 e 8 della Decisione quadro del 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale - nell'affrontare i riflessi di una vicenda riguardante un procedimento penale pendente in Italia, nel quale era stato chiesto l'incidente probatorio per

della Dir. 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI[17].

Di particolare importanza è il capo 4 ("Protezione delle vittime e riconoscimento delle vittime con specifiche esigenze di protezione"). Gli artt. 18 e 20 della menzionata Direttiva 2012/29/UE prescrivono che "gli Stati membri assicurano che sussistano misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici, e per salvaguardare la dignità della vittima durante gli interrogatori o le testimonianze (tra l'altro provvedendo) a che durante le indagini penali: a) l'audizione della vittima si svolga senza indebito ritardo dopo la presentazione della denuncia relativa a un reato presso l'autorità competente; b) il numero delle audizioni della vittima sia limitato al minimo e le audizioni abbiano luogo solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale".

5. Richiesta di incidente probatorio speciale e abnormità del provvedimento di rigetto.

Nella sentenza in commento le Sezioni unite hanno, infine, risolto il contrasto interpretativo sorto in ordine alla abnormità[18] o meno del provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio protetto *ex* art. 392, comma 1-*bis* c.p.p.

l'assunzione della testimonianza di un minore - la Corte di Lussemburgo ha inequivocabilmente chiarito che "la realizzazione degli obiettivi perseguiti dalle citate disposizioni della decisione quadro impone che un giudice nazionale abbia la possibilità, per le vittime particolarmente vulnerabili, di utilizzare una procedura speciale, come l'incidente probatorio diretto all'assunzione anticipata della prova, prevista nell'ordinamento di uno Stato membro, nonché le modalità particolari di deposizione pure previste, se tale procedura risponde in modo ottimale alla situazione di tali vittime e si impone al fine di impedire la perdita degli elementi di prova, di ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e di impedire le conseguenze pregiudizievoli, per le dette vittime, della loro deposizione in pubblica udienza" (Corte giustizia, 16 giugno 2005, Pupino).

[17] S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in questa *Rivista*, 8, 2013, 882. L'autore osserva che con la Dir. 2012/29/UE "Muta, in primo luogo, l'approccio stesso al concetto di vittima, la sua collocazione nello scenario criminale complessivo: il reato, difatti, viene considerato non soltanto come un fatto socialmente dannoso ma - *expressis verbis* - anche come una violazione dei diritti individuali della vittima (*considerando* n. 9), questi ultimi contrapposti senza giri di parole ai consolidati diritti individuali dell'imputato.". Cfr. anche L. Lupária, *La victime dans le procès pénal italien à la lumière du récent scénario européen*, in *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2014, 615 s.

[18] Per un approfondimento del concetto di atto abnorme v. A. Bellocchi, *L'atto abnorme nel processo penale*, Torino, 2011; R. Cantone, *Note minime a proposito del provvedimento abnorme*, in *Cass. pen.*, 1996, 1, 184 ss.; A. Capone, *L'invalidità nel processo penale*, Padova, 2012, p. 232 ss.; M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1240 ss.; Ead., *L'abnormità tra crisi della legalità e crisi della Cassazione*, *Ind. pen.*, 2016, 1, 113 ss.; P. Corvi, sub *art. 177 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, Milano, 2023, 2374 ss.; C. Iasevoli, voce *Abnormità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 2004, 1 ss.; V. Maffeo, *L'abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Torino, 2015, 231 ss.; F. Nevoli, voce *Abnormità*, in *Digesto pen.*, Agg. VI, I, Torino, 2011, 1 ss.; P.P. Paulesu, sub *art. 177 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Illuminati e L. Giuliani, Milano, 2020, 661; B. Romanelli,

Come è noto, il concetto di atto abnorme è stato sviluppato dalla giurisprudenza in relazione ad una molteplicità di situazioni processuali per evitare che il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione (art. 568, comma 1 c.p.p.) finisca per precludere la possibilità di impugnare quei provvedimenti affetti da anomalie così gravi da renderli del tutto eccentrici rispetto al sistema del codice[19].

Si è sostenuto che l'abnormità è qualificabile come strutturale, laddove il provvedimento del giudice si ponga al di fuori del sistema processuale, in quanto espressione dell'esercizio di un potere non attribuito dall'ordinamento processuale, dunque adottato in una situazione di "carenza di potere in astratto"; ovvero quando esso sia manifestazione di un potere riconosciuto dall'ordinamento, ma esercitato al di fuori dei casi consentiti, in un contesto processuale del tutto diverso da quella previsto dalla legge, per cui sia riconoscibile una "radicale deviazione del provvedimento dallo scopo del suo modello legale", dunque una situazione di "carenza di potere in concreto"; in entrambe le ipotesi, si tratta di provvedimento frutto di uno sviamento di potere, che integra gli estremi del vizio della abnormità se è causa di un pregiudizio altrimenti non sanabile in relazione ai diritti soggettivi o alle facoltà delle parti[20].

L'abnormità è qualificabile, invece, come funzionale[21], laddove il giudice abbia esercitato un potere riconosciutogli dall'ordinamento, ma il provvedimento emesso comporti una stasi del procedimento ovvero un'impossibilità di proseguirlo: fattispecie che si verifica non tanto perché il provvedimento abbia comportato un regresso del procedimento ad un grado o ad una fase precedente (regresso che comporterebbe, di regola, la mera illegittimità del provvedimento, e, in assenza di espressa previsione legislativa, la non ricorribilità della relativa decisione), bensì unicamente quando esso imporrebbe al pubblico ministero il compimento di un atto nullo, come tale rilevabile nel corso del successivo procedimento; in altri termini, l'abnormità funzionale non sussiste laddove la decisione del giudice non comporti una irrimediabile stasi processuale, perché, indipendentemente dal fatto che vi sia stata o meno una indebita regressione del procedimento, le conseguenze del provvedimento "anomalo" finiscono per diventare "innocue", in quanto risolvibili per mezzo di successive "attività propulsive legittime"[22].

Incidente proba torio atipico e abnormità: oscillazioni ed equivoci giurisprudenziali, in *Arch. pen.*, 2021, 2, 1 ss.; G. Santalucia, *L'abnormità dell'atto processuale penale*, Padova, 2003

19 P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2025, 231-232.

20 Cass., S.U., 12 febbraio 1998, n. 17, in *CED Cass.* 209603; Cass., S.U., 26 gennaio 2000, n. 26, in *CED Cass.* 215094.; Cass., Sez. un., 26 marzo 2009, n. 25957, in *CED Cass.* 243590.

21 In merito alla distinzione tra abnormità strutturale e funzionale si vedano, peraltro, le considerazioni critiche di M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, cit., p. 1242, «la distinzione fra abnormità strutturale e funziona le, infatti, appare fuorviante in quanto fa supporre che esistano due tipologie di abnormità, una genetica ed una funzionale. In realtà il vizio di struttura e quello funzionale coesistono nell'abnormità e non sono alternativi. La stasi del processo, infatti, non rappresenta una causa autonoma di abnormità, ma indica la conseguenza dell'esercizio da parte del giudice dei poteri che non gli sono attribuiti. La categoria della abnormità funzionale, pertanto, è priva di qualsivoglia autonomia, indicando esclusivamente le conseguenze, sul piano processuale, dell'emanazione di un atto abnorme».

22 Cass., Sez. U, 13 luglio 2023, n. 42603, El Karti, in *CED Cass.* 285213 - 02; Cass., Sez. U, 28 aprile 2022, n. 37502, Scarlini, in *CED Cass.* 283552 - 01; Cass., Sez. U, 18 gennaio 2018, n. 20569, Ksouri, in *CED Cass.* 272715 -01; Cass., Sez. U, 26 marzo 2009, n. 25957, Toni, in *CED Cass.* 243590 – 01.

In definitiva, secondo il supremo collegio, è possibile concludere che l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nel catalogo di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p. – laddove fondata su valutazioni che attengono alla vulnerabilità della persona offesa ovvero alla non rinviabilità dell'assunzione della prova – rientri nella categoria dei provvedimenti viziati da abnormità strutturale per "carenza del potere in concreto". Infatti, se si afferma che la disposizione in commento, in ragione della speciale natura del reato per il quale si procede, prevede una presunzione *iuris et de iure* in ordine alla esistenza sia del requisito della vulnerabilità della persona offesa da esaminare sia di quello della non rinviabilità della assunzione della relativa prova testimoniale, ne consegue che l'ordinanza di rigetto debba considerarsi manifestazione dell'esercizio di un potere caratterizzato da una radicale deviazione del provvedimento dallo scopo del suo modello legale.

6. Conclusioni. Un complesso bilanciamento tra la protezione del dichiarante vulnerabile e il diritto di difesa.

In conclusione, dopo aver analizzato la motivazione delle Sezioni unite, occorre chiedersi se l'attuale meccanismo di ammissione della richiesta di incidente probatorio speciale, oltre ad essere in linea con le esigenze di protezione dei soggetti fragili, offra anche uno spazio sufficiente ai diritti della difesa.

La pronuncia in commento ha evidenziato che la disciplina dell'incidente probatorio speciale e di quello atipico è parte integrante di un vero e proprio "sub-sistema" dedicato all'assunzione della prova testimoniale del minorenne o del maggiorenne vulnerabile.

Le Sezioni unite hanno aderito all'orientamento, ormai consolidato, della Corte costituzionale[23] secondo cui il *vulnus* relativo alla mancata attuazione del principio di immediatezza[24] è compensato dal fatto che tale sub-sistema di protezioni, costituito da regole volte ad anticipare il momento dell'assunzione della testimonianza e da modalità di ascolto protette, ha una duplice finalità.

In primo luogo, quella di minimizzare il rischio di vittimizzazione secondaria.

In secondo luogo, l'anticipazione della testimonianza alla sede incidentale, tanto più laddove si proceda per reati attinenti alla sfera sessuale, è rivolta anche a preservare la genuinità della formazione della prova, atteso che l'assunzione di essa in un momento quanto più prossimo alla commissione del fatto costituisce anche una garanzia per l'imputato, perché lo tutela dal rischio di deperimento dell'apporto cognitivo che contrassegna il mantenimento del ricordo della vittima, specie se minorenne[25].

[23] Corte cost., sent. n. 92 del 2018; conf. Corte cost., sent. n. 14 del 2021; Corte cost., sent. 262 del 1998.

[24] Critica sul punto A. Marandola, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile*, cit., 1174: «Quanto alle istanze difensive non può non evidenziarsi che le modalità con le quali si estrinseca l'incidente probatorio, in relazione alla sua particolare modalità di svolgimento cioè, le stesse operanti per il dibattimento (art. 398, commi 5-*bis*, 5-*ter* e 5-*quater*, c.p.p.), finiscono per costituire una prova che se realizza il contraddittorio, non realizza il canone dell'immediatezza».

[25] Corte cost. sent. n. 92 del 2018.

Inoltre, sempre secondo l'insegnamento della Corte costituzionale, le modalità protette di ascolto[26], se da un lato tendono a sottrarre il dichiarante vulnerabile all'esame incrociato, da un altro lato lasciano al giudice un margine per definire le modalità di escussione del testimone, in particolare di quello minorenne, idonee a garantire un adeguato bilanciamento tra l'esigenza di preservare la libertà e la dignità di quest'ultimo e le garanzie difensive dell'imputato[27].

Alla luce di quanto detto, possiamo affermare che l'interpretazione dell'art. 392 *bis* c.p.p. fornita dalle Sezioni unite, in forza della quale si favorisce l'anticipazione dell'assunzione della prova dichiarativa debole in base ad una presunzione di vulnerabilità e di non rinviabilità, è del tutto coerente rispetto alla finalità di garantire non solo la protezione dei fragili ma anche, e soprattutto, l'attendibilità delle dichiarazioni che potrebbe essere fortemente compromessa dal passaggio del tempo.

Infatti, esiste una specifica correlazione tra "vulnerabilità" e "tempo" di cui il legislatore sta prendendo sempre più consapevolezza, grazie anche alle istanze sovranazionali.

L'intervento tempestivo è fondamentale per la protezione delle vittime vulnerabili. Una corsia preferenziale caratterizzata da tempi rapidi è stata introdotta nel procedimento penale con la legge sul c.d. "codice rosso" del 2019[28]. Il fattore tempo è alla

---

[26] Il codice di procedura penale contiene varie disposizioni nelle quali viene disciplinata la testimonianza delle persone vulnerabili con deroghe all'esame incrociato. La prima protezione è quella per cui l'esame del minorenne è condotto dal giudice (art. 498 comma 4; estensibile in incidente probatorio *ex* art. 401 comma 5). La seconda protezione è quella per cui la prova può essere assunta anche in un luogo diverso dal tribunale (art. 398 comma 5-*bis*; art. 498 comma 4 *bis*). La terza protezione consiste nel "vetro specchio" unitamente ad un impianto citofonico (art. 498 comma 4-*ter*; estensibile in incidente probatorio *ex* art. 401 comma 5). Infine, sono previste modalità di protezione non predeterminate, che saranno scelte dal giudice tra quelle previste per i minori, e cioè l'audizione in luogo diverso dal tribunale e con modalità particolari e l'esame nella sala attrezzata con il vetro specchio (art. 498 comma 4-*quater*; art. 398 comma 5-*quater*).

[27] V. Corte cost., sent. n. 14 del 2021, p. 5.1: «Il combinato disposto dei richiamati articoli 398, comma 5-*bis*, e 498, commi 4 e 4-*bis*, c.p.p. attribuisce infatti al giudice procedente un vasto spettro di soluzioni, che vanno dalla possibilità di impiegare un contraddittorio pieno, con facoltà per il pubblico ministero e per il difensore di porre domande dirette al minorenne, in particolare laddove il giudice ritenga che «l'esame diretto del minore non possa nuocere alla serenità del teste» (art. 498, comma 4, secondo periodo, c.p.p.), alle forme contrassegnate da un grado via via crescente di protezione per il soggetto vulnerabile, di cui si è dato conto. Così, ove il giudice ritenga che né la condizione personale del minorenne mero testimone chiamato a deporre (magari perché prossimo alla maggiore età, come nel giudizio *a quo*), né la delicatezza o scabrosità del suo contributo testimoniale giustifichino forme di audizione protetta, tali da comprimere legittime esigenze di contraddittorio con la difesa della persona sottoposta alle indagini, egli potrà pur sempre evitare che l'escussione avvenga nelle forme protette di cui al citato art. 398, comma 5-*bis*, c.p.p. (da disporre solo quando «le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno») o anche solo nella forma dell'esame attutito di cui all'art. 498, comma 4, primo periodo, c.p.p., ripristinando così il contraddittorio pieno con l'indagato».

[28] L'allarme sociale suscitato dall'elevato numero di reati commessi con violenza alla persona ha indotto il legislatore ad intervenire, da un lato, sulla disciplina del codice penale, introducendo determinate fattispecie di reato e inasprendo le pene di delitti già esistenti e, da un altro lato, sul procedimento penale in modo da predisporre meccanismi di pronta risposta al fenomeno della violenza di genere con la L. n. 69 del 19 luglio 2019, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica

base anche del successivo codice rosso c.d. "rafforzato" del 2023, in cui si stabiliscono determinati termini per l'adozione delle misure cautelari di protezione e specifici criteri di priorità per la trattazione dei procedimenti aventi ad oggetto reati commessi con violenza alla persona[29]. Dal punto di vista temporale, è altrettanto importante

e di genere, c.d. Codice rosso. In particolare, si è stabilito che, quando si procede per i delitti previsti dagli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 612-*bis* e 612-*ter* c.p., ovvero dagli artt. 582 e 583-*quinquies*, nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, comma 1, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, comma 1, n. 1, e comma 2, c.p., la polizia giudiziaria ha l'obbligo di riferire immediatamente anche in forma orale la notizia di reato al pubblico ministero. Alla comunicazione orale deve seguire, senza ritardo, quella scritta. Si equiparano, in tal modo, i reati di violenza di genere e domestica a quelli previsti dall'art. 407, comma 2, lett. a), nn. 1-6. La previsione dell'immediata comunicazione della notizia di reato introduce una presunzione assoluta di urgenza rispetto a fenomeni criminosi per i quali l'inutile decorso del tempo può portare ad un aggravamento delle conseguenze dannose o pericolose. La modifica esclude ogni discrezionalità da parte della polizia giudiziaria, chiamata ad attivarsi immediatamente, senza alcuna possibilità di valutare se ricorrano o meno le ragioni di urgenza. Correlativamente, sempre nell'ottica di un contingentamento dei tempi investigativi è stata introdotta la regola per cui il pubblico ministero, ai sensi del nuovo comma 1-*ter* dell'art. 362 c.p.p., entro tre giorni dall'iscrizione della notizia di reato, assume informazioni dalla persona offesa o da chi ha denunciato il fatto di reato. Tuttavia, tale termine può essere prorogato: la deroga rispetto alla rapidità dell'intervento scatta quando vi sono esigenze di tutela di soggetti minorenni o di riservatezza delle indagini. Infine, come logico completamento operativo delle due regole precedenti, i nuovi commi 2-*bis* e 2-*ter* introdotti nell'art. 370 c.p.p. stabiliscono che la polizia giudiziaria procede senza ritardo al compimento degli atti di indagine delegati e, sempre senza ritardo, ponga a disposizione del P.M. la documentazione delle attività svolte. Analogamente a quanto già osservato in relazione alle modifiche apportate all'art. 347 c.p.p., anche in questo caso si introduce una presunzione legale di urgenza per le indagini delegate dal pubblico ministero in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere. La volontà del legislatore è, in definitiva, quella di creare una vera e propria corsia preferenziale per la gestione investigativa in via assolutamente prioritaria dei casi in cui la vittima deve essere sentita in tempi rapidi per poter predisporre, altrettanto rapidamente, presidi di tutela a garanzia della persona offesa. Per un commento alla legge 69 del 2019 si veda, volendo, L. Algeri, *Il c.d. Codice rosso: tempi rapidi per la tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 10, 2019, 1363 ss. Successivamente, l'art. 2, commi 11-13, della legge delega n. 134 del 27 settembre 2021 ha integrato le norme introdotte dalla legge n. 69 del 2019 estendendone la portata applicativa (originariamente limitata alle fattispecie di cui agli artt. 572, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*octies*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 612-*bis*, 612-*ter*, 582 e 583-*quinquies* c.p. nelle ipotesi aggravate ai sensi degli artt. 576, 1º comma, n. 2, 5 e 5.1, 577, 1º commi, n. 1, e 2, c.p.) anche alle vittime dei medesimi reati in forma tentata, nonché all'ipotesi di tentato omicidio. Sul punto, si veda, *amplius*, M. F. Cortesi, *La vittima del reato sotto la lente della riforma Cartabia*, in *Giur. it.*, 4, 2022, 992 ss.; A. Natalini, *Reati violenti: tutele alle vittime estese al tentativo e all'omicidio volontario*, in *Guida Dir.*, 2021, n. 40, 101.

[29] Il recente intervento normativo operato con la legge 24 novembre 2023 n. 168 (Disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica), che ha modificato alcune disposizioni processuali in materia di violenza di genere, ha introdotto la disposizione di cui all'art. 362-*bis* c.p.p., che prevede che il pubblico ministero debba richiedere l'applicazione di una misura cautelare di protezione entro trenta giorni dall'iscrizione della persona nel registro delle notizie di reato e il giudice debba pronunciarsi sulla richiesta nei venti giorni dal deposito dell'istanza cautelare presso la cancelleria. Il procuratore generale presso la Corte di appello acquisisce ogni tre mesi dalle procure della Repubblica del distretto i dati sul rispetto dei termini relativi ai procedimenti di cui all'articolo 362-*bis* del codice di procedura penale e invia al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno semestrale. Il legislatore del 2023

assumere prima possibile la testimonianza della persona offesa vulnerabile. In questo senso, in dottrina e nei protocolli in materia di psicologia giuridica l'incidente probatorio è considerato come la migliore sede in cui acquisire le dichiarazioni dei soggetti fragili[30].

Peraltro, le criticità del sistema normativo in esame riguardano i diritti della difesa. Da questo punto di vista, la questione non riguarda la sede (incidente probatorio o dibattimento) in cui viene assunta la testimonianza ma la possibilità di esaminare la fonte di prova. Infatti, anche nel dibattimento, dove vige il principio di immediatezza, da intendersi come la relazione diretta intercorrente fra il soggetto giudicante e gli elementi su cui dovrà fondarsi il giudizio, la difesa non ha la possibilità concreta di saggiare l'attendibilità della testimonianza della vittima in quanto le dichiarazioni di quest'ultima sono, di regola, acquisite con modalità protette che escludono l'operatività dell'esame incrociato.

ha inteso accelerare non solo l'azione del Pubblico ministero ma anche quella del Giudice che deve provvedere sulla richiesta della misura. Tale regola trova riscontro nell'ambito dei criteri di priorità stabiliti per le decisioni in merito alle misure cautelari di cui all'art. 132-*bis* comma 1, lettera a-*bis)* disp. att. c.p.p. Infatti, l'art. 3 della legge 168 del 2023 è intervenuto con una previsione in materia di formazione dei ruoli di udienza e trattazione dei processi, modificando il catalogo delle fattispecie delittuose previste dall'art. 132-*bis*, comma 1, lett. a-*bis*) disp. att. c.p.p. per le quali è assicurata priorità assoluta nella formazione dei ruoli di udienza e nella loro trattazione. I delitti aggiunti nell'art. 132-*bis*, lett. a-bis) sono seguenti: violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 387-bis), costrizione o induzione al matrimonio (art. 558-*bis*), maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572), lesioni personali (art. 582), nelle ipotesi aggravate ai sensi degli art. 576, comma 1, nn. 2, 5 e 5.1, e 577, comma 1, n. 1, e comma 2, deformazione dell'aspetto della persona mediante lesioni permanenti al viso (art. 583-*quinquies*), interruzione di gravidanza non consensuale (art. 593-*ter*), violenza sessuale (da art. 609-*bis* a art. 609-*octies*), atti persecutori (art. 612-*bis*), diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-*ter*) riduzione in stato di incapacità procurato mediante violenza, nelle ipotesi aggravate (art. 613, comma 3, c.p.). Sul punto si veda, volendo, L. Algeri, *Tempi rapidi per l'adozione delle misure cautelari a protezione delle vittime*, in *Dir. Pen. proc.*, 2, 2024, 172 ss.; A. Marandola, *Codice rosso rafforzato*, in *Dir. Pen. proc.*, 11, 2023, 1420; Id., *Violenza di genere: accelerazione del rito e formazione per l'adeguamento della legislazione domestica agli standard europei*, in *Dir. Pen. proc.*, 2, 2024, 167; Id., *I nuovi presidi a tutela della vittima: rimedi precautelari, cautelari e obblighi informativi*, in *Dir. Pen. proc.*, 2, 2024, 185.

[30] A. Ciavola, *Modelli operativi nell'indagine penale a tutela dei minori vittime di abusi sessuali e maltrattamenti. L'esperienza nel distretto di Reggio Calabria*, in *Cass. pen.*, 2015, 879; S. Civello Conigliaro, *La nuova normativa europea a tutela delle vittime di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 22 novembre 2012; F. Cassibba, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009. Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009 n. 94*, Torino, 2009, 299 ss.; L. Luparia, *vittime vulnerabili e incidente probatorio: la normativa italiana supera il vaglio UE. C. di Giustizia UE, sez. II, sent. 21 dicembre 2011, causa C-507/10*, in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2011; P.P. Paulesu, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme*, in *Vittime di reato e sistema penale*, a cura di M. Bargis e H. Belluta, Torino, 2017, 162. Sull'importanza dell'incidente probatorio si veda la *Carta di Noto*, 2017, al punto 9: «L'incidente probatorio è la sede privilegiata di acquisizione delle dichiarazioni del minore nel corso del procedimento. Onde limitare il rischio sia di fenomeni di vittimizzazione secondaria, sia di rielaborazione/contaminazione del ricordo degli eventi vissuti, risulta opportuno procedere all'audizione in sede di S.I.T. solo in caso di necessità, ovvero quando gli elementi probatori non siano sufficienti per proseguire l'azione penale».

Il legislatore ha stabilito una disciplina dettagliata per l'esame protetto ma ha lasciato un vuoto normativo perché ha sottratto la persona offesa in condizioni di vulnerabilità all'esame incrociato senza, tuttavia, prevedere alcuna regola sostitutiva che indichi quali sono in positivo le modalità di assunzione della prova dichiarativa. Si è determinato così un "vuoto di contraddittorio" che deve essere colmato con l'applicazione di determinate metodologie scientifiche di colloquio[31].

Al fine di garantire l'attendibilità delle dichiarazioni, è necessario procedere all'ascolto del testimone vulnerabile utilizzando determinati protocolli di intervista che sono stati appositamente elaborati dagli studiosi di psicologia[32]. Il modello che è stato sperimentato con notevole successo dagli scienziati a livello internazionale è rappresentato dalla c.d. intervista cognitiva. In proposito, gli studiosi fanno riferimento principalmente al *Memorandum of Good Practice*, elaborato su iniziativa del Ministero dell'Interno inglese (*Home Office*) che delinea una guida operativa sulle modalità di intervista dei testimoni vulnerabili, sia adulti che minorenni[33].

L'intervista cognitiva è una procedura sviluppata dalla ricerca in ambito psicologico per fornire agli operatori del procedimento penale un metodo per ottenere resoconti accurati e attendibili da parte dei testimoni[34]. È caratterizzata da una strategia di recupero guidato, in quanto l'intervistatore, specificamente addestrato, assiste il soggetto nel percorso di accesso alla traccia di memoria senza esercitare alcuna forma di suggestione. Questa tecnica di intervista si basa sui seguenti presupposti scientifici.

---

[31] Concordi sul punto P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., 788.

[32] G. Mazzoni, *Psicologia della testimonianza*, Roma, 2011, 108 ss.; M. Scali, C. Calabrese, M.C. Biscione, *La tutela del minore: le tecniche di ascolto*, Roma, 2003, 66 ss.; G. S.Goodman, B.L. Bottoms, *Child Victims, Child Witness. Understanding and Improving Testimony*, New York, 1993.

[33] La prima versione del protocollo inglese, *Memorandum of Good Practice on Video Recorded Interviews with Child Witnesses for Criminal Proceedings* (Home Office/Department of Health), risale al 1992. Nel 2002 è stato pubblicato un nuovo testo aggiornato, dal titolo *Achiving best evidence in criminal proceeding: guidance for vulnerable or intimidated witnesses*. Occorre specificare che nel 2007 il testo è stato sottoposto ad una ulteriore revisione ed è stato incrementato con un ulteriore capitolo relativo all'intervista con l'adulto testimone vulnerabile. Quest'ultimo aggiornamento è intitolato *Achieving Best Evidence in Criminal Proceedings: Guidance on Interviewing Victims and Witnesses and Using Special Measures*. Il testo si presenta attualmente suddiviso in cinque capitoli: 1°, "Introduzione"; 2°, "Preparazione e conduzione della raccolta della testimonianza dei bambini": 3°, "Preparazione e conduzione della raccolta della testimonianza di adulti in condizione di vulnerabilità o minacciati"; 4°, "Supporti per i testimoni, adulti o minorenni"; 5° "Provvedimenti a disposizione del Tribunale nel corso dell'esame e del controesame dei testimoni, adulti o minorenni".
Nel testo in esame viene indicato un modello generale, suddiviso in quattro fasi, le quali costituiscono il nucleo essenziale, ossia il contenuto minimo necessario, di ogni tipologia di intervista investigativa. Nella prima fase, denominata *Rapport Phase*, il soggetto incaricato di porre le domande deve instaurare con il minore un rapporto di sintonia e di fiducia. Nella seconda fase, *Free Narrative Account*, viene richiesto un racconto libero. Nella terza fase, detta *Questioning Phase*, vengono poste domande specifiche di chiarimento del racconto precedente. Infine, nella fase finale, definita *Closing the Interview*, l'operatore chiude l'intervista. Per un commento si veda G. Mazzoni, *Memorandum of Good Practice on Video Recorded Interviews with Child Witnesses for Criminal Proceedings, 1992*, in *Psichiatria, Psicologia e Diritto*, n. 3, 2010, 10-45; G. Mazzoni, E. Rotriquenz, *La testimonianza nei casi di abuso sessuale sui minori*, Milano, 2012, 317 ss.

[34] R.P. Fisher, R.E. Geiselman, *Memory enhancing techniques for investigative interviewing: The Cognitive Interview*, Springfield, 1992.

In primo luogo, esistono numerosi modi per recuperare dalla memoria un evento. Le informazioni che non risultano accessibili utilizzando una determinata tecnica, possono diventare accessibili se viene impiegata una tecnica diversa[35].

In secondo luogo, la traccia di memoria è costituita da molteplici componenti. Di conseguenza, il tentativo di ricreare, anche da punti di vista diversi da quello del soggetto interrogato, il contesto sia ambientale sia emotivo del momento in cui è avvenuta la percezione, può facilitare il recupero di informazioni che altrimenti andrebbero disperse[36].

L'intervista si snoda attraverso varie fasi durante le quali possono essere utilizzate, al momento opportuno, quattro mnemotecniche differenti, che consistono nella possibilità di chiedere all'intervistato di reintegrare il contesto, di ricordare l'evento in ordine inverso e di cambiare prospettiva.

Nella prima fase l'operatore deve provvedere a costruire un rapporto di fiducia con il testimone, ponendo domande su argomenti neutri, di tipo autobiografico, che non riguardino l'oggetto del procedimento. In questo modo si tende a creare un'atmosfera tranquilla e ad attenuare il livello di stress dell'intervistato per favorire il successivo recupero del ricordo.

La fase successiva dell'intervista cognitiva consiste nella richiesta di un racconto libero, senza domande specifiche[37]. Occorre applicare immediatamente la prima mnemotecnica, chiedendo al soggetto di riferire ogni cosa, incluse anche le informazioni parziali o vaghe. Il testimone, infatti, se lasciato libero di raccontare ciò che conosce, potrebbe tendere a semplificare e a generalizzare il materiale percepito e memorizzato, considerando irrilevanti determinati dettagli, che in realtà possono rivelarsi utili a fini probatori[38].

Per favorire e ampliare il racconto libero può essere utilizzata la tecnica della reintegrazione del contesto.

All'intervistato viene chiesto di ricreare nel modo più accurato il contesto spaziale e temporale dell'evento: l'ambiente fisico, gli oggetti, le condizioni meteorologiche, la quantità di luce, i volti, l'abbigliamento e la posizione dei soggetti presenti nella scena, le voci e i rumori. Deve essere ricostruito anche lo stato psicologico al momento dell'evento, con la descrizione delle emozioni e dei pensieri suscitati dalle circostanze del caso concreto.

---

35 E. Tulving, *Cue-dependent forgetting*, in *American Scientist*, 62, 1974, 74-82.

36 R.P. Fisher, R.E. Geiselman, *Memory enhancing techniques for investigative interviewing: The Cognitive Interview*, cit., p. 56; G. Mazzoni, *Si può credere a un testimone?*, Bologna, 2003, 203.

37 Secondo numerosi studi di psicologia sperimentale l'attendibilità delle dichiarazioni di un soggetto aumenta se quest'ultimo è lasciato, in prima battuta, libero di esporre ciò che ricorda e soltanto successivamente è sollecitato da domande specifiche. Si vedano, in proposito, A. Cavedon, *L'intervista cognitiva nella pratica sperimentale*, in Aa.Vv., *La psicologia giuridica italiana: stato attuale e prospettive di sviluppo*, Genova, 1994, 136; G. Gulotta, *L'intervista e il colloquio a fini giudiziari*, in *Trattato di psicologia giudiziaria*, a cura di G. Gulotta, Milano, 1987, 759; The British Psychological Society, Research Board, *Guidelines on Memory and the Law. Recommendations from the Scientific Study of Human Memory*, Leicester, 2008, 32.

38 R.P. Fisher, R.E. Geiselman, *Memory enhancing techniques for investigative interviewing: The Cognitive Interview*, cit., 80.

Occorre specificare che ricostruire mentalmente l'ambiente in cui è avvenuto il fatto contribuisce ad accrescere l'accuratezza del ricordo perché aumenta la presenza di indizi che ne facilitano la rielaborazione. Infatti, secondo il principio della specificità della codifica, il ricordo di un evento è migliore quando il contesto relativo al momento dell'immagazzinamento e della codifica dell'evento è simile al contesto nel momento del recupero del ricordo[39].

È importante chiedere di riportare qualsiasi dettaglio, perché anche un dettaglio apparentemente insignificante può contribuire a ricostruire il contesto.

In una fase successiva possono essere poste domande volte ad approfondire o comprendere determinati aspetti del racconto espresso dal testimone.

Per quanto riguarda le domande, è necessario attenersi alle seguenti regole. Devono essere poste, innanzitutto, domande determinative, che cominciano con "chi, che cosa, dove e quando", che non comportano alcun effetto suggestivo.

Inoltre, procedendo con l'intervista, è fondamentale che nelle domande vengano inserite soltanto le informazioni che sono state fornite dal soggetto nel corso delle risposte precedenti. In tal modo, si tende ad evitare qualsiasi forma di suggerimento e, di conseguenza, le dichiarazioni rese potranno essere considerate elementi di prova attendibili. Va specificato che, in sede di esame protetto, le parti che seguono l'intervista dietro il vetro specchio possono comunicare con l'esperto per mezzo dell'impianto citofonico e indicare a quest'ultimo determinate domande da porre all'intervistato.

Durante la fase in cui vengono poste le domande, può essere utile stimolare un secondo racconto con diverse modalità, allo scopo di ottenere ancora più informazioni. In particolare, si può chiedere di riportare gli eventi secondo un diverso ordine temporale, partendo dalla fine. Quando gli eventi sono raccontati in ordine cronologico il rischio è che il dichiarante non riferisca l'episodio in modo oggettivo, ma ricostruisca che cosa potrebbe essere successo ricorrendo a schemi o stereotipi mentali[40]. L'ordine inverso è anche una tecnica utile per far crollare un racconto inventato.

Infine, può essere utilizzata l'ultima tecnica che consiste nella richiesta di raccontare l'episodio cambiando la prospettiva, da diversi punti di vista, per poter cogliere elementi che rischiano di passare inosservati. Con questa tecnica si invita il soggetto a raccontare la scena mettendosi al posto di altre persone o ponendosi in altri punti del luogo dove si è svolto l'evento. Lo scopo è quello di verificare percorsi diversi per recuperare il ricordo.

Quanto esposto ci porta a concludere che in materia di acquisizione anticipata della testimonianza vulnerabile è auspicabile un potenziamento del diritto di difesa senza pregiudicare le esigenze di protezione delle vittime. In tal senso sarebbe opportuno modificare la disciplina normativa dell'incidente probatorio inserendo una previsione espressa che indichi la metodologia di intervista da applicare in sede di esame protetto.

---

[39] D. Schacter, D. T. Gilbert, D.M. Wegner, *Psicologia generale*, seconda ed. it. a cura di L. Piccardi, Bologna, 2018, 161; E. Tulving, D.M. Thomson, *Encoding Specificaty and Retrieval Precesses in Episodic Memory*, in *Psychological Review*, 80, 1973, 35-373.

[40] R.P. Fisher, R.E. Geiselman, *Memory enhancing techniques for investigative interviewing: The Cognitive Interview*, cit., 82.

L'art. 578-*bis* c.p.p. non può essere applicato retroattivamente in violazione del principio di prevedibilità del diritto

Cass., sez. VI, 18.6.2025 (dep. 9.7.2025) n. 25200 – Aprile, Presidente, D'Arcangelo, Relatore

Lorena Puccetti*

Sommario: 1. La vicenda giudiziaria. – **2.** L'applicazione dell'art. 578-*bis* c.p.p. con riferimento alla confisca per sproporzione. – **3.** Irretroattività dell'art. 578-*bis* c.p.p. con riguardo alla confisca per equivalente. – **4.** Il principio convenzionale della prevedibilità. – **5.** Prevedibilità del diritto e mutamento giurisprudenziale sfavorevole. – **6.** Brevi osservazioni conclusive.

ABSTRACT

La Corte di Cassazione, preso atto che la pronuncia a Sezioni Unite 26.9.2024 n. 13783 ha stabilito che la confisca per equivalente ha natura ripristinatoria e non punitiva, ha precisato che la confisca per equivalente non può essere applicata con la declaratoria di estinzione del reato a condotte precedenti all'entrata in vigore dell'art. 578-*bis* c.p.p., poste in essere in epoca in cui il diritto vivente affermava la natura sanzionatoria di tale misura, perché questo si tradurrebbe nell'applicazione retroattiva di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole in violazione del principio di prevedibilità del diritto.

The Court of Cassation, having noted that the ruling of the United Sections on September 26, 2024, No. 13783 established that confiscation by equivalent has a restorative and not punitive nature, specified that confiscation by equivalent cannot be applied with the declaration of extinction of the crime to conduct preceding the entry into force of Article 578-bis of the Code of Criminal Procedure, carried out at a time when the prevailing law recognized the sanctioning nature of such measure, because this would result in the retroactive application of an unfavorable jurisprudential change in violation of the principle of legal foreseeability.

1. La vicenda giudiziaria.

Con sentenza del 15 luglio 2020 il Tribunale di Roma aveva emesso sentenza di condanna nei confronti di un brigadiere della Guardia di Finanza per più delitti di corruzione commessi nel corso del 2013.

Con la medesima sentenza il Tribunale aveva altresì disposto, ai sensi dell'art. 322-*ter* c.p. la confisca, qualificata come diretta, della somma di denaro pari a € 30.000 trovata nella cassaforte dell'imputato. Inoltre, in base all'art. 240-*bis* c.p., era stata

* Avvocato del Foro di Vicenza e Componente dell'Osservatorio Misure Patrimoniali e di Prevenzione UCPI.

disposta la confisca della somma di € 294.207, rinvenuta nella disponibilità dell'imputato in quanto ritenuta sproporzionata rispetto ai suoi redditi e di provenienza non giustificata.

Posto che nelle more del procedimento era maturata la prescrizione dei reati contestati, la Corte d'Appello di Roma aveva emesso sentenza di non doversi procedere provvedendo contestualmente a confermare entrambi i provvedimenti di confisca disposti in primo grado.

Nel proprio ricorso la difesa, sostenendo che entrambe le tipologie di confisca erano state disposte nella forma per equivalente, aveva invocato i principi espressi dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 4145/2022 *Esposito*, in base ai quali la confisca per equivalente, attesa la sua natura sanzionatoria, è inapplicabile retroattivamente in relazione a condotte anteriori all'entrata in vigore dell'art. 578-*bis* c.p.p. Di conseguenza, posto che i fatti di corruzione contestati si collocavano nel 2013, il ricorrente chiedeva l'annullamento dei capi relativi alla conferma delle confische.

Con riferimento alle doglianze relative alla confisca per sproporzione di € 294.207 la Corte di Cassazione ha respinto il ricorso affermando che la Corte d'Appello non era incorsa in alcuna violazione del principio di irretroattività.

Invece, con riferimento alla somma di € 30.000 la sentenza ha annullato con rinvio il capo relativo alla misura ablativa affidando al Giudice del rinvio il compito di accertare la natura, diretta o per equivalente, della confisca del denaro.

Nel risolvere la questione di diritto sulla quale verteva il ricorso, la pronuncia in esame ha affrontato il tema relativo al potere del Giudice dell'impugnazione di mantenere il provvedimento relativo alla confisca del profitto del reato disposto nella fase processuale precedente, qualora nelle more del procedimento sia maturata la prescrizione del reato[1].

---

[1] La questione relativa alla confisca del profitto in caso di prescrizione del reato si inserisce nel più ampio tema relativo alla legittimità dei provvedimenti di confisca in assenza di una pronuncia di condanna definitiva. Sull'argomento, con riferimento alla confisca del profitto del reato in caso di prescrizione, si vedano F. Lumino, *La confisca del prezzo e del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione,* in *Cass. pen.*, 2016, 1384 ss.; S.M. Melodia, *Prescrizione del reato e confisca: il "nodo" dell'accertamento processuale,* in *Arch. nuova proc. pen.*, 2016, 407 ss.; T. Trinchera, *Confisca del profitto in caso di prescrizione del reato: la Corte d'Assise d'appello di Milano estende il principio affermato dalle S.U. Lucci anche alla confisca del profitto ex art. 240, co. 1, c.p.*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 25 marzo 2019. La confisca senza condanna ha sollevato critiche nella dottrina la quale ha posto in dubbio che l'accertamento di responsabilità, contenuto *incidenter tantum* in una sentenza di non doversi procedere per prescrizione, possa essere svolto nel rispetto del pieno contraddittorio tra le parti e delle sequenze garantistiche sottese al giusto processo. Si tratta di un profilo problematico che è stato messo a fuoco soprattutto in materia di confisca per condotte di lottizzazione abusiva di cui all'art. 44, co. 2, d.P.R. 6.6.2001 n. 380. Il controverso tema della confisca urbanistica, come è noto, è stato al centro di serrati contrasti, anche sul piano della compatibilità tra la confisca senza condanna e l'art. 7 C.E.D.U. Al riguardo, ci si limita a ricordare che la Grande Camera della Corte E.D.U. con la pronuncia 28.6.2018, *G.I.E.M*, discostandosi dai princìpi enunciati nella precedente pronuncia della Corte E.D.U. 29.10.2013, *Varvara*, ha dichiarato la compatibilità della confisca urbanistica disposta a seguito di un accertamento che, pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali. Su tale profilo problematico si rinvia, fra gli altri e senza pretesa di esaustività a V. Manes, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 aprile 2015; F. Viganò, *La Consulta e la tela di*

Come è noto, la disciplina relativa alla decisione sulla confisca in caso di declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, è contenuta nell'art. 578-*bis* c.p.p., disposizione introdotta nel codice di rito dal d.lgs. n. 21/2018 e quindi in periodo successivo alla data di consumazione dei reati contestati.

Pertanto, nel decidere il ricorso, la Corte di Cassazione ha dovuto ritornare sul controverso tema dell'applicazione dell'art. 578-*bis* c.p.p. a condotte antecedenti alla sua entrata in vigore.

2. L'applicazione dell'art. 578-*bis* c.p.p. con riferimento alla confisca per sproporzione.

Con riferimento alla conferma del capo relativo alla confisca per sproporzione la pronuncia ha esposto le proprie argomentazioni partendo dal presupposto, pacifico in giurisprudenza, che la confisca per sproporzione costituisca una misura di sicurezza ancorché atipica[2].

Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2/2015; F. Galluzzo, *Lottizzazione abusiva: la declaratoria della prescrizione preclude l'irrogazione della confisca,* in *Dir. pen. proc.*, 2014, *Speciale CEDU e ordinamento interno*, 57; C. Liverani, *La confisca urbanistica tra legalità penale e principio di colpevolezza ex art. 7 CEDU,* in *Cass. pen.*, 2014, 10, 3383; A. Balsamo, *La Corte europea e la confisca senza condanna per la lottizzazione abusiva,* in *Cass. pen.*, 2014, 1395; L. Puccetti, *Corte costituzionale e Corte EDU allo scontro sulla confisca urbanistica,* in *Rivista giuridica di urbanistica*, 2015, 548 ss.; A. Dello Russo, *Prescrizione e confisca. La Corte costituzionale stacca un nuovo biglietto per Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 1/2015; A. Esposito, *Il dialogo imperfetto sulla confisca urbanistica. Riflessioni a margine di sentenze europee e nazionali,* in *Arch. pen.*, 2/2019. Per un'analisi della natura giuridica delle confische tra indici formali e criteri sostanziali, si vedano G. Gentile, *Fisionomia e natura giuridica delle ipotesi speciali di confisca*, in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, 387 ss.; A. Massaro, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio. Il superamento dei doppi binari nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della "materia penale,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 15 luglio 2015 e L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale,* Torino, 2018. Infine, per un approfondimento del rapporto tra ablazione urbanistica e proscioglimento per prescrizione nella cornice normativa comprensiva dell'art. 578-*bis* c.p.p., si rinvia a 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.,* 2/2019; R. Tecce, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato,* in *Proc. pen. giust.*, 4/2019 e A. Bassi, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato: le Sezioni unite aggiungono un nuovo tassello alla disciplina processuale della materia,* in *Sist. pen.*, 5/ 2020, 285 ss.

[2] Come è noto, l'orientamento giurisprudenziale ha sempre attribuito alla confisca per sproporzione o allargata la qualificazione di misura di sicurezza patrimoniale "atipica" con funzione dissuasiva oltre che preventiva facendo discendere, da tale inquadramento, la retroattività della legge sopravvenuta nei limiti di cui all'art. 200, 1 comma, c.p. Cfr., Cass. pen., Sez. Un. 17 luglio 2001, n. 29022, in *Cass. pen.* 2001, 3385; Cass. pen., Sez. un., 17 dicembre 2004, n. 920, in *Cass. pen.,* 2004, 1182; Cass. pen. Sez. Un. 25 febbraio 2021, n. 27421, in *Cass. pen.* 2021, 11, 3499. Sulla natura della confisca allargata in dottrina, fra gli altri, A. Barazzetta, *La confisca allargata,* in T.E. Epidendio, G. Varraso (a cura di), *Codice delle confische,* Milano, 2018, 1001 ss.; C. Cantone, *La confisca per sproporzione,* in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi,* Torino, 2015, 119 ss.; V. Contrafatto, *La confisca "estesa" ex art. 12-sexies d.l. 306/92: presupposti, effetti, profili processuali,* in A. Balsamo, V. Contrafatto, G.

Da tale inquadramento, ne consegue che la misura in questione soggiace al principio desumibile dal combinato disposto degli artt. 200 e 236 c. p. in base al quale le misure di sicurezza patrimoniali sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione.

Ciò premesso, la Corte ha ribadito che la confisca allargata può essere applicata anche in relazione a condotte anteriori all'entrata in vigore dell'art. 578-*bis* c.p.p.[3].

E ciò perché, da un lato l'applicazione della misura di sicurezza è sottratta al principio di irretroattività, ed al contempo l'art. 578-*bis* c.p., essendo una norma processuale, si applica secondo la regola del *tempus regit actum*.

Inoltre, come ricordato nella motivazione, anche prima dell'entrata in vigore dell'art. 578-*bis* c.p.p., il consolidato orientamento giurisprudenziale consentiva il mantenimento di tale tipologia di misura in caso di prescrizione del reato.

Infatti, chiarendo definitivamente la questione, la pronuncia a Sezioni Unite 26.6.2015 n. 31617, *Lucci*, aveva stabilito che il Giudice dell'impugnazione in caso di

Nicastro, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 301; P. Corvi, *La confisca nei reati di criminalità organizzata, in Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, 431 ss.; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche,* Bologna, 2007; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo,* Milano, 2001. L'afflittività della misura ha portato parte della dottrina a configurare la confisca allargata come vera e propria sanzione patrimoniale. Per questa opinione, si vedano, fra gli altri, A.M. Maugeri, *op. cit.*, 317; G. Flora, *Dalla "spazza corrotti" alla "spazza evasori". Brevi note critiche sulle recenti innovazioni legislative in materia di reati tributari*, in *Rass. trib.*, 2020, 252 ss.; A. Bargi, *Processo al patrimonio e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale*, in *Giustizia patrimoniale penale,* a cura di A. Bargi, A. Cisterna, Torino, 2011, 21, il quale la definisce una *actio in rem* di natura repressiva.; F. Sgubbi, *L'art. 12 quinquies della legge 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12 sexies,* in *Atti del IV Congresso nazionale di diritto penale. Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario,* Torino, 1996, 30, che ne ha rimarcato il carattere di sanzione del tutto svincolata da un fatto di reato. In tale prospettiva si veda anche E. Squillaci, *La confisca allargata quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità,* in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1525 ss., per il quale questo modello di confisca corrisponde ad una sanzione espropriativa in contrasto con i princìpi costituzionali poiché apprende beni non avvinti da un nesso di pertinenzialità con il reato-spia e quindi slegati dal puntuale accertamento della responsabilità penale. Per altri Autori si tratterebbe di una *poena mixta*, ovvero una "*sanzione penale con finalità preventive*": A. Cisterna, *Strumenti e tecniche di accertamento della confisca per sproporzione e della confisca per valore equivalente,* in *Giur. it.*, 2009, 2085. Ritiene che la configurazione della confisca come misura di sicurezza susciti perplessità anche S. Finocchiaro, *Confisca allargata e ragionevolezza temporale nei delitti contro la pubblica amministrazione: note a margine di una pronuncia della Cassazione,* in *Sist. pen.*, 5/2023, 184. Infine, per alcuni rilievi critici sull'espansione della confisca di sproporzione con riferimento ai reati tributari si rinvia a F. Giunchedi, *La riforma dei reati tributari: profili processuali. La confisca "riformata": massima efficienza e garanzie minime,* in *Proc. pen. giust.*, 5/2020.

[3] Va ricordato che l'art. 578-*bis* c.p.p. trova il proprio diretto precedente proprio nell'ambito della disciplina della confisca allargata e precisamente nel comma 4-*septies*, aggiunto all'art. 12-*sexies* del d.l. n. 306/1992 dall'art. 31 della l. n. 161/2017 n. 161. Le disposizioni normative relative alla confisca allargata sono state successivamente trasferite, con alcuni adattamenti nel codice di rito dal d.lgs n. 21/2018 attuativo del principio della riserva di codice. Tale decreto, ha inserito nel codice penale l'art. 240-*bis*, e contestualmente ha introdotto nel codice di rito l'art. 578-*bis*.

prescrizione del reato, poteva confermare il provvedimento di confisca disposto nelle fasi processuali precedenti purché si trattasse di una misura di sicurezza[4].

Pertanto, qualificando la confisca allargata come misura di sicurezza, anche prima dell'introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p., l'impostazione giurisprudenziale ammetteva l'applicazione di tale misura in caso di prescrizione del reato.

In pratica, come sottolineato nella motivazione, l'art. 578-*bis* c.p.p. con riferimento alla confisca allargata, non ha fatto che formalizzare l'assetto normativo già fissato dall'elaborazione giurisprudenziale prima dell'entrata in vigore di detta disposizione normativa[5].

Ne consegue che l'applicazione retroattiva dell'art. 578-*bis* c.p.p. alla confisca per sproporzione, come precisato nella motivazione, «*non comporta alcuna lesione del canone di prevedibilità*».

In definitiva, con riguardo al punto relativo al mantenimento della confisca allargata, la pronuncia in esame non presenta profili di originalità essendosi limitata a ricalcare il consolidato orientamento secondo il quale l'art. 578-*bis* c.p.p. può essere applicato a condotte antecedenti alla sua entrata in vigore[6].

3. Irretroattività dell'art. 578-*bis* c.p.p. con riguardo alla confisca per equivalente.

Con riferimento all'annullamento con rinvio del capo relativo alla confisca della somma di € 30.000, la Corte ha argomentato la decisione seguendo dei passaggi logici che possono riassumersi nel modo seguente.

La disposizione normativa di cui all'art. 578-*bis* c.p.p., risponde ad un interesse pubblico volto ad evitare che in caso di prescrizione del reato venga vanificato il provvedimento di confisca precedentemente disposto.

Come ricordato nella motivazione, prima dell'entrata in vigore di tale disposizione normativa, i presupposti per la conferma del provvedimento di confisca per equivalente contestualmente alla declaratoria di estinzione del reato erano stati definiti dall'orientamento giurisprudenziale. In tal senso, la già menzionata pronuncia a Sezioni Unite, *Lucci*, aveva escluso che il Giudice dell'impugnazione in caso di prescri-

---

[4] Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 26.6.2015 n. 31617, *Lucci*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, 1362. Tale pronuncia, sulla quale si tornerà nel prosieguo, aveva stabilito che «*il giudice, nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può applicare...omissis...la confisca del prezzo o del profitto del reato 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 e alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato*».

[5] In tal senso, Cass. pen., Sez. III, 8.11.2018 n. 5936, con riferimento alla confisca in ipotesi di lottizzazione abusiva, ha espressamente affermato che l'introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p. ha codificato *il principio di creazione giurisprudenziale* secondo il quale può disporsi la confisca anche nel caso di estinzione del reato per intervenuta prescrizione, a condizione che sia compiutamente accertata la configurabilità del reato in tutti i suoi elementi costitutivi, sulla base del medesimo *standard* probatorio richiesto per la pronuncia della sentenza di condanna.

[6] In tal senso, si vedano fra le altre, Cass. pen., Sez. II, 11.7.2024 n. 1729 e Cass. pen., Sez. II, 2.4.2021 n. 19645 in *Cass. pen.*, 2021, 12, 3992.

zione del reato, potesse confermare una confisca disposta nella forma per equivalente. Il citato arresto aveva precisato che non avendo la confisca per equivalente alcun collegamento con il reato, ad essa va attribuita funzione «*marcatamente sanzionatoria*[7]». Pertanto, posto che tale forma di confisca esula dalla funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza, deve escludersi che il giudice possa applicarla in caso di prescrizione del reato.

Successivamente, il d.lgs n. 21/2018 attuativo del principio della riserva di codice, ha inserito nel codice di rito l'art. 578-*bis* c.p.p. che nella originaria formulazione non prevedeva espressamente la possibilità di confermare la confisca per equivalente con la declaratoria di estinzione del reato. Infatti l'art. 578-*bis* c.p.p., nella versione iniziale stabiliva che «*quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal primo comma dell'articolo 240-bis del codice penale e da altre disposizioni di legge, il giudice di appello o la corte di cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato*».

In seguito, come sottolineato dalla pronuncia in commento, il legislatore ha integrato l'art. 578-*bis* c.p.p. ponendosi in discontinuità con il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite *Lucci.* Infatti, la l. n. 3/2019 ha integrato l'art. 578-*bis* c.p.p. aggiungendo "*o la confisca prevista dall'articolo 322-ter del codice penale*", modifica che ha attribuito espressamente al giudice dell'impugnazione il potere di confermare, in caso di estinzione del reato, la confisca per equivalente prevista in relazione ai reati indicati dall'art. 322-*ter* c.p.

In ogni caso, come ricordato nella motivazione, l'orientamento della giurisprudenza facendo leva sulla locuzione "*e da altre disposizioni di legge*", aveva prontamente

[7] Sul tema relativo alla natura sanzionatoria della confisca per equivalente, si rinvia, fra gli altri A. Diddi, *Il sequestro a fini di confisca,* in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, cit., 184 ss.; A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.,* vol. III, Torino, 1989, 50 e *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, III, Milano, 2006, 2108; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale.* cit., 118; V. Mongillo, *sub art. 322-ter* in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina,* Milano, 2015, 551 ss. e *Confisca per equivalente e risparmi di spesa,* in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2015, II, 716 ss. e A. Cisterna, *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle tecniche sanzionatorie della criminalità da profitto*, in *La giustizia patrimoniale penale* a cura di A. Bargi, A. Cisterna, cit., 49; O. Mazza, *La confisca per equivalente fra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit), in www.penalecontemporaneo.it* 23.1.2012; P. Gualtieri, G. Spangher, in *Procedura penale*, diretto da G. Spangher, A. Marandola, G. Garuti, L. Kalb, II, *Le misure cautelari reali*, Torino, 2015, 286; A. Bargi, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente, in Giur. it.,* 2009, 2071 e in *Processo al patrimonio e principi del giusto processo: regole probatorie e regole decisorie nella confisca penale,* in *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. Bargi, A. Cisterna, cit., 41; F. Mazzacuva, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico,* in *Cass. pen*., 2009, 3423; L. Puccetti, in *Trattato breve di diritto penale*, a cura di G. Cocco, E.M. Ambrosetti, *Parte generale,* vol. II, *Punibilità e pene,* Milano, 2025, 584 ss. e *La confisca per equivalente*, in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, 409 ss.; A. Macchia, *La confisca per equivalente nei confronti degli enti e dei responsabili delle persone giuridiche,* in *Giust. pen*., 2014, 197; P. Auriemma, *La confisca per equivalente,* in *Arch. pen. web,* 1/2014.

chiarito che l'art. 578-*bis* c.p.p. doveva considerarsi ricognitivo di un principio generale applicabile in relazione a qualsiasi tipo di confisca[8].

In buona sostanza, con riferimento alla confisca per equivalente, l'introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p. aveva contraddetto il principio di diritto precedentemente affermato dalle Sezioni Unite *Lucci.*

In tale contesto, era sorto un contrasto giurisprudenziale in relazione alla possibilità per il giudice dell'impugnazione di disporre la confisca per equivalente in caso di estinzione del reato in via retroattiva ovvero per condotte antecedenti all'entrata in vigore dell'art. 578-*bis* c.p.p.

Tale contrasto era stato risolto dalla pronuncia a Sezioni Unite 29.9.2022 n. 4145 *Esposito*[9]*.* Detta pronuncia, aveva ribadito il consolidato orientamento per il quale la funzione della confisca per equivalente, pur essendo anche ripristinatoria, deve comunque leggersi «*in chiave marcatamente sanzionatoria*», con conseguente applicazione dello statuto garantistico della pena ed in particolare del principio di irretroattività. Sulla base di tale premessa, le Sezioni Unite *Esposito* avevano precisato che con riferimento alla confisca per equivalente la disposizione dell'art. 578-*bis* c.p.p., andava qualificata come norma sostanziale e non meramente processuale ancorché inserita nel codice di rito. Ciò perché, avendo legislativamente previsto la possibilità di disporre la confisca per equivalente anche in caso di estinzione del reato, l'art. 578-*bis* c.p.p. aveva sostanzialmente ampliato i presupposti per l'applicazione di una pena. In conclusione, risolvendo il contrasto giurisprudenziale, la pronuncia Esposito aveva escluso che, con riferimento alla confisca per equivalente, l'art. 578-*bis* c.p.p. potesse essere applicato a condotte antecedenti alla sua introduzione perché ciò si sarebbe tradotto nella violazione del principio di irretroattività in tema di applicazione della pena.

Come sottolineato dalla pronuncia in commento, la premessa logica sulla quale si fondava la pronuncia a Sezioni Unite *Esposito,* ovvero la natura punitiva della confisca per equivalente, non appare più attuale all'esito della pronuncia a Sezioni Unite 26.9.2024 n. 13783, *Massini*[10]*.*

---

[8] In tal senso, si vedano le pronunce Cass. pen. Sez. Un. 30.1.2020 n. 13539 con riferimento alla confisca *ex* art. 44 e Cass. pen. 4.3.2021 n. 33429 con riguardo alla confisca prevista per i reati tributari. In realtà, si osserva che tale affermazione non appare aderente alla genesi e al testo letterale dell'art. 578-*bis* c.p.p. Come si è già ricordato in precedenza, l'art. 578-*bis* c.p.p. era stato introdotto nel codice di rito contestualmente all'inserimento nel codice penale dell'art. 240-*bis* c.p, nel quale era stata trasfusa la normativa speciale riguardante la confisca allargata ovvero il d.l. n. 306/1992. Come risultava evidente dalla formulazione iniziale e dalla rubrica stessa, denominata "*decisione sulla confisca in casi particolari nel caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione*", l'art. 578-*bis* c.p.p. si riferiva precipuamente all'ipotesi della confisca allargata prevista dall'art. 240-*bis* c.p. o da altre disposizioni di legge.

[9] Cfr. Cass. pen. Sez. Un. 29.9.2022 n. 4145, *Esposito,* in *Cass. pen.* 2023, 12, 4009. Per una approfondita analisi di tale pronuncia si rinvia a I. Piccolo, *La confisca tributaria di valore tra diritto intertemporale e prescrizione: una questione di principio…di legalità",* in questa *Rivista*, 19 febbraio 2024. In argomento, si veda altresì 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'*, in *www.sistemapenale.it*, 1 agosto 2022.

[10] Cass. pen. Sez. Un. 26.9.2024 n. 13783, *Massini,* in *Guida dir.* 2025, 8. Per un'analisi della pronuncia si rinvia a G. Soldini, *Brevi note alle Sezioni Unite n. 13783 del 2025 in tema di confisca: sulla solidarietà passiva dei correi e sulla natura della confisca di denaro,* in questa *Rivista*, 2

Questa epocale pronuncia, nel risolvere l'annoso contrasto giurisprudenziale riguardante la questione dell'applicazione solidale della confisca per equivalente nell'ipotesi del concorso di persone nei reati, ha colto l'occasione per ristabilire la funzione della confisca per equivalente e i criteri di distinzione dalla confisca diretta.

Limitandoci a quanto di interesse in questa sede, le Sezioni Unite *Massini* hanno sottolineato che la confisca assume una finalità punitiva soltanto se non si limita a sottrarre il vantaggio patrimoniale che il soggetto ha acquisito mediante l'illecito ma determina, invece, un peggioramento della situazione patrimoniale antecedente alla condotta. Pertanto, posto che la confisca per equivalente si limita ad apprendere l'esatto *tantundem* rispetto al profitto o al prezzo, costituendo un "*surrogato*" di quella diretta, essa ha una natura afflittiva ma non strettamente punitiva.

Del resto, come ricordato nella pronuncia in esame, la funzione della confisca del profitto era già stata oggetto di riflessione da parte della Corte Costituzionale a partire dalla pronuncia n. 112/2019[11]. In tale pronuncia, la Corte aveva già precisato che la confisca del profitto ha natura ripristinatoria mirando a riequilibrare la situazione patrimoniale riportandola allo stato precedente all'illecito. Pertanto, a prescindere dalla forma diretta o per equivalente attraverso la quale la confisca viene attuata, la misura ha carattere punitivo soltanto se, apprendendo in concreto beni di valore superiore all'arricchimento conseguito dal reo mediante l'illecito, esorbita rispetto alla funzione

---

settembre 2025 e S. Finocchiaro, *L'attesa sentenza delle Sezioni unite sul sequestro e la confisca nel concorso di persone nel reato: un'importante svolta in tema di natura (ripristinatoria) della confisca per equivalente e di (ri)qualificazione della confisca del denaro*, in *www.sistemapenale.it*, 15 aprile 2025.

[11] Corte Cost. 10.5.2019 n. 112, in *Giur. cost.*, 2019, 3, 1364, dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'originario testo dell'art. 187-*sexies* del d.lgs. n. 58 del 1998, nella parte in cui prevedeva la confisca del prodotto dell'illecito e dei beni utilizzati per commetterlo. Va precisato che con tale pronuncia, la quale attiene alla confisca amministrativa prevista dal predetto art. 187-*sexies*, la Corte Costituzionale ha riconosciuto che, per la loro onerosità, le sanzioni amministrative previste dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, hanno natura sostanzialmente penale. Ciò premesso, la Corte costituzionale aveva argomentato la declaratoria di incostituzionalità, nei termini anzidetti, osservando che la confisca assume carattere punitivo qualora infligga all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà superiore a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'arricchimento conseguito dall'illecito. Sulla base di tale premessa, la pronuncia ha chiarito che la confisca del profitto, sia nella forma diretta sia in quella per equivalente, ha natura ripristinatoria poiché si limita a sottrarre al destinatario l'ingiusto vantaggio economico ottenuto dall'illecito. Invece, la confisca del prodotto dell'illecito o dei beni utilizzati per commetterlo, comportando in capo al trasgressore un peggioramento dello stato patrimoniale che il trasgressore aveva prima dell'illecito, assume carattere punitivo. Sul punto si veda F. Viganò, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte Costituzionale: un primo bilancio*, in *www.sistemapenale.it*, 8 gennaio 2025, 14 e più approfonditamente in *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 119 e 239 ss. Per un'analisi dei profili di interesse della pronuncia si rinvia a R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.,* 2020, 2, 197 ss.; F. Di Vizio, *Sequestri e confische degli illeciti di market abuse e dei delitti societari di infedeltà* informativa, in *disCrimen,* 7 giugno 2019, 79 e F. Mazzacuva, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca*, in *Leg. pen.* 14 dicembre 2020.

ripristinatoria. Sempre come precisato nella motivazione, detta impostazione è stata confermata dalla successiva pronuncia n. 7/2025[12].

In definitiva, anche prima delle Sezioni Unite *Massini* la Corte Costituzionale aveva già chiarito che la confisca per equivalente, se limitata al profitto, non ha carattere punitivo.

Come puntualizzato dalla pronuncia in esame, tale nuova prospettiva non può non riflettersi sull'interpretazione dell'art. 578-*bis* c.p.p. Infatti, una volta stabilito che la confisca per equivalente non costituisce una pena, non vi è più ragione di escludere l'applicazione retroattiva dell'art. 578-*bis* c.p.p. in relazione a tale tipologia di confisca. In pratica, alla luce dei princìpi affermati dalle Sezioni Unite *Massini*, l'art. 578-*bis* c.p.p. potrebbe ormai trovare applicazione in via retroattiva a condotte antecedenti alla sua entrata in vigore anche con riferimento alla confisca per equivalente.

Tuttavia, come precisato dalla pronuncia, qualora la confisca del denaro fosse qualificabile come diretta, la conferma del provvedimento ablativo con la declaratoria di estinzione del reato apparirebbe in linea con l'assetto normativo da tempo stabilizzato.

Invece, se l'apprensione del denaro dovesse configurarsi come misura per equivalente, secondo la pronuncia il denaro andrebbe restituito al soggetto «*facendo ancora applicazione dei principi enunciati dalle Sezioni Unite Esposito*». E ciò perché l'applicazione in via retroattiva di una confisca per equivalente in caso di prescrizione del reato, «*in radicale difformità con i principi di diritto delle Sezioni Unite Esposito*», costituirebbe un *overrulling s*favorevole. Infatti, è solo per il radicale cambiamento dell'orientamento giurisprudenziale dovuto alle Sezioni Unite *Massini* che la confisca per equivalente non si ritiene più una misura punitiva. Tuttavia, come puntualizzato dalla pronuncia, se tale

[12] Le riflessioni svolte nella pronuncia n. 112/2019 sono state sviluppate dalla pronuncia della Corte Costituzionale 4.2.2025 n. 7 in *Cass. pen.* 2025, 5, 1494, anche in relazione alla confisca penale di cui all'art. 2641 c.c. Con tale pronuncia è stata infatti dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2641 c.c. con riferimento al co. 1, c.c. nella parte in cui dispone la confisca «*dei beni utilizzati per commettere il reato*» nonché al co. 2 in ordine alla confisca «*di una somma di denaro o beni di valore equivalente a quelli utilizzati per commettere il reato*». Tralasciando le complesse questioni sottese al caso *de quo* e limitandoci a richiamare gli aspetti della motivazione che sono di interesse in questa sede, la Corte Costituzionale ha sottolineato che il nostro ordinamento contempla una molteplice varietà di confische la cui effettiva natura deve essere desunta dalla specifica finalità perseguita dal provvedimento ablativo. È dunque dall'analisi della effettiva funzione svolta dalla misura ablativa che devono prendersi le mosse per stabilire la natura di ciascuna tipologia di confisca e conseguentemente il regime giuridico cui essa deve assoggettarsi. In base al predetto criterio funzionalistico, la Corte Costituzionale ha confermato che mentre la confisca del profitto, mirando a sottrarre al reo l'utilità economica acquisita mediante l'illecito, ha carattere ripristinatorio, la misura che comporti per l'autore dell'illecito un peggioramento della situazione patrimoniale preesistente, assume una natura punitiva. Sulla scorta di tale premessa, la pronuncia ha osservato che l'ablazione dei beni utilizzati per commettere il reato, determinando per il reo un peggioramento della situazione patrimoniale antecedente al reato, ha carattere punitivo. Per un'analisi della pronuncia si rinvia a B. Nacar, *CC. N. 7 del 2025: una pronuncia prevedibile e una questione irrisolta*, in questa *Rivista*, 28 maggio 2025. Per alcune riflessioni si vedano altresì M. Arbotti, *La proporzionalità sanzionatoria al cospetto delle confische dei proventi: legalità della pena, vecchie geometrie, nuove vocazioni funzionali,* in *www.sistemapenale.it,* 18 giugno 2024 e G. Civello, *Costituzionalmente illegittima la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, dei beni strumentali nei reati societari (art. 2641 c.c.),* in *Arch. pen. web* 2/2025.

ripensamento portasse all'applicazione del disposto di cui all' art. 578-*bis* c.p.p. a una confisca di valore per condotte antecedenti all'entrata in vigore di tale disposizione, ciò si tradurrebbe nell'applicazione retroattiva di una tipologia di misura ablativa, ovvero la confisca per equivalente, che in base all'assetto normativo precedente alle Sezioni Unite *Massini,* non poteva essere disposta in via retroattiva.

Questo comporterebbe una lesione del principio di prevedibilità del diritto, fermo restando che per diritto deve intendersi non solo la norma di produzione legislativa ma anche il formante giurisprudenziale.

In tal senso, nella motivazione si è sottolineato che l'interpretazione giudiziale «*non ha carattere meramente dichiarativo*» ma contribuisce a svelare il significato dell'enunciato normativo creando un affidamento dei consociati sulla stabilità di un determinato orientamento. Pertanto, proprio a tutela di tale affidamento, è necessario che i giudici si conformino ad un tendenziale rispetto dei propri precedenti. Ne consegue che, fermo restando che il *revirement* giurisprudenziale deve ritenersi possibile per consentire l'evoluzione della giurisprudenza e il suo adattamento al mutare dei tempi, il mutamento sfavorevole deve tutelare l'affidamento del soggetto sul pregresso assetto normativo qualora egli non avrebbe potuto rappresentarsi il cambio di interpretazione.

In pratica, poiché nel caso di specie la qualificazione come diretta o per equivalente della confisca disposta dal Giudice di primo grado, ne condiziona il mantenimento in fase di impugnazione, posto che soltanto nel primo caso la misura ablativa potrebbe essere mantenuta per fatti precedenti all'entrata in vigore dell'art. 578-*bis* c.p.p., la Corte di Cassazione ha annullato con rinvio il capo relativo alla confisca della somma di denaro. Assegnando al Giudice del rinvio il compito di accertare se l'ablazione del denaro debba in concreto considerarsi confisca diretta oppure per equivalente.

Valutazione da svolgere sempre alla luce dei principi affermati dalle Sezioni Unite *Massini*[13]. In tal senso, come sottolineato dalla predetta pronuncia, la confisca diretta

[13] La pronuncia a Sezioni Unite *Massini* ha affrontato il complesso tema della confisca del denaro, misura che risente della difficoltà di declinare i princìpi elaborati in materia in ragione della fungibilità del denaro, caratteristica che rende difficoltosa la distinzione tra confisca diretta e per equivalente. È evidente infatti, che se la caratteristica precipua della confisca diretta è quella della derivazione causale del bene dal reato, nel caso del denaro risulta molto difficile provare con rigore tale derivazione diretta. La difficoltà di qualificare la confisca del denaro come diretta o per equivalente è dimostrata dai molteplici interventi attraverso i quali le Sezioni Unite hanno cercato di tracciare i princìpi per delimitare il confine tra confisca diretta e per equivalente. La motivazione in particolare, si è soffermata sull'aspetto relativo alla rilevanza, ai fini della distinzione tra confisca diretta e per equivalente, dell'identità fisica dei beni nummari oggetto di ablazione, profilo che è stato per molto tempo al centro di un disallineamento della giurisprudenza. Ponendo quindi fine ad una questione controversa, le Sezioni Unite hanno stabilito che presupposto indefettibile per qualificare la confisca del denaro come diretta è la sussistenza del nesso di derivazione causale delle somme dal reato. La fungibilità del denaro rende certamente più complesso il tracciamento delle somme ma, e questo vale sia per il profitto sia per prezzo, senza la prova della derivazione causale dal reato, la confisca del denaro non può essere qualificata come diretta. Ne consegue che la confisca del denaro deve considerarsi per equivalente tutte le volte in cui si smarrisce la rintracciabilità fisica, risultando impossibile dimostrare che quelle somme provengono dal reato. All'esito di questa disamina, le Sezioni Unite hanno concluso che la confisca del denaro è diretta quando risulta la prova che la somma confiscata è proprio quella derivata dal reato o che il bene confiscato rappresenta un'utilità economica acquisita successivamente al reato mediante l'investimento dello specifico profitto o del prezzo del reato. Invece, la confisca del denaro non è configurabile come

del profitto presuppone sempre «*la prova della derivazione dal reato della res oggetto di ablazione*». E questo vale anche nel caso della confisca di denaro ancorché la fungibilità del denaro renda molto difficile provare con rigore la derivazione diretta dal reato. Sulla base di tale premessa, superando un decennale orientamento, la pronuncia *Massini* ha stabilito che anche con riferimento all'ablazione del denaro, il presupposto indefettibile per qualificare la confisca come diretta, è la sussistenza del nesso di derivazione causale delle somme dal reato[14]. Ne consegue che la confisca del denaro può considerarsi diretta soltanto quando risulta la prova che la somma confiscata è "*proprio quella*" derivata dal reato.

In conclusione, nel caso di specie, il Giudice del rinvio dovrà verificare se la somma di € 30.000 costituisca il profitto diretto dei contestati reati di corruzione.

4. Il principio convenzionale della prevedibilità.

In definitiva, la sentenza in esame ha affermato che la riqualificazione della confisca per equivalente come misura dal carattere ripristinatorio e non punitivo, porta a superare le ragioni che erano state tenute in considerazione dalle Sezioni Unite *Esposito* per sostenere l'irretroattività dell'art. 578-*bis* c.p.p. con riferimento a tale forma di confisca.

Infatti, riconoscere che la confisca per equivalente non ha funzione punitiva, se si limita a sottrarre l'arricchimento acquisito mediante l'illecito, potrebbe astrattamente consentire la possibilità di una applicazione retroattiva dell'art. 578-*bis* c.p.p.

Tuttavia, la pronuncia ha stabilito che il mutamento giurisprudenziale, a seguito del quale deve ritenersi applicabile la confisca per equivalente in caso di prescrizione anche per fatti pregressi all'introduzione dell'art. 578- *bis* c.p.p., non può essere applicato a condotte poste in essere prima dell'*overruling* poiché deve essere tutelato l'affidamento del soggetto sul preesistente assetto normativo.

L'aspetto più interessante della sentenza in esame attiene proprio alle argomentazioni esposte in ordine al principio di prevedibilità del diritto. Come è noto, questo canone di matrice convenzionale ha da tempo fatto ingresso nel nostro ordinamento a seguito della pronuncia della Corte E.D.U. nella vicenda *Contrada*.[15] Il ricorrente, all'esito della condanna inflittagli per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, aveva espresso le proprie doglianze in ordine al fatto che la condanna era il risultato di un'evoluzione estensiva della giurisprudenza, risultante dal combinato disposto

diretta quando ha ad oggetto somme sopravvenute o preesistenti al reato o comunque in tutti i casi in cui non è provato che il denaro sia riconducibile al reato stesso.

[14] Per un'analisi del principio espresso dalle Sezioni Unite *Lucci e Gubert* secondo cui il denaro che costituisce profitto del reato, trattandosi di bene fungibile, può sempre essere attinto dalla confisca diretta e della successiva giurisprudenza che aveva incrinato tale principio affermando che se l'interessato fornisce la prova della assenza di pertinenzialità deve escludersi che la confisca sia qualificabile come diretta, si rinvia a A. Keller, *Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza di pertinenzialità: la recente giurisprudenza di legittimità erige i primi fragili argini alle sentenze Gubert e Lucci*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 6/2019.

[15] Corte EDU, Sez. IV, 14 aprile 2015, *Contrada* c. Italia, ric. 66655/13, in *Redazione giurisprudenza penale*, 2015.

dell'art. 110 c.p. e dell'art. 416-*bis* c.p., successiva all'epoca in cui si erano collocate le condotte oggetto dell'imputazione.

Accogliendo il ricorso, la Corte di Strasburgo aveva sottolineato che, nell'infliggere la condanna, la Corte di Cassazione era incorsa in violazione del principio di legalità sancito dall'art. 7 C.E.D.U., il cui corollario è la prevedibilità della legge penale in virtù della quale è necessario che l'individuo possa ragionevolmente prevedere, nel momento della commissione del fatto, gli esatti contorni della norma incriminatrice e le conseguenze sanzionatorie delle proprie azioni. Va osservato che nella *ratio* sostanzialistica dell'art. 7 della Convenzione, la quale si rivolge anche a Paesi della Convenzione che ammettono reati di creazione giurisprudenziale, non è rilevante il fatto che la fonte della norma incriminatrice sia una legge formale o una decisione giudiziale bensì il fatto che il soggetto possa conoscere il precetto e la pena prevista per la sua violazione.

In pratica, il principio convenzionale di prevedibilità impone che la norma, la quale è il risultato del testo legislativo e del formante giurisprudenziale, sia chiara ed accessibile al consociato[16].

Va altresì ricordato che nel periodo successivo alla sentenza *Contrada*, la Corte di Cassazione era stata investita da numerosi ricorsi di soggetti condannati per concorso esterno in associazione mafiosa i quali, pur lamentando di essere stati anch'essi sanzionati in base ad una giurisprudenza postuma rispetto ai fatti loro ascritti, non si erano rivolti alla Corte E.D.U.

La Corte Suprema, con la pronuncia relativa ai c.d. "fratelli minori di Contrada", aveva respinto le istanze di revisione delle condanne definitive. A prescindere dalle argomentazioni svolte in tale pronuncia, fondamentalmente incentrate sul fatto che non si trattava di una sentenza "pilota", ciò che in questa sede interessa sottolineare è che la Corte, esprimendosi sulla applicabilità del principio convenzionale della prevedibilità nell'ambito del nostro ordinamento, aveva precisato che tale principio non è estraneo al nostro ordinamento ma va ricondotto alla nozione di errore incolpevole già elaborata dalla Corte Costituzionale[17].

---

[16] Sull'argomento, fra gli altri, si vedano C. Iasevoli, *L'imprevedibilità degli esiti interpretativi,* in *Arch. pen.,* 3/2018, 589 ss.; F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19 dicembre 2016; F. Consulich, *Così è (se vi pare) Alla ricerca del volto dell'illecito penale, tra legge indeterminata e giurisprudenza imprevedibile*; in *www.sistemapenale.it*, 9 aprile 2020; R. Bartoli, *Nuovi scenari della legalità penale*, in *www.sistemapenale.it*, 30 aprile 2022; F. Palazzo, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cass. pen.*, 2022, 3, 941 ss.; C. Cupelli, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole,* in questa *Rivista*, 3/2022, 379 ss.; R. Rampioni, *Dalla ultronea ma chiara prevedibilità eurounitaria-convenzionale alla rilevante quanto dissimulata prevedibilità "nostrana"*, in *Diritto di difesa*, 9 marzo 2023.

[17] Cfr. Cass. pen. Sez. Un., 24 ottobre 2019, n. 8544, in *Cass. pen.*, 2020, 6 la quale ha precisato che «*la Corte Europea ha ricondotto al principio di legalità convenzionale quella nozione di prevedibilità che la giurisprudenza costituzionale italiana aveva già riconosciuto, pur se correlata al principio di colpevolezza, in termini altrettanto funzionali per la garanzia del cittadino*». Sul punto si veda G. Amarelli, *Le Sezioni Unite negano efficacia "*erga alios*" alla Contrada: i fratelli minori vanno a Strasburgo*, in *Giur. it.*, 2020, 898 ss.; R. Bartoli, *Chiusa la saga Contrada: in caso di contrasto giurisprudenziale opera la colpevolezza*, in *Dir. pen. proc.*, 6, 2020, 775 ss.; S. Bernardi, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c.*

Il riferimento è alla nota pronuncia del 24 marzo 1988 n. 364 attraverso la quale la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5 c.p. nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile. Non potendo approfondire i contenuti di tale storica sentenza, per quanto rilevante in questo contesto ci si limita a ricordare che l'articolata motivazione si era soffermata sul fatto che l'effettiva possibilità di conoscere la legge penale è un requisito minimo, che si ricava dall'intero sistema costituzionale, per postulare la rimproverabilità e quindi la colpevolezza del soggetto. Come precisato dalla Corte Costituzionale, l'inevitabilità dell'errore presuppone l'impossibilità di conoscere la legge penale, come nell'ipotesi di un testo legislativo assolutamente oscuro o di un atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari "*gravemente caotico*".

Tale sentenza, ancorché acclamata come storica dalla dottrina penalistica in quanto portatrice di uno statuto costituzionale del principio di colpevolezza, è stata sostanzialmente ignorata dalla giurisprudenza[18].

Di conseguenza, l'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza dei "fratelli minori di Contrada" in base al quale la prevedibilità va declinata secondo i restrittivi parametri dell'errore incolpevole, ha di fatto determinato un'applicazione molto scarsa di tale principio convenzionale.

In tale panorama, la pronuncia in esame si distingue proprio per il fatto che rappresenta una delle poche applicazioni del canone della prevedibilità del diritto nell'ambito del nostro ordinamento.

Al riguardo la pronuncia stessa ha ammesso che *«la giurisprudenza di legittimità non ha ancora raggiunto approdi consolidati sul tema del diritto fondamentale dell'imputato alla prevedibilità del diritto giurisprudenziale in ambito penale».*

5. Prevedibilità del diritto e mutamento giurisprudenziale sfavorevole.

Nella pronuncia in esame il principio di prevedibilità è applicato in relazione allo specifico profilo del mutamento giurisprudenziale sfavorevole.

La rilevanza del mutamento giurisprudenziale ai fini dell'esclusione della colpevolezza si inserisce nella più generale tematica attinente alla scusabilità dell'errore sul precetto in presenza di un contrasto giurisprudenziale[19].

In base al canone convenzionale di prevedibilità di cui all'art. 7 C.E.D.U., il mutamento giurisprudenziale non è suscettibile di interpretazione retroattiva *in malam partem* qualora la nuova opzione ermeneutica non sia ragionevolmente prevedibile al momento della commissione del fatto.

Italia non può produrre effetti erga omnes, in *www.sistemapenale.it*, 11 marzo 2020.

[18] In questi termini si veda F. Viganò, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale,* cit., 8.

[19] Il contrasto giurisprudenziale "sincronico" sussiste quando nel medesimo intervallo temporale coesistano due o più interpretazioni difformi mentre il contrasto giurisprudenziale "diacronico" presuppone l'esistenza di una linea interpretativa che ad un certo punto viene smentita da un nuovo orientamento com'è appunto il caso dell'*overrulling*.

Peraltro, tenuto conto che, come si è ricordato, la giurisprudenza ha sempre ricondotto la prevedibilità nei rigidi binari dell'errore incolpevole, il mutamento giurisprudenziale sfavorevole non ha mai trovato nel nostro ordinamento un concreto spazio applicativo ai fini dell'esclusione della colpevolezza.[20]

Pertanto, nel riconoscere l'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale sfavorevole da parte del ricorrente, la sentenza in esame appare innovativa.

In questi termini si registra un solo precedente e precisamente la recente sentenza n. 28594/2024, anch'essa pronunciata dalla Sesta Sezione, la quale ha affermato che il principio di diritto stabilito da una pronuncia delle Sezioni Unite, che comporti un mutamento giurisprudenziale imprevedibile ed *in malam partem*, non può incidere sfavorevolmente nei confronti dell'imputato la cui condotta si sia collocata nel periodo antecedente rispetto al formarsi del nuovo orientamento[21].

Ai fini di una migliore comprensione del principio affermato dalla citata pronuncia, appare opportuno ricordare i termini essenziali della vicenda. La decisione postulava la soluzione della questione relativa alla rilevanza delle finalità dell'accesso al sistema informatico e telematico ai fini dell'integrazione del delitto di cui all'art. 615-*ter* c.p.[22]. Secondo l'orientamento cristallizzato dalla pronuncia a Sezioni Unite "*Casani*", se il soggetto era legittimato ad entrare nel sistema e non violava le prescrizioni oggettive, dovevano ritenersi irrilevanti ai fini dell'integrazione della fattispecie gli scopi dell'accesso[23]. Successivamente a tale arresto, la Corte di Cassazione era intervenuta

[20] In particolare, l'orientamento giurisprudenziale è sempre stato granitico nell'affermare che quando vi sia un contrasto giurisprudenziale poi risolto da una decisione delle Sezioni Unite, non può dirsi imprevedibile l'interpretazione che si fondi su uno degli orientamenti analizzati dalla predetta decisione. Di conseguenza, poiché la soluzione delle Sezioni Unite normalmente sceglie quale avallare fra gli orientamenti in contrasto, l'eventuale mutamento giurisprudenziale contenuto nel principio di diritto non può quasi mai considerarsi imprevedibile. In tal senso, *ex multis*, si vedano Cass. pen. Sez. Un., 24 ottobre.2019, n. 8544 cit.; Cass. pen. Sez. V, 17 maggio 2018 n. 41846 in *Cass pen.* 2019, 10, 3683; Cass. pen., Sez. V, 24 aprile 2018 n. 37857. Con riguardo alla retroattività del mutamento giurisprudenziale in materia processuale si veda Cass. pen., Sez. III, 27 novembre 2020 n. 1731, in *www.sistemapenale.it*, 17 marzo 2021, con nota di B. Fragasso, *Sulla retroattività dell'overruling in materia processuale, tra soggezione del giudice alla legge e giusto processo.* Tale pronuncia ha precisato che l'*overruling* imprevedibile è ravvisabile «*nei soli casi di radicale innovazione della soluzione giurisprudenziale, inconciliabile nelle precedenti decisioni*».

[21] Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 16.7.2024, n. 28594 in *Cass. pen.* 2025, 1, 64. Per un'analisi degli aspetti innovativi di tale pronuncia in ordine al riconoscimento della imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale, si rinvia a F. Palazzo, R. Bartoli, *Mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli ed irretroattività,* in *www.sistemapenale.it*, 17 settembre 2024. e J. Della Valentina, *Quando il custode custodisce se stesso: note a margine della censura di un mutamento giurisprudenziale sfavorevole*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2024, 1482.

[22] L'ampiezza della fattispecie era stata a lungo controversa sotto un duplice profilo. In primo luogo, sul piano della condotta materiale, si era dibattuto se il delitto dovesse ritenersi integrato soltanto nell'ipotesi in cui il soggetto si fosse inserito nel sistema informatico o telematico senza essere munito delle apposite credenziali o anche quando l'accesso, pur autorizzato, fosse stato effettuato in violazione delle prescrizioni impartire dal titolare del sistema. Inoltre, si era posto il dubbio se, in assenza di violazioni relative alle condizioni che regolano l'accesso, potesse avere rilevanza il fatto che il soggetto si fosse introdotto nel sistema per finalità estranee a quelle per le quali è prevista la facoltà di accedere.

[23] Cass. pen. Sez. Un. 27.10.2011 n. 4694, *Casani,* in *Riv. pen.* 2012, 4, 381.

nuovamente a Sezioni Unite con la pronuncia "*Savarese*" la quale, superando il precedente arresto, aveva stabilito che costituiva reato l'ingresso nel sistema effettuato per ragioni diverse rispetto a quelle per le quali al soggetto era stata conferita la facoltà di accesso.[24] Ciò premesso, la vicenda sottesa alla pronuncia riguardava un pubblico ufficiale il quale, pur essendo autorizzato ad introdursi nella banca dati del sistema di indagini, aveva operato per finalità non d'ufficio bensì private e dunque difformi rispetto a quelle che lo legittimavano ad inserirsi nel sistema stesso. Peraltro, i fatti si erano collocati in un contesto temporale in cui, in base alla sentenza "*Casani*", l'accesso avvenuto secondo modalità autorizzate, ancorché per finalità non consentite, non integrava la fattispecie criminosa di cui all'art. 615-*ter* c.p. Di conseguenza, la pronuncia n. 28594/2024 ha sottolineato che al momento in cui aveva commesso il fatto, il soggetto poteva fare affidamento su una regola stabilizzata dalle Sezioni Unite.

Come precisato nella motivazione, qualora attraverso una nuova pronuncia a Sezioni Unite sopravvenga un mutamento giurisprudenziale peggiorativo, è necessario tutelare l'affidamento che il consociato ha riposto nell'assetto normativo fissato dalle Sezioni Unite prima dell'*overruling*. In pratica, come affermato dalla pronuncia, un mutamento giurisprudenziale imprevedibile si riflette sul giudizio di rimproverabilità soggettiva secondo i parametri stabiliti dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 364/1998 in materia di ignoranza della legge penale. Quindi, in base ad una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 5 c.p., la mancata conoscenza della nuova interpretazione giurisprudenziale doveva ritenersi scusabile con conseguente esclusione della colpevolezza dell'imputato.

In conclusione, tenuto conto che all'epoca dei fatti l'imputato aveva agito confidando nella regola di diritto stabilizzata dalla pronuncia "*Casani*", e che la condotta posta in essere dall'imputato era divenuta rilevante *ex* art. 615-*ter* c.p. soltanto in base ad un successivo ripensamento delle Sezioni Unite, la Corte suprema ha deciso che il fatto contestato non costituiva reato.

È evidente che la pronuncia in commento, nell'aver attribuito rilevanza all'imprevedibilità del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, si è collocata nel solco appena tracciato dalla pronuncia n. 28594/2024, anche se come si vedrà con una significativa differenza nel modo in cui è stato applicato il principio di prevedibilità.

6. Brevi osservazioni conclusive.

All'esito di questa breve disamina, la pronuncia appare rilevante in relazione ad alcuni profili di particolare interesse.

In primo luogo, come si è già sottolineato, la sentenza rappresenta uno dei pochi casi, rinvenibili nel panorama giurisprudenziale, in cui è stata riconosciuta la lesione del principio di prevedibilità del diritto a fronte di un mutamento giurisprudenziale imprevedibile.

È evidente che in un sistema in cui, come sottolineato nella motivazione, il formante giurisprudenziale influisce in modo decisivo nella definizione della norma[25], appare

[24] Cass. pen. Sez. Un., 18.5.2017, n. 41210, *Savarese*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2018, 4, 2256.

[25] Nel punto 3.10 la motivazione ha affermato che «*la giurisprudenza non si limita a disvelare il significato, univoco e immutabile, impresso dal legislatore all'enunciato normativo, ma ne rico-*

fondamentale che l'evolversi della elaborazione interpretativa non leda il diritto dei consociati di conoscere, al momento della condotta, l'assetto normativo così come elaborato anche dal diritto vivente.

Al riguardo, appaiono meritevoli di nota le considerazioni svolte sulla lesione dei diritti dell'imputato che può derivare dal mutamento giurisprudenziale «*in forme non meno incisive dell'intervento del legislatore che aggravi il trattamento penale retroattivamente in violazione dell'art. 25, 2 co. Cost.*». E ciò perché, come sottolineato nella motivazione, il mutamento giurisprudenziale interviene retroattivamente posto che l'interpretazione giudiziale «*è strutturalmente rivolta a fatti commessi nel passato*».

Inoltre, con riferimento ai requisiti della accessibilità e della prevedibilità della norma, la motivazione ha ricordato che il mutamento giurisprudenziale non è percepibile nitidamente dai consociati «*non conoscendo forme di pubblicazione ufficiale, quali quelle previste per la legge e per le sentenze della Corte Costituzionale*».

Infine, la pronuncia ha sottolineato che *«la tutela dell'imputato a fronte dell'overrulling sfavorevole non è garantita dalla disciplina della successione di leggi penali nel tempo»* e quindi per garantire l'irretroattività della norma peggiorativa non può essere invocato il principio garantistico di cui all'art. 2, 4 co. c.p.

Per tali ragioni, come sottolineato nella pronuncia, occorre contemperare la necessità dell'adeguamento giurisprudenziale con il rispetto dei diritti fondamentali dell'imputato[26].

---

struisce, nel limite della compatibilità con la sua formulazione letterale, una pluralità di significati, non di rado storicamente mutevoli; una pluralità di norme, a fronte della medesima disposizione, secondo il lessico della Corte Costituzionale».

Correttamente la pronuncia ha sottolineato che la soluzione interpretativa deve essere compatibile con il testo della disposizione normativa. Su tale aspetto, da tempo la dottrina ha espresso preoccupazione per il sempre maggiore "protagonismo" della dimensione giudiziale del diritto". L'espressione è di V. Manes, *Dalla fattispecie al precedente: appunti di deontologia ermeneutica,* in *www.penalecontemporaneo.it*, 17 gennaio 2018 e *Sui vincoli costituzionali dell'interpretazione in materia penale (a margine della recente giurisprudenza della Consulta),* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 1233. Sull'argomento si veda A. Cadoppi, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità,* Torino, 2014, fra i primi a mettere in luce la marcata creatività giurisprudenziale nel nostro sistema, evidenziando tratti di sostanziale analogia con esperienze tratte dal mondo di *common law*. Fra le voci che esprimono preoccupazione si vedano, fra gli altri, G. Insolera, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio,* in *Riv. it. dir. pen. proc.,* 2016, 2001 ss; A. Lanzi, *La tutela dei diritti del cittadino fra giustizialismo e garantismo; legalità e giustizia,* in *Ind. pen.,* 2017, 988 ss.; D. Negri, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, éthos delle fonti, dialettica tra le Corti,* in *Arch. pen.*, 2017, 421 ss.; G. Amarelli, *Dalla legolatria alla post-legalità: eclissi o rinnovamento di un principio?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 3, 1406 ss.; G. Civello, *La legalità come inconveniente: la "dimenticanza della legge" e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *Arch. pen.,* 2/2017, 407 ss.; F. Caprioli, *Il giudice e la legge processuale: il paradigma rovesciato,* in *Ind. pen.*, 2017, 967 ss.; N. Mazzacuva: *Tra analogia e interpretazione estensiva. A proposito di alcuni casi problematici tratti dalla recente giurisprudenza*, in *Criminalia*, 2010, 367 ss.

[26] Va ricordato che l'esigenza di un tendenziale rispetto dei precedenti è stata più volte rimarcata dalla Corte Costituzionale. In particolare, nella sentenza 29.10.2024 n. 203 la Corte ha precisato che «*il tendenziale rispetto dei propri precedenti – unitamente alla coerenza dell'interpretazione con il testo delle norme interpretate e alla persuasività delle motivazioni – è, per le giurisdizioni superiori, condizione essenziale dell'autorevolezza delle loro decisioni*» e che «*ogni revirement scuote gli affidamenti che la precedente giurisprudenza ha creato*».

In questa prospettiva, l'esigenza di tutelare l'affidamento riposto dai consociati sull'interpretazione consolidata, si pone soprattutto qualora una questione di diritto sia stata decisa da una pronuncia a Sezioni Unite, atteso l'effetto stabilizzante dell'assetto normativo che consegue a tale tipologia di pronunce[27].

Il secondo aspetto relativo all'applicazione del principio di prevedibilità, che appare opportuno analizzare, è il seguente. Come già ricordato, nel sancire che il mutamento giurisprudenziale non può ledere l'affidamento sul pregresso assetto normativo, la sentenza in esame si è posta in conformità con la pronuncia n. 28594/2024. Tuttavia, pur sostenendo entrambe l'irretroattività del mutamento giurisprudenziale sfavorevole, le due pronunce si discostano nella applicazione pratica del canone convenzionale. Infatti, nella sentenza n. 28594/2024 la violazione del principio di prevedibilità è stata risolta sul piano dell'elemento soggettivo, seguendo l'impostazione della già menzionata sentenza dei "fratelli minori" di Contrada. Nel caso di specie, in-

[27] Anche se nella pronuncia in commento non se ne fa menzione esplicitamente, il tema dell'affidamento sull'assetto normativo stabilizzato dal diritto vivente, si intreccia con quello relativo alla valenza dell'art. 618, co. 1-*bis* c.p.p., introdotto dalla l. 23.6.2017 n. 103. Come è noto, tale norma prevede che la Sezione semplice della Corte di Cassazione, qualora ritenga di non condividere il principio di diritto formulato in una sentenza delle Sezioni unite, "rimette" a queste ultime la decisione del ricorso. Non potendo in questa sede approfondire tale tematica, ci si limita a ricordare che secondo l'orientamento della giurisprudenza attraverso tale norma sarebbe stato introdotto il "vincolo del precedente" ancorché relativo in quanto limitato all'interno della sola Corte di Cassazione e non operante nei confronti dei giudici di merito. In questa prospettiva, la necessità di attribuire maggiore rilievo al tema del mutamento giurisprudenziale viene collegata proprio alla predetta disposizione normativa. In tal senso, si veda la già citata pronuncia n. 28594/2024 nella quale si è precisato che «*il sistema del precedente vincolante, attribuendo alla regola enunciata dalle sezioni Unite una valenza di tendenziale stabilizzazione dei rapporti, è funzionale ad assicurare la prevedibilità delle decisioni giudiziarie e, quindi, ad offrire al cittadino la possibilità di conoscere le conseguenze delle libere scelte di azione e di fare affidamento su un assetto normativo stabile*». La dottrina si è espressa in senso critico nei confronti dell'inserimento dell'art. 618, co. 1-*bis* e ha espresso preoccupazione sul fatto che l'introduzione di tale regola possa finire per riconoscere alle decisioni delle Sezioni unite il valore di fonte del diritto. In tal senso, si vedano A. De Caro, *Riflessioni sparse sul nuovo assetto nomofilattico. Le decisioni vincolanti delle sezioni unite al cospetto del principio del giudice soggetto solo alla legge: un confine violato o una frontiera conquistata?*, in *Arch. pen.*, *Suppl.* al n. 1 del 2018, *La giustizia penale riformata*, 760; R. Aprati, *Le sezioni unite fra l'esatta applicazione della legge e l'uniforme interpretazione della legge (commi 66-69 l. n. 103/2017)*, in A. Marandola, T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 278, ha sottolineato che a seguito dell'aggiunta all'art. 618 c.p.p. del comma 1-*bis* il sistema si è irrigidito. Anche C. Iasevoli, *Le nuove prospettive della Cassazione penale: verso l'autonomia dalla Costituzione?*, in *Giur. it.*, 2017, 2301 ss., si esprime in senso critico verso la novella dell'art. 618 c.p.p. osservando che l'introduzione del vincolo del precedente consentirà alle Sezioni Unite di erigersi a «*fonti di diritto penale e di diritto processuale penale*, *ponendosi in contrasto con le più elementari esigenze di uno stato di diritto*». Nei medesimi termini O. Mazza, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (civil law)*, in *Arch. pen.*, Suppl. al n. 1 del 2018, *La giustizia penale riformata*, 723 ss. il quale ha espresso considerazioni critiche su una lettura del vincolo del precedente che porti a ritenere vincolanti le scelte interpretative del Supremo Collegio al punto da considerarle "*fonti formali del diritto*". Per una trattazione dell'argomento si rinvia altresì a E. Reccia, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite,* Torino, 2020, 112.

vece, come precisato nella motivazione, l'applicazione della confisca pur postulando la commissione di un reato non richiede la verifica dell'elemento soggettivo del reato.

Di conseguenza, la pronuncia in esame non ha fatto ricorso alla scusabilità dell'errore dell'imputato *ex* art. 5 c.p. ma ha invece affermato che il canone convenzionale della prevedibilità attiene alla necessità che la base legale «*così come definita anche dal diritto vivente*» abbia le caratteristiche della chiarezza e della precisione[28]. Pertanto, la pronuncia appare interessante anche in ragione del fatto che ha considerato la prevedibilità, non un elemento da valutarsi sul piano soggettivo della colpevolezza, bensì un requisito di qualità della "base legale".

Infine, ed è questo l'ultimo profilo da sottolineare, nella motivazione si è correttamente affermato che il principio convenzionale di prevedibilità affonda le sue radici non solo nell'art. 7 C.E.D.U. ma anche nell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., il quale stabilisce che nessuno può essere privato della proprietà se non alle condizioni «*previste dalla legge*». In tal senso, la motivazione ha precisato che il rimedio per garantire la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie per l'imputato, a fronte del mutamento giurisprudenziale imprevedibile, è costituito «*da un'interpretazione dell'art. 578-bis c.p.p. conforme all'art. 7 CEDU e all'art. 1 Prot. 1 CEDU*».

A ben vedere, però, alla luce del caso concretamente deciso la sentenza ha finito per affermare che la "base legale" deve essere precisa anche in relazione a quei provvedimenti ablativi i quali, non essendo qualificabili come pene, non rientrano nell'alveo di tutela dell'art. 7 C.E.D.U., bensì in quello dell'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. Infatti, la Corte di Cassazione in nome del principio di prevedibilità ha escluso l'applicazione retroattiva dell'art. 578-*bis* c.p.p. non con riferimento ad una pena, tale non potendo più essere considerata la confisca per equivalente, bensì in relazione ad un provvedimento di natura ripristinatoria. A rigore, dunque, non era in questione il divieto di retroattività delle pene sancito dagli artt. 25, 2 co. Cost e 7 C.E.D.U. ma piuttosto la prevedibilità della base legale, alla quale fa riferimento l'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U., dei provvedimenti che incidono sulla proprietà[29].

Pertanto, la sentenza in commento si inserisce nel solco dell'orientamento nel quale si collocano pochi ma autorevoli precedenti, con il quale si è rimarcato che la

[28] In tal senso, nel punto 3.11 della motivazione si è precisato che «*nel caso di specie, non viene in rilievo il tema della conoscibilità o meno per l'imputato della fattispecie di reato, quanto la questione, radicalmente diversa, della base legale, così come definita anche dal diritto vivente, del potere del giudice penale di disporre la confisca per equivalente in assenza di condanna*».

[29] Con riferimento all'art. 1 Prot. 1 C.E.D.U. va ricordata la recente pronuncia della Corte E.D.U. 19.12.2024, n. 47284, *Episcopo-Bassani*, in *Cass. pen.*, 2025, 3, 975. In questa pronuncia, era in questione una confisca diretta dei proventi del reato disposta nel 2008, all'esito della sentenza di condanna di primo grado, confermata in appello contestualmente alla sentenza di proscioglimento e successivamente confermata anche dalla Corte di Cassazione. La Corte E.D.U., ha sottolineato che *a quell'epoca, «la giurisprudenza consolidata considerava che la misura della confisca non potesse essere applicata dopo che un reato aveva cessato di essere punibile. Soltanto successivamente la Corte di Cassazione ha iniziato a riconoscere che la misura della confisca potesse essere in realtà applicata in una simile situazione; tuttavia, anche allora, la questione è stata per diversi anni oggetto di un contrasto giurisprudenziale».* Pertanto, la Corte ha concluso che al momento pertinente – che nell'applicazione dell'art. 1 coincide con il momento in cui il provvedimento di confisca è emesso per la prima volta – la confisca non era fondata su una base giuridica sufficientemente prevedibile con conseguente violazione dell'articolo 1 Prot. 1 C.E.D.U.

base legale delle ipotesi di confisca deve avere i requisiti di precisione e chiarezza anche se i provvedimenti ablativi non configurano sanzioni penali[30].

[30] In tal senso, va in primo luogo citata la fondamentale pronuncia 24/2019 della Corte Costituzionale 27.2.2019 n. 24, in *Dir.& Giust.*, 28.2.2019, emessa in materia di misure di prevenzione. In tale pronuncia, sul presupposto che il sequestro e la confisca di prevenzione non hanno natura penale, la Corte ha sottolineato che tali misure «*incidono pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati a livello costituzionale (art. 41 e 42 Cost.) e convenzionale (art. 1 Prot. addiz. CEDU)*». Ne consegue che anche «*al di fuori della materia penale*» non può escludersi l'esigenza di predeterminazione delle condizioni in presenza delle quali può essere limitato un diritto costituzionalmente e convenzionalmente protetto. Con la conseguenza che, come affermato in tale sentenza, eventuali ipotesi di sequestro e confisca prive di una base legale che consenta ai destinatari di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure, si porrebbero in contrasto con i parametri costituzionali e convenzionali. Inoltre, sempre in tema di prevedibilità in relazione a misure ablative non ritenute penali dall'orientamento giurisprudenziale, e segnatamente in materia di confisca allargata, va ricordata la pronuncia a Sezioni Unite 26.10.2023 n. 8052, *Rizzi*, in *Dir.&Giust.* 2024, 26. Si tratta della pronuncia che ha risolto la questione dell'efficacia intertemporale della l. 17.10.2017, n. 161 che ha inserito nell'ambito dell'art. 240-*bis* c.p. la previsione secondo la quale «*il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale*». Tale pronuncia delle Sezioni Unite, ha ricordato che «*il tema della prevedibilità e dell'ampliamento garantistico ad esso sotteso è stato allargato oltre la stessa nozione estesa di materia penale trovando applicazione anche alla confisca allargata e alle misure di prevenzione*». Di conseguenza, «*i requisiti di accessibilità e prevedibilità assumono rilievo anche per la confisca allargata*». Per un'analisi di tale pronuncia, si rinvia a P. Giustozzi, L. Puccetti, *Le Sezioni Unite sull'efficacia intertemporale del divieto probatorio introdotto dall'art. 31, L. n. 161/2017*, in *Dir. pen. proc.*, 11, 2024, 1456.

Commento alla sentenza della Corte costituzionale 3 luglio 2025, n. 95: sindacato *in malam partem* e obblighi internazionali di tutela penale

Giorgia Fucito*

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – **2.** La tormentata esistenza dell'abuso d'ufficio. – **3.** La reazione della giurisprudenza: uno sguardo di insieme sulle ordinanze di rimessione. – **4.** La giurisprudenza della Corte sulle eccezioni al divieto di sindacato costituzionale *in malam partem*. – **5.** Le risposte della Corte ai dubbi di legittimità costituzionale. – **6.** Brevi considerazioni critiche.

ABSTRACT

Il contributo intende analizzare la sentenza con cui la Corte costituzionale ha respinto le plurime doglianze di incostituzionalità sollevate dalla giurisprudenza, a seguito dell'intervento normativo che ha abrogato il reato di abuso d'ufficio (L. 114/2024), soffermandosi in particolare sulla ricognizione operata dai giudici in tema di sindacato costituzionale *in malam partem*.
Conformemente alla propria consolidata giurisprudenza sul punto, la Corte, da un lato, ha dichiarato inammissibili le censure formulate dai giudici rimettenti con riguardo agli artt. 3 e 97 Cost. e, dall'altro, ha ritenuto ammissibili, seppur infondate, le questioni prospettate ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost. in riferimento agli obblighi internazionali discendenti dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (c.d. Convenzione di Mérida).
Dopo aver illustrato le risposte fornite dai giudici ai dubbi di costituzionalità sollevati, il lavoro si sofferma criticamente sugli argomenti offerti dalla pronuncia per conciliare il riconoscimento di vincoli interazionali di tutela penale, idonei a legittimare un sindacato della Corte con effetti sfavorevoli, con il contenuto sostanziale della riserva di legge, di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

This paper aims to analyse the Constitutional Court's ruling, which rejected multiple issues of constitutionality raised by the judiciary concerning the repeal of the crime of abuse of office (under Law No. 114/2024), with a specific focus on the Court's approach to constitutional review in malam partem.
In accordance with its established case law on the matter, the Court declared inadmissible the constitutional objections regarding Articles 3 and 97 of the Constitution, while it declared admissible – but ultimately unfounded – the issues concerning Article 117(1) of the Constitution, in relation to Italy's international obligations under the United Nations Convention against Corruption.
After outlining the judges' responses to the constitutional legitimacy issues, the paper critically examines the Court's analysis of how international obligations of criminalization – which could justify a constitutional review in malam partem – may be reconciled with the core content of the principle of legal reserve in criminal matters, as provided by Article 25(2) of the Constitution.

---

* Dottoranda di ricerca in diritto penale – Università degli Studi di Roma Tor Vergata, abilitata all'esercizio della professione forense.

1. Considerazioni introduttive.

Con la sentenza 3 luglio 2025, n. 95, la Consulta si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate da ben 14 ordinanze di rimessione concernenti l'art. 1, co. 1, lett. b), della L. 9 agosto 2024, n. 114 (recante *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*), che ha abrogato l'abuso d'ufficio.

La pronuncia in commento merita particolare attenzione poiché, inserendosi all'interno del dibattito relativo al c.d. sindacato costituzionale *in malam partem*, offre significativi spunti di riflessione per approfondire ulteriormente il delicato tema concernente i margini di intervento riservati alla Corte costituzionale sulle scelte punitive attuate dal legislatore.

In particolare, come meglio si chiarirà nel prosieguo, le argomentazioni più interessanti fornite dalla Corte sono quelle relative alla ritenuta ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale prospettate in relazione all'art. 117, co.1, Cost., sul presupposto – sostenuto dai rimettenti – che l'abrogazione secca dell'art. 323 cod. pen. contrasti con i doveri di tutela penale discendenti dalla Convenzione di Mérida[1].

Sebbene già in passato la Corte abbia riconosciuto la possibilità di esercitare un controllo di costituzionalità con effetti sfavorevoli quando sia denunciata la violazione di obblighi sovranazionali *ex* artt. 11 e 117, co. 1, Cost., la sentenza n. 95 del 2025, nell'affrontare i dubbi di legittimità costituzionale riguardanti una legge abolitiva ritenuta contraria a (pretesi) *input* internazionali di incriminazione, si distingue per le argomentazioni offerte dai giudici costituzionali in ordine alla compatibilità di un simile scrutinio con il principio di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

2. La tormentata esistenza dell'abuso d'ufficio.

Prima di analizzare la pronuncia in commento, appare opportuno ricordare che la scelta legislativa di abolire l'abuso d'ufficio, sin dalla relativa proposta governativa contenuta nel d.d.l. 808/2023 (Nordio-Crosetto), aveva sollevato un ampio dibattito dottrinale[2] e giurisprudenziale, poi culminato – una volta approvato il testo di legge definitivo (L. 114/2024) – nelle già citate 14 ordinanze di rimessione (13 provenienti da giudici di merito e una dalla VI sezione penale della Corte di Cassazione).

---

[1] La Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, ratificata e resa esecutiva nell'ordinamento interno con L. 3 agosto 2009, n. 116.

[2] Sul punto, M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 23.06.2023; R. Garofoli, *Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 21.09.2023; B. Romano, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in *www.lalegislazionepenale.eu,* 12.12.2023; M. Ravenna, *L'omicidio (tentato?) del delitto di abuso d'ufficio*, in *PDP*, 1/2024; M. Gambardella, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal Senato nel febbraio 2024)*, in *www.sistemapenale.it*, 11.04.2024; M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 10.5.2024.

L'autentica levata di scudi attuata dalla magistratura all'indomani dell'entrata in vigore della novella normativa ripropone la contesa politico-giudiziaria che da sempre aleggia attorno alla tormentata fattispecie di cui all'art. 323 cod. pen., tradizionalmente considerata affetta da un *deficit* strutturale di determinatezza.

Senza potersi soffermare in questa sede sui plurimi interventi riformatori che hanno interessato l'abuso d'ufficio[3], è sufficiente segnalare come le diverse riformulazioni della fattispecie *de qua* siano state prevalentemente ispirate dall'esigenze di definire più compiutamente i contorni della figura criminosa, al fine di scongiurare il rischio di indebiti sconfinamenti dell'autorità giudiziaria nei terreni propri della discrezionalità amministrativa.

In effetti, come puntualmente affermato dalla Corte costituzionale, la figura criminosa in esame, «*assolvendo una funzione "di chiusura" del sistema dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, rappresenta* (...) *il punto saliente di emersione della spigolosa tematica del sindacato del giudice penale sull'attività amministrativa*»[4].

Occorre sottolineare come il dibattito attorno all'abuso d'ufficio non si è esaurito neppure in seguito al più recente degli interventi normativi evocati – quello attuato dall'art. 23 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76 (c.d. Decreto semplificazioni), convertito in L. 11 settembre 2020 n. 120 –, adottato nel dichiarato intento di superare la c.d. paura della firma.

Come si ricorderà, il Governo aveva provveduto ad una riscrittura in senso restrittivo della fattispecie incriminatrice, da cui era derivata una parziale *abolitio criminis*.

Più nel dettaglio, la novella, nel descrivere la condotta penalmente rilevante, aveva sostituito la previgente locuzione «*in violazione di norme di legge o di regolamento*» con il più puntuale riferimento alla «*violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità*».

Emerge plasticamente la volontà del legislatore di ostacolare quegli orientamenti giurisprudenziali particolarmente estensivi della fattispecie incriminatrice che, nella vigenza della disposizione introdotta dalla L. 16 luglio 1997, n. 234, avevano ricondotto alla "*violazione di norme di legge*" anche l'inosservanza, da parte del pubblico agente, del generale principio di imparzialità, di cui all'art. 97 Cost.

Cionondimeno, la giurisprudenza ha fornito una lettura estremamente ampia della fattispecie novellata, nella sostanza neutralizzando le intenzioni perseguite dal legislatore[5].

[3] Il riferimento è alle riforme attuate dalla L. 16 aprile 1990, n. 86, dalla L. 16 luglio 1997, n. 243, dalla L. 6 novembre 2012, n. 190, fino alla più recente modifica intervenuta con il d.l. 16 luglio 2020, n. 76.
Per una compiuta ricostruzione sul punto, si vedano tra gli altri T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *Giur. pen. web*, 2020; M. Ricciarelli, *Il nuovo abuso di ufficio: un difficile punto di equilibrio*, in *Arch. Pen.*, 2/2021; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 16.7.2024.

[4] Così Corte cost. 18 gennaio 2022, n. 8.

[5] Si pensi alla distinzione tra la violazione di limiti interni e violazione di limiti esterni della discrezionalità amministrativa, elaborata da Cass., Sez. VI, sentenza 8 gennaio 2021, n. 442, al fine di ritenere estranea all'effetto abolitivo l'ipotesi in cui l'esercizio del potere discrezionale trasmodi

Proprio queste tendenze interpretative avevano riaperto la discussione politica in ordine al destino da riservare all'abuso d'ufficio, in seno alla quale è prevalsa, con l'approvazione della L. 114/2024, la scelta di sopprimere la fattispecie incriminatrice.

3. La reazione della giurisprudenza: uno sguardo di insieme sulle ordinanze di rimessione.

Come già anticipato, la decisione legislativa ha determinato una immediata reazione della giurisprudenza, tradottasi nelle diverse questioni di costituzionalità che hanno condotto alla pronuncia della Consulta esaminata in questa sede.

Tutte le ordinanze di rimessione hanno dubitato della conformità costituzionale dell'art. 1, co. 1, lett. b), L. 114/2024 in relazione all'art. 117, co. 1, Cost.[6], ritenendo l'opzione abolitiva dell'abuso d'ufficio contraria agli obblighi internazionali imposti dalla

Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea Generale il 31 ottobre 2003 (di seguito "Convenzione di Mérida" o "UNCAC").

In particolare, alcuni dei giudici *a quibus* ritengono che dall'art. 19 della UNCAC[7] sia desumibile il dovere, per gli Stati firmatari, di non depenalizzare la fattispecie incriminatrice dell'abuso d'ufficio, ove già prevista nell'ordinamento intero al momento della ratifica.

La maggior parte delle ordinanze di rimessione, invece, ricava il medesimo obbligo di *stand still* dal combinato disposto dell'art. 19 con altre previsioni della Convenzione di Mérida, valorizzando in particolar modo quanto previsto dall'art. 7, par. 4 del Trattato.

Più nel dettaglio, i rimettenti riconoscono che l'unica disposizione della Convenzione precipuamente dedicata alla figura criminosa in esame (il già richiamato art. 19) si limita a prescrivere il dovere per gli ordinamenti di valutare la possibilità di confe-

---

«*in una vera e propria distorsione funzionale dai fini pubblici – c.d. sviamento di potere o violazione dei limiti esterni della discrezionalità – laddove risultino perseguiti, nel concreto svolgimento delle funzioni o del servizio, interessi oggettivamente difformi e collidenti con quelli per i quali soltanto il potere discrezionale è attribuito*».

6 Sul punto, occorre precisare che alcune ordinanze, accanto all'art. 117, co. 1, Cost., richiamano anche l'art. 11 Cost., sia pure senza chiarire le ragioni della asserita violazione di tale parametro, rilevante solo quando vengano in considerazione obblighi imposti dal diritto dell'Unione europea. Per tale ragione, la Corte ha ritenuto le questioni prospettate con riferimento all'art. 11 Cost. inammissibili (punto 5.3. del *Considerato in diritto*).

7 *«Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity».*

Si riporta di seguito la traduzione italiana, contenuta nell'allegato alla legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione n. 116/2009: «*Articolo 19. Abuso d'ufficio: Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al fatto per un pubblico ufficiale di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell'esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un'altra persona o entità*»

rire rilevanza penale ad alcune condotte in gran parte corrispondenti a quelle punite dall'abrogato art. 323 cod. pen.

Tuttavia, essi ritengono che la lettura combinata dell'art. 19 con altre previsioni contenute nel Trattato dimostrerebbe l'esistenza di un autentico obbligo convenzionale di non regressione nella tutela penale, cui consegue il divieto, per gli Stati Parte, di abolire la fattispecie incriminatrice, ove già introdotta.

Sul punto, le ordinanze richiamano innanzitutto l'art. 1 della Convenzione laddove include, tra le finalità perseguite dal Trattato, «*la promozione e il rafforzamento delle misure volte a prevenire e combattere la corruzione in modo più efficace*».

In secondo luogo, viene evocato l'art. 5, che impone agli Stati di elaborare e applicare o perseguire «*politiche di prevenzione della corruzione efficaci e coordinate che favoriscano la partecipazione della società e rispecchino i principi di stato di diritto, di buona gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici, d'integrità, di trasparenza e di responsabilità*».

I giudici *a quibus* menzionano poi l'art. 65, par. 1, del Trattato, laddove impone l'adozione delle misure necessarie ad assicurare l'esecuzione degli obblighi previsti dalla Convenzione medesima.

Infine, come anticipato, la previsione che più delle altre sembra assumere carattere dirimente nel ragionamento dei rimettenti è rappresentata dall'art. 7, par. 4, il quale impegna gli Stati ad adoperarsi, «*conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse*».

Invero, le ordinanze in esame sostengono che l'art. 19 UNCAC, letto alla luce della disposizione da ultimo citata, produca effetti differenziati a seconda che l'ordinamento nazionale dello Stato Parte contempli o meno l'abuso d'ufficio.

Nel dettaglio, lo Stato firmatario privo della relativa fattispecie incriminatrice al momento della ratifica sarebbe tenuto soltanto a valutare l'opportunità della sua introduzione; diversamente, i sistemi nazionali – come quello italiano – che già prevedono la figura criminosa *de qua* sarebbero gravati dall'obbligo di non abrogarla.

Per completezza, occorre precisare che, nella propria ordinanza (n. 9442/2025), la Corte di Cassazione, escludendo l'esistenza di un vincolo convenzionale di incriminazione ovvero di *stand still,* sostiene che la legge di depenalizzazione si sia posta in diretto contrasto con il più generale obbligo, derivante dalla Convenzione di Mérida, di mantenere *standards* di efficace attuazione del trattato, oltreché con quello più specifico di efficace attuazione dei sistemi di prevenzione della corruzione.

Pertanto, secondo questa impostazione, la norma censurata violerebbe tali impegni, non essendo stata accompagnata dall'introduzione di misure idonee ad assicurare un livello di protezione almeno equivalente a quello garantito dalla oramai soppressa figura incriminatrice di cui all'art. 323 cod. pen.

Per altro verso, alcune delle ordinanze di rimessione ritengono l'art. 1, co. 1, lett. b), L. 114/2024 contrario (anche) ai principi di cui agli artt. 3[8] e 97[9] Cost.

[8] Il riferimento è alle ordinanze iscritte ai nn. 233 reg. ord. del 2024 e n. 33 reg. ord. del 2025.

[9] Si tratta delle ordinanze iscritte ai nn. 222 e 233 reg. ord. del 2024 e nn. 4, 8, 33 reg. ord. del 2025.

Più in particolare, in relazione alla prima delle disposizioni richiamate, i giudici di merito denunciano la irragionevole disparità di trattamento, determinata dalla novella normativa censurata, tra le condotte non più punibili ai sensi dell'abrogato art. 323 cod. pen. e quelle che conservano rilevanza penale alla stregua di altre fattispecie incriminatrici, ancorchè connotate da un minor grado di offensività.

La doglianza relativa all'art. 97 Cost., invece, si fonda sull'idea che la soppressione dell'abuso d'ufficio, non accompagnata dall'introduzione di misure compensative idonee ad assicurare adeguate forme di prevenzione contro comportamenti lesivi del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, abbia generato un vuoto di tutela nei confronti dei richiamati beni di rilevanza costituzionale.

Giova anticipare sin d'ora come, riuniti i giudizi, la Corte costituzionale abbia, da un lato, dichiarato inammissibili le censure prospettate invocando, quale parametro di riferimento, gli artt. 3, 11 e 97 Cost. e, dall'altro, abbia invece ritenuto ammissibili, ancorchè non fondate, le questioni di legittimità costituzionale sollevate con riferimento all'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 1, 5, 7, par. 4, 19 e 65, par. 1 della Convenzione di Mérida.

4. La giurisprudenza della Corte sulle eccezioni al divieto di sindacato costituzionale *in malam partem*.

Così sinteticamente ricostruite le doglianze contenute nelle plurime ordinanze di rimessione, occorre ora esaminare le risposte fornite dalla Corte costituzionale, soffermandosi, in particolare, sui profili concernenti l'ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale proposte.

Infatti, le censure dei giudici *a quibus*, avendo ad oggetto una disposizione abolitiva di una norma incriminatrice, mirano a sollecitare un intervento ripristinatorio della figura delittuosa eliminata, con conseguente (ri)espansione dell'area di punibilità rispetto alla scelta compiuta dal legislatore.

Proprio per questa ragione, la sentenza in commento dedica ampio spazio ad una puntuale ricognizione della pluriennale giurisprudenza della Corte in materia di sindacato costituzionale *in malam partem*.

Sul punto, i giudici costituzionali prendono le mosse dalla granitica affermazione secondo cui, in via di principio, l'art. 25, co. 2, Cost., affidando all'organo parlamentare il monopolio sulle scelte di politica criminale, preclude interventi della Corte costituzionale destinati ad incidere *in peius* sulla risposta punitiva.

La regola enunciata non è, tuttavia, priva di deroghe. Infatti, superata l'iniziale ritrosia ad ammettere un controllo costituzionale *contra reum*, a partire dagli anni Ottanta, la giurisprudenza della Consulta ha progressivamente individuato alcuni casi eccezionali in cui l'annullamento di norme penali vantaggiose non è ostacolato dalla riserva di legge.

Di questo oramai consolidato orientamento, la sentenza 95/2025 rende ampio conto, ripercorrendone i principali approdi ricostruttivi.

Innanzitutto, la Corte ricorda come un primo margine di intervento *in malam partem* è stato riconosciuto con riguardo alle cc.dd. norme penali di favore, per tali intendendosi quelle previsioni che stabiliscono, «*per determinati soggetti o ipotesi, un*

trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni[10]».

Nel caso in cui tali disposizioni derogatorie prevedano, in maniera discriminatoria, un trattamento di maggior favore rispetto alle norme generali compresenti nell'ordinamento giuridico[11], è prospettabile un sindacato della Corte costituzionale ai sensi dell'art. 3, Cost., anche laddove ne derivi una (ri)espansione dell'area di rilevanza penale.

Secondo questa impostazione, in simili frangenti, la riserva di legge rimarrebbe integra, poiché gli esiti sfavorevoli derivanti dall'annullamento di una norma penale di favore non dipendono dall' intervento creativo ovvero manipolativo della Corte costituzionale, la quale si limiterebbe ad espungere dall'ordinamento la disposizione ritenuta contraria ai parametri costituzionali.

Pertanto, l'effetto *in malam partem* rappresenta una conseguenza della naturale riespansione della norma generale – espressione questa di una scelta di incriminazione comunque attribuibile all'organo parlamentare –, che verrebbe a trovare nuovamente applicazione una volta eliminato, tramite l'intervento ablativo della Consulta, l'ostacolo rappresentato dalla norma penale di favore.

La seconda categoria di eccezioni menzionata dalla sentenza in commento riguarda le ipotesi di *«scorretto esercizio del potere legislativo»*.

Il riferimento è ai casi in cui la legge ovvero gli atti ad essa equiparati presentino vizi procedimentali, come accade ove il decreto legislativo adottato dal Governo incida su una disposizione penale senza a ciò essere autorizzato dalla legge delega[12],

---

[10] Così come chiaramente definite da Corte cost. 23 novembre 2006, n. 394.

[11] Perché si possa parlare di norma penale di favore, infatti, è necessario che tra la norma speciale più favorevole e quella generale meno favorevole sussista un rapporto di specialità di tipo sincronico, dovendo le due disposizioni a confronto coesistere nell'ordinamento in un dato momento temporale.
Nel linguaggio della Corte costituzionale, tale qualificazione non può farsi «*discendere dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale o di mitigazione della risposta punitiva*» (Corte cost. n. 394/2006).
La precisazione assume rilevanza centrale per distinguere le norme penali di favore dalle norme penali (più) favorevoli che, modificando *in melius* ovvero abolendo una fattispecie di reato, costituiscono espressione di una precisa opzione di politica criminale, non censurabile dinnanzi alla Corte costituzionale. Più precisamente, il sindacato sulle norme penali favorevoli risulta precluso, poiché l'annullamento di simili disposizioni determinerebbe, non già la riespansione di una disciplina (generale) compresente nell'ordinamento giuridico, ma la reviviscenza di un regime normativo volutamente superato dal legislatore.

[12] Il richiamo è a Corte cost. 23 gennaio 2014, n. 5, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 76 Cost., dell'art. 2268 del d.lgs. 66/2010, che aveva abrogato il delitto di associazione paramilitare, previsto dal d.lgs. 43/1948, avendo il Governo abolito la fattispecie incriminatrice in totale assenza di un'autorizzazione in tal senso da parte della legge delega.
Più recentemente, con la sentenza 22 aprile 2022, n. 105, la Corte costituzionale ha dichiarato la parziale incostituzionalità del co. 7 dell'art. 586-*bis*, cod. pen, limitatamente alle parole «al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti», introdotto dall'art. 2, co. 1, lett. d), d.lgs. 21/2018 (in attuazione della c.d. riserva di codice), avendo ritenuto la scelta del Governo di inserire, tra gli elementi costitutivi della fattispecie, il dolo specifico contraria all'art. 76 Cost., in quanto esorbi-

oppure allorquando il Parlamento non rispetti i principi costituzionali in materia di conversione del decreto-legge[13].

Allo stesso ambito devono inoltre ricondursi i casi di fonti non abilitate a disciplinare la materia penale, come avviene nel caso in cui un Consiglio Regionale vanifichi scelte di criminalizzazione effettuate dal legislatore nazionale[14].

Si tratta di situazioni in cui la riserva di legge non può certamente essere invocata come limite all'intervento della Corte costituzionale da cui derivi il ripristino della disciplina (meno favorevole) previgente.

Al contrario, è proprio l'esigenza di assicurare il rispetto di tale principio a imporre un controllo da parte della Consulta nei confronti di interventi normativi effettuati senza l'osservanza delle garanzie procedurali costituzionalmente imposte, o comunque ad opera di soggetti istituzionali non legittimati a disporre in materia penale[15].

La Corte costituzionale richiama, quale ulteriore eccezione al divieto di pronunce *in malam partem*, l'ipotesi in cui gli effetti peggiorativi del regime sanzionatorio, derivanti dalla eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale, rappresentano «*mera conseguenza indiretta della* reductio ad legitimitatem *di una norma processuale*»[16].

---

tante dal compito, ad esso delegato, di mera trasposizione nel codice penale delle figure criminose già esistenti in materia di *doping*.

[13] Il riferimento è alla sentenza della Corte cost. 25 febbraio 2014, n. 32, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 4-*bis* e 4-*vicies ter* del d.l. 272/2005, convertito con modificazioni in L. 21 febbraio 2016, n. 49, per violazione dell'art. 77, co. 2, Cost.
In sintesi, la Corte ha riscontrato un «difetto di omogeneità, e quindi di nesso funzionale», tra le disposizioni introdotte in sede di conversione, che apportavano una sostanziale modifica alla disciplina in materia di stupefacenti (equiparando il regime punitivo dei delitti concernenti le c.d. droghe pesanti a quello relativo alle c.d. droghe leggere), e il contenuto originario del d.l. 272/2005 (concernente l'assunzione di personale della Polizia di Stato, le misure per assicurare la funzionalità dell'Amministrazione dell'interno, i finanziamenti per le olimpiadi invernali, il recupero dei detenuti tossicodipendenti e, infine, il diritto di voto degli italiani residenti all'estero).

[14] Sul punto, la pronuncia annotata richiama la sentenza della Corte cost. 13 marzo 2014, n. 46, la quale, pur ritenendo infondate le censure relativa alla ritenuta violazione della competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia penale (*ex* artt. 25, co. 2, e 117 Cost.), in punto di ammissibilità della relativa questione, ha precisato che «*se l'esclusione delle pronunce* in malam partem *mira a salvaguardare il monopolio del soggetto-Parlamento sulle scelte di criminalizzazione, voluto dall'art. 25, secondo comma, Cost., sarebbe del tutto illogico che detta preclusione possa scaturire da interventi normativi operati da soggetti non legittimati, proprio perché non rappresentativi dell'intera collettività*», come un Consiglio regionale che pretenda di «*"neutralizzare" le scelte effettuate da chi detiene quel monopolio*».

[15] C. Cupelli, *La riserva di legge in materia penale e gli effetti* in malam partem *delle pronunce del giudice costituzionale*, in *Giur. cost.*, 3/2022, 1736, osserva puntualmente come, in questi casi, «*l'effetto* in malam partem *che inevitabilmente ne deriva si pone così non in contrasto con la riserva stessa, quanto piuttosto a sua salvaguardia*».

[16] In questi termini si esprime la sentenza 14 dicembre 2018, n. 236, con cui la Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, co. 1, lett. a), d.lgs. 274/2000, come modificato dall'art. 2, co. 4-*bis*, d.l. 93/2013, nella parte in cui non esclude dai delitti, consumati o tentati, di competenza del Giudice di pace anche quello di lesioni volontarie lievissime, per i fatti commessi contro l'ascendente o il discendente di cui al n. 1) del co. 1, dell'art. 577, cod. pen.
La modifica normativa, infatti, trasferiva alla competenza del Tribunale soltanto il reato di lesioni lievissime commesso *contro uno dei soggetti elencati dall'art. 577, co. 2, cod. pen.*, mantenendo

A ben guardare, non si tratta propriamente di un *tertium genus*, quanto piuttosto di una specifica declinazione della già richiamata deroga relativa alle c.d. norme penali di favore.

Infine, la sentenza in commento ricorda come interventi con possibili effetti sfavorevoli possono ammettersi «*ove si assuma la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, co. 1, Cost.*».

Si tratta dell'aspetto centrale affrontato dai giudici costituzionali e che, al tempo stesso, – per i profili che si cercherà di evidenziare – solleva alcune osservazioni critiche.

Preliminarmente, la Corte ricorda come il riconoscimento, in simili casi, di un sindacato *in malam partem* non costituisca una novità assoluta.

Viene infatti richiamata la sentenza della Consulta n. 28 del 2010, cui risale la prima e più esplicita affermazione in tal senso, sia pure resa nell' ambito di un giudizio di costituzionalità concernente una norma *extra*-penale.

Più in particolare, in quell'occasione, oggetto della questione di legittimità costituzionale era l'art. 183, co. 1, lett. n), d.lgs. 152/2006, nel testo antecedente alle modifiche apportate dall'art. 2, co. 20, d.lgs. 4/2008, che, in contrasto con il diritto comunitario, aveva escluso dalla nozione di rifiuto penalmente rilevante le ceneri di pirite, qualificandole come sottoprodotti.

Rilevato il contrasto tra la disposizione censurata e la direttiva comunitaria in materia di rifiuti, la Corte costituzionale aveva affermato che «*se si stabilisse che il possibile effetto* in malam partem *della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.* – [...] *si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali*».

Ulteriori affermazioni in tale direzione sono state ribadite dalla Consulta, sia pure incidentalmente, nella già citata sentenza n. 32 del 2014, che ha dichiarato l'incostituzionalità delle modifiche introdotte in materia di stupefacenti, in sede di conversione del decreto-legge 272/2005, per violazione dell'art. 77 Cost.

Invero, sebbene la pronuncia ablativa della Corte sia stata motivata alla luce di un vizio procedurale (la disomogeneità degli emendamenti introdotti in fase di conversione rispetto al contenuto originario del decreto-legge), i giudici costituzionali affermarono che il ripristino della normativa previgente (più severa) doveva considerarsi imposto (anche) dal diritto eurounitario, costituendo la materia degli stupefacenti oggetto di puntuali obblighi di incriminazione.

Più nel dettaglio, si legge nella sentenza che «*se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, re-*

la competenza del Giudice di pace per lo stesso delitto, ove realizzato in danno dei soggetti di cui al n. 1), co. 1, dell'art. 577 cod. pen., tra cui il figlio naturale.
La Corte ha ritenuto la previsione contraria all'art. 3, Cost., non ravvisando valide ragioni giustificative a fondamento del differente trattamento processuale previsto per le lesioni personali, a seconda che il fatto sia commesso in danno del figlio naturale ovvero del figlio adottivo.

sterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione».

Ciò che determinerebbe – concludono i giudici – una violazione del diritto dell'Unione europea, alla cui osservanza l'ordinamento interno è tenuto in forza degli artt. 11 e 117, co. 1, Cost.

Da ultimo, la pronuncia cita la sentenza n. 37 del 2019, con cui il Giudice delle leggi ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale relative alla disposizione che aveva abrogato il delitto di ingiuria, prospettate sulla base del ritenuto contrasto dell'intervento abolitivo con le norme di diritto internazionale.

In effetti, la Consulta aveva motivato la propria decisione in ragione dell'assoluta carenza motivazionale dell'ordinanza di rimessione in ordine alla invocata sussistenza di uno specifico vincolo internazionale dal quale desumere il dovere, per gli ordinamenti nazionali, di tutelare l'onore e la reputazione attraverso la sanzione penale.

La soluzione accolta in quella sentenza, evidenziano i giudici costituzionali, conferma che, in presenza di puntuali obblighi internazionali di criminalizzazione, l'eventuale inadempimento sopravvenuto da parte del legislatore può essere censurato dinnanzi alla Corte costituzionale.

5. Le risposte della Corte ai dubbi di legittimità costituzionale.

Così ricostruito il quadro giurisprudenziale di riferimento, la Corte costituzionale prosegue affrontando specificamente le doglianze formulate dalle ordinanze di rimessione, prendendo le mosse da quelle relative agli artt. 3 e 97 Cost.

Come già anticipato, tali censure vengono ritenute inammissibili, non integrando nessuna delle eccezioni al divieto di decisioni *in malam partem* elaborate dalla giurisprudenza della Corte costituzionale sopra richiamate.

Quanto all'art. 3, Cost., la Consulta preliminarmente evidenzia l'ampia discrezionalità riconosciuta al legislatore nella perimetrazione delle condotte penalmente rilevanti, la quale limita fortemente la possibilità di un controllo da parte della Corte costituzionale in relazione alle «*scelte di non punire determinate condotte in precedenza incriminate, pur lesive di interessi costituzionalmente rilevanti o comunque meritevoli di tutela*».

In secondo luogo, viene ribadito il costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, secondo cui la riserva di legge preclude interventi della Corte volti a riequilibrare eventuali disparità di trattamento tra condotte affette da analogo o minor disvalore, quando ne derivi un ampliamento dell'area di rilevanza penale per come definita dal legislatore.

Per altro verso, il Giudice delle leggi rifiuta il tentativo, avanzato dal GIP del Tribunale di Roma, di ricondurre la disposizione censurata nel novero delle norme penali di favore[17], non ravvisando il requisito della "specialità sincronica" che caratterizza tale categoria.

[17] Più in particolare, nell'ordinanza 5 febbraio 2025, n. 33 del GIP del Tribunale di Roma, si legge che il confronto tra la fattispecie di turbata libertà degli incanti di cui all'art. 353 cod. pen. e la norma abrogativa dell'abuso d'ufficio consente di qualificare quest'ultima disposizione come norma penale di favore, poiché sottrae, «*senza alcuna ragione giustificatrice, una categoria di*

Invero, essendo il confronto instaurato tra l'art. 1, co. 1, lett. b), L. 114/2024, che ha soppresso l'abuso d'ufficio, e quelle fattispecie che conservano rilevanza penale (e in particolare, l'art. 353 cod. pen.), la relativa questione di legittimità costituzionale mira, non già alla riespansione di una previsione già vigente nell'ordinamento giuridico, ma al recupero di una disposizione abrogata per volontà legislativa.

Anche con riguardo alla ritenuta contrarietà della norma censurata all'art. 97 Cost., la Corte ritiene di non doversi discostare dai propri precedenti[18], nonostante le sollecitazioni dei rimettenti a rimeditare i confini del proprio sindacato *in malam partem*, alla luce del mutato contesto normativo, ritenuto non più adeguato ad assicurare protezione al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione.

Sul punto, i giudici costituzionali sottolineano come l'esigenza di tutelare i beni costituzionalmente protetti di cui all'art. 97 Cost. non impone necessariamente il ricorso alla sanzione penale, il cui impiego, al contrario, andrebbe limitato ai soli casi in cui non siano ravvisabili rimedi alternativi altrettanto adeguati, in ossequio al principio di *extrema ratio*, cui deve ispirarsi il diritto punitivo.

Diversa invece la soluzione offerta in relazione all'ammissibilità delle questioni concernenti l'art. 117, co. 1, Cost.

Invero, sottolinea la sentenza, tali doglianze possono ricondursi a quello spazio in cui eccezionalmente si ammette un sindacato costituzionale *contra reum*, venendo in rilievo l'inosservanza di obblighi internazionali di tutela penale, il cui rispetto si impone al legislatore ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost.

Più nel dettaglio, la Corte, nel superare l'eccezione prospettata dall'Avvocatura generale dello Stato – secondo cui la deroga al sindacato *in malam partem* nel caso di inadempimento sopravvenuto ai doveri sovranazionali di incriminazione dovrebbe riferirsi al solo diritto europeo –, evidenzia come l'art. 117, co. 1, Cost. equipari gli impegni internazionali a quelli eurocomunitari.

---

soggetti dall'attuazione della norma penale generale: è incriminata, con pena più grave rispetto a quella prevista dal primo comma, la «persona preposta dalla legge o dall'autorità agli incanti o alle licitazioni» indicate al primo comma: cioè un pubblico ufficiale, quale è il soggetto che sia parte di una commissione preposta alla valutazione delle offerte, che, senza che vi sia dazione di denaro, quindi con «collusioni o con mezzi fraudolenti», turbi il libero svolgimento della gara stessa; è esente da responsabilità penale il medesimo soggetto, non appartenente alla pubblica amministrazione, ma designato dall'autorità a comporre una commissione per la selezione di personale, il quale, con mezzi fraudolenti, turbi l'esito del concorso medesimo. Sembra potersi evidenziare come, da un sistema che vedeva, tramite norme entrambe presenti all'interno dello stesso titolo II del libro II del codice penale, relativo ai delitti contro la pubblica amministrazione, l'incriminazione di condotte analoghe [...], *sia stata eliminata interamente l'illiceità penale di una categoria di condotte; il che determina un ingiustificato privilegio per i soggetti che si occupano della selezione del personale dello Stato. In questo senso, la persistente rilevanza penale delle condotte commesse dal pubblico ufficiale e riconducibili al perimetro dell'art. 353, cod. pen. costituirebbe una violazione dell'art. 3, Cost.*»

[18] Il riferimento è alle sentenze 28 dicembre 1998, n. 447 e 18 gennaio 2022, n. 8 con cui la Consulta, in entrambe le occasioni, ha ritenuto inammissibili le questioni di legittimità costituzionale concernenti le modifiche normative che avevano circoscritto l'ambito applicativo dell'art. 323 cod. pen., ritenute lesive del parametro di cui all'art. 97 Cost.

Invero, la norma costituzionale citata subordina l'esercizio della potestà legislativa, statale e regionale, al rispetto sia dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario sia di quelli sanciti dal diritto internazionale.

Si chiarisce come, in entrambi i casi, il rimedio ipotizzabile in caso di violazione debba individuarsi nella dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge interna che contrasti con l'obbligo sovranazionale, fermo restando il potere-dovere di disapplicazione del giudice comune rispetto al solo diritto dell'Unione europea dotato di effetto diretto.

La sentenza precisa come i menzionati principi siano destinati ad operare anche nel caso in cui vengano in considerazione leggi nazionali appartenenti al diritto punitivo, ancorché dalla dichiarazione di incostituzionalità ovvero dalla disapplicazione della disciplina interna derivino effetti espansivi dell'area di rilevanza penale.

Spiegano i giudici costituzionali che tale soluzione non compromette il principio di legalità penale poiché, in presenza di un vincolo sovranazionale di criminalizzazione, la responsabilità dell'individuo troverebbe comunque il proprio fondamento, in via esclusiva, nella legge nazionale attuativa dell'obbligo di criminalizzazione.

Secondo un meccanismo analogo a quello che caratterizza il sindacato relativo ai vizi genetici dell'atto legislativo, riscontrata la violazione di un *input* di tutela penale, l'accoglimento della relativa questione determinerebbe il recupero della disposizione nazionale illegittimamente abrogata, in quanto adottata in violazione dell'art. 117, co.1, Cost.

Così argomentando, i giudici costituzionali sembrano riconoscere alla disciplina interna, esecutiva dell'obbligo di incriminazione, una forza di resistenza passiva del tutto peculiare, ammettendo la possibilità di un suo recupero, attraverso la caducazione della norma successiva che l'abbia abrogata in contrasto con gli impegni assunti in sede internazionale.

La Corte costituzionale, inoltre, precisa come la ricostruzione fornita non si ponga in contrasto con la *ratio* di democraticità sottesa al principio di cui all'art. 25, co. 2, Cost., preservata dal coinvolgimento del Parlamento nel procedimento di ratifica dei trattati internazionali.

Si afferma infatti che gli obblighi di tutela penale imposti dalle fonti di diritto internazionale pattizio sono liberamente accettati dall'organo parlamentare nazionale, attraverso la legge di autorizzazione alla ratifica delle convenzioni internazionali.

In altri termini, con tale strumento, il Parlamento partecipa alle scelte effettuate dal Governo in sede internazionale, così assumendo l'impegno, nei confronti degli altri Stati firmatari, di conformare la produzione legislativa futura al rispetto dei vincoli internazionali accettati, in virtù di quanto previsto dall'art.117, co. 1, Cost.

La Corte costituzionale esclude anche che la soluzione sostenuta possa tradursi in una sorta di «*tirannia degli obblighi internazionali sul principio di legalità o di espropriazione della riserva di legge*», nel senso che, assunto l'obbligo in sede internazionale, l'opzione di politica criminale effettuata con la legge di autorizzazione alla ratifica diverrebbe, nella sostanza, irretrattabile.

Al riguardo, la Consulta pone l'accento sulla possibilità per lo Stato di discostarsi dai propri vincoli internazionali, sia pure attraverso le modalità stabilite dal diritto internazionale, promuovendo emendamenti oppure denunciando il Trattato; attività, queste ultime che, pur dovendo ricondursi alle prerogative proprie del Governo,

possono essere sollecitate dal Parlamento, nell'esercizio dei suoi poteri di indirizzo e controllo.

Così ammessa la possibilità di un sindacato diretto a censurare scelte abolitive contrarie ad obblighi internazionali di incriminazione, nel merito la Corte ha ritenuto infondate le censure sollevate dai giudici rimettenti.

Invero, i giudici costituzionali sostengono che non siano rintracciabili, all'interno della Convenzione di Mérida, disposizioni da cui ricavare *input* di tutela penale in capo agli Stati Parte, che consentano di "giustiziare" la scelta abolitiva attuata dal legislatore nazionale, con l'art. 1, co. 1, lett. b), L. 114/2024.

Più nel dettaglio, la sentenza in commento evidenzia come l'art. 19 della Convenzione contempli una *non-mandatory offence*, limitandosi ad imporre agli ordinamenti nazionali il solo obbligo (procedurale) di considerare se introdurre o meno una fattispecie incriminatrice che punisca le condotte di abuso della funzione, rimettendo la scelta ad una valutazione discrezionale degli organi legislativi dei singoli Stati firmatari.

La lettera della legge non consente in alcun modo di ricavare l'esistenza, in capo agli ordinamenti nazionali, né di un obbligo di incriminazione né di un divieto di abrogazione della figura delittuosa ove già prevista.

Né si potrebbe giungere a conclusioni diverse, attraverso una lettura combinata dell'art. 19 UNCAC con altre disposizioni del Trattato, come ipotizzato dalla maggior parte delle diverse ordinanze di rimessione.

In particolare, la Corte costituzionale si dichiara non persuasa da alcuna delle argomentazioni offerte dai giudici *a quibus*, neppure da quelle sostenute con riguardo all'art. 7, par. 4, UNCAC che, secondo le ordinanze di rimessione, assumerebbe carattere dirimente.

Alla luce di una lettura sistematica della disposizione citata, la Consulta evidenzia come la stessa si riferisca alle misure destinate a *prevenire* il fenomeno corruttivo nel settore pubblico.

In questo significato, deve essere interpretato l'art. 7, par. 4 della Convenzione, laddove sancisce l'impegno in capo agli Stati di adoperarsi «*al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse*».

Ad ulteriore conferma della tesi sostenuta, la Corte valorizza anche la collocazione topografica della disposizione *de qua*, inserita nel Capitolo II della Convenzione, dedicato alle "Misure preventive", laddove alla disciplina concernente i rimedi repressivi è riservato il Capitolo III, dove infatti trova sede l'art. 19.

Infine, si osserva come sarebbe del tutto incoerente derivare in via interpretativa un divieto di regressione nella criminalizzazione di una serie di condotte, che la Convenzione stessa – come risulta dall'art. 19 – non eleva ad oggetto di uno specifico vincolo di tutela penale, limitandosi ad imporre agli Stati aderenti il solo obbligo di valutare l'opportunità di una loro incriminazione.

In conclusione, la Corte, pur ammettendo l'esistenza di sicuri vuoti di tutela in conseguenza dell'abrogazione dell'art. 323 cod. pen. (resi evidenti dalle vicende da cui hanno tratto origine i diversi incidenti di costituzionalità), afferma di «*non potere, sulla base dei parametri evocati, sindacare la complessiva efficacia del sistema di prevenzione e contrasto alle condotte abusive dei pubblici agenti risultante dall'abolizione del delitto di abuso d'ufficio, sovrapponendo la propria valutazione a quella del legislatore*».

6. Brevi considerazioni critiche.

La sentenza n. 95 del 2025 segna l'approdo più recente del percorso evolutivo delineato dalla giurisprudenza costituzionale sul tema del sindacato *in malam partem*, rappresentando un sicuro punto di riferimento per le future elaborazioni in materia.

I passaggi più significativi della pronuncia in commento si concentrano nelle pagine dedicate alla risoluzione della questione preliminare – comune a tutte le ordinanze di rimessione – concernente l'ammissibilità delle doglianze sollevate dai rimettenti invocando la contrarietà della norma censurata ai vincoli di tutela penale imposti dalla Convenzione di Mérida.

La risposta fornita dalla Corte al riguardo solleva alcune questioni che permettono di inquadrare la sentenza n. 95 del 2025 all'interno di un dibattito ben più ampio, che trascende la specifica questione attenzionata dai giudici costituzionali.

Il riferimento è alla discussa tematica relativa alla crescente incidenza delle fonti sovranazionali sul diritto punitivo che, condizionando le relative scelte legislative, costituiscono un decisivo fattore di crisi cui è inesorabilmente esposta la riserva di legge.

In effetti, la cogenza attribuita ai vincoli internazionali di tutela penale, tale da legittimare un controllo costituzionale nel caso di loro sopravvenuta inosservanza, finisce per limitare sensibilmente la discrezionalità del legislatore domestico in merito alla *scelta di non punire* determinate condotte.

Proprio nell'ottica di conciliare il principio di cui all'art. 25, co. 2, Cost. con la riconosciuta esistenza di fonti internazionali legittimate a dettare *indicazioni vincolanti* in materia penale devono leggersi le considerazioni della Corte tese a valorizzare il coinvolgimento dell'organo parlamentare nel procedimento attraverso cui lo Stato assume obblighi convenzionali di tutela penale.

Come già illustrato, i giudici costituzionali ritengono che, attraverso la legge di autorizzazione alla ratifica dei trattati, le Camere aderiscano consapevolmente alle scelte effettuate dal Governo in sede internazionale, così impegnandosi al rispetto dei vincoli stabiliti dallo strumento pattizio, compresi quelli di incriminazione ovvero di non decriminalizzazione di determinate condotte.

A parere di chi scrive, tuttavia, le indicazioni offerte dalla sentenza riescono a salvaguardare la riserva di legge solo sotto un profilo meramente formale, risultando del tutto depotenziata la sua dimensione sostanziale, diretta ad assicurare che le decisioni limitative della libertà personale siano assunte dall'organo rappresentativo dei destinatari del precetto penale.

In realtà, alla definizione degli obblighi internazionali, compresi quelli in materia penale, partecipa soltanto il Governo, il quale in definitiva compie quelle valutazioni di meritevolezza e di necessità di pena che l'assetto costituzionale vorrebbe affidate in via esclusiva all'organo parlamentare.

Né può sostenersi che il Parlamento sarebbe in grado di "riappropriarsi" delle sue prerogative in materia di politica criminale attraverso l'adozione della legge di autorizzazione alla ratifica del trattato internazionale.

Tale strumento, infatti, assolve alla esclusiva funzione di adeguare l'ordinamento interno agli impegni assunti dallo Stato a livello internazionale, senza che, per il suo tramite, le Camere possano incidere sul contenuto sostanziale dei relativi accordi.

In definitiva, l'impressione è che la sentenza n. 95 del 2025, nel tentativo di ricomporre la tensione tra il principio di cui all'art. 25, co. 2, Cost. e la sussistenza di vincoli internazionali in materia penale, accolga una nozione "debole" di riserva di legge, raggiungendo un equilibrio solo apparente.

Diniego d'incidente probatorio e teste vulnerabile: il recente approdo delle Sezioni unite

Federico Bologna*

Sommario: 1. Il fermento del vulnerabile. – **2.** L'oracolo dell'incidente probatorio c.d. «liberalizzato». – **3.** L'orientamento iniziale della Suprema Corte. – **4.** Verso la rivoluzione copernicana delle Sezioni Unite...non senza ripensamenti. – **5.** Un auspicato (ma opinabile) epilogo. – **6.** Qualche riflessione di sintesi.

ABSTRACT

L'Autore si propone di ricostruire, alla luce del recente indirizzo delle Sezioni Unite, i tratti salienti della travagliata vicenda pretoria inerente alla figura del c.d. teste vulnerabile, con particolare riferimento al potere, per l'autorità decidente, di rigettare la richiesta d'incidente probatorio c.d. liberalizzato, avanzata dal p.m. *ex* art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.

The Author aims to reconstruct, in light of the recent direction of the United Sections, the key features of the troubled judicial history concerning the figure of the so-called vulnerable witness, with particular reference to the faculty of the deciding authority to reject the request for the so-called liberalized evidentiary incident, made by the public prosecutor under Article 392, paragraph 1-bis, of the Code of Criminal Procedure.

1. Il fermento del vulnerabile.

È sulla figura della c.d. vittima del reato[1] che la produzione normativa, tanto di matrice sovranazionale quanto domestica, pare aver scommesso maggiormente nell'ul-

* Università di Trieste.

[1] La letteratura in materia è vastissima: senza pretese di completezza, si vedano V. Bonini, *Il sistema di protezione della vittima e i suoi riflessi sulla libertà personale*, Milano, 2018, 3; M.F. Cortesi, *Il procedimento penale delle vittime*, Napoli, 2022, 9; G. Mannozzi, *Definizioni, principi generali, obiettivi e ambito di applicazione della giustizia riparativa*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, vol. IV, *La disciplina organica della giustizia riparativa*, a cura di A. Ceretti, G. Mannozzi, C. Mazzucato, Torino, 2024, 59; P. Sechi, *Vittime di reato e processo penale*, Napoli, 2024, *passim*. In prospettiva sovranazionale, vengono in rilievo, come noto, la Convenzione di Lanzarote del 2007, sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali e la Convenzione di Istanbul del 2011, sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, a proposito delle quali si rinvia, per tutti, a F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e Istanbul*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis, H. Belluta, Torino, 2017, 75.

timo decennio; proprio tra i gangli di siffatto dinamismo s'insinua emblematicamente il paradigma di una protezione quasi "cavalleresca" del c.d. «vulnerabile»[2].

Come noto, l'ambizioso intento della direttiva 2012/29/UE[3] di creare un vero e proprio "statuto" della vittima nel processo[4], ha indotto il legislatore italiano a rivoluzionare il tradizionale – e datato[5] – sistema processuale penale, innestando sul preesistente impianto un vero e proprio schema triadico: ecco che il soggetto qualificabile come "vittima"[6] si affianca al binomio pubblico ministero-accusato, vedendosi assegnata, a partire dalla trasposizione della direttiva eurounitaria[7], una copiosa serie di prerogative, distribuite lungo l'*iter* procedimentale sin dalla fase investigativa, e

[2] Sulla nozione di vulnerabilità e le relative difficoltà di individuazione, cfr., *ex multis*, G. Bellantoni, *Soggetti vulnerabili e processo penale. Verso nuovi scenari*, Torino, 2017, 2; M. Bouchard, *Sulla vulnerabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. uomo*, 18 dicembre 2019, 3; B. Romanelli, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, Milano, 2023, 28.

[3] Sulla quale si vedano C. Amalfitano, *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell'Unione Europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 89 s.; E.M. Catalano, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 Ue e nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1806; F. Del Vecchio, *La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l'adeguamento dell'Italia alla direttiva 2012/29/UE*, in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016, 3; D. Ferranti, *Strumenti di tutela processuale per la vittima del reato. Sguardo di insieme sulle recenti innovazioni alla luce dell'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, *ivi*, 29 gennaio 2016, 1; L. Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 845; M. Gialuz, *La protezione della vittima tra Corte Edu e Corte di giustizia*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato,* a cura di L. Luparia, Padova, 2015, 19; V. Masarone, *Tutela della vittima e funzione della pena*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 397; S. Recchione, *Le vittime da reato e l'attuazione della direttiva 2012/29 UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 25 febbraio 2015, 4.

[4] Tant'è che, secondo la *littera* della stessa direttiva, alla vittima «dovrebbero essere fornite assistenza specialistica e protezione giuridica», in base a un «approccio integrato e mirato che tenga conto, in particolare, delle esigenze specifiche delle vittime, della gravità del danno subito a seguito del reato, nonché del rapporto tra vittime, autori dei reato, minori e loro ambiente sociale allargato» (considerando 38), potendo questa, quindi, «godere di adeguate misure di protezione durante il procedimento penale» con modalità da determinare «attraverso la valutazione individuale, tenendo conto dei desideri della vittima» e «lasciando impregiudicati i diritti della difesa e nel rispetto della discrezionalità giudiziale» (considerando 58).

[5] Di un panorama italiano sprovvisto di «ogni visione d'insieme in ordine all'identità, al trattamento e alla posizione delle vittime, prima, durante e dopo il processo penale», parlano H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore: la vittima vulnerabile nel processo penale italiano*, in S. Allegrezza, H. Belluta, M. Gialuz, L. Luparia, *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 96 e S. Quattrocolo, *Vulnerabilità e individual assessment: l'evoluzione dei parametri di identificazione*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 307.

[6] Si tenga a mente che, ai sensi della direttiva, per «vittima» s'intende «la persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato», oltre che «il familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona».

[7] Avvenuta a opera del d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, come modificato, da ultimo, dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150; sul punto, cfr. L. Filippi, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 845; A. Procaccino, *I diritti delle vittime nel d. legisl. n.212 del 2015: le (parziali) novità, le compiute tutele dei vulnerabili, i timori di appesantimento della macchina processuale (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2016, 845.

guadagnandosi così un vero e proprio spazio d'interlocuzione – seppur eventuale[8] – con l'autorità decidente[9]. In particolare, lo statuto della persona offesa – *in species*, vulnerabile – fino ad allora confinato nel solo art. 90 c.p.p., viene irrobustito dall'art. 90-*quater* c.p.p.[10], appositamente rubricato «condizione di particolare vulnerabilità», colonna portante – quanto lacunosa[11] – dell'ingegneria garantistica in esame.

Se a ciò s'aggiunge l'assidua tendenza pretoria a riconoscere la vulnerabilità nel caso di specie, valendosi del silenzio normativo in merito alla procedura formale e all'autorità chiamata alla determinazione della qualifica, si comprenderà la ragione per cui questa – a nostro avviso, discutibile – tendenza "vittimo-centrica", si sia tradotta in una formula sussumibile nell'«*in dubio pro victima*», in forza della quale, ogniqualvolta insorgessero dubbi relativamente alla fragilità o meno dell'offeso dal reato, «sarebbe opportuno apparecchiare quelle garanzie e quelle forme di salvaguardia che l'ordinamento processuale gli accorda»[12]. Modello, questo, che appare ulteriormente suffragato dalla soluzione offerta dall'art. 90, comma 2-*bis,* c.p.p., circa la determinazione dell'età del soggetto, applicabile analogicamente al più ampio *genus* delle condizioni di vulnerabilità[13]: pare, quindi, evidente come l'accordare cautele a un dichiarante il cui apporto probatorio risulti pressoché nullo, sia patologia da contenere, soprattutto alla luce del possibile "appesantimento" del rito[14].

8 Più ampiamente, M.F. Cortesi, *Il procedimento penale delle vittime*, cit., 329.

9 In questi termini, F. Aghino, *Incidente probatorio e testimonianza della persona offesa vulnerabile: per le Sezioni Unite è abnorme il provvedimento di rigetto,* in *D&G*, 2025, 54, 3; A. Esposito, *L'impugnabilità dei provvedimenti di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: il punto di svolta delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 1032; A. Marandola, *L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile*, in *Giur. it.*, 2025, 1173; A. Zampaglione, *L'incidente probatorio della vittima a vulnerabilità presunta*, in questa *Rivista*, 8 luglio 2025, 4.

10 Oltre che dagli artt. 90-*bis* e 90-*ter* c.p.p., in relazione ai quali si rinvia a S. Ciampi, *Il diritto di difesa e all'informazione*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 273.

11 Così T. Alesci, *Commento all'art. 90*-quater, in A. Giarda, G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, 6ª ed., vol. I, Milano, 2023, 1348; S. Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in *Arch. pen.* (Web), 2015, 3, 20; P. Sechi, *Vittime di reato e processo penale*, cit., 236.

12 Così F. Trapella, *La tutela del vulnerabile. Regole europee, prassi devianti e possibili rimedi*, in *Arch. pen.* (Web), 2019, 3, 9; analogamente, P. Sechi, *Vittime di reato e processo penale*, cit., 373. In giurisprudenza, cfr. Cass. pen., Sez. III, 16 maggio 2019, n. 34091, in *Cass. pen.*, 2020, 3275, con nota di A. Ciavola, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*.

13 Nel senso di una riduzione notevole della discrezionalità del giudice, determinata da questo istituto, v. A. Famiglietti, *Persona offesa e modalità di audizione protetta: verso lo statuto del testimone vulnerabile*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 2, 148; invece, per un'ampia disamina del dibattito in tema di operatività automatica dell'istituto o meno, cfr. L. Suraci, *L'atto "assiologicamente" abnorme: riflessi di una nuova nozione di abnormità*, in *Giur. it.,* 2020, 203.

14 In questi termini si esprime L. Parlato, *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Palermo, 2013, 429; per un'analisi approfondita sul punto si leggano T. Alesci, *Commento all'art. 90*-quater, cit., 1348 e S. Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 20.

2. L'oracolo dell'incidente probatorio c.d. «liberalizzato».

Non sorprende, dunque, che la predisposizione di un binario garantistico per il vulnerabile si sia appuntata a singhiozzo sull'istituto dell'incidente probatorio[15], il quale, da strumento teleologicamente volto a soddisfare le esigenze di acquisizione anticipata della prova, è mutato in istituto diretto a «formare le prove al di fuori del dibattimento tutte le volte in cui la loro tardiva acquisizione [determinerebbe] la lesione di valori costituzionalmente protetti»[16].

Invero, l'attuale dettato dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.[17] non cela il fine di protezione che ha animato il legislatore nella sua redazione[18], con particolare attenzione a quei fenomeni di regola riconducibili alla dimensione della «vittimizzazione secondaria»[19]. Infatti, dopo aver sancito la ricorribilità all'assunzione anticipata anche

[15] La vastità della letteratura in materia costringe a rinviare, senza pretese di completezza, a B. Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegate*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 1430. P. Renon, *L'incidente probatorio nel procedimento penale: tra riforme ordinarie e riforme costituzionali*, Padova, 2000, 86; B. Romanelli, *La persona offesa vulnerabile nel procedimento penale*, cit., 286; S. Sau, *L'incidente probatorio*, Padova, 2001, 71 s.; Id., *Commento all'art. 392*, in A. Giarda, G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, 6ª ed., vol. II, Milano, 2023, 2468; L. Suraci, *L'incidente probatorio. Tra tutela della prova e tutela della persona*, Pisa, 2017.

[16] Così B. Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegate,* cit., 1430.

[17] Introdotto, come noto, con l. 23 febbraio 2009, n. 11 e novellato, da ultimo, a opera del d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

[18] Parallelo a quello di genuinità della prova: a favore di questa duplicità di *rationes* dell'istituto, si vedano, *ex plurimis*, H. Belluta, *Un personaggio in cerca d'autore*, cit., 103; S. Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, cit., 10; A. Famiglietti, *Persona offesa e modalità di audizione protetta*, cit., 143; B. Nacar, *Incidente probatorio, termini di esperibilità e sanzioni processuali ad essi collegate,* cit., 1426; N. Pascucci, *La testimonianza della persona offesa minorenne. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano,* Torino, 2020, 129; B. Romanelli, *La persona offesa vulnerabile nel processo penale*, cit., 288; L. Suraci, *L'atto "assiologicamente" abnorme: riflessi di una nuova nozione di abnormità*, cit., 203. In giurisprudenza, invece, cfr. Cass. pen., Sez. III, 18 settembre 2007, n. 37147, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 9 e Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14, in *Giur. cost.*, 2021, 84 (con nota di C. Gabrielli, *Una censura respinta piuttosto agevolmente, una disciplina che resta da meditare*), a mente della quale l'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. s'inserisce nell'ambito di un più vasto sistema normativo, testimone – anche a causa dell'adozione di normative eurounitarie – dello spazio dato dall'ordinamento italiano a «provvedimenti e misure tesi a garantire una risposta più efficace verso i reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale, considerati di crescente allarme sociale, anche alla luce della maggiore sensibilità culturale e giuridica in materia di violenza contro le donne e i minori», a cui si è associata «la volontà di approntare un sistema più efficace per sostenere le vittime, agevolandone il coinvolgimento nell'emersione e nell'accertamento delle condotte penalmente rilevanti» (Corte cost., 11 gennaio 2021, n. 1, in *Cass. pen.*, 2021, 1275, con nota di P. Sechi, *Patrocinio a spese dello Stato e vittime di reato "vulnerabili"*); nello stesso senso, Corte cost., 21 dicembre 2000, n. 572, in *Giur. cost.*, 2000, 4309.

[19] Per "vittimizzazione secondaria" s'intende comunemente il «patimento di un nuovo trauma indotto dal processo e connesso alla riedizione del ricordo»: così, tra gli altri, F. Di Muzio, *La testimonianza della vittima "vulnerabile" nel sistema delle garanzie processuali*, cit., 3; cfr. anche A. Romeo, *Violenza sessuale e processo penale*, Piacenza, 2007, 140 e, in giurisprudenza, Corte cost., 21 febbraio 2018, n. 92, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 12.

per fattispecie criminose di violenza contro la persona richiamate dal codice[20] e aver superato l'originaria impostazione, circoscritta alla deposizione del minore infrasedicenne[21], il testo vigente si apre, nel suo secondo periodo, a qualsivoglia casistica in cui «la persona offesa vers[i] in condizione di particolare vulnerabilità», assegnando al pubblico ministero la potestà di richiedere «che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza». In tale circostanza, inoltre, si prevede che «il pubblico ministero deposit[i] tutti gli atti di indagine compiuti» (art. 393, comma 2-*bis*, c.p.p.)[22], con diritto, per l'indagato e i difensori delle parti, di ottenere copia degli atti così depositati (art. 398, comma 3-*bis*, c.p.p.)[23].

Per parte sua, la Corte costituzionale ha precisato che «la possibilità di anticipare, attraverso il ricorso all'incidente probatorio, l'assunzione di testimonianze appare, piuttosto, essenzialmente intesa ad assicurare efficacia e genuinità della prova, quando si tratti di raccogliere testimonianze potenzialmente soggette a subire, col decorso del tempo, per le particolari condizioni del minore, condizionamenti che le possano rendere meno genuine o meno utili al fine degli accertamenti cui è volto il processo»[24]: nel che emerge la radicale metamorfosi dell'architettura procedimentale, a cominciare dal principio di immediatezza, giacché lo stato di vulnerabilità non solo attiverebbe «un canale speciale di protezione della vittima», ma produrrebbe anche «la sistematica anticipazione della raccolta della prova dichiarativa in sede incidentale»[25].

[20] Analoghi a quelli che integrano gli estremi per il ricorso all'esame protetto di cui all'art. 498, comma 4-*ter*, c.p.p., con l'aggiunta dei delitti di corruzione di minorenne e adescamento di minorenne; si vedano, per completezza e rilevanza, le innovazioni apportate dalla l. 19 luglio 2019, n. 69 (c.d. Codice Rosso), a proposito delle quali si legga *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, a cura di A. Marandola, B. Romano, Pisa, 2020. Tuttavia, nel senso di una «mancata considerazione di alcuni delitti che possono comportare una condizione di vulnerabilità psicologica della persona offesa», v. F.M. Grifantini, *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari*, Napoli, 2012, 239.

[21] Per un approfondimento sul punto, si legga ancora F.M. Grifantini, *La persona offesa dal reato nella fase delle indagini preliminari*, cit., 236.

[22] Ne deriva così, a carico del p.m., un significativo e gravoso onere di *discovery* forzosa che, «potendo condizionare negativamente le strategie inquisitorie dell'organo dell'investigazione, spiega le diffuse riserve ad accedere all'assunzione anticipata di siffatta prova testimoniale» (così G. Canzio, La *tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza "vulnerabile"*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 990); sul punto si veda, inoltre, K. La Regina, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino, 2009, 614.

[23] Su tali istituti, più ampiamente, cfr. P. Sechi, *Vittime di reato e processo penale*, cit., 368; S. Venturini, *L'esame del minore in incidente probatorio, tra dati normativi (nazionali e sovranazionali) e prassi giudiziale*, in *Cass. pen.*, 2011, 1938.

[24] Corte cost., 15 dicembre 2000, n. 572, cit., 4311.

[25] Così S. Recchione, *La vittima cambia il volto del processo penale: le tre parti "eventuali", la testimonianza dell'offeso vulnerabile, la mutazione del principio di oralità*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2017, 1, la quale, del resto, non omette di far leva sull'assunto per cui l'incidente probatorio sia stato concepito come una sorta di *extrema ratio* sul piano dichiarativo, sempre tenendo fermo lo "sbarramento" alla reiterazione dibattimentale della dichiarazione resa sui medesimi fatti *ex* art. 190-*bis*, comma 1-*bis*, c.p.p.

A prescindere dal dibattito sull'*animus* del legislatore, non sorprende che l'istituto di cui si tratta[26] faccia parlare di sé nell'accezione di «incidente probatorio liberalizzato», o «atipico»[27]: peraltro, l'enfasi conferita alla *ratio* riformatrice e il *favor* del legislatore per l'operatività dell'istituto non sono stati in grado di prevenire difetti di coordinamento[28], dai quali è discesa una disciplina lacunosa e, per certi versi, eccessivamente automatizzata, la quale ha sostanzialmente «sottratto la persona offesa in condizioni di vulnerabilità all'esame incrociato»[29].

3. L' orientamento iniziale della Suprema Corte.

Ricostruiti i fondamenti dogmatici del tema, non resta che addentrarsi nell'intricata rete di pronunce giurisprudenziali chiamate ad affrontare il quesito posto alle Sezioni Unite nella vicenda in esame: se sia abnorme[30] – e, quindi, ricorribile per cassazione – «il provvedimento con il quale il giudice rigetti la richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., motivato con riferimento alla non vulnerabilità della persona offesa e alla rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti presunti per legge».

La delicatezza del contesto di riferimento si riflette negli orientamenti susseguitisi in sede di legittimità, ove, con moto pendolare, è echeggiata la teorizzazione d'un «potere di vaglio sostanziale del giudice per le indagini preliminari investito dalla richiesta del pm (o, se mai, dell'indagato)», in contrapposizione dialettica con l'opposta ricostruzione, per la quale la fattispecie di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., «introdurrebbe un vero e proprio automatismo derivante da una presunzione *iuris et de iure* di pericolo di dispersione della prova, relegando il ruolo del giudice al mero controllo formale dei presupposti oggettivi e soggettivi»[31].

Ora, proprio le criticità derivanti dal connubio tra la rigida interpretazione della tassatività dei mezzi d'impugnazione (art. 568 c.p.p.) e il silenzio del legislatore circa l'impugnabilità dei provvedimenti in tema di incidente probatorio, ai quali è dedicato,

[26] Sul quale, in senso critico, si legga A. Presutti, *Le audizioni protette*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 375 s.

[27] O «speciale»: così Corte cost., 27 aprile 2018, n. 92, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 1565.

[28] Dimostrati dalle molteplici novelle al codice di procedura penale, intervenute tra il 1996 e il 2015.

[29] Cfr. P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale,* 26ª ed., 2025, 788.

[30] Sulla dibattuta figura dell'abnormità, cfr., *ex plurimis*, A. Bellocchi, *L'abnormità*, in *Trattato di procedura penale*, cit., 470 s.; Id., *L'atto abnorme nel processo penale*, Milano, 2012; M. Catalano, *Il concetto di abnormità fra problemi definitori ed applicazione giurisprudenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1241 s.; F.M. Iacoviello, *Giudizio di cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. V, *Impugnazioni*, Milano, 2009, 642; V. Maffeo, *L'abnormità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di A. Marandola, Milano, 2015, 235 s.; F. Mencarelli, *Il provvedimento abnorme nella teoria del processo penale*, Napoli, 1984, 1 s.; L. Suraci, *L'atto "assiologicamente" abnorme: riflessi di una nuova nozione di abnormità*, cit., 206; D. Zignani, *Sulla nozione di abnormità nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, 245.

[31] Cfr. R. Crepaldi, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in www.questionegiustizia.it; S. Sau, *L'incidente probatorio*, cit., 236.

come si ricorderà, il solo art. 398 c.p.p., hanno suggerito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, un mutamento di paradigma, inteso a riconoscere un apposito rimedio avverso i provvedimenti considerati[32]] questa la ragione per cui è opportuno, preliminarmente, ricostruire l'orientamento tradizionale, *mutatis mutandis* trasponibile sul terreno dell'incidente probatorio atipico.

Ora, la rigorosa linea esegetica dell'inoppugnabilità del rigetto (o dichiarazione d'inammissibilità) della richiesta di incidente probatorio[33] si fonda sul principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, consacrato all'art. 568 c.p.p., per il quale, come noto, «la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati». Impostazione, questa, indubbiamente coerente con le istanze di speditezza che informano l'incidente probatorio, incompatibili con le tempistiche del giudizio d'impugnazione[34].

Suffragato anche dalla Consulta, il Supremo Collegio ha dunque sostenuto che la scelta discrezionale del legislatore di non includere il provvedimento in esame nell'e-

[32] Così F. Marchetti, *L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, in *www.sistemapenale.it*, 2021, 5, 21.

[33] Della quale si possono rinvenire tracce sino a tempi relativamente recenti, seppur in rapporto a casistiche ben peculiari: cfr., per tutte, Cass. pen., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, Rv. 279604, a mente della quale «non è abnorme il provvedimento con cui il giudice delle indagini preliminari rigetta la richiesta di esame in incidente probatorio, *ex* art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., della persona offesa vulnerabile, sul rilievo della modestia del contributo probatorio che essa potrebbe offrire, trattandosi di provvedimento che non determina la stasi del procedimento, né si pone fuori dal sistema processuale, il quale rimette al potere discrezionale del giudice la decisione sulla fondatezza della istanza, da compiere bilanciando gli interessi contrapposti, anche nella prospettiva della rilevanza della prova da assumere ai fini della decisione dibattimentale»; parimenti, Cass. pen., Sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, Rv. 255843, per la quale «l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio è inoppugnabile anche nel caso in cui abbia riguardo alle ipotesi di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p.»; Cass. pen., Sez. IV, 12 aprile 2017, n. 32142, Rv. 270454, per cui non può ritenersi abnorme (e, quindi, ricorribile per cassazione) «il provvedimento del g.i.p. che, sulla richiesta di incidente del p.m., si limiti a restituire gli atti a esso affinché provveda all'indicizzazione del fascicolo senza pronunciarsi sul merito della richiesta, sulla base dell'assunto per cui tale atto, oltre a non avere contenuto decisorio, appartiene alla fisiologia dei rapporti di collaborazione tra uffici giudiziari, consentendo una miglior consultazione del fascicolo e una decisione di maggior contezza».

[34] V. S. Sau, *Commento all'art. 398*, in A. Giarda, G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, vol. II, cit., 2581; esigenze che, tra l'altro, come si avrà modo di notare, si son viste retrocedere a favore della sempre più avvertita necessità di tutela del soggetto vulnerabile, oltre che di conservazione della prova. Sul piano pretorio, cfr. Cass. pen., Sez. III, 9 aprile 2002, n. 20130, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2003, 162, a mente della quale «l'ordinanza di rigetto da parte del g.i.p. della richiesta di assumere, con incidente probatorio, ai sensi dell'art. 391-*bis*, comma 11, c.p.p., la testimonianza di soggetto rifiutatosi di rendere, su richiesta del difensore, dichiarazioni scritte o informazioni, ai sensi degli artt. 391-*bis* e 391-*ter* c.p.p. o che abbia dichiarato di volere essere ascoltata alla presenza del p.m. o durante incidente probatorio, non è soggetta a gravame, stante il principio di tassatività delle impugnazioni e l'esigenza di speditezza della procedura», escludendosi, tra l'altro, la qualificabilità del provvedimento come "abnorme" e, quindi, «la possibilità di impugnarlo con ricorso per cassazione», in quanto non potrebbe dirsi, come di regola indispensabile al fine di integrare gli estremi del profilo strutturale o funzionale dell'abnormità, avulso dall'intero ordinamento giuridico o adottato fuori dei casi consentiti e delle ipotesi previste, con conseguente stasi irrimediabile del procedimento.

spresso dettato legislativo – come il principio di cui all'art. 568 c.p.p. comporta – «non si porrebbe neppure in contrasto con le fonti internazionali, dalle quali emergerebbe esclusivamente un interesse primario all'adozione di misure finalizzate alla limitazione delle audizioni della vittima» e non anche un «automatismo probatorio legato all'introduzione di un vero e proprio obbligo, in capo al giudice, di disporre l'assunzione delle prove dichiarative della persona offesa vulnerabile a seguito della mera presentazione di una richiesta di incidente probatorio»[35] [36]: l'esito così palesato è quello di un affidamento *in toto* alla discrezionalità del g.i.p., nell'auspicio che lo stesso utilizzi ponderatamente il potere attribuitogli, con una congrua valutazione circa la rilevanza della prova nel caso concreto.

Nonostante il successo di quest'originario indirizzo, plurimi elementi di frizione, anche sul piano della legittimità costituzionale, non hanno tardato a manifestarsi: l'inoppugnabilità assoluta della decisione del g.i.p. in tale sede, infatti, rischia di venire in attrito con l'art. 24 Cost., mentre autonome riserve suscita la constatazione che la potestà d'impugnare un'ordinanza che non ammetta una prova – consentita nel corso degli atti preliminari al dibattimento (ovvero, durante lo stesso) – è per contro preclusa in sede di richiesta di incidente probatorio *ex* art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., la cui disciplina non contempla alcuna tutela in termini di rimedi. Difficile qui non avvertire un dubbio di compatibilità costituzionale, dal punto di vista dell'art. 3 Cost., a fronte di situazioni inopinabilmente omologhe, ma trattate in modo difforme.

4. Verso la rivoluzione copernicana delle Sezioni Unite...non senza ripensamenti.

È in questo quadro che la Corte di cassazione, sulla scorta di una peculiare rilettura delle fonti sovranazionali in tema di incidente probatorio atipico e di tutela della vittima vulnerabile, giunge a superare l'indirizzo poc'anzi esposto, a favore di una visione di più ampio respiro, imperniata sulla ricorribilità per cassazione del provvedimento di rigetto, ricondotto nell'alveo dell'abnormità. Invero, pur apparendo, a oggi, gli estremi della questione meno controversi d'un tempo, si vedrà come il passaggio da un indirizzo all'altro non vada esente da qualche vischiosità, degna di attenzione.

In particolare, proprio una lettura combinata degli atti internazionali testé menzionati ha indotto la Suprema Corte[37] a propendere per una ricostruzione diametralmen-

[35] Cass. pen., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, cit.; cfr., inoltre, R. Crepaldi, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit.

[36] Non sono, tra l'altro, mancati tentativi di giustificare la ricorribilità per cassazione dei provvedimenti del g.i.p. *ex* art. 111, comma 7, Cost., sulla considerazione per cui lo svolgimento o meno dell'incidente avrebbe, seppur indirettamente, ripercussioni sullo *status libertatis* dell'indagato: la sorte di questi esperimenti non è stata delle più felici, poiché la questione di legittimità costituzionale dell'art. 398 c.p.p., relativamente all'art. 111, comma 7, Cost., nella parte in cui non consente il ricorso per cassazione avverso il provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio che possa avere riflessi determinanti sulla libertà personale dell'indagato, è stata dichiarata manifestatamente infondata, non trattandosi di provvedimento *de libertate*. Sul punto, v. S. Sau, *Commento all'art. 398*, cit., 2582.

[37] Cass. pen., Sez. III, 10 ottobre 2019, n. 47572, Rv. 277756.

te opposta a quella precedente: in sostanza, si consentirebbe «di fare ricorso sempre, in via automatica e in base alla sola richiesta di parte, all'incidente probatorio per la raccolta della testimonianza di soggetti fragili»[38]. *In specie*, s'è detto – pur, all'epoca, timidamente – che alla disciplina in parola non dovrebbe esser attribuito il solo ruolo di baluardo della genuinità della prova, quanto piuttosto anche (e soprattutto) quello di tutela dei soggetti vulnerabili dal rischio di «vittimizzazione secondaria».

Pur in contrasto con un'anteriore decisione della stessa Corte[39], è maturato l'assunto per cui, dal disposto dell'art. 398 c.p.p., a sistema con quello di cui all'art. 392 c.p.p., sarebbe desumibile un'elencazione tassativa di modalità e casistiche, entro la quale figurerebbe consentito l'accesso all'assunzione anticipata della testimonianza del minore (e, più in generale, del teste definibile come "vulnerabile"). Su queste premesse, il vaglio demandato al giudice dovrebbe esclusivamente vertere, oltre che sui requisiti di contenuto dell'istanza *ex* art. 393, commi 1 e 2, c.p.p., sul «solo apprezzamento della sussistenza dei presupposti sostanziali».

Scendendo al piano della natura del vizio proprio di tali provvedimenti, la ricostruzione in discorso parrebbe suffragare un inedito caso paradigmatico di abnormità, *in specie* «semistrutturale», in quanto, ancorché non causa di una stasi o di un'indebita regressione del procedimento, l'atto deriverebbe direttamente dall'esercizio irragionevole dei poteri attribuiti al giudice, in quanto frutto di rigetto arbitrario, fondato su un'imprecisata valutazione d'opportunità, del tutto estranea alla disciplina processuale attuativa degli obblighi internazionali[40].

Ad appena un anno dalla svolta "copernicana", la Suprema Corte, nonostante gli auspici d'una estensione del principio enucleato a ipotesi estranee al solo incidente probatorio *ex* art. 392, comma, 1-*bis*, c.p.p., non esita a ritornare sui propri passi, smentendo espressamente il neonato orientamento: lo spirito conservatore caratterizzante tale *overruling*[41], si palesa nell'affermazione per cui non solo «ai sensi del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio è inoppugnabile», ma anche che la stessa «non può essere

---

38 F. Marchetti, *L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, cit., 22.

39 Cass. pen., Sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, cit.

40 Certo è che la ricostruzione del diniego in questi termini non è andata esente da molteplici critiche, poiché tale esito non avrebbe fatto altro che «riconoscere al giudice di merito un ambito – seppur ristretto – di discrezionalità (nello specifico, quando finirebbe per pregiudicare proprio gli interessi del minore)», facendo sì che «la predicata abnormità non sembri più collocarsi nell'ambito di una (rafforzata) violazione di legge, ma di una erronea motivazione, *sub specie* di scorretta considerazione degli interessi che la normativa ritiene preminenti»; inoltre, non è facilmente comprensibile «in cosa si caratterizzi la disapplicazione della *regula iuris* di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. rispetto a una violazione di legge o a un'erronea motivazione, se non in relazione al particolare referente normativo che seleziona gli interessi che il giudice è chiamato a considerare»; ecco che proprio quest'ultimo rilievo consente di porre in luce un ulteriore elemento di criticità, ossia che «un simile modello di abnormità [...] non è certamente in grado di costituire ragione per impugnare un provvedimento che, pur selezionando correttamente gli interessi in gioco, ne realizzi un (motivato ma) erroneo contemperamento»: cfr. R. Crepaldi, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, cit.

41 Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, Rv. 280337.

considerata abnorme, costituendo l'estrinsecazione di un potere discrezionale del giudice e risultando inidonea a paralizzare lo sviluppo processuale», nemmeno nel peculiare frangente dell'incidente atipico[42].

Nel prosieguo, la Corte non si esime dal demolire ulteriormente l'interpretazione coltivata in precedenza, che «non può trovare accoglimento», risultando assente ogni riscontro in tal senso nella *littera* degli artt. 392 c.p.p. e 398 c.p.p., scevri di qualsivoglia limitazione al potere d'apprezzamento del giudice, nel caso di incidente probatorio atipico. D'altra parte, nemmeno l'argomento fondato sui vincoli sovranazionali si presterebbe ad avvalorare l'abnormità del provvedimento di diniego, poiché dalle fonti in discorso emergerebbe, secondo il Supremo Collegio, «esclusivamente la necessità di adottare, qualora debba procedersi all'audizione di un soggetto vulnerabile, particolari forme di assunzione della prova, tese a salvaguardare la sua integrità fisica piscologica e anche a contenere il rischio di vittimizzazione secondaria legato alla reiterazione dell'atto istruttorio»: null'altro che una forzatura sarebbe, dunque, «il far discendere dallo stesso sistema normativo l'imposizione di un vero e proprio obbligo, in capo al giudice, di disporre l'assunzione delle dichiarazioni del minore o della persona offesa vulnerabile a seguito della mera presentazione di una richiesta di incidente probatorio e a prescindere da qualsiasi apprezzamento sulla rilevanza della prova»[43].

Il contrasto interpretativo ricostruito rendeva ormai evidente l'urgenza d'una ricomposizione a opera delle Sezioni Unite[44], anche in ragione dei rilevanti interessi potenzialmente lesi: se da un lato, infatti, la vittima risultava esposta a un *vulnus*, nell'incertezza di un rimedio avverso il provvedimento che le avesse negato l'accesso alla parentesi istruttoria in forma protetta[45], dal lato delle parti – specie dell'imputato

[42] Rigidità analoga si rinviene nelle parole di un'ulteriore sentenza della Corte, definibile come "gemella", di poco precedente a quella menzionata (Cass. Pen., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, cit.), ove il Supremo Collegio non manca di rimarcare, richiamando precedenti pronunce (tra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 13 maggio 2020, n. 20543, in www.onelegale.wolterskluwer.it; Cass. pen., Sez. V, 17 luglio 2017, n. 49030, Rv. 271776; Cass. Pen., Sez. III, 13 marzo 2013, n. 21930, cit.), come «l'affermazione della non impugnabilità» sia un dato «costante nella giurisprudenza di questa Suprema Corte».

[43] In termini analoghi, richiamata anche dalla Corte nella pronuncia in esame, v. Cass. pen., Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996, cit. Per una critica all'asserita abnormità del provvedimento di rigetto sostenuta tradizionalmente dal Supremo Collegio, v. A. Bellocchi, *L'atto abnorme nel processo penale*, cit., 32; F.R. Depalo, *L'obbligo di incidente probatorio protetto e il ritorno dell'istruzione formale*, in *Arch. pen.* (Web), 2025, 1, 10; F. Marchetti, *L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, cit., 28.

[44] Come rilevato in dottrina, tuttavia, già nella vicenda processuale di sfondo a Cass. pen., Sez. V, 11 dicembre 2020, n. 2554, cit., il Procuratore generale presso la Corte di cassazione aveva richiesto che la questione inerente alla ricorribilità dell'ordinanza reiettiva dell'istanza di incidente fosse rimessa alle Sezioni Unite: tuttavia, «si deve ritenere che la V Sezione abbia implicitamente rigettato la richiesta, giacché nella parte motiva della sentenza non è espressa alcuna esplicita posizione al riguardo» (testualmente, F. Marchetti, *L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, cit., 28).

[45] S'impedirebbe così all'offeso vulnerabile, infatti, di rendere celermente il contributo dichiarativo cui è tenuto in quanto teste, e di uscire, conseguentemente, dal circuito processuale nel più breve tempo possibile, al fine di rielaborare e "superare" il potenziale trauma derivante dal fatto asseritamente subito.

– i dubbi interpretativi *de quibus* avrebbero comportato ricadute negative tanto sulla qualità dell'accertamento[46], quanto sul diritto alla difesa[47].

Eppure, per un intero biennio, il pendolo della Corte ha continuato nella sua oscillazione, tentando ciclicamente di rilegittimare le pregresse ricostruzioni: in particolare, è stata esclusa la natura abnorme anche del provvedimento di rigetto dell'incidente della persona offesa maggiorenne relativamente al reato di atti persecutori[48] e della persona offesa dal reato di violenza sessuale, commesso in suo danno da un parente, allorché, all'epoca dei fatti, ancora minorenne[49]. Spicca, inoltre, una decisione, ancor più recente[50], che pare sfuggita allo sguardo dei commentatori, la quale, a seguito di ricorso avverso l'ordinanza di rigetto del g.i.p. – della quale si lamentava l'abnormità strutturale – giustificata sull'asserito difetto dei presupposti per procedere a incidente probatorio *ex* art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., in relazione al reato di atti persecutori, aveva disatteso la ricostruzione, in termini di abnormità, sostenuta dal ricorrente, giacché «l'ordinanza impugnata risulta riconducibile allo schema tipico disciplinato dalla legge processuale», prevedendosi espressamente, all'art. 398 c.p.p., «il potere in capo al giudice di accogliere, dichiarare inammissibile o rigettare la richiesta di incidente probatorio, nell'esercizio di una discrezionalità che, pur informata a presupposti più ampi e perciò non necessariamente coincidenti con quelli enucleati dalle lettere *a*) e *b*) del primo comma dell'art. 392 c.p.p.», permane in capo all'autorità decidente, qualora si trattasse di «assumere la testimonianza di persona minorenne ovvero di persona offesa maggiorenne nei reati indicati dal comma 1-*bis*», e che si estrinseca nella valutazione della «sussistenza in concreto anche delle condizioni di particolare vulnerabilità del dichiarante, nelle quali si sostanzia l'ampliamento dei presupposti richiesti per la sua audizione anticipata, al di là del vaglio della rilevanza della prova».

[46] V. N. Pascucci, *La testimonianza della persona offesa minorenne*, cit., 86, per il quale, a causa del conflitto interpretativo in esame, «è ragionevole aspettarsi che il pubblico ministero – soggetto dal quale, nella maggior parte dei casi, proviene l'istanza di assunzione anticipata della testimonianza del minore vittima di reato – sia indotto, a seguito del rigetto da parte del giudice per le indagini preliminari, non già a tentare la via del ricorso *extra ordinem* avverso il provvedimento reiettivo, bensì a procedere alla raccolta delle dichiarazioni in via unilaterale con lo strumento di cui all'art. 362 c.p.p.»; d'altro canto, così facendo, si acuirebbe «il rischio che l'audizione investigativa [...] ingeneri nella fonte eventi di suggestione, influenzando la genuinità della testimonianza successivamente acquisita nella fase dibattimentale».

[47] Sul punto, più ampiamente, v. F. Marchetti, *L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice*, cit., 29.

[48] Cass. pen., Sez. I, 8 giugno 2023, n. 46821, Rv. 285455, per cui non sarebbe affetto d'abnormità il provvedimento di rigetto del g.i.p. emesso «sulla base dell'esclusa condizione di particolare vulnerabilità per l'età, l'inserimento sociale e la reazione opposta alla condotta delittuosa, mercé la proposizione di querela», in quanto «trattasi di provvedimento che non determina la stasi del procedimento, né si pone fuori dal sistema processuale, che rimette al potere discrezionale del giudice la valutazione sulla fondatezza dell'istanza».

[49] Cass. pen., Sez. III, 28 maggio 2021, n. 29594, Rv. 281718, ove il Supremo Collegio ha, tra l'altro, precisato che, al fine della qualificazione dell'atto come abnorme, «non può attribuirsi rilevanza all'interesse "terzo" della persona offesa, di per sé estraneo alla nozione della abnormità funzionale».

[50] Cass. pen., Sez. III, 21 marzo 2024, n. 34234, in *www.onelegale.wolterskluwer.it.*

5. Un auspicato (ma opinabile) epilogo.

Solamente al termine di quest'altalenante stagione, le Sezioni Unite, consapevoli delle criticità ermeneutiche e pragmatiche insorte sul punto[51], giungono alla soluzione del contrasto interpretativo, insensibili agli echi più risalenti e propense – più fermamente che in passato – a negare margini di sindacato giurisdizionale sull'accesso all'incidente probatorio *ex* art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p. Senza particolari esitazioni, il Consesso allargato – con una mera informazione provvisoria[52], della quale, sorprendentemente, è già nota la *ratio decidendi*[53] – si è espresso, infatti, nel senso che «è viziato da abnormità ed è, quindi, ricorribile per cassazione il provvedimento con il quale il giudice rigetti la richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., motivato con riferimento alla non vulnerabilità della persona offesa e alla rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti presunti per legge». In buona sostanza, al ricorrere di tali circostanze «varrebbe il principio generale in forza del quale, a fronte del diritto alla prova a richiesta di parte, si prevede l'obbligo di ammissione da parte del giudice, che può escludere solo le prove vietate dalla legge e quelle che sono manifestamente superflue o irrilevanti»[54].

In esordio alla pronunzia, la Suprema Corte – dopo una minuziosa ricostruzione dei suoi pregressi indirizzi – enfatizza il dato diacronico, dal quale, considerata la rilevante mole di modifiche in espansione della disciplina del vulnerabile, emergerebbe inequivocabilmente l'idea «di una ben definita "linea di tendenza"», ossia quella di «riconoscere uno speciale "statuto" normativo per l'assunzione della testimonianza delle persone vulnerabili, alle quali – in ragione della incidenza di molteplici fattori di carattere temporale, psicologico o relazionale, cui le stesse sono esposte – il legislatore ha inteso riservare speciali "meccanismi processuali" di ascolto, per tutelarne la "sfera" personale e, nello stesso tempo, per garantire la genuinità, e, dunque, l'affidabilità, del relativo apporto conoscitivo»[55].

Ecco che un primo dato esplicito – pur sul solo piano semantico – sarebbe avvalorato dalla mera *littera legis*: invero, il primo periodo dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., nella parte in cui consente di accedere all'assunzione anticipata «anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1», indurrebbe a escludere «che il giudice, chiamato a decidere su una siffatta richiesta di incidente probatorio, sia tenuto ad effettuare verifiche in ordine alla indifferibilità della prova ovvero alla non rinviabilità della sua assunzione». A ciò si aggiunga che «la stretta connessione tra lo *status* di persona offesa in relazione ad uno dei reati ivi elencati, tutti attinenti alle più gravi forme di violenza» e «la piena parificazione, ai fini che qui interessano, operata dal legislatore, del maggiorenne persona offesa di uno di quei delitti alla figura del minorenne» – per antonomasia considerati fragili dall'ordinamento – non possono che considerarsi

[51] Si veda, infatti, Cass. pen., Sez. IV, 9 luglio 2024, n. 27104, in *www.onelegale.wolterskluwer.it.*

[52] Cass. pen., Sez. un., inf. provv. 12 dicembre 2024, n. 18, consultabile in *www.giurisprudenzapenale.com.*

[53] Cass. pen., Sez. un., 18 marzo 2025, n. 10869, in *www.onelegale.wolterskluwer.it.*

[54] D. Mancini, *L'incidente probatorio per l'esame della vittima vulnerabile, ex art. 392 co. 1-bis c.p.p. Le Sezioni unite e l'abnormità del rifiuto,* in *Dir. giust. cost.*, 13 gennaio 2025.

[55] Cass. pen., Sez. un., 18 marzo 2025, n. 10869, cit.

«elementi che inducono ragionevolmente a ritenere che quell'inciso ("anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1") abbia il ben preciso significato di aver voluto indefettibilmente collegare il carattere della non rinviabilità della prova alla specifica qualifica posseduta da uno di quei soggetti vulnerabili»[56].

Più precisamente, la struttura linguistica utilizzata dal legislatore, a detta della Suprema Corte, autorizzerebbe a sostenere che il riconoscimento dello "*status*" di vittima vulnerabile, in stretta correlazione con la fattispecie incriminatrice per cui si procede, impedisca al giudice di valutare l'effettiva indifferibilità dell'atto di assunzione: in ultima analisi, si va a configurare e legittimare un presupposto di ammissione all'incidente probatorio, elevato al rango di presunzione *iuris et de iure*, per il quale «in presenza della acclarata appartenenza del teste da ascoltare ad una di quelle "categorie protette", l'accertamento in concreto della esistenza del requisito della non rinviabilità deve considerarsi escluso per legge, non rientrando nello spettro del sindacato discrezionale spettante, in tali ipotesi, al giudice».

A favore di questa linea esegetica giocherebbe anche un profilo di matrice squisitamente logico-sistematica: in particolare, il raffronto tra il dettato del primo periodo del comma 1-*bis* della norma testé menzionata e quello immediatamente successivo, «porta legittimamente a ritenere che, solo nel caso regolato da tale secondo periodo, il giudice conservi un più ampio potere valutativo», potendo solamente ivi «accertare, seguendo i criteri dettati dall'art. 90-*quater* c.p.p. se la persona offesa, di cui sia stato domandato l'esame in sede di incidente probatorio, si trovi in "condizioni di particolare vulnerabilità"».

Ed ecco che, a queste condizioni, la *voluntas legis* pare più che tersa: con il secondo periodo del comma 1-*bis*, l'intento del legislatore sarebbe stato quello di «introdurre un'ulteriore ipotesi di incidente probatorio, nella quale al giudice è demandato un più ampio potere di controllo, da esercitare volta per volta, a differenza di quanto accade nell'ipotesi disciplinata dal primo periodo del comma», nel quale «anche l'esistenza della condizione di vulnerabilità della persona offesa è considerata in re ipsa, cioè presunta per legge in ragione del titolo del reato per il quale si procede»[57].

Tra l'altro, come rilevato dalla stessa pronuncia, tale ricostruzione esegetica risulterebbe essere la più coerente con la giurisprudenza costituzionale: invero, la Consulta, nel dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità dell'art. 392, comma 1-*bis*, c.p.p., nella parte in cui prevede che, nei procedimenti per i delitti ivi indicati, l'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio, richiesta dal p.m. o dalla persona offesa, debba riguardare la persona minorenne che non sia anche persona offesa dal reato[58], non ha esitato a chiarire come la disposizione andrebbe a consacrare una vera e propria presunzione di sussistenza della condizione di vulnerabilità – radicata sull'*id quod plerumque accidit* – riguardante sia il minore che l'offeso da uno dei reati menzionati, in deroga al principio dell'immediatezza, ma coerente

[56] Cass. pen., Sez. un., 18 marzo 2025, n. 10869, cit.

[57] Ancora, Cass. pen., Sez. un., 18 marzo 2025, n. 10869, cit.

[58] Si vedano, *ex multis*, Corte cost., 5 febbraio 2021, n. 14, cit., 93; Corte cost., 29 gennaio 2005, n. 63, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 129; Corte cost., 1° aprile 2003, n. 108 in *Dir. pen. proc.*, 2003, 556; Corte cost., 18 dicembre 2002, n. 529, in *Giur. cost.*, 2002, 6.

con la discrezionalità riservata al legislatore nel conio degli istituti processualpenalistici.

Nel concludere, la pronunzia non manca di sottolineare come la linea esegetica sposata sia *in toto* rispettosa del dettato sovranazionale[59]: rimarcata l'importanza data dalla Corte alle iniziative eurounitarie – e non – per la protezione del vulnerabile, e sottolineato come «l'interesse per la tutela della vittima costituisc[a] da epoca risalente tratto caratteristico dell'attività delle organizzazioni sovranazionali sia a carattere universale, come l'ONU, sia a carattere regionale, come il Consiglio d'Europa e l'Unione Europea», e che «gli strumenti in tali sedi elaborati svolgono un importante ruolo di sollecitazione e cogenza nei confronti dei legislatori nazionali tenuti a darvi attuazione»[60], si conclude che «non [si] può prescindere [...] dalle "linee di indirizzo" riconoscibili nelle disposizioni di fonte sovranazionale che il legislatore nazionale ha, in più occasioni, dichiaratamente inteso "prendere a modello"», tant'è che si dovrebbe ricordare come «l'art. 35 della Convenzione di Lanzarote del 2007 stabilisc[a] che "ogni Parte adotterà le misure legislative o di altra natura necessarie per garantire che: a) le audizioni del minore si svolgano senza ritardi ingiustificati dopo che i fatti sono stati segnalati alle autorità competenti; [...] e) il numero di tali audizioni sia il più possibile limitato a quanto è strettamente necessario ai fini del procedimento penale"».

Similmente, vengono richiamati anche gli artt. 18 e 20 della direttiva 2012/29/UE, a tenore dei quali «gli Stati membri assicurano che sussistano misure per proteggere la vittima e i suoi familiari da vittimizzazione secondaria e ripetuta, intimidazione e ritorsioni, compreso il rischio di danni emotivi o psicologici», salvaguardando la dignità della vittima nel corso di testimonianze e interrogatori, senza indebiti ritardi nell'audizione della vittima e con la riduzione al minimo e allo stretto necessario delle audizioni stesse[61].

---

[59] Sull'obbligo per il giudice di verificare la conformità delle norme italiane a quelle sovranazionali, specie se eurounitarie e non direttamente applicabili, ma di contenuto sufficientemente dettagliato nella lettura data loro dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, si vedano, per tutte, Corte cost., 31 maggio 2018, n. 115, in *Giur. cost.*, 2018, 1296, con nota di F. Giunta, *La Consulta riafferma la tradizione culturale del diritto penale costituzionale: una sentenza davvero "rivoluzionaria"*; Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24, in *Giur. comm.*, 2017, 600/II, con nota di P. Insolera, Affaire *Taricco: la Corte costituzionale offre una seconda* chance *ai giudici di Lussemburgo*; Corte cost., 25 marzo 2015, n. 45, in *Cass. pen.*, 2015, 2550, con nota di E.A.A. Dei-Cas, *Incostituzionalità della disciplina della sospensione della prescrizione nel caso di irreversibile incapacità processuale dell'imputato*; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317 in *Giur. cost.* 2009, 4747, con nota di G. Ubertis, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*; Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, *ivi*, 2009, 4657, con nota di M. Massa, *La «sostanza» della giurisprudenza europea sule leggi retroattive*; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 348, *ivi*, 2007, 3475, con nota di C. Pinelli, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*; Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, in *Cass. pen.*, 2008, 2279, con nota di V. Petri, *Il valore e la posizione delle norme CEDU nell'ordinamento interno*; nella giurisprudenza di legittimità, invece, cfr. Cass. pen., Sez. un. 30 gennaio 2020, n. 13539, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 753; Cass. pen., Sez. un., 25 novembre 2010, n. 27918, Rv. 250199; Cass. pen., Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1353.

[60] Cass. pen., Sez. un., 29 gennaio 2016, n. 10959, Rv. 265894.

[61] Si ricordi, per completezza, che anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea s'è occupata, nel noto caso Pupino, della materia in esame, nel corso di un rinvio pregiudiziale avente a oggetto

6. Qualche riflessione di sintesi.

Non sfuggirà che gli aspetti opinabili di questa travagliata vicenda pretoria sono molteplici e fors'anche suscettibili d'incidere sui futuri sviluppi legislativi. È quanto lasciano preconizzare le stesse fondamenta della questione: è facile notare, invero, come la disciplina domestica in tema di condizioni di particolare vulnerabilità – di cui all'art. 90-*quater*, c.p.p. – risulti pericolosamente difforme dal piano sovranazionale. Pare evidente, infatti, come la norma individui la vulnerabilità come una sorta di *status,* collegato a una qualità personale o a un tipo di reato: con l'implicito rischio, per i soggetti «fuori catalogo», di rimanere scoperti dalla protezione codicistica. È proprio questo il primo aspetto censurabile, peraltro ignorato da quella parte di giurisprudenza di legittimità propensa a individuare una fattispecie "tipica" di vulnerabilità, in relazione al reato di atti persecutori.

Se questa fosse la sola censura al costrutto normativo, non s'avrebbe motivo di criticare ulteriormente l'operato del legislatore nazionale: senonché, a ciò si deve aggiungere l'assenza di qualunque indicazione inerente ad autorità e procedura per determinare l'effettiva vulnerabilità nel caso concreto.

Non vi è dubbio che una soluzione si debba approntare anzitutto sul piano processuale, con la previsione di una disciplina dedicata; distinti inconvenienti, tuttavia, continuerebbero a discendere dal monopolio di tale apprezzamento in capo all'autorità giudiziaria procedente: la strada percorribile potrebbe essere allora quella del coadiuvamento del giudice, nell'ottica di un "ammodernamento" o "aggiornamento" dell'ausiliario esperto, passibile d'espansione anche su tale versante.

Certo, la verità sta nel mezzo: a controbilanciare i vantaggi di siffatta innovazione si pone il rischio speculare dell'inesperienza giuridica dell'ausiliario[62] con riverberi potenzialmente nocivi in termini d'una irragionevole declaratoria di vulnerabilità in sede processuale.

Quanto al distinto profilo dell'abnormità, sia consentita un'unica riserva, inerente all'opportunità o meno di un intervento del legislatore: non si nega che la codificazione del vizio in un'apposita disciplina – in ipotesi collocata nel libro secondo del codice di rito – realizzerebbe un obiettivo sistematico significativo, contribuendo probabilmente a ridimensionare un dibattito risalente a quasi un secolo. Per altro verso, non va sottaciuto il prezzo che una soluzione di tal genere comporterebbe, sotto il profilo della perdita di duttilità che l'attuale strumento presenta, anche a fini di garanzia.

Ancora: l'automatismo con cui, secondo la Corte regolatrice, verrebbe accolta la richiesta di incidente probatorio a tutela del vulnerabile, oltre che privo di fondamento normativo di supporto, potrebbe, come si è visto, pregiudicare gli stessi interessi che si mira a proteggere.

---

le disposizioni di cui agli artt. 2, 3 e 8 della decisione quadro 220/2001/GAI, antecedente della direttiva 29/2012/UE: v., in proposito, Cort. Giust. UE, 16 giugno 2005, C-105/03, in *www.eur-lex.* europa.eu, sulla quale, per tutti, A. Micoli, D. Monti, *La tutela penale della vittima minore. Aspetti sostanziali e processuali*, a cura di G. Flora, Padova, 2010.

[62] In senso critico, si legga O. Mazza, *Il contraddittorio impedito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in Id., *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, 87.

Piuttosto, guardando alle singole vicende oggetto di scrutinio, è auspicabile che nelle sedi istituzionali preposte maturi la consapevolezza circa l'importanza di dotare il giudice del corredo di saperi extra-giuridici[63], potenzialmente utili alla valutazione di casistiche quali quelle in discorso, non senza, per altro verso, consolidare la figura dell'ausiliario esperto, nel senso auspicato.

[63] Per suggestioni in tal senso, v. F. Del Vecchio, *Il danno alla vittima del reato e i suoi rimedi*, Milano, 2017, 131.

ALFREDO DE MARSICO (DALLA COMMEMORAZIONE TENUTA IN SALA CONSILINA, CITTÀ NATALE DI ALFREDO DE MARSICO, IL 25 MAGGIO 1986)*

Giuliano Vassalli**

Tra quattro giorni, il 29 maggio, Alfredo de Marsico avrebbe compiuto novantotto anni. Fino a due anni prima del triste evento dell'agosto scorso, quando le forze di questo grande maestro presero a declinare senza rimedio, egli era stato per tutti noi una specie di miracolo umano, dinanzi alle cui attività, alla cui vigoria intellettuale, alla cui forza morale si rinnovava ogni giorno, con l'antica ammirazione, lo stupore. Ce ne tramandavamo notizie ed episodi di luogo in luogo: soprattutto nei fori, dove prevalentemente si svolgeva oramai il suo magistero («è comparso nella tale Corte d'assise, ha pronunciato una smagliante arringa nel tale Tribunale, ha illustrato con eccezionale efficacia il tale ricorso alla prima penale della Corte di Cassazione»...), ma anche nelle università e nel mondo degli studi, dove erano scomparsi quelli della sua generazione e dove l'umano destino aveva diradato la schiera stessa dei suoi allievi. Ma c'erano ancora - come vi sono - gli allievi degli allievi, così come vi sono oggi qui tra noi tanti che il Maestro conobbero ed ammirarono fino agli ultimi anni e ne seguirono con trepidazione ed affetto le vicende. Ed anche il loro convenire questa mattina in questa Sala Consilina, che ha la gloria d'avergli dato i natali non solo - com'era giusto - per lo scoprimento del suo busto e l'intitolazione di una strada al suo nome, ma perfino per ascoltare persona che non sarà menomamente in grado di farne rivivere la grande, eccezionale poliedrica figura, è testimonianza del perdurare di quell'affetto sincero che de Marsico meritava, oltre che per la profondità dei suoi insegnamenti e per l'esempio della sua vita di una operosità senza pari, per la dimensione umana della sua persona, per il calore di simpatia che la sua modestia ed affabilità, non affettate ma rispondenti ad un sentimento innato e sinceramente coltivato, sapevano suscitare in chiunque avesse la fortuna di avvicinarlo.

Alfredo de Marsico fu, nel corso della sua vita, la testimonianza perenne di un triplice impegno: quello dell'uomo politico, quello dello studioso e quello dell'avvocato. Forse questo tentativo di sunto è inadeguato e perfino. impreciso. Egli fu infatti, come studioso, anche un grande insegnante. E, come avvocato, non solo la punta di diamante di tutte le battaglie giudiziarie del suo secolo, ma anche un oratore di incommensurabile grandezza, un maestro dell'eloquenza forense. ma non solo dell'eloquenza forense, bensì dell'eloquenza in generale. La sua oratoria, fine, colta e possente, ricca di venature poetiche e sempre legata sentimentalmente al tema trattato, ma, tuttavia, solidamente nutrita di fatti e *di* concetti, fu infatti rivolta anche a temi diversi da quelli di cui era spunto il foro: memorie di personaggi storici, rievocazioni di figure, anche minori, del suo tempo, di fatti sociali e di paesaggi cari alla sua giovinezza, lezioni di moralità. Una personalità ed una attività molteplici, ma al tempo

stesso unitarie; complesse per la ricchezza, vastità e profondità degli interessi, ma al tempo stesso semplici, perché promananti da un uomo autentico e schivo di onori e di esaltazioni, pur nella consapevolezza del proprio ruolo e soprattutto del proprio dovere: un dovere di volta in volta liberamente scelto, ma appunto per questo inflessibilmente osservato.

Non commemorerò qui l'uomo politico. Tra l'altro non sarebbe conforme alla mia diversa militanza e si tradurrebbe, per inadeguatezza, in una rievocazione di scarsa consistenza. Ricorderò soltanto la sua linearità, la sua moralità anche in politica, il rispetto per gli avversari ed il rispetto, senza eccezione, degli avversari. Del fascismo egli non fu né uno dei fondatori in senso stretto, né uno degli inventori. Fu tra coloro che vi aderirono con convinzione e ne serbarono fino all'ultimo il rispetto pur avendo contribuito in modo decisivo agli eventi del *25* luglio 1943 ed avendo subito per quella sua legittima e convinta presa di posizione la condanna a morte e i pericoli che ne conseguivano. Durante il fascismo non perse mai quella impronta liberale che era carattere fondamentale (direi quasi innato ed incancellabile) degli studiosi e degli avvocati del suo tempo e della sua terra; così come non defletté mai da quella fedeltà alla monarchia sabauda, che per molti degli uomini colti del Mezzogiorno si identificava con la fede nell'unità d'Italia e con la volontà d'avere una patria unica e pacificata. Quella stessa fede, del resto, che, come molti ricorderanno, lo portò ad essere senatore per il partito monarchico dal 1953 al 1958, nella seconda legislatura repubblicana.

Ho pronunciato poc'anzi la parola «liberale». Non si tratta di una arbitraria ricostruzione di convenienza. In un saggio a molti noto, intitolato, «Quarantennio» (si tratta del quarantennio della sua toga d'avvocato), scritto nel 1951 a prefazione (e giustificazione) del suo terzo volume di «Arringhe», de Marsico dice: «Ripiegandomi su un passato che non è ancora cenere io ritrovo, e quasi scopro, le ragioni di qualche orientamento che credo definitivo nell'animo mio. La fede nel diritto mi ha educato al distacco dell'io contingente dall'idea che l'uomo, per esser tale, deve professare; mi ha dato l'asse intorno a cui ogni mutamento, se necessario, deve avvenire, e l'indi-pendenza per passare, quando occorra, dalla linearità dell'asse allo slancio della spirale. Ciò mi trasse a dichiarare il 28 maggio 1925 alla Camera: "se un momento giungesse in cui mi toccasse scegliere tra la mia coscienza giuridica e la ragione di parte, io non esiterei a scegliere sacrificando questa per non piegare un lembo solo della mia libertà di cultore del diritto"».

Sarebbe del resto non difficile, per chi lo volesse, trovare altre tracce di questo fermo orientamento in altri suoi interventi politici: in quelli svolti come relatore alla Camera sul codice penale e nella prolusione barese, contro la pena di morte; nelle esaltazioni dell'Avvocatura, a proposito della quale de Marsico disse che «umiliandola si umilia il Paese, onorandola ed elevandola si assicurano l'onore e il progresso della Nazione»; nelle parole di repugnanza verso il razzismo nazista e nella rivendicazione dell'indipendenza di Roma da Berlino, quali si possono leggere nel Suo volume sul 25 luglio 1943. Questa posizione trova, del resto, riscontro anche nell'opera giuridica del Nostro, in cui nulla fu conceduto, pur nel cuore delle affermazioni di fede politica, ad aberrazioni del tipo germanico-nazista. Prova ne è la prolusione al corso ufficiale di procedura penale a Roma dell'anno 1941-42, intitolata «Dogmatica e politica nella scienza del processo penale», letta quando egli succedeva a Vincenzo Manzini. In essa de Marsico rivendicò appieno la teoria classica del rapporto processuale penale e la preminenza dei diritti soggettivi nel processo. Sta di fatto che de Marsico, durante il

fascismo, non cercò né onori né premi, tutto immerso nella sua professione e nei suoi studi, interrotti soltanto da discorsi parlamentari, dalla partecipazione a importanti commissioni di riforma legislativa, da orazioni celebrative che egli preparava, come alcune arringhe, nei lunghi percorsi compiuti in un modesto scompartimento ferroviario, anche per notti su notti, attraverso tutta l'Italia. Deputato per quattro lustri, solo nel febbraio 1943 fu chiamato a reggere un ministero, e si trattò - in conformità dei suoi interessi e di una linea di coerenza personale che non gli avrebbe consentito di assumere responsabilmente incarichi in campi non suoi - del Ministero della Giustizia. L'ora era già grave perché si potesse pensare a riforme; ma non v'ha dubbio che, se fatte, sarebbero state riforme in senso progressivo, perché nel diritto, soprattutto nel diritto penale, de Marsico era un progressista convinto, tanto che fu più volte indicato (sia pure erroneamente) tra i seguaci della Scuola positiva ed effettivamente si trovò vicino alle posizioni di questa in non poche battaglie scientifiche. Dirò solo, per concludere questi rapidi accenni, che Alfredo de Marsico fu soprattutto, in politi-ca, e non solo in politica, dominato dall'amor di patria. Questo egli volle ricordare - e rivendicate come linea costantemente ispiratrice della propria vita - anche in occasione del saluto che gli rivolgemmo nell'aula dell'Istituto di diritto penale dell'Università di Roma in una semplice ma commovente cerimonia del 1963, in occasione del suo collocamento a riposo, quando egli era già da cinque anni fuori ruolo ed io gli ero succeduto nell'insegnamento del diritto penale, dopo la parentesi di un anno, segnata dall'insegnamento del grande penalista sardo Giacomo Delitala, che dall'esperienza romana se ne era subito voluto tornare a Milano. Dopo avere ascoltato il saluto mio e degli altri discepoli presenti, de Marsico prese la parola e ci incantò, come altre volte, col suo dire su tante e tante cose della materia insegnata e dell'insegnamento di essa e delle esperienze della propria vita. 11a al termine, con una semplicità che destò in noi commozione *(mi* pare ancora di vederlo e di sentirlo), egli ci disse che in tutto il corso della vita, qualunque cosa studiasse o facesse, egli aveva visto sempre, come su uno sfondo permanente e mai offuscabile, la patria, la nostra nazione italiana. Forse anche per questo, oltre che per il rispetto da lui avuto per gli avversari, oltre che per l'incontestato valore di studioso autentico e profondo, oltre che per la fama di un esercizio forense che era anche insegnamento deontologico e di moralità, egli non subì, nei momenti di maggior tensione del secondo dopoguerra, né isola-menti né oltraggi. Una sua fedele allieva e biografa, la dottoressa Maria Antonietta Stecchi de Bellis di Bari (alla quale si devono non soltanto le attente cure rivolte alla edizione di tante opere del Maestro, ma anche un bellissimo profilo scritto in morte di lui, pubblicato nel periodico «Realtà forense», ed intitolato «Breve storia di una grande vita») mi ha fornito la copia di una lettera scritta a de Marsico da Mario Berlinguer, padre di Enrico e di Giovanni, accusatore principe di tutti i grandi processi penali contro il vecchio fascismo (ricordate: gli articoli 2 e 3 del decreto legislativo luogotenenziale 27 luglio 1944 n. 159). In essa leggo: «Carissimo de Marsico, sono stato assente per alcuni giorni ed ho poi trovato la tua lettera affettuosissima relativa a mio nipote, dott. Franco Berlinguer. Egli era già ripartito per Sassari, ma forse ne ripartirà presto. Ma non parlarmi più di una bontà per te. *Io non ho fatto che il mio strettissimo dovere per evidenti motivi di giustizia e di rispetto all'amicizia ed al più grande ed onesto avvocato e giurista del nostro tempo.* Se io avessi soltanto esitato, tutti mi avrebbero deplorato, ma specialmente mi sarei condannato io stesso nella mia coscienza. Come vedi, è la prima volta che io ti parlo di queste lontane cose e ti prego, di tutto cuore, di non par-

larmene più». Evidentemente Berlinguer si riferiva al fatto di non aver coltivato, come «alto commissario aggiunto per i delitti fascisti», anche contro de Marsico l'accusa di avere, «in seguito al 3 gennaio 1925 contribuito con atti rilevanti a mantenere in vigore il regime fascista», che la seconda parte del comma secondo dell'art. 3 del citato decreto legislativo puniva ai sensi dell'art. 118 del codice Zanardelli («attentato contro i poteri e la Costituzione dello Stato»). Eppure Berlinguer era stato un antifascista inflessibile e qualche volta spietato: io stesso ricordo d'avergli sentito chiedere la pena di morte per il generale Roatta, fuggito proprio quella mattina, in quell'aula della vecchia «Sapienza», dove a quell'epoca si celebravano quei processi... Ma se a de Marsico fu risparmiata l'onta di un giudizio e perfino di un'istruttoria nell'Italia democratica (a lui che meno di un anno innanzi era stato condannato a morte in contumacia dal sedicente tribunale straordinario speciale del fascismo repubblicano e che avrebbe potuto finire i suoi giorni 1'11 febbraio 1944 nel poligono di tiro di San Procolo in Verona), non gli fu invece risparmiata, come professore ordinario e pertanto funzionario dello Stato, l'epurazione amministrativa prevista negli articoli 11 e seguenti di quello stesso decreto. Da essa conseguì, come per molti altri, la dispensa dal servizio. E qui avvenne un altro di quegli episodi che descrivono l'uomo de Marsico, il suo orgoglio e la sua coerenza. Unico tra tutti i professori colpiti da analogo provvedimento, non produsse ricorso avverso la decisione. A seguito dei ricorsi dinanzi ad una Commissione di secondo grado, prevista dall'art. 20, tutti o quasi, nel 1947, si trovarono ad essere rientrati in servizio. Per de Marsico ciò non era possibile, e l'Università avrebbe dovuto restarne priva: nel caso la Facoltà giuridica della Sapienza, dove egli era stato chiamato, all'indomani dell'immatura scomparsa di Arturo Rocco, nella primavera del 1942, a coprire la cattedra di diritto penale passandovi da quella di procedura penale conseguita l'anno precedente. Ciò sembrava sommamente ingiusto. Fu allora che mio padre, che di quella facoltà fu preside dalla liberazione di Roma fino alla morte, scoprì (non ricordo più esattamente in qual vecchia legge del Regno) la disposizione secondo la quale chiunque fosse stato una volta professore in una Università poteva esservi richiamato: e di quella legge promosse ed ottenne, per il caso specialissimo di de Marsico, l'applicazione.