ISSN 2724-0878

PENALE

Diritto e Procedura

n. 2 | 2026

Rivista trimestrale | Aprile/Giugno 2026

DIREZIONE

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

Coordinamento: Fabrizio GALLUZZO

COMITATO EDITORIALE

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

IN EVIDENZA

EDITORIALI

Cristiano Cupelli, **Trovare un colpevole. Il caso Moretti, il vertice onniscente e un reato senza criteri certi**

ARTICOLI

Francesca Rocchi, **Onore e pregiudizio: sul difficile bilanciamento tra il diritto-dovere di cronaca giudiziaria e il principio di presunzione d'innocenza**

OPINIONI

Antonio Cavaliere, **Per il superamento dei concetti di "ordine pubblico" e "sicurezza" in diritto penale**

Leonardo Filippi, **La favola giurisprudenziale (n. 2) della "doppia conforme"**

DALLE CORTI

Lorena Puccetti, **La confisca del prodotto del reato di riciclaggio in (dis) applicazione dei princìpi affermati dalle sezioni unite**

Pacini Giuridica

Direzione
Giuseppe Amarelli - Carlo Bonzano – Antonio Cavaliere - Cristiano Cupelli – Donatella Curtotti – Stefano Fiore – Marco Gambardella – Luigi Kalb – Bartolomeo Romano – Giorgio Spangher

Coordinamento
Fabrizio Galluzzo

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

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

Comitato scientifico editoriale
Enrico Mario Ambrosetti – Giuliano Balbi – Stefano Canestrari – Donato Castronuovo – Elena Maria Catalano – Mauro Catenacci – Antonio Cavaliere – Giovanni Cocco – Carlotta Conti – Giovannangelo De Francesco – Pierpaolo dell'Anno – Andreana Esposito – Giovanni Flora – Gabriele Fornasari – Alberto Gargani – Dario Grosso – Carlo Longobardo – Vincenzo Maiello – Adelmo Manna – Antonella Marandola – 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 – Roberto Bartoli – Alessandro Bondi – Pasquale Bronzo – Mario Caterini Marco Cecchi – Andrea Chelo – Luigi Cornacchia – Francesca Curi – Agostino De Caro – Giuseppe Della Monica Giulio De Simone – Alessandro Diddi – Andrea Di Landro – Alberto Di Martino – Roberto Flor Luigi Foffani – Rossella Fonti – Emanuela Fronza – Gianluca Gentile – Filippo Giunchedi – Dario Grosso – Clelia Iasevoli – Nicola Madia – Gabriele Marra – Valentina Masarone – Luca Mario Masera – Antonella Massaro – Maria Novella Masullo – Alessandro Melchionda – Vincenzo Mongillo – Antonio Pagliano – Francesca Rocchi – Ivan Salvadori – Silvio Sau – Nicola Selvaggi – Antonino Sessa – Fabrizio Siracusano – Kolis Summerer – Leonardo Suraci – Antonio Vallini – Costantino Visconti – Angelo Zampaglione

Comitato di redazione

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

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

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli
ggiacomelli@pacinieditore.it
Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:
Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa
Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300
www.pacinieditore.it • abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it

I contributi pubblicati su questa rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.
In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa
Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Indice

Editoriali

Cristiano Cupelli, *Trovare un colpevole. Il caso Moretti, il vertice onniscente e un reato senza criteri certi* » 305

Articoli

Juan C. Ortiz-Pradillo - Lorenzo Agostino, *Sorveglianze di polizia e metodi di localizzazione degli indagati mediante l'impiego di strumenti elettronici: uno studio comparato tra Spagna e Italia* » 307

Francesca Rocchi, *Onore e pregiudizio: sul difficile bilanciamento tra il diritto-dovere di cronaca giudiziaria e il principio di presunzione d'innocenza* » 341

Simona Metrangolo, *Confisca di denaro e (dis)orientamenti giurisprudenziali* » 355

Ilaria Iovinella, *Problemi e prospettive dell'errore sul consenso nella violenza sessuale* ex *art. 609*-bis *c.p.* » 373

Alì Abukar Hayo, *Il carattere fittizio dei costi alla base del dolo di evasione* » 403

Guglielmo Rubeo, *La detenzione di materiale con finalità di terrorismo (art. 270*-quinquies*.3 c.p.): il consolidamento del "doppio binario" tra anticipazione della tutela e diritto penale del nemico* » 419

Opinioni

Antonio Cavaliere, *Per il superamento dei concetti di "ordine pubblico" e "sicurezza" in diritto penale* » 435

Leonardo Filippi, *La favola giurisprudenziale (n. 2) della "doppia conforme"* » 455

Paolo Maria Gemelli, *Il d.lgs. 231/2001: linee evolutive e considerazioni* de iure condendo » 459

Carlo Pasquariello, *Misure di prevenzione patrimoniale e (dis)orientamenti della Corte Edu* » 471

Dalle corti

Ottavia Murro, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 515

Guido Colaiacovo, Luigi Ludovici, *Osservatorio Sezioni Unite* » 523

Lorena Puccetti, *La confisca del prodotto del reato di riciclaggio in (dis)applicazione dei principi affermati dalle sezioni unite* » 533

Maria Cristina Dinacci, *La validità delle notificazioni come strumento di difesa* » 551

Antonia Caprio, *La Cassazione definisce i contorni del nuovo art. 628*-bis *c.p.p.* » 565

Antonio D'Anello, *Le ricadute in materia penale della sentenza della Corte cost. n. 31 del 12 febbraio 2025* » 583

Susanna Schiavone,*Tenuità del fatto, statuizioni civili e asimmetrie difensive* » 601

Pagine senza tempo

Giovanni Verde, *A proposito dei* Dialoghi sull'ingiustizia *di Vitaliano Esposito* » 625

TROVARE UN COLPEVOLE. IL CASO MORETTI, IL VERTICE ONNISCENTE E UN REATO SENZA CRITERI CERTI

Cristiano Cupelli*

A una settimana dalla pronuncia della Cassazione, si può tornare a mente fredda sulla vicenda di Viareggio, che la condanna definitiva di Mauro Moretti, allora amministratore delegato di Ferrovie, ha chiuso, dopo diciassette anni, con il carcere. Quella notte del 29 giugno 2009, lo ricordiamo tutti, un carro cisterna di Gpl deragliò per il cedimento di un assile corroso, sfuggito alle manutenzioni, e l'esplosione uccise trentadue persone. Sullo sfondo è aleggiata da subito la domanda che accompagna ogni disastro: chi è il colpevole? Lo schema imputativo è noto: a fronte di un evento drammatico un responsabile deve pur esserci e la ricerca, nell'impresa, comincia dai vertici; avviata la macchina del «senno del poi», qualcosa che si sarebbe potuto fare – di più, o di meglio – si finisce sempre per trovarlo. Sennonché la matrice del guasto è in larga parte endogena alla gestione del rischio penale nelle organizzazioni complesse. Siamo di fronte, osserva Giovanni Fiandaca, a un «reato senza criteri certi»: mancano parametri sicuri per dire se la prevenzione fosse idonea a scongiurare l'evento e in loro assenza la valutazione scivola nella discrezionalità. All'amministratore delegato, chiamato a organizzare il sistema generale di prevenzione e individuare i garanti per ciascun settore, si rimprovera di non avere predisposto quella rete; può così accadere che lo si condanni «per il ruolo di vertice oggettivamente rivestito», una variante della responsabilità oggettiva. Per questa via, nota Vittorio Manes, il rimprovero finisce per modellarsi su una figura idealizzata, il vertice onnisciente e onnivedente che non esiste, sino a confondere l'essere con il dover essere; né basta l'equivalenza tra potere e responsabilità: occorre accertare i poteri effettivi, le condotte alternative esigibili e la loro incidenza causale.

La vicenda di Viareggio offre una conferma paradigmatica di questa tendenza. Per imputare il vertice della capogruppo, la Cassazione ha negli anni mutato condotta e titolo dell'addebito: non più un'omissione fondata sulla posizione di garanzia, ma una condotta commissiva, l'avere imposto a livello di gruppo l'inosservanza della regola cautelare dell'obbligo di tracciabilità, cioè la verifica della storia manutentiva del carro, per una scelta di politica

* Ordinario di Diritto penale nell'Università di Palermo.

aziendale di risparmio. Ne discende un «esercizio colposo dei poteri di direzione e coordinamento» e il riconoscimento al vertice di una competenza diretta e autonoma nella gestione del rischio ferroviario. Così, il rimprovero di non avere saputo cambia in quello di avere scelto: un'astrazione di responsabilità totalizzante che risale fino al vertice della capogruppo, per un fatto maturato in una controllata.

In questa zona grigia prolifera in chiave accusatoria la logica del «senno del poi». Per affermare una colpa occorrerebbe dimostrare, con probabilità prossima alla certezza, che il disastro si sarebbe evitato adottando le misure doverose: un giudizio di evitabilità inscindibile da quello, preliminare, di prevedibilità *ex ante*. Qui, invece, ciò che si rivela *ex post* evitabile diventa, per ciò solo, prevedibile e doveroso e una qualche regola cautelare violata, nelle contestazioni colpose indifferenziate, non manca mai. Il punto tocca insieme garanzie e prevenzione. L'aspettativa sociale reclama un responsabile visibile e lo cerca, appunto, guardando il vertice e curvando il processo – trasformato quasi in un'obbligazione di risultato – verso la condanna. È illusorio credere che moltiplicare reati e pene produca sicurezza: i disastri nascono per lo più da miopie organizzative e dalla sinergia di più cause e l'esposizione penale dei vertici, lungi dal prevenirli, alimenta piuttosto, come già per la medicina e la burocrazia, una gestione difensiva, attenta all'autoprotezione più che alla collettività. La via d'uscita è un'imputazione che misuri la colpa sull'organizzazione reale e sulle sue lacune, riconoscendo le cause anziché il capro espiatorio e ricordando che non ogni potere è anche dovere. Finché alla regola cautelare non si restituiranno determinatezza e rigore, ogni disastro reclamerà il suo colpevole, ricercandolo non per ciò che ha fatto ma per il posto che occupa, così aggiungendo alla sofferenza del disastro una pena senza colpa.

SORVEGLIANZE DI POLIZIA E METODI DI LOCALIZZAZIONE DEGLI INDAGATI MEDIANTE L'IMPIEGO DI STRUMENTI ELETTRONICI: UNO STUDIO COMPARATO TRA SPAGNA E ITALIA

Juan C. Ortiz-Pradillo* - Lorenzo Agostino**

Sommario: I. Sorveglianze e pedinamenti di polizia. – **I.1.** In Spagna. – **I.2**. In Italia. – **II.** Impiego di mezzi tecnologici e di dispositivi di tracciamento. – **II.1.** In Spagna. – **II.2.** In Italia. – **III.** Dati di localizzazione conservati dai gestori delle telecomunicazioni. – **III.1.** In Spagna. – **III.2.** In Italia. – **IV.** Cronologia delle posizioni memorizzata da terzi (*geofencing*). – **IV.1.** In spagna. – **IV.2.** In Italia. – **V.** Acquisizione transfrontaliera della cronologia delle localizzazioni nell'unione europea. – **V.1.** Gli ordini di conservazione e di produzione dei dati informatici previsti dalle convenzioni internazionali. – **V.2.** L'ordine europeo di indagine. – **V.3.** Il "pacchetto *e-evidence*": principio di effettività e cooperazione diretta. – **VI.** Conclusioni.

ABSTRACT

Le attività di sorveglianza e di pedinamento della polizia sono andate incontro a un processo di notevole miglioramento sotto il profilo della loro esecuzione grazie allo sviluppo tecnologico e all'impiego di mezzi e dispositivi elettronici di localizzazione e monitoraggio. In questo ambito, il percorso seguito dagli ordinamenti spagnolo e italiano si presenta ricco di interessanti analogie, poiché entrambi i Paesi hanno riformato le proprie discipline processuali per adeguarle ai progressi tecnologici in materia. Sorprendenti coincidenze interpretative emergono anche nella giurisprudenza delle rispettive Corti Supreme in punto di ammissibilità dell'utilizzo da parte della polizia di nuove tecniche e strumenti, nonché di adattamenti dei regimi giuridici interni agli *standards* richiesti dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di conservazione e trasferimento dei dati elettronici. L'obiettivo del presente studio consiste nell'esaminare comparativamente l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale registratasi in Spagna e in Italia in relazione

* Catedrático (acr.) de Derecho Procesal Universidad Complutense de Madrid. Codice ORCID nº: 0000-0001-6092-6137. Il presente lavoro costituisce uno dei risultati del periodo di studio svolto nel giugno 2024 presso l'Università di Pisa (Italia) finanziato dalla *Fundación Manuel Serra Domínguez*. Esso si inserisce altresì nell'ambito del Proyecto I+D+i Nacional "*Prueba penal y nuevos retos en el proceso penal transnacional*". Ref. PID2023-148413NB-I00.

** Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale Università di Pisa. Codice ORCID nº: 0000-0002-6132-5402. Pur essendo il lavoro frutto di una riflessione congiunta, Lorenzo Agostino ha redatto i paragrafi 2 delle sezioni I, II, III, IV, mentre Juan C. Ortiz-Pradillo gli altri. Lorenzo Agostino ha altresì curato la traduzione in italiano del contributo, che sarà pubblicato sul numero 12 (2025) della rivista dell'*Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas* (APDPUE).

alle diverse tecniche investigative impiegate al fine di determinare, attraverso la tecnologia, l'esatta collocazione geografica di un individuo sottoposto a indagine penale.

Police surveillance has been greatly enhanced by technological development and the use of electronic tracking and location devices for suspects. In this area, the Spanish and Italian legal systems share many interesting similarities. Both countries have expressly reformed their procedural codes to adapt them to technological progress, and their respective Supreme Courts have issued similar case law on the admissibility of police use of new techniques and instruments in this field. This is also true when reinterpreting and adapting their domestic legal regimes to the important safeguards required by the CJEU in terms of the retention and transfer of electronic data for these purposes. This study aims to comparatively examine the legal and jurisprudential evolution in Spain and Italy of the different police techniques used to determine the exact geographical location of individuals under criminal investigation.

I. Sorveglianze e pedinamenti di polizia.

Tra i principali compiti della polizia vi è quello di ricercare, localizzare e arrestare il presunto autore di fatti criminosi. A tal fine, una delle indagini tradizionalmente affidate alla polizia consiste nello svolgere attività di sorveglianza di luoghi e pedinamenti di determinati individui onde accertarne l'identità e individuarne la collocazione.

Alcuni ordinamenti contemplano espressamente nelle loro legislazioni processuali le sorveglianze e i pedinamenti come specifica attività investigativa della polizia. Nel contesto europeo, il Portogallo ha riformato l'art. 250 del proprio codice di rito penale nel 1998 per includere la facoltà della polizia di procedere all'identificazione di qualsiasi persona sottoposta a sorveglianza. In Germania, l'art. 3 n. 6 della legge 15 luglio 1992 sulla lotta al traffico illecito di stupefacenti e ad altre forme di criminalità organizzata (*OrgKG*) ha introdotto una nuova lett. *c* all'interno del §100 *StPO* – attualmente collocata nel §100*h* – onde consentire l'uso di mezzi tecnici speciali per scopi di sorveglianza o per determinare la collocazione dell'autore del reato (*Observationszwecke bestimmte technische Mittel*). Anche l'Austria ha modificato la normativa nel 2004, prevedendo espressamente la sorveglianza di persone da parte della polizia (§ 130 *ÖStPO*) e l'uso di mezzi tecnici che, mediante la trasmissione di segnali, permettono di determinare la zona in cui si trova la persona sorvegliata. Ancora, nel 2004 la Francia ha aggiunto all'interno del proprio codice di procedura penale l'art. 706-80, in base al quale la polizia giudiziaria poteva, previa comunicazione al procuratore della Repubblica e salvo diniego di quest'ultimo, estendere su tutto il territorio nazionale la sorveglianza delle persone (*la surveillance de personnes*) nei confronti di soggetti in relazione ai quali esistessero uno o più motivi plausibili per sospettare la commissione di uno dei crimini e reati rientranti nell'ambito di applicazione degli artt. 706-73 o 706-74 (ossia reati di criminalità organizzata). Anche il codice di rito dei Paesi Bassi (*Wetboek van Strafvordering*) contiene riferimenti espliciti alla possibilità per il pubblico ministero di ordinare pedinamenti e sorveglianze sistematiche dei movimenti di una persona (artt. 126*g* e 126*zd*).

I.1. In Spagna.

In Spagna, fino alla riforma della *Ley de Enjuiciamiento Criminal* del 2015 – che sarà esaminata più avanti – e a differenza di quanto avveniva (e avviene) rispetto all'arresto e alle successive operazioni di identificazione, non esisteva alcuna previsione relativa alle sorveglianze e ai pedinamenti di indagati nell'ambito delle attività della polizia. A queste attività si dedicava soltanto l'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 (in vigore per la Spagna dal 1º marzo 1994) che, sebbene concepito con finalità transfrontaliere, all'art. 40 autorizzava (e autorizza ancora) «[g]li agenti di una delle Parti contraenti che, nell'ambito di indagine giudiziaria tengono sotto osservazione nel loro paese una persona che si presume abbia partecipato alla commissione di un reato che può dar luogo ad estradizione, [...] a continuare questa osservazione nel territorio di un'altra Parte contraente».

Le sorveglianze di polizia sono state tradizionalmente considerate come una misura investigativa inserita o connaturata al mandato affidato alla polizia dall'art. 282 *LECrim*, ossia quello di accertare i reati e di compiere, nei limiti delle proprie attribuzioni, «*las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes*», analogamente a quanto stabilito dall'art. 11.1 *g* della *Ley Orgánica* 13 marzo 1986, n. 2 sulle *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, incaricati espressamente di «*descubrir y detener a los presuntos culpables*». È il *Tribunal Supremo* ad aver inquadrato questo genere di attività all'interno dell'art. 282 *LECrim*, affermando che, per individuare i delinquenti, «*se pueden realizar labores de vigilancia u observación de lugares o personas que pudieran estar relacionadas con el hecho que es objeto de la investigación. Estas labores de vigilancia se pueden desarrollar en la vía pública concretándose en tareas de seguimiento o visualización de comportamientos y conductas de las personas consideradas como sospechosas*». Inoltre, fino alla citata riforma del 2015, la giurisprudenza spagnola[1] ammetteva che, per lo svolgimento di tali funzioni, potessero essere utilizzati, nei limiti imposti dal rispetto della vita privata e dell'inviolabilità del domicilio, tutti gli strumenti idonei a constatare la realtà e a raccogliere elementi probatori utilizzabili successivamente per presentare una denuncia all'autorità giudiziaria, come ad esempio sistemi meccanici di registrazione delle immagini.

I.2. In Italia.

In modo non dissimile, l'art. 55 del codice di rito italiano attribuisce alla polizia giudiziaria il compito, tra l'altro, di ricercare gli autori dei reati e «compiere gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale». Cosicché, analogamente a quanto avvenuto in Spagna, la giurisprudenza italiana ha classificato

[1] V., per tutte, STS (Sala 2ª), 6 maggio 1993, ric. n. 2339/1991.

le attività di sorveglianza e di inseguimento tra le funzioni di polizia – di propria iniziativa o previo mandato del pubblico ministero –, al punto che la localizzazione di un individuo e il suo monitoraggio ricevono la qualifica di "pedinamento" e trovano il loro fondamento normativo nel citato art. 55, unitamente agli artt. 347 e 370 c.p.p.[2]. In particolare, secondo la Corte di cassazione «sono legittime le attività di osservazione, controllo e pedinamento svolte dalla polizia giudiziaria e finalizzate ad accertare la sussistenza di un fatto illecito»[3].

Ii. Impiego di mezzi tecnologici e di dispositivi di tracciamento.

Il progresso tecnologico ha notevolmente amplificato la capacità della polizia di effettuare sorveglianze e pedinamenti di individui (e non solo). Da questo punto di vista, il percorso intrapreso dal *Tribunal Supremo* spagnolo e dalla Corte di cassazione italiana è stato per molti versi coincidente sia nell'esaminare la legittimità dell'utilizzo da parte della polizia di nuovi strumenti tecnici funzionali ad agevolare la sorveglianza dei movimenti di un individuo, sia nel giustificare la loro ammissibilità in assenza di un adeguato apparato legislativo.

Va tuttavia rilevato che non vi è mai stata un'analisi volta a delimitare che cosa debba intendersi, a tali fini, per dispositivi o strumenti tecnici di tracciamento e localizzazione. In tal senso, la sostituzione della visione diretta dell'agente con l'impiego di binocoli o videocamere dotate di teleobiettivi, l'evoluzione dei mezzi di trasporto o di locomozione di cui gli agenti si avvalgono per svolgere l'attività o, ancora, l'utilizzo di cani addestrati per operazioni di ricerca non sono mai stati considerati strumenti tecnici tali da richiedere una regolamentazione specifica[4]. La giurisprudenza si è invece concentrata sul verificare se l'impiego di specifici dispositivi destinati a geolocalizzare e monitorare i movimenti di un determinato oggetto (in senso generale, veicoli e imbarcazioni) costituisse un'ingerenza nei diritti fondamentali tale da rendere necessaria una previa autorizzazione giudiziaria volta a valutarne l'ammissibilità e la proporzionalità, ritenendosi per il resto bastevole la generica abilitazione legale sopra richiamata (l'art. 282 *LECrim* in Spagna e gli artt. 55, 347 e 370 c.p.p. in Italia).

II.1. In Spagna.

In Spagna, la giurisprudenza del *Tribunal Supremo* consolidatasi prima della riforma del 2015 si era mostrata favorevole all'utilizzo delle cc.dd. "*ba-*

[2] V., su tutti, T. Bene, *Il pedinamento elettronico: tecnica di investigazione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Le indagini atipiche*, 2ª ed., a cura di A. Scalfati, Torino, 2019, 443.
[3] Cass., sez. II, 30 ottobre 2008, n. 44912.
[4] J.C. Ortiz Pradillo, *Problemas Procesales de la Ciberdelincuencia*, Madrid, 2013, 28.

lizas policiales" (dispositivi che consentivano di localizzare e seguire i movimenti dell'oggetto monitorato grazie alla tecnologia GPS, GSM o radio), senza necessità di autorizzazione giudiziaria. Ciò in virtù dei seguenti due argomenti.

In primo luogo, si riteneva che il posizionamento o l'installazione di tali dispositivi non realizzasse alcuna ingerenza in ambiti di intimità costituzionalmente protetti, come potevano essere i luoghi domiciliari e gli spazi ad essi assimilabili. Nel caso delle imbarcazioni sottoposte a localizzazione, il *Tribunal Supremo*, con sentenza 562/2007 (22 giugno), ebbe a sottolineare la collocazione esterna del dispositivo di tracciamento; nello stesso senso si pronunciò con sentenza 523/2008 (11 luglio), nella quale il Tribunale dichiarò esplicitamente che «*no consta que para situar el artilugio fuera necesario entrar en algún recinto que constituyera un domicilio de los previstos en los arts. 554 o 561 LECr*». In secondo luogo, i supremi giudici affermarono – con le sentenze 906/2008 (19 dicembre) e 798/2013 (5 novembre) – come l'impiego di radiotrasmettitori non violasse il segreto delle comunicazioni, poiché non integrante una forma di intercettazione di comunicazioni altrui o tra terzi, né un'ingerenza eccessiva nel diritto alla riservatezza tale da richiedere un controllo giurisdizionale preventivo e una valutazione del relativo impatto costituzionale, trattandosi meramente di seguire i movimenti di un'imbarcazione in alto mare.

Tale giurisprudenza fu a suo tempo oggetto di critiche dottrinali. Se era vero che l'ingerenza nel segreto delle comunicazioni richiedesse sempre una decisione giudiziaria, mentre «*no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal*»; era altrettanto vero che la giurisprudenza costituzionale aveva riconosciuto, anche in relazione al diritto all'intimità personale, l'esistenza di un monopolio giurisdizionale come regola generale, ammettendo che la polizia potesse porre in essere determinate pratiche costituenti un'ingerenza lieve nella sfera privata delle persone purché vi fosse una sufficiente e precisa base legale, fossero rispettate le esigenze derivanti dal principio di proporzionalità ed esistessero ragioni di urgenza e necessità atte a giustificare un intervento immediato da parte della polizia[5]. In altre parole, poiché lo stesso *Tribunal Supremo* aveva affermato che «*el ordenamiento jurídico español no destina precepto alguno a regular las vigilancias discretas, ni visuales, ni a través de dispositivos de seguimiento adheridos a objetos al uso o disposición de la persona investigada o a ella destinada*»[6], non sarebbero risultati soddisfatti i requisiti di una sufficiente base normativa e, ancor meno, quello secondo cui la legge «*sea lo suficientemente clara para señalar a todos las circunstancias*

[5] V. STC 70/2002 (3 aprile), la cui impostazione è stata confermata da STC 123/2002 (20 maggio).

[6] STS 610/2016 (7 luglio).

y condiciones en que autoriza a los poderes públicos a recurrir a una injerencia secreta»[7].

Fu altrettanto elemento di critica la considerazione per cui la geolocalizzazione mediante strumenti tecnologici non costituisse un'ingerenza grave nella sfera privata delle persone. Il *Tribunal Supremo* sosteneva l'assenza di una lesione significativa dell'intimità, poiché «*podría haber afectación a la intimidad del investigado si esa localización permitiera conocer el lugar exacto en el que el comunicante se encontraba, pero cuando [...] esa ubicación sólo puede concretarse con una aproximación de varios cientos de metros, que es la zona cubierta por la BTS o estación repetidora que capta la señal, en modo alguno puede considerarse afectado, al menos de forma relevante, el derecho a la intimidad del sometido a la práctica de la diligencia*»[8].

A fronte di ciò, la dottrina ebbe a rilevare che subordinare l'esigenza di autorizzazione giudiziaria al grado di precisione con cui fosse determinata la posizione geografica di una persona mediante strumenti elettronici non faceva altro che aggiungere ulteriore confusione e incertezza in questa materia, in quanto sarebbe stata solo questione di tempo prima che la tecnologia evolvesse al punto da consentire di individuare, in modo esatto e con un margine di errore pressoché nullo, la localizzazione di un soggetto, con l'inevitabile superamento dell'impostazione del *Tribunal Supremo*[9].

Il quadro mutò a partire dalla riforma della *LECrim* ad opera della *Ley Orgánica* 5 ottobre 2015, n. 13 per il rafforzamento delle garanzie processuali e la regolamentazione delle misure di indagine tecnologica, allorché si concluse che le attività di sorveglianza, quando realizzate con l'ausilio di dispositivi tecnici, comportassero una maggiore incidenza sui diritti dell'indagato, tale da richiedere l'intervento dell'autorità giudiziaria. Proprio questa riforma ha indotto il *Tribunal Supremo* a rivedere il proprio orientamento e a riconoscere che «*el conocimiento por los investigadores del lugar exacto -presente, pasado o futuro- en el que podía hallarse una persona puede resultar absolutamente decisivo para el esclarecimiento del hecho imputado*»; che «*la utilización de dispositivos de localización y seguimiento tiene una incidencia directa en el círculo de exclusión que cada ciudadano define frente a terceros y frente a los poderes públicos está ya fuera de cualquier duda. La afectación de la intimidad es incuestionable*»; e che «*la entrada en vigor de la LO 13/2015 descarta cualquier duda acerca de la voluntad legislativa*

[7] Corte EDU, 24 aprile 1990, *Kruslin* e *Huvig c. Francia*.

[8] STS 906/2008 (19 dicembre).

[9] J. Pérez Gil, *Los datos sobre localización geográfica en la investigación penal*, in *Protección de Datos y Proceso Penal*, Madrid, 2013, 314. J.C. Ortiz Pradillo, *El impacto de la tecnología en la investigación penal y en los derechos fundamentales*, in *Problemas actuales de la justicia penal*, Madrid, 2013, 339. Id., *Big data, vigilancias policiales y geolocalización: nuevas dimensiones de los derechos fundamentales en el proceso penal*, in *Diario La Ley*, 2021, n. 9955.

de blindar ese espacio de intimidad y subordinar la legitimidad del acto de intromisión a la previa autorización judicial»[10].

II.2. In Italia.

In Italia, la Corte di cassazione si è pronunciata ripetutamente a favore dell'utilizzo da parte della polizia di dispositivi di tracciamento senza necessità di una valutazione giudiziale preventiva (attività – questa – che è andata sotto varie denominazioni, come pedinamento satellitare, pedinamento elettronico, monitoraggio ecc.). In una delle pronunce più importanti[11] si è affermato che la localizzazione di una persona o di un oggetto in movimento, anche se effettuata mediante metodi e tecnologie simili a quelli utilizzati per intercettare conversazioni o comunicazioni, non può considerarsi alla stessa stregua di un'attività di intercettazione propriamente detta, da intendersi come un'attività di ascolto, lettura o interferenza nelle comunicazioni tra due o più persone. Al contrario, quando l'indagine è diretta a seguire i movimenti sul territorio di un soggetto (o di un oggetto), a localizzarlo o a verificare la sua presenza in un determinato luogo, deve interpretarsi come una sorta di "vigilanza tecnologicamente evoluta" (una specie di pedinamento tecnologicamente avanzato) e, in quanto tale, rientrerebbe nella categoria dei cc.dd. mezzi di prova atipici previsti dall'art. 189 c.p.p.[12]. In tali casi, pertanto, non è necessario rispettare le disposizioni degli artt. 266 ss. c.p.p., relative alle intercettazioni di comunicazioni, non è richiesta l'emanazione di un decreto motivato da parte del pubblico ministero e neppure un'autorizzazione preventiva da parte del giudice per le indagini preliminari[13].

Inoltre, anche al fine di valutare la legittimità di tale misura rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia di conservazione dei dati, che sarà esaminata più avanti, la Corte di cassazione ha altresì precisato che la localizzazione dei movimenti mediante sistema di tracciamento satellitare GPS non comporta «un accumulo massivo di dati sensibili da parte del gestore del servizio, sicché le relative risultanze sono utilizzabili senza necessità di autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, non trovando applicazione per analogia la disciplina di cui all'art. 132, comma

[10] Tra le altre, v. SSTS 141/2020 (13 maggio) e 291/2021 (7 aprile).

[11] Cass., sez. V, 27 febbraio 2002, n. 16130.

[12] Ciò significa che, per essere ammesso come prova, è sufficiente che i risultati dell'attività di pedinamento elettronico rispettino i poco stringenti parametri di cui all'art. 189 c.p.p. in tema di prova atipica: l'idoneità all'accertamento dei fatti e l'assenza di pregiudizio per la libertà morale della persona. Sul carattere generico dell'art. 189 c.p.p. che, in quanto tale, non dovrebbe consentire di introdurre nel processo elementi ottenuti mediante la compressione delle libertà fondamentali delle persone, v. C. Conti, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 164.

[13] Cass., sez. V, 7 maggio 2004, n. 24715; Cass., sez. IV, 29 gennaio 2007, n. 88; Cass., sez. IV, 1 marzo 2007, n. 887119; Cass., sez. IV, 27 novembre 2012, n. 48279; Cass., sez. I, 7 gennaio 2010, n. 9416.

3, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 e successive modifiche, in tema di tabulati, e neppure i principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia Ue, grande sez., 5 aprile 2022, causa C-140/2020, relativa alla compatibilità della "*data retention*" con le direttive 2002/58/Ce e 2009/136/Ce, sul trattamento dei dati personali e la tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni»[14].

Come si può osservare, il *Tribunal Supremo* e la Corte di cassazione concordano nel ritenere che il tracciamento e il monitoraggio dei movimenti di una persona o di un oggetto tramite i segnali emessi da un dispositivo non costituiscono un'intercettazione né un'invasione delle comunicazioni altrui, per cui l'uso di strumenti tecnici che assistono la polizia in tale attività rappresenta un'evoluzione che non altera la natura giuridica dell'indagine e configura meramente una modalità di vigilanza "tecnologicamente assistita".

Le due Corti concordano inoltre nel sostenere che la possibile incidenza sui diritti fondamentali del soggetto geolocalizzato, in questo tipo di situazioni, sarebbe "lieve", richiamandosi ripetutamente la celebre sentenza *Uzun c. Germania*[15], in cui la Corte europea ha osservato che la sorveglianza GPS, sebbene da considerarsi un'ingerenza nella vita privata delle persone, per sua stessa natura deve distinguersi da altri metodi di tracciamento acustico o visivo. Questi ultimi, in linea generale, sono da considerare maggiormente suscettibili di interferire con il diritto della persona al rispetto della propria vita privata, perché ne rivelano informazioni sulla condotta, sulle attività e persino sui sentimenti. Pertanto, alla sorveglianza GPS non si applicano i rigorosi requisiti relativi all'intercettazione delle comunicazioni, perché trattasi di misura da reputarsi meno invasiva[16]. Nondimeno, le argomentazioni dei giudici spagnoli e italiani differiscono in quanto i secondi non devono giustificare una possibile ingerenza nella *privacy* del soggetto indagato[17], perché la Costituzione italiana non vi fa espresso riferimento come, invece, fa la Carta fondamentale iberica (art. 18.1).

Analogamente alla dottrina spagnola, anche quella italiana si è mostrata critica nei confronti della linea giurisprudenziale sposata dalla Corte di cassazione in materia di pedinamento elettronico, non tanto là dove se ne è esclusa la natura di intercettazione di comunicazioni[18], quanto piuttosto nella

[14] Cass., sez. VI, 9 marzo 2023, n. 15422. Nello stesso senso, a poco più di un anno di distanza, v. Cass., sez. II, 18 settembre 2024, n. 37395.

[15] Corte EDU, 2 settembre 2010*, Uzun c. Germania*.

[16] §§ 52 e 66 della sentenza.

[17] Ciò nonostante, la dottrina italiana ha sempre sottolineato l'opportunità di interpretare i precetti costituzionali (artt. 2, 14 e 15) come comprensivi di una necessaria tutela della riservatezza. Tra gli altri, v. L. Lupária, Privacy*, diritti della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1448.

[18] La dottrina maggioritaria concorda con la giurisprudenza in merito all'inopportunità di ricondurre il monitoraggio elettronico alla disciplina delle intercettazioni, data la diversità tra i due tipi di attività, in particolare per quanto riguarda l'oggetto della registrazione. In proposito, v. C. Fanuele, *La localizzazione satellitare nelle investigazioni penali*, Milano, 2019, 21-23, anche per i relativi riferimenti bibliografici.

misura in cui si è affermato come tale ingerenza non comporti una lesione dei diritti fondamentali del soggetto monitorato. Di qui l'invocazione di un adeguamento legislativo al progresso tecnologico in materia di nuove misure investigative[19].

È comune tra gli autori italiani osservare che la sorveglianza GPS deve comunque essere considerata alla stregua di un'interferenza nella sfera di riservatezza del soggetto[20], sfera che comprenderebbe anche determinati aspetti della vita privata, come i luoghi frequentati o gli spostamenti dei soggetti sul territorio. Non si dovrebbe pertanto ammettere un sistema di localizzazione satellitare senza limiti e si dovrebbe escludere qualsiasi equiparazione con il pedinamento tradizionale, dato il maggiore grado di incidenza sulla *privacy*.

In particolare, secondo la dottrina italiana, questo tipo di sorveglianza elettronica comporta una maggiore incidenza sulla *privacy* sia dal punto di vista quantitativo – per la notevole mole di informazioni raccolte sul soggetto investigato, in quanto non esistono limiti temporali al suo utilizzo –, sia dal punto di vista qualitativo – poiché la tecnologia non si limita a seguire l'individuo per le strade, ma può ad esempio tracciarne anche gli spostamenti all'interno di abitazioni –, rigettandosi la tesi secondo cui la percezione visiva o il pedinamento occasionale di un individuo in luoghi pubblici possa essere paragonabile al suo monitoraggio continuativo e sistematico in tempo reale[21]. Per tali ragioni, gli studiosi hanno richiamato la necessità di un intervento legislativo volto a disciplinare questa misura, con la necessità di determinare casi, modalità, soggetti abilitati a praticarla e limiti massimi di durata[22].

[19] La dottrina non ha omesso di sottolineare come, nella materia in questione, la giurisprudenza abbia sostituito il legislatore in un'inammissibile attività di creazione del diritto. Al riguardo, O. Mazza, *Conciliare l'inconciliabile: il vincolo del precedente nel sistema di stretta legalità (*civil law*)*, in *Arch. pen.*, Supplemento al n. 1 del 2018, 727.

[20] L.G. Velani, *Nuove tecnologie e prova penale: il sistema di individuazione satellitare g.p.s.*, in *Giur. it.*, 2003, 2375; D.T. Iacobacci, *Sulla necessità di riformare la disciplina delle intercettazioni prendendo le mosse dalle esitazioni applicative già note*, in *Giust. pen.*, 2011, III, 365 ss.; A. Serrani, *Sorveglianza satellitare GPS: un'attività investigativa ancora in cerca di garanzie*, in *Arch. pen.*, 2013, n. 3, 12, il quale, prendendo le mosse dalle affermazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo circa la compressione del diritto alla vita privata e familiare determinata dalla tecnologia GPS, giunge a una duplicità di conclusioni: da un lato, l'impossibilità di negare che tale attività investigativa interferisca con i diritti fondamentali; dall'altro, la necessità che il suo utilizzo sia previsto dalla legge.

[21] Tra gli altri, v. F. Iovene, *Pedinamento satellitare e diritti fondamentali della persona*, in *Cass. pen.*, 2012, 3562; S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino, 2018, 600; T. Bene, *Il pedinamento elettronico*, cit., 448. Tali Autori concordano nel ritenere che il pedinamento elettronico permette di controllare, con estrema precisione e continuità, i movimenti della persona, anche in luoghi in cui il monitoraggio tradizionale non sarebbe praticabile.

[22] Su tutti, v. T. Bene, *Il pedinamento elettronico*, cit., 463, C. Fanuele, *La localizzazione satellitare*, cit., 206 ss. e G. Di Paolo, voce *Prova informatica (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali VI*, Milano, 2013, 751. Nello stesso senso, S. Signorato, *Le indagini digitali*, cit., 589, la quale ritiene che il pedinamento satellitare sia più preciso ed efficace e che la tecnologia utilizzata comporti un cambiamento non solo quantitativo, ma anche qualitativo, in quanto consente di

III. Dati di localizzazione conservati dai gestori delle telecomunicazioni.

La raccolta, la conservazione, il trattamento e l'utilizzazione di determinati dati generati in occasione delle comunicazioni elettroniche (i cc.dd. dati di traffico o dati esterni) costituiscono una fonte di informazione preziosa a fini investigativi e come tali sono stati percepiti dalle autorità europee[23].

Già nella raccomandazione 3/99, relativa alla conservazione dei dati di traffico da parte dei fornitori di servizi internet per scopi di *law enforcement*, approvata il 7 settembre 1999 dal Gruppo di lavoro per la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali[24], si avvertiva che «*one of the outstanding and most controversial issues is the preservation of historic and future traffic dat by Internet Service Providers for law enforcement purposes and disclosure of such data to law enforcement authorities*» e si raccomandava alla Commissione europea di proporre misure appropriate per armonizzare il termine entro il quale agli operatori di telecomunicazioni, ai fornitori di servizi di telecomunicazione e ai fornitori di servizi internet è consentito conservare i dati di traffico per la fatturazione e il pagamento dei servizi.

Tale obiettivo è stato perseguito con l'adozione della direttiva 2006/24/CE del 15 marzo 2006 (successivamente invalidata), «riguardante la conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE». Lo scopo perseguito era di armonizzare gli obblighi dei fornitori in materia di conservazione di determinati dati e garantire che essi fossero disponibili «a fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale»[25].

Per comprendere tale finalità, non può essere trascurato l'esame delle circostanze storiche e sociali in cui è stata elaborata la direttiva, emanata

---

raccogliere e registrare in modo sistematico, permanente e automatizzato una grande quantità di dati che possono essere successivamente elaborati, integrati e arricchiti con altre informazioni. Più in generale, sulla necessità di regolare i controlli occulti e continuativi come una categoria probatoria autonoma, v. F. Nicolicchia, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano, 2020.

[23] Tra i vari atti, merita una menzione speciale la comunicazione della Commissione «[c]reare una società dell'informazione sicura migliorando la sicurezza delle infrastrutture dell'informazione e mediante la lotta alla criminalità informatica» (*e-Europe 2002*) del 26 gennaio 2001 (COM(2000) 890 final).

[24] Meglio conosciuto come il Gruppo di lavoro art. 29 o GT29 per essere stato istituito in conformità con quanto previsto dall'art. 29 della direttiva 95/46/CE.

[25] Ciò è espressamente dichiarato dal considerando n. 21 della direttiva, sebbene l'art. 1 affermi che l'obiettivo di tale armonizzazione è finalizzato all'indagine, all'individuazione e al perseguimento dei reati gravi, quali definiti dalla legislazione nazionale di ciascuno Stato membro.

a seguito degli attentati terroristici avvenuti a Madrid nel 2004 e a Londra nel 2005. In effetti, tanto nella Dichiarazione del Consiglio europeo del 25 marzo 2004 sulla lotta al terrorismo, quanto nella Dichiarazione del 13 luglio 2005 di condanna degli attentati terroristici di Londra, si sottolineò espressamente la necessità di esaminare e adottare misure legislative relative alla conservazione dei dati di traffico delle comunicazioni elettroniche, quale misura necessaria e particolarmente efficace per l'indagine, l'accertamento e il perseguimento dei reati, in particolare quelli di particolare gravità, come la criminalità organizzata e il terrorismo.

Da allora, la normativa europea che abilita la conservazione dei dati di traffico – e dei dati di localizzazione, sui quali ora conviene soffermarsi – è stata profondamente interessata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha costantemente ribadito come i dati conservati da parte delle aziende tecnologiche «permettono, in particolare, di sapere quale sia la persona con cui un abbonato o un utente registrato ha comunicato e con quale mezzo, così come di stabilire il tempo della comunicazione e il luogo dal quale questa è avvenuta. Inoltre, essi permettono di conoscere la frequenza delle comunicazioni dell'abbonato o dell'utente registrato con talune persone nel corso di un determinato periodo. Questi dati, presi nel loro complesso, possono permettere di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone i cui dati sono stati conservati, come le abitudini quotidiane, i luoghi di soggiorno permanente o temporaneo, gli spostamenti giornalieri e non, le attività svolte, le relazioni sociali di queste persone e gli ambienti sociali da esse frequentati»[26]. Il che costituisce una seria incidenza, diretta e specifica, sui diritti alla vita privata e alla protezione dei dati personali garantiti dagli artt. 7 e 8 della CDFUE, oltre a poter persino dissuadere gli utenti dei mezzi di comunicazione elettronica dall'esercizio della libertà di espressione garantita dall'art. 11 della Carta, in quanto i dati di traffico e di localizzazione «possono rivelare informazioni su un numero significativo di aspetti della vita privata degli interessati, comprese informazioni sensibili, quali l'orientamento sessuale, le opinioni politiche, le convinzioni religiose, filosofiche, sociali o di altro tipo nonché lo stato di salute»[27].

A fronte della tradizionale argomentazione dei tribunali nazionali, secondo cui i dati esterni costituirebbero un'"ingerenza minore" nella sfera privata degli individui, la Corte di giustizia ha ribadito che essi forniscono elementi per delineare il profilo delle persone interessate, contenendo informazioni non meno sensibili, alla luce del rispetto della vita privata, di quelle ricavabili dal contenuto stesso delle comunicazioni. Ne consegue che la normativa che ne abiliti l'utilizzo a fini di indagine deve tener conto del fatto che l'accesso da parte di un'autorità pubblica costituisce, in ogni caso, una grave ingerenza

[26] CGUE, 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland y otros*, C-293/12, §§ 26-28.
[27] CGUE, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net and Others*, C-511/18, C-512/18 e C-520/18), § 117.

nei diritti fondamentali, a prescindere dalla durata del periodo per il quale l'accesso sia richiesto e dalla quantità o dalla natura dei dati disponibili in quel periodo, quando tale insieme di dati possa consentire di trarre conclusioni precise sulla vita privata delle persone interessate. «A tale riguardo» – sottolinea la Corte di giustizia – «anche l'accesso a un quantitativo limitato di dati relativi al traffico o di dati relativi all'ubicazione, oppure l'accesso a dati per un breve periodo, possono essere idonei a fornire precise informazioni sulla vita privata di un utente di un mezzo di comunicazione elettronica»[28].

Quando si tratta della raccolta in tempo reale dei dati di localizzazione, ciò risulta particolarmente grave, «dato che tali dati forniscono alle autorità nazionali competenti uno strumento di controllo preciso e permanente degli spostamenti degli utenti dei telefoni mobili. Poiché questi dati devono quindi essere considerati particolarmente sensibili, l'accesso in tempo reale delle autorità competenti a siffatti dati deve essere tenuto distinto da un accesso in tempo differito agli stessi, essendo il primo più intrusivo in quanto consente una sorveglianza quasi totale di detti utenti (v., per analogia, relativamente all'articolo 8 della CEDU, Corte EDU, 8 febbraio 2018, Ben Faiza c. Francia, CE:ECHR:2018:0208JUD003144612, § 74)»[29].

Alla luce di tali premesse, la Corte di giustizia ha ammesso che i regimi di conservazione e di messa a disposizione dei dati di traffico e di localizzazione assumano carattere generalizzato soltanto nelle situazioni in cui lo Stato membro si trovi ad affrontare una minaccia grave alla sicurezza nazionale di carattere reale e attuale o, quantomeno, prevedibile. In materia di lotta contro la criminalità grave e di prevenzione delle gravi minacce alla sicurezza pubblica, la conservazione dei dati di traffico e di localizzazione può essere soltanto "selettiva" e delimitata sulla base di elementi oggettivi e non discriminatori, individuati secondo diversi criteri (categorie di persone interessate, criteri geografici, periodi temporalmente circoscritti).

Come vedremo di seguito, la giurisprudenza spagnola e italiana hanno intrapreso un percorso (criticato dalla dottrina) similare là dove si è trattato di interpretare la normativa che autorizza la conservazione dei dati di traffico delle comunicazioni elettroniche e il loro utilizzo nelle indagini penali (*data retention*) e i moniti provenienti dalla Corte di giustizia.

[28] Per tutti, v. CGUE, 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, C-746/18, § 39 e 40.

[29] CGUE, 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net and Others*, cit., § 187. Nello stesso senso, CGUE, 30 gennaio 2020, *Breyer v. Alemania*, § 92. Nella pronuncia CGUE, 11 gennaio 2022, *Ekimdzhiev y otros v. Bulgaria*, § 373 (§§ 394 e 395), è stato inoltre sottolineato che i dati relativi alle comunicazioni possono oggi rivelare una grande quantità di informazioni personali, consentendo di tracciare un quadro intimo della persona attraverso, tra l'altro, la mappatura dei *social network* e il tracciamento della posizione.

III.1. In Spagna.

In Spagna, il recepimento della direttiva 2006/24/CE è avvenuto attraverso la *Ley* 18 ottobre 2007, n. 25 sulla conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche e alle reti pubbliche di comunicazione (di seguito, *LCDCE*), che stabilisce l'obbligo, per gli operatori che forniscono servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o che gestiscono reti pubbliche di comunicazione, nei termini previsti dalla *Ley General de Telecomunicaciones*, di conservare, per almeno dodici mesi, un insieme di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazioni elettroniche o di reti pubbliche di comunicazione (elencati all'art. 3). Tra questi figurano quelli che potremmo qualificare come "dati di localizzazione": i dati necessari a identificare la posizione del dispositivo di comunicazione mobile a partire dalla conservazione dei dati relativi alla localizzazione geografica della cella della stazione radio-base (BTS) di telefonia che fornisce copertura al telefono cellulare.

Sin dalla sua approvazione, tale legge si è rivelata utile per migliorare l'efficacia delle indagini penali, poiché ha dotato la polizia – sempre previa autorizzazione giudiziaria, in virtù di quanto espressamente disposto dagli artt. 6 e 7 *LCDCE*, unitamente all'art. 588-*ter j LECrim*[30] – della possibilità di avvalersi dei dati di traffico e di localizzazione conservati dagli operatori di servizi per compiere due tipologie attività. Da un lato, ricostruire gli spostamenti del sospettato e poter così conoscere con grande precisione i luoghi visitati, i percorsi seguiti, le persone con cui è entrato in contatto, le sue abitudini e *routine* (c.d. "geolocalizzazione storica"[31]), nonché di identificare i sospettati di attività criminali che si trovavano in un determinato luogo in quanto il loro telefono riceveva copertura da una specifica antenna BTS. Dall'altro, e in virtù di quanto previsto dagli artt. 588-*ter d* e 588-*quinquies b LECrim*, intercettare in tempo reale tali dati di localizzazione geografica trasmessi da un determinato terminale e «geolocalizzare in tempo reale» un individuo, come se il suo telefono cellulare fungesse da dispositivo di localizzazione e tracciamento.

---

[30] Così recita l'art. 588-*ter j*: *Artículo 588 ter j*, rubricato «*Datos obrantes en archivos automatizados de los prestadores de servicios*»:
«*Los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial.*
Cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitará del juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión».

[31] J.C. Ortiz Pradillo, *Big data, vigilancias policiales y geolocalización*, cit.

La *LCDCE*, tuttavia, è sempre stata oggetto di critiche dottrinali[32], anche in considerazione del fatto che alcuni giudici nazionali hanno dichiarato l'incostituzionalità delle normative di recepimento della suddetta direttiva[33].

La *LCDCE* rappresenta dunque uno dei principali esempi di quella conservazione «massiva e indiscriminata» vietata dalla Corte di giustizia, in quanto consente un'ingerenza sproporzionata nei diritti al rispetto della vita privata e familiare e alla protezione dei dati di carattere personale riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[34]. Tuttavia, il *Tribunal Supremo* spagnolo si è adoperato per difendere la compatibilità della suddetta *LCDCE* con il diritto dell'Unione europea e la sua conformità alle esigenze reclamate dai giudici di Lussemburgo. Nelle sentenze SSTS 400/2017 (1º giugno) e 723/2018 (23 gennaio 2019), esso ha insistito in particolare sull'utilizzabilità dei dati soltanto in presenza di un ordine dell'autorità giudiziaria e nel rispetto di un rigoroso sistema di garanzie; sulla circostanza che la trasmissione avviene esclusivamente dietro mandato giudiziale, a differenza di altri regimi europei (nonché della stessa direttiva 2006/24/CE) che consentivano agli organi amministrativi di accedere a tali informazioni; e sul fatto che tale

[32] In particolare, v. J.J. González López, *Los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas en el proceso penal*, Madrid, 2007. Per una critica alla *Ley 25/2007*, si vedano i contributi di J.L. Colomer Hernández, *La cesión de datos de las comunicaciones electrónicas para su uso en investigaciones criminales: una problemática en ciernes*, 77-100 e A. Sanchez Rubio, *La necesaria adecuación del derecho interno a la normativa europea sobre tratamiento de datos de las comunicaciones electrónicas en la investigación penal*, 507-517, entrambi consultabili all'interno del collettaneo *Adaptación del derecho procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Valencia, 2018. Per un'analisi approfondita di tale normativa e dell'incidenza esercitata su di essa dalla giurisprudenza europea, v. J.L. Rodríguez Láinz, tra i cui lavori, senza pretesa di esaustività, si annoverano: *La definitiva defenestración de la Ley Española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones*, in *Diario La Ley*, 2017, n. 8901; *El Régimen Legal español en materia de conservación y cesión de datos para la investigación de delitos: Comentario a la sentencia del TJUE de 2 de febrero de 2018*, in *Diario La Ley*, 2018, n. 9291; *¿El renacer de la Ley española sobre conservación de datos relativos a las comunicaciones?: (Comentario a la STJUE, Gran Sala, de 6 de octubre de 2020)*, in *Diario La Ley*, 2020, n. 9740; *Sobre la licitud de regímenes legales de conservación de datos identitarios de tarjetas de telefonía prepago (a propósito de la STEDH del Caso Breyer v. Alemania)*, in *Diario La Ley*, 2021, n. 9774, 2021; *La evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de conservación indiscriminada de datos de comunicaciones electrónicas en la STJUE del Caso G.D. y Comissioner an Garda Síochána*, in *Diario La Ley*, 2022, n. 10058; e *Principio de proporcionalidad y conservación indiscriminada de datos de comunicaciones electrónicas tras la STJUE del Caso G.D. y Comissioner an Garda Síochána (1)*, in *Diario La Ley*, 2023, n. 10214.

[33] In questo senso, si veda il lavoro di M. Serrano Masip, *La conservación sistemática y preventiva de datos de tráfico y localización generados por las comunicaciones electrónicas: reacciones contrarias y posible cambio de rumbo en la Unión Europea*, in Aa.Vv., *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, Madrid, 2012, 437-500.

[34] Per alcune riflessioni in proposito, si veda, volendo, J.C. Ortiz Pradillo, *Tecnología versus Proporcionalidad en la Investigación Penal: La nulidad de la ley alemana de conservación de los datos de tráfico de las comunicaciones electrónicas*, in *La Ley Penal*, 2010, n. 75, e Id., *Europa: auge y caída de las investigaciones penales basadas en la conservación de datos de comunicaciones electrónicas*, in *Revista General de Derecho Procesal*, 2020, n. 52.

utilizzo si realizza soltanto per il perseguimento di gravi reati e non di qualsiasi tipologia criminosa. Successivamente, con la STS 727/2020 (23 marzo), il *Tribunal Supremo* ha messo in risalto ulteriori pregi della legislazione spagnola: la trasmissione può avvenire soltanto verso agenti espressamente abilitati, individuati nei membri delle Forze e Corpi di Sicurezza dello Stato, negli agenti della Vigilanza Doganale e negli agenti del CNI; la previsione di particolari livelli di protezione quanto alla custodia dei dati e specifiche misure e obblighi in capo agli operatori per garantirne integrità, sicurezza, qualità e riservatezza, oltre a un importante regime sanzionatorio in caso di inadempimento; l'esistenza di una normativa regolamentare riguardante le specifiche tecniche relative alle modalità di trasmissione da parte degli operatori agli agenti (Orden PRE/199/2013, 29 gennaio). Ma soprattutto, i giudici spagnoli hanno tenuto a evidenziare che i dati possono essere utilizzati solo quando l'autorità giudiziaria lo disponga nell'ambito di un rigoroso sistema di garanzie, in conformità ai principi direttivi di idoneità, necessità, specialità e proporzionalità scolpiti dagli artt. 588-*bis* ss. *LECrim*.

Per il *Tribunal Supremo*, la Corte di giustizia impone di tutelare i diritti alla vita privata, alla protezione dei dati e alla libertà di espressione, mentre «*La Ley española no genera ese riesgo. Los datos conservados permanecen custodiados y no pueden tener más uso que su cesión a la autoridad judicial cuando ésta, lo ordene bajo un riguroso sistema de garantías. Ciertamente la conservación de datos y la obligación de cesión es en sí "tratamiento de datos" [...], pero no puede desconocerse que los obligados por la Ley 25/2007 sólo deben y pueden almacenar los datos, pero no están habilitados para realizar ninguna de las operaciones de tratamiento que podrían ser especialmente lesivas para los derechos que se pretenden salvaguardar. Los prestadores no pueden, por tanto, estructurar, seleccionar, divulgar, transmitir, combinar o utilizar para fines de investigación criminal esos datos*».

Tuttavia, il regime di conservazione previsto dalla *LCDCE* risulta contrario ai parametri propri del diritto dell'Unione. Non è possibile parlare di un unico regime di conservazione e trasmissione, poiché tanto la Corte di giustizia quanto quella di Strasburgo hanno ribadito ripetutamente che la mera conservazione, in quanto costituente un trattamento di dati di carattere personale, deroga all'obbligo di riservatezza delle comunicazioni, rappresentando già di per sé un'ingerenza nei diritti fondamentali alla *privacy* e alla protezione dei dati personali.

La Corte lussemburghese ha affermato in più di un'occasione che la conservazione dei dati e l'accesso ad essi costituiscono ingerenze distinte nei diritti fondamentali garantiti dagli artt. 7 e 11 CDFUE, ingerenze che richiedono ciascuna una giustificazione autonoma *ex* art. 52 § 1 CDFUE. Pertanto, una normativa nazionale che rispetti rigorosamente i requisiti fissati dalla giurisprudenza in materia di accesso ai dati conservati ai sensi della direttiva

2002/58/CE non può, di per sé, né limitare né compensare l'ingerenza significativa sui diritti derivante dalla conservazione generalizzata di tali dati[35].

In altri termini, per la Corte i presupposti della conservazione selettiva e dell'accesso limitato devono intendersi come cumulativi e non alternativi: gli Stati non possono compensare una conservazione estesa o indiscriminata con maggiori controlli relativi all'accesso ai dati, argomento – questo – che è stato invece impiegato del *Tribunal Supremo* per convalidare il regime legale spagnolo[36].

Pertanto, sebbene le regole di accesso ai dati da parte della polizia previo mandato giudiziario contenute negli artt. 588-*bis* ss. *LECrim* integrino i requisiti e le garanzie richiesti dalla Corte di giustizia per poter essere considerato un esempio di accesso limitato, permane il peccato originale: la "materia prima" di cui si alimentano le autorità incaricate delle indagini penali continua a fondarsi su un regime di conservazione indiscriminato e generalizzato.

Non è ammissibile, come invece afferma la STS 824/2022 (19 ottobre), sostenere che «*la Ley 25/2007 no establece una obligación de conservación general e ilimitada*» o che l'arco temporale previsto dalla normativa spagnola impedisca di parlare di una conservazione indiscriminata ed estensiva nel tempo «*frente a otras legislaciones que lo extienden a dos años*». È sufficiente confrontare tale affermazione con la sentenza *SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH*[37], nella quale la Corte di giustizia ha qualificato come «conservazione generalizzata» il regime contenuto nella legge tedesca sulle telecomunicazioni (art. 113*b TKG*), che stabiliva un periodo di trattenimento di quattro settimane per i dati di localizzazione e di dieci settimane per i dati di traffico. Allo stesso modo, non è ammissibile neppure la giustificazione espressa nella STS 824/2022, secondo cui «*el proceso no puede ser al revés mediante una especie de adivinación de zonas de conflicto y exigirse al legislador a anticiparse al lugar donde los datos van a existir, ya que la delincuencia siempre es ex post y nunca se sabe dónde, cómo y por quién va a operar, por lo que la anticipación en la obtención de la prueba con carácter previo a la comisión del delito es una exigencia que deviene imposible en la*

[35] Per tutte, v. CGUE, 5 aprile 2022, *Garda Síochána*, C-140/20, § 47.

[36] Negli stessi termini si è espressa la Corte di Strasburgo con la sentenza 15 febbraio 2024, *Škoberne v. Eslovenia*, § 143: «*The Court would emphasize in this connection that even though the access to his data was accompanied by certain safeguards (such as judicial oversight), these safeguards, while being among the criteria that must be met (see Ekimdzhiev and Others, cited above, §§ 360-421), were not in themselves sufficient to render the retention regime compliant with Article 8. It notes by way of comparison that the CJEU similarly held in SpaceNet and Telekom Deutschland that national legislation that ensured full respect for the conditions established by its case-law interpreting the Data Retention Directive regarding access to retained data could not, by its very nature, be capable of either limiting or even remedying a serious interference resulting from the general retention of such data, the retention of and access to such data being separate interferences requiring separate justifications (see paragraph 87 above)*».

[37] CGUE, 20 settembre 2022, *Bundesrepublik Deutschland c. SpaceNet AG e Telekom Deutschland GmbH*, C-793/19 e C-794/19.

labor de todos los Estados de adoptar medidas para prevenir el delito y para introducir cauces que permitan conseguir herramientas de investigación para investigar la comisión de un delito grave, con fines terroristas, o que atente contra la propia seguridad del Estado en sí mismo considerado y de sus propios ciudadanos».

III.2. In Italia.

La Corte di cassazione considera la rilevazione della posizione GPS di un telefono cellulare (*positioning*) una modalità di pedinamento satellitare o elettronico (pedinamento 2.0) non qualificabile come intercettazione di comunicazioni e non richiedente l'autorizzazione giudiziaria preventiva[38]. Solo la geolocalizzazione a partire dai dati storici di traffico delle comunicazioni elettroniche conservati dagli operatori (denominati genericamente "tabulati") è soggetta a una normativa particolare, motivata proprio dalla necessità di adeguare la legislazione italiana al diritto unionale.

Prima dell'adozione della direttiva 2006/24/CE, in Italia non era richiesta l'autorizzazione giudiziaria ai fini dell'impiego da parte della polizia dei dati di traffico e di accesso a internet conservati dagli operatori. E ciò sulla base della distinzione, elaborata a livello di giurisprudenza costituzionale, tra il contenuto vero e proprio di una comunicazione telefonica e gli altri dati esterni alla comunicazione[39]. Successivamente, la materia venne regolata espressamente dagli artt. 121 ss. del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, riformati dal d.lgs. 30 maggio 2008, n. 109 al fine di incorporare nell'ordinamento italiano la normativa europea in tema di *data retention*, analogamente legge spagnola 25/2007[40].

Oltre ai diversi termini di conservazione previsti per ciascuna tipologia di dato di traffico[41], la principale caratteristica della normativa italiana, al di

[38] V., per tutte, Cass., sez. I, 13 maggio 2008, n. 21366 e Cass., sez. IV, 12 giugno 2018, n. 41385.

[39] Il riferimento è a Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, sulla quale v. S. Di Filippo, *Dati esteriori delle comunicazioni e garanzie costituzionali*, in *Giur. it.*, 1995, 107; D. Potetti, *Corte Costituzionale n. 81/1993: la forza espansiva della tutela accordata dall'art. 15, co. 1, della Costituzione*, in *Cass. pen.*, 1993, 2746 ss.; A. Camon, *Sulla inutilizzabilità nel processo penale dei tabulati relativi al traffico telefonico degli apparecchi «cellulari» acquisiti dalla polizia senza autorizzazione dell'autorità giudiziaria*", in *Cass. pen.*, 1996, 3721 ss.

[40] D.lgs. 30 maggio 2008, n. 109, recante «attuazione della direttiva 2006/24/CE riguardante la conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione e che modifica la direttiva 2002/58/CE».

[41] La normativa italiana sui termini di conservazione dei dati rischia di confliggere con le indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, che «osta a misure legislative che prevedano, [...] a titolo preventivo, la conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione» (CGUE, 30 aprile 2024, *Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano*, C-178/22, § 35, dove si fa riferimento al § 30 di CGUE, 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, cit. In questo senso, come ha avuto modo di segnalare anche il Garante italiano per la protezione dei dati personali (*Parere sullo schema di decreto-legge per la riforma della disciplina dell'acqui-*

là di alcuni sfortunati (e ormai datati) tentativi del legislatore di introdurre l'intervento del giudice[42], risiedeva nella potestà del pubblico ministero di ordinare la trasmissione delle informazioni. Difatti, il riferimento normativo all'«autorità giudiziaria» era suscettibile di comprendere anche l'organo dell'accusa che, con decreto motivato, d'ufficio o su istanza di parte, poteva richiederle[43].

Analogamente alla giurisprudenza spagnola, anche quella italiana si è segnalata per aver difeso la validità della citata normativa a fronte dei pronunciamenti della Corte di giustizia in materia[44]. Il legislatore ha tuttavia scelto di riformare l'art. 132 del codice della *privacy* per adeguarlo agli orientamenti dei giudici di Lussemburgo[45]. Il d.l. 30 settembre 2021, n. 132[46] ha imposto l'autorizzazione del giudice – e non più il decreto motivato della procura, salvo nei casi di urgenza, nei quali il pubblico ministero può disporre direttamente l'acquisizione dei dati, con l'obbligo di ottenere successivamente il *placet* dell'organo giurisdizionale – affinché la polizia possa accedere ai dati di traffico conservati dagli operatori, come confermato dalla Corte di

sizione dei dati relativi al traffico telefonico e telematico a fini di indagine penale, 10 settembre 2021, in *www.garanteprivacy.it*), desta un certa preoccupazione il termine di 72 mesi previsto dalla legge 20 novembre 2017, n. 167 per la conservazione dei dati di traffico telefonico e telematico e di quelli relativi alle chiamate senza risposta. Difatti, sebbene tale termine sia previsto per le violazioni gravi di cui agli artt. 51, comma 3-*quater*, e 407, comma 2, lett. *a*, c.p.p., non si può non osservare come, *ex ante*, sia impossibile determinare il reato per il quale i dati potrebbero essere utili, con la conseguenza che i fornitori di servizi li conserveranno sempre per il periodo massimo. Per queste osservazioni, G. Lasagni, *Dalla riforma dei tabulati a nuovi modelli di integrazione fra diritti di difesa e tutela della* privacy, in *Leg. pen.*, 21 luglio 2022, 9. In proposito, si vedano altresì le considerazioni critiche, sotto il profilo del rispetto del principio di proporzionalità, di B. Galgani, *Giudizio penale,* habeas data *e garanzie fondamentali*, in *Arch. pen. (web)*, 2019, n. 1, 11.

[42] Il d.l. 24 dicembre 2003, n. 354, aveva previsto che i dati dovessero essere acquisiti con decreto motivato del giudice, anche se, poco tempo dopo, il d.l. 27 luglio 2005, n. 144 avrebbe devoluto tale potere al pubblico ministero. Per un'analisi di una siffatta evoluzione normativa, v. A. Malacarne-G. Tessitore, *La ricostruzione della normativa in tema di* data retention *e l'ennesima scossa della Corte di giustizia: ancora inadeguata la disciplina interna?*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, n. 3, 15 ss.

[43] G. Di Paolo, voce *Prova informatica*, cit., p. 753. Quanto alla giurisprudenza, v., tra le altre, Cass., sez. V, 24 aprile 2018, n. 33851 e Cass., sez. III, 19 aprile 2019, n. 36380.

[44] Sul tema, v. M. Giangreco, Data retention*, acquisizione e utilizzabilità dei tabulati telefonici e telematici. Una riflessione incrociata*, in *Cass. pen.*, 2022, 1672-1688.

[45] Per un esame della riforma, volta a recepire le indicazioni contenute in CGUE, 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, cit., v., *inter alia*, E. Andolina, *Acquisizione dei dati esterni*, a cura di P. Maggio, *La nuova disciplina delle intercettazioni*, Torino, 2023, 402-426; F.R. Dinacci, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 301 ss.; R. Flor, Data retention*, accertamento e repressione dei reati e tutela dei diritti fondamentali dell'individuo:* fiat iustitia ruat caelum *(?)*, in *Dalla* data retention *alle indagini ad alto contenuto tecnologico*, a cura di R. Flor-S. Marcolini, Torino, 2022, 107 ss.; M. Landolfi, Data retention *tra continui sviluppi e nodi irrisolti*, in *Leg. pen.*, 7 novembre 2024; G. Lasagni, *Dalla riforma dei tabulati*, cit.; A. Malacarne-G. Tessitore, *La ricostruzione della normativa*, cit., 20 ss.

[46] Convertito con modificazioni dalla legge 23 novembre 2021, n. 178.

cassazione[47]. Inoltre, l'accesso deve riguardare reati di una certa gravità[48], devono sussistere indizi sufficienti di reato e i dati devono essere rilevanti ai fini dell'accertamento dei fatti.

IV. Cronologia delle posizioni memorizzata da terzi (*geofencing*).

Si è già sottolineato in altre occasioni come una delle principali caratteristiche della società digitale attuale sia l'incessante iperconnettività degli esseri umani e come, di conseguenza, siamo diventati la versione moderna di Hansel e Gretel[49]: ognuno di noi lascia costantemente "briciole di pane" in molteplici formati digitali, a partire dalle diverse interazioni realizzate (comunicazioni tramite telefoni cellulari, navigazioni sul *web*, *chat* sui *social network*, transito in luoghi videosorvegliati, utilizzo di strumenti elettronici di pagamento ecc.), che vengono archiviate da terzi e che possono condurre a una localizzazione geografica.

In tal senso, molti dei servizi offerti nella società dell'informazione a cui accediamo tramite i telefoni cellulari si basano sulla geolocalizzazione e sul *geotagging* dei dispositivi: sono i cc.dd. "servizi basati sulla localizzazione" (noti con le sigle inglesi LBS – *Location Based Services* o LDIS – *Location Dependent Information Services*), che forniscono indicazioni sul contesto e sulla posizione in cui si trovano gli utenti[50]. Tali indicazioni sono la conseguenza della fornitura di informazioni geografiche aggiuntive presenti nei metadati dei *files* scambiati (*geotagging*) o del geoprocessamento degli utenti basato sul loro posizionamento spaziale, talvolta reso disponibile dal *client* (tramite GPS, Wi-Fi, indirizzo IP, Bluetooth ecc.), talaltra dal *server* (si pensi al servizio

[47] Cass., sez. V, 14 aprile 2023, n. 15836, sulla quale O. Murro, *L'utilizzabilità dei dati di geolocalizzazione: le risposte della giurisprudenza vs il roboante silenzio normativo*, in *Giur. it.*, 2023, 1678.

[48] Delitti per i quali la legge stabilisce la pena perpetua o della reclusione non inferiore, nel massimo, a tre anni, oltre ai reati di minaccia e molestia o disturbo alle persone tramite telefono, quando la minaccia, la molestia o il disturbo sono gravi. Per quanto riguarda la gravità del reato per cui si procede, occorre tener conto, criticamente, delle osservazioni della Corte di giustizia, che ha affermato la compatibilità con il diritto dell'UE della nuova disciplina italiana in materia di conservazione dei dati, a condizione che il giudice, indipendentemente dalla pena prevista per il reato, abbia la possibilità di «effettuare una valutazione individuale della questione se l'ingerenza nei diritti fondamentali determinata dalla concessione di siffatto accesso sia proporzionata, alla luce, segnatamente, della gravità del reato in discussione e dei fatti del caso di cui trattasi» (CGUE, 30 aprile 2024, *Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bolzano*, cit., § 44). A proposito di tale pronuncia, v. D. Albanese, *Dalla Corte di giustizia dell'Unione europea un'altra svolta garantista in materia di acquisizione dei tabulati telefonici*, in *Sist. pen.*, 2024, n. 5, 93; M. Landolfi, Data retention, cit., 13; L. Parodi, *La "gravità dell'ingerenza" nel prisma della proporzionalità: nuovi equilibri in tema di* data retention, in *Sist. pen.*, 7 marzo 2025.

[49] J.C. Ortiz Pradillo, *Desafíos legales de las diligencias de investigación tecnológica*, in *El Proceso Penal. Cuestiones fundamentales*, Valencia, 2017, 315.

[50] M.M. Payeras Capellà *et al.*, *Privacidad en servicios turísticos basados en geolocalización*, in *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 2014, n. 5, 78.

di posizionamento fornito dall'operatore di rete). Tali informazioni vengono archiviate, in alcuni casi, in specifici *database* denominati "storico delle localizzazioni" del dispositivo. In questo modo, ogni volta che si usufruisce di un determinato servizio (ad esempio quando si prenota un'auto, si consulta il meteo, si cerca il percorso più rapido per un raggiungere una certa destinazione, si accede a servizi di pagamento di una banca o si carica un *post* su un *social network*), le applicazioni utilizzate rilevano e registrano la posizione geografica del dispositivo.

Il *geotagging* dei *devices*, integrato con nuove funzionalità come il *cross-device tracking*, consente alle aziende di analizzare in dettaglio le esperienze di consumo degli individui, al fine di comprenderne comportamenti e preferenze, indipendentemente dal dispositivo utilizzato (*smartphone*, *computer*, *tablet* ecc.), con l'obiettivo di offrire beni e servizi su misura. In altre parole, l'analisi che le aziende effettuano sui dati raccolti dalle nostre interazioni telematiche permette loro di costruire un'"impronta digitale" capace di identificarci e geolocalizzarci. Ciò è possibile perché esiste una nuova tipologia di tali dati di traffico, frutto del progresso scientifico, classificata come "dati di localizzazione", che non è trattata esclusivamente dai fornitori di servizi di accesso a internet (compagnie telefoniche), ma anche dai fornitori di servizi della società di informazione.

La direttiva sulla tutela della *privacy* nel settore delle comunicazioni elettroniche 2002/58/CE, all'art. 2.*c*, definisce queste informazioni come «ogni dato trattato in una rete di comunicazione elettronica che indichi la posizione geografica dell'apparecchiatura terminale dell'utente di un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico». Più nel dettaglio, il considerando n. 14 precisa come tali dati possano riguardare «latitudine, longitudine ed altitudine dell'apparecchio terminale dell'utente, [...]la direzione di viaggio, [i]l livello di accuratezza dell'informazione sull'ubicazione, [...] l'identificazione della cella di rete in cui l'apparecchio terminale è ubicato in un determinato momento, e [i]l momento in cui l'informazione sull'ubicazione è stata registrata».

La loro natura di dato di traffico risulta indiscutibile: il considerando n. 15 specifica che i dati di traffico possono attenere, tra le altre cose, «all'ubicazione dell'apparecchio terminale di chi invia o riceve, alla rete sulla quale la comunicazione si origina o termina, all'inizio, alla fine o alla durata di un collegamento». Ancora più eloquente risulta il considerando n. 35, che precisa: «[n]elle reti mobili digitali i dati relativi all'ubicazione, che consentono di determinare la posizione geografica dell'apparecchiatura terminale dell'utente mobile vengono sottoposti a trattamento in modo da consentire la trasmissione di comunicazioni. Tali dati sono quelli relativi al traffico di cui all'articolo 6 della presente direttiva».

La particolarità risiede, da un lato, nel fatto che il progresso tecnologico permette di trattare dati sulla localizzazione «che possiedono un grado di precisione molto maggiore di quello necessario per la trasmissione delle comunicazioni» e che vengono utilizzati per la fornitura di «servizi a valore

aggiunto», definiti all'art. 2.*g* della Direttiva 2002/58/CE come qualsiasi servizio «che richiede il trattamento dei dati relativi al traffico o dei dati relativi all´ubicazione diversi dai dati relativi al traffico, oltre a quanto è necessario per la trasmissione di una comunicazione o della relativa fatturazione». Gli esempi più comuni – richiamati dai considerando n. 18 e 35 – sono rappresentati dai servizi di «orientamento stradale, informazioni sul traffico, previsioni meteorologiche, e informazioni turistiche». Dall'altro lato, tali dati di localizzazione possono essere trattati e conservati dai fornitori di servizi della società dell'informazione indipendentemente da quanto effettuato dai fornitori di accesso.

A ogni modo, i dati di traffico e di localizzazione appartengono a una categoria comune: i «dati personali», come viene espressamente specificato dall'art. 4 GDPR e dal corrispondente art. 3 della direttiva 2016/680/UE. Ciò assume una notevole importanza perché, per il loro utilizzo come fonte di prova nel processo penale, le autorità devono rispettare le garanzie previste da tali normative (liceità, limitazione della finalità, qualità della norma abilitante, proporzionalità, necessità ecc.[51]) in relazione ai dati oggetto di trattamento da parte delle imprese e successivamente ceduti alle autorità statali (GDPR) o ai dati ottenuti e trattati direttamente dalle autorità statali per i fini connessi al processo penale (direttiva "LED").

Ebbene, tali dati di localizzazione risultano estremamente utili per un'attività, consistente nell'accertare fatti del passato[52], come l'indagine penale, poiché la tecnologia di *geotagging* offre la possibilità di determinare il luogo in cui si trovava in un certo momento un determinato soggetto a partire dai dispositivi in uso. Le autorità di *law enforcement* sono pienamente consapevoli che i dispositivi elettronici si sono trasformati in un vero e proprio prolungamento dell'anatomia umana[53], per cui le indagini sono tutte orientate alla ricerca, raccolta e analisi delle informazioni in formato elettronico che possano essere collegate al soggetto indagato o ai fatti verificatisi e che sono sovente raccolte e conservate da terzi (operatori di rete, fornitori di servizi internet, aziende private, pubbliche amministrazioni ecc.). L'obiettivo è di accertare chi si trovava sul luogo dei fatti, quali furono le interazioni di questi soggetti e dove erano conservate le fonti di prova che attestano tali circostanze[54].

---

[51] Nel dettaglio, v. J.A. Montoro Sánchez, *Los principios rectores del tratamiento de datos de carácter personal y sus implicaciones en el proceso penal*, in *Revista Acta Judicial*, 2022, n. 10, 37-73.

[52] J.L. Rodríguez Láinz, *Cesión de datos comerciales relativos a las comunicaciones para fines de investigación criminal*, in *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2024, vol. I, 3.

[53] Risultano profetiche le perole della Corte Suprema nordamericana nella setenza *Riley v. California*, 573 U.S. 373 (2014), III: «*modern cell phones are now such a pervasive and insistent part of daily life that the proverbial visitor from Mars might conclude they were an important feature of human anatomy*».

[54] E. Militello, *Geolocation in Crime Detection and Prevention*, in *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era. New Safeguards, New Rights*, a cura di L. Bachmaier Winter-S. Ruggeri, Cham, 2022, 30.

A tal fine, le autorità hanno messo in pratica una nuova attività investigativa nota come *geofencing* o "ricerca inversa di geolocalizzazione": con l'obiettivo di identificare o localizzare chi possa essere intervenuto in un'attività criminale, le autorità di polizia delimitano un perimetro spaziale di interesse (ad esempio, l'istituto bancario in cui è avvenuta una rapina, il parco dove si è verificata un'aggressione sessuale o la stazione della metropolitana in cui è esploso un ordigno), nonché l'intervallo temporale in cui si ritiene siano avvenuti i fatti o in cui possano essere raccolte fonti di prova decisive (ad esempio, i minuti immediatamente precedenti e successivi all'esplosione, i minuti prima e dopo la rapina ripresa dalle telecamere dell'istituto bancario, o il periodo in cui la vittima dichiara di aver subito l'aggressione). Successivamente, viene richiesto alle aziende di settore di effettuare una ricerca nei propri *databases* e di fornire informazioni dettagliate sui dispositivi a cui hanno fornito servizi all'interno del perimetro spazio-temporale identificato, in modo da concentrare le indagini sulle persone i cui telefoni sono stati geolocalizzati sulla scena del crimine o, comunque, in luoghi di interesse per il reperimento di tracce del reato.

A seguito della morte di George Floyd e Jacob Blake per mano della polizia, questa nuova attività investigativa si è rivelata fondamentale per identificare coloro che hanno preso parte ai saccheggi e ai disordini verificatisi a Seattle, Houston, Atlanta, Detroit, in Arizona e in Alabama nel 2020. Lo stesso dicasi per l'individuazione dei partecipanti all'assalto al Campidoglio del 6 gennaio 2021[55].

IV.1. In Spagna.

In Spagna, non si ha ancora notizia di alcuna indagine giudiziaria in cui i fornitori di servizi operanti nel settore della società dell'informazione (*Google*, *Apple*, *Meta*...) hanno fornito la cronologia delle posizioni dei dispositivi operativi all'interno di un preciso perimetro spazio-temporale, nei termini descritti nel paragrafo precedente, ai fini del loro utilizzo come prova.

Nondimeno, le autorità di polizia, incontrando peraltro il *placet* del *Tribunal Supremo*, sono solite procedere a delimitare spazio-temporalmente la zona geografica e richiedere alle compagnie telefoniche i dati di localizzazione dei terminali coperti da una o più antenne BTS (o *cell-site location information*, CSLI), attività che sarebbe "coperta" dalla citata *LCDCE*. Il primo precedente è costituito dal noto omicidio di Leónidas Vargas, capo di un cartello di narcotrafficanti colombiani, mentre si trovava ricoverato presso

[55] Sulla giurisprudenza statunitense relativa all'utilizzo di tale procedura investigativa, v. J.C. Ortiz Pradillo, *«Geofencing»: vestigios digitales, transnacionalidad de la prueba y defensa de los derechos fundamentales ante una nueva diligencia tecnológica de investigación*, in Aa.Vv., *Prueba penal y derecho de defensa en la era digital: nuevos paradigmas*, diretto da L. Bachmaier Winter, Cizur Menor, 2024.

l'*Ospedale Doce de Octubre* di Madrid nel gennaio 2009[56]: per identificare il sicario si rivelò indispensabile rintracciare il numero di telefono utilizzato dallo stesso mentre fuggiva per i corridoi del nosocomio. A tal fine, furono richiesti i dati di connessione e di localizzazione dei dispositivi che avevano effettuato comunicazioni attraverso le diverse antenne telefoniche ubicate nella zona limitrofa all'edificio nelle fasce orarie di interesse.

A ogni modo, in Spagna esiste anche una base giuridica per sostenere la possibilità di ottenere i dati di localizzazione che potrebbero essere stati oggetto di trattamento e conservazione da parte dei fornitori di servizi della società dell'informazione stabiliti in Spagna e soggetti alla legislazione spagnola, vale a dire la *Ley* 11 luglio 2002, n. 34 sui servizi della società dell'informazione e sul commercio elettronico. La lett. *a* dell'art. 5 della *Ley Orgánica* 26 maggio 2021, n. 7 sulla protezione dei dati personali trattati per finalità di prevenzione, rilevamento, indagine e perseguimento di reati e per l'esecuzione delle sanzioni penali include espressamente i dati di localizzazione nella definizione di «*datos personales*» affinché le autorità spagnole possano avvalersi della copertura legale dell'art. 7 della medesima legge organica per richiedere la collaborazione di qualsiasi persona fisica o giuridica nel fornire i dati che «*les soliciten y que sean necesarios para la investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o para la ejecución de las penas. La petición de la Policía Judicial se deberá ajustar exclusivamente al ejercicio de las funciones que le encomienda el artículo 549.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio y deberá efectuarse siempre de forma motivada, concreta y específica, dando cuenta en todo caso a la autoridad judicial y fiscal*».

Ora, poiché il § 3 dell'art. 7 specifica che «*No será de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores cuando legalmente sea exigible la autorización judicial para recabar los datos necesarios para el cumplimiento de los fines del artículo 1*», si potrebbe giungere a un'interpretazione garantista secondo cui la *LCDCE* richiederebbe l'autorizzazione giudiziaria per la cessione dei dati storici di localizzazione conservati in relazione alle comunicazioni elettroniche (e l'art. 588-*ter* LECrim fa altrettanto riguardo ai dati elettronici conservati dai fornitori di servizi o da persone che facilitano la comunicazione in ottemperanza alla normativa sulla conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche «*o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación*»). Dunque, la polizia spagnola avrebbe bisogno della corrispondente autorizzazione giudiziaria per richiedere la cronologia delle localizzazioni eventualmente conservata nei *databases* di aziende del settore tecnologico che operano in Spagna.

Tale autorizzazione potrebbe dirsi sussistente in presenza del c.d. "*orden de conservación de datos*" previsto dall'art. 588-*octies LECrim*, che consente di richiedere a qualsiasi persona fisica o giuridica «*la conservación y protec-*

[56] STS 777/2012 (17 ottobre).

ción de datos o informaciones concretas incluidas en un sistema informático de almacenamiento que se encuentren a su disposición». Difatti, per mezzo di tale ordine potrebbe essere possibile richiedere la conservazione o il "congelamento" dei dati di localizzazione, sia perché generati indipendentemente dall'instaurazione di una concreta comunicazione (art. 588-*ter b*), sia perché si tratta di dati elettronici, diversi dai precedenti, in quanto conservati dai fornitori di servizi o da persone che facilitano la comunicazione in ottemperanza alla normativa sulla conservazione dei dati relativi alle comunicazioni elettroniche o per propria iniziativa, per motivi commerciali o di altra natura (artt. 588-*ter j*, *k*, *l* e *m*)[57].

IV.2. In Italia.

Come si è avuto modo di osservare in precedenza, in base all'art. 132 del codice della *privacy* è possibile acquisire i dati esterni delle comunicazioni, i quali consentono, tra l'altro, di verificare a quali celle si sia "connesso" il dispositivo mobile dell'indagato e, quindi, di ottenere informazioni rilevanti sulla sua ubicazione. In effetti, la disposizione citata permette di ottenere i «dati relativi al traffico», la cui ampia definizione, contenuta nell'art. 121, comma 1-*bis*, lett. *h* del Codice della privacy («qualsiasi dato sottoposto a trattamento ai fini della trasmissione di una comunicazione su una rete di comunicazione elettronica o della relativa fatturazione»), è idonea a includere anche le informazioni relative alla localizzazione geografica.

La questione che si pone è se il citato art. 132 sia applicabile anche all'acquisizione di dati e file di registro (*log*) che consentono di tracciare la posizione dell'indagato[58], anche quando ci si trovi al di fuori dei contesti comunicativi a cui fa riferimento il menzionato art. 121, con la conseguente possibilità di avvalersi del regime garantista introdotto dalla riforma del 2021[59].

Se così non fosse, vi sarebbe il rischio di ricorrere a procedure meno rispettose dei diritti fondamentali, in aperto contrasto con la già menzionata giurisprudenza sovranazionale relativa alla capacità delle informazioni sulla localizzazione di rivelare aspetti della vita privata della persona[60].

---

[57] Secondo la *Circular 1/2019* della *Fiscalía General del Estado*, «*sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal*», sarebbe possibile ordinare la conservazione di qualsiasi altro dato che possa essere memorizzato in un sistema accessibile o meno dall'indagato (tra i primi rientrano la sua posta elettronica e il suo *account* di archiviazione *cloud*; tra i secondi, i dati memorizzati sui *social network*).

[58] Come osservato da E. Militello, *Geolocation*, cit., 30, «*a chronology of location crowdsourced data are nowadays almost always stored by third-party providers like providers of map apps (e.g. Google Maps) or physical activity tracking (like Strava) on mobile phones*».

[59] Al riguardo, si veda diffusamente lo studio di J. Della Torre-A. Malacarne, *L'utilizzo dei* file *di* log *per scopi di contrasto alla criminalità: nodi problematici e possibili soluzioni*, in *Arch. pen. (web)*, 2022, n. 2.

[60] Cfr. *supra*, § III.

In particolare, il riferimento è all'art. 254-*bis* c.p.p., che, dedicato al sequestro dei dati informatici, fa riferimento all'acquisizione da parte dell'autorità giudiziaria di dati, «compresi quelli di traffico o di ubicazione», in possesso di un insieme di soggetti più ampio rispetto a quello cui allude l'art. 132 (i fornitori di servizi di comunicazione), cioè «i fornitori di servizi informatici, telematici o di telecomunicazioni»[61]. Ebbene, per quanto la dottrina abbia escluso qualsiasi sovrapposizione tra le disposizioni, nella misura in cui l'art. 254-*bis* c.p.p. «si limit[a] a regolare il *modus operandi* (il "*quomodo*") per l'acquisizione dei dati informatici»[62], stabilendo una procedura facoltativa di copia, non sono mancati Autori che hanno ritenuto possibile la sua applicazione anche per l'acquisizione dei file di registro (*log*) [63].

Nonostante gli sforzi esegetici volti ad ampliare la nozione di dati di traffico, si è concluso che il quadro normativo attuale, per l'appunto costituito dagli artt. 121 e 132 del codice della *privacy*, «non pare in grado di adattarsi, in modo fisiologico, alla tematica della *data retention* dei *file* di *log*»[64]. Da ciò deriva la necessità di un intervento legislativo, che dovrà essere modellato sulla base delle indicazioni della Corte di giustizia riguardo al livello di gravità dell'ingerenza nella sfera privata dell'individuo che comporta l'acquisizione

[61] Sulla diversità delle due disposizioni quanto ai soggetti destinatari, M. Pittiruti, Digital evidence *e processo penale*, Torino, 2018, 54.

[62] In questi termini, E. Andolina, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Milano, 2018, 19. Nello stesso senso, S. Aterno, *Le investigazioni informatiche e l'acquisizione della prova digitale*, in *Giur. merito*, 2013, 960; M. Daniele, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 5; N. Triggiani, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in G. Spangher, *Trattato di procedura penale*, vol. II, t. I, a cura di A. Scalfati, Torino, 2009, 454.

[63] L. Giordano, *L'acquisizione dei file di log dopo la conversione del decreto sui tabulati*, in *ilPenalista*, 30 maggio 2022. Secondo altri, inoltre, dato che gli articoli 121 e 132 si riferiscono ai dati relativi alle comunicazioni, il pubblico ministero potrebbe procedere all'acquisizione dei *file* di registro mediante la semplice emissione di un decreto di esibizione ai sensi dell'art. 256 c.p.p. (G. Pestelli, *Convertito in legge il D.L. 132/2021: le modifiche apportate (e quelle mancate) in materia di tabulati*, in *Quot. giur.*, 18 novembre 2021).

[64] J. Della Torre-A. Malacarne, *L'utilizzo dei* file *di* log, cit., 12 s. In particolare, gli Autori hanno cercato di interpretare il concetto di dati relativi al traffico non alla luce della definizione contenuta nell'art. 121, ma sulla base delle diverse indicazioni del regolamento 2023/1543/UE. Secondo tale atto normativo, quando «[g]li indirizzi IP come pure i numeri di accesso e le relative informazioni» sono richiesti solo a fini identificativi, non si parla di dati di traffico, ma di «dati relativi agli abbonati» (considerando n. 32); invece, quando «gli indirizzi IP, i numeri di accesso e le relative informazioni» non sono richiesti «al solo scopo di identificare l'utente nell'ambito di un'indagine penale specifica», ma «per ottenere informazioni più invasive della vita privata, come quelle sui contatti dell'utente e sul luogo in cui questo si trova», devono essere trattati «dati relativi al traffico» (considerando n. 33). Tuttavia, come sottolineano gli Autori, seguendo l'approccio del regolamento, l'art. 132 potrebbe essere applicato nel secondo scenario, ma non nel primo, che rimarrebbe senza copertura normativa, in particolare per quanto riguarda gli (indispensabili) termini di conservazione.

di tali dati[65]. Una gravità che, trattandosi di informazioni relative alla localizzazione, certamente non può essere negata[66].

V. Acquisizione transfrontaliera della cronologia delle localizzazioni nell'Unione europea.

Nel paragrafo precedente è stata esaminata la normativa in base alla quale, sia in Spagna che in Italia, le autorità investigative possono ottenere la cronologia delle localizzazioni conservata da soggetti sottoposti alla loro giurisdizione. Non va tuttavia trascurato che la suddetta attività d'indagine, nota come *geofencing*, presenta due fondamentali peculiarità.

Da un lato, come si è avuto modo di constatare, i dati interessati sono frequentemente conservati e trattati da soggetti diversi dagli operatori di telecomunicazioni, ai quali non si applicano gli obblighi derivanti dalla normativa sulla conservazione dei dati (direttiva 2006/24/CE, *LCDCE*, codice della *privacy*...). L'esempio, forse più emblematico, di questa nuova tipologia di dati è costituito dalle aziende il cui modello di *business* consiste nell'offrire servizi basati sulla raccolta degli itinerari dei propri utenti, come nel caso di *Strava* e *Uber*.

D'altro canto, la maggior parte delle aziende tecnologiche che offrono servizi *online* e conservano le cronologie di localizzazione (*Google*, *Apple*, *Uber*, *Meta*, ecc.) non ha sede nel territorio soggetto alla giurisdizione degli Stati membri dell'Unione Europea. Occorre dunque interrogarsi in merito a quale sia la base giuridica che consente alle autorità di polizia e giudiziarie di richiedere loro di collaborare per la cessione dei dati, mediante i diversi strumenti di cooperazione giudiziaria internazionale per l'acquisizione transfrontaliera di fonti di prova.

In tal senso, il vantaggio di cui dispongono le autorità statunitensi nell'intraprendere questo tipo di attività investigativa risiede precisamente nel suo carattere "domestico", nel senso che le grandi aziende tecnologiche in possesso delle cronologie di localizzazione sono soggette alla giurisdizione americana. Non a caso, tra il 2017 e il 2018, il numero di richieste di geolocalizzazione (*geofence warrants*) a *Google* è aumentato di oltre il 1.500%; tra il 2018 e il 2019 di un ulteriore 500%[67]; e si stima che circa il 25% delle richieste della polizia a *Google* attenga proprio alla geolocalizzazione[68].

65 J. Della Torre-A. Malacarne, *L'utilizzo dei* file *di* log, cit., 13 ss.

66 CGUE, 2 marzo 2021, *Prokuratuur*, cit., §§ 36-39.

67 V. Aa.Vv., *Geofence Warrants and the Fourth Amendment*, in *Harvard Law Review*, 2021, n. 134 (7), 2508-2529; M. Rathi, *Rethinking Reverse Location Search Warrants*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 2021, n. 111 (3), p. 805-837 sottolinea inoltre che *Google* ha dichiarato di aver ricevuto 982 richieste di mandati *geofence* nel 2018, 8.396 nel 2019 e 11.554 nel 2020.

68 V. J.C. Ortiz Pradillo, *«Geofencing»: vestigios digitales*, cit.

V. 1. Gli ordini di conservazione e di produzione dei dati informatici previsti dalle Convenzioni internazionali.

In materia di acquisizione transfrontaliera di prove in formato digitale, non si richiede solo una maggiore cooperazione tra le autorità di polizia e giudiziarie, ma anche che una cooperazione sempre più rapida ed efficace nell'individuare, assicurare e trasmettere le informazioni o le fonti di prova, data la loro ben nota volatilità.

In tale ambito, il sistema di raccolta e acquisizione internazionale di informazioni digitali si sta evolvendo verso un modello incentrato sul "principio di effettività" delle indagini caratterizzate dalla presenza di elementi transfrontalieri e, per quanto qui rileva, dalla delocalizzazione delle fonti di prova. In virtù di ciò, è possibile osservare una certa evoluzione nella regolamentazione e nell'interpretazione dei meccanismi convenzionali di cooperazione internazionale – bilaterali o multilaterali – per l'indagine e l'acquisizione di prove penali, in cui il principio di reciprocità e le tradizionali vie diplomatiche hanno lasciato spazio a una cooperazione diretta (*direct request*), sia tra le autorità di polizia e giudiziarie dei due Paesi[69], sia tra queste e i fornitori di servizi *online*.

Tutto ciò costituisce una dimostrazione dell'importanza di quella collaborazione pubblico-privata già menzionata, sulla quale si fonda la cooperazione diretta tra il settore privato e le autorità statali al fine di accelerare l'acquisizione transfrontaliera di informazioni elettroniche. E poiché i principali destinatari delle richieste di informazioni sono aziende private statunitensi, è opportuno sottolineare che questa collaborazione pubblico-privata è stata abbracciata dallo strumento giuridico più rilevante al di fuori dell'UE, ossia la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 2001 (Convenzione di Budapest), i cui artt. 16, 17 e 18 prevedono gli ordini di conservazione rapida, di divulgazione parziale e di presentazione dei dati conservati mediante un sistema informatico, applicabili altresì alla conservazione e acquisizione dei dati di localizzazione.

Sebbene il sistema per l'esecuzione di tali ordini si basi sull'emissione e ricezione di rogatorie da parte delle autorità centrali, il Dipartimento di giustizia statunitense si è trovato sopraffatto dall'ondata di richieste di assistenza, poiché le informazioni riguardano dati di *account* appartenenti alle *Big Tech* statunitensi. Per questo motivo, ha acconsentito alla trasmissione delle richieste di conservazione direttamente alle aziende[70] affinché salvaguardino le informazioni in attesa della ricezione di una rogatoria.

---

[69] Per tutti, C. Rodríguez-Medel Nieto, *Obtención y admisibilidad en España de la prueba penal transfronteriza: de las comisiones rogatorias a la orden europea de investigación*, Navarra, 2016.

[70] Per citare un esempio concreto, le richieste di conservazione dei dati – *Preservation Request* – rivolte a *Facebook Inc.* Possono essere inviate direttamente attraverso il portale *Law Enforcement On Line Requests* (LEORS), al quale è possibile accedere tramite il seguente URL: *https://www.facebook.com/records*.

Alla luce di ciò, sia la Spagna sia gli Stati Uniti hanno sottoscritto il secondo Protocollo aggiuntivo alla Convenzione di Budapest relativo al rafforzamento della cooperazione e alla divulgazione delle prove elettroniche, aperto alla firma il 12 maggio 2022, il cui preambolo pone l'accento sulla necessità di assicurare l'accesso a prove conservate elettronicamente in sistemi informatici di giurisdizioni straniere e una maggiore cooperazione tra Stati e settore privato. In questo contesto – si legge ancora nel preambolo – è indispensabile predisporre una normativa il più chiara possibile a favore dei fornitori di servizi e delle altre entità interessate riguardo alle circostanze in cui possono essere chiamate a rispondere a richieste di divulgazione di dati elettronici provenienti dall'estero.

V.2. L'ordine europeo di indagine.

Se l'azienda destinataria della richiesta di fornitura dei dati di localizzazione ha la propria sede (o i propri dati sono ospitati) in un altro Stato dell'UE, l'ordine europeo di indagine (OEI[71]) costituisce lo strumento più efficace di cooperazione in materia penale nello spazio giudiziario europeo, concepito con l'obiettivo di istituire «un sistema globale di acquisizione delle prove nelle fattispecie aventi dimensione transfrontaliera, basato sul principio del riconoscimento reciproco» (Programma di Stoccolma), in quanto utilizzabile sia ai fini dell'esecuzione di una o più misure investigative specifiche nello Stato di esecuzione dell'OEI, sia ai fini della raccolta di fonti di prova già in possesso dell'autorità di esecuzione. Del resto, la direttiva prevale sui trattati internazionali di assistenza giudiziaria, nonché sui trattati stipulati nell'ambito del Consiglio d'Europa tra gli Stati membri, come afferma il considerando n. 35.

Non dovrebbero sussistere ostacoli nell'emissione di un OEI per ottenere i dati di localizzazione conservati da aziende situate nello Stato di esecuzione. Tutti gli Stati membri dispongono di una normativa espressa relativa alla conservazione e alla cessione dei dati di traffico e di localizzazione o, in mancanza, in materia di acquisizione o sequestro di dati in formato digitale conservati da entità pubbliche o private. Difatti, tutti gli Stati hanno ratificato la Convenzione di Budapest e dispongono di procedure analoghe all'ordine rapido di conservazione dei dati informatici (art. 16) e all'ordine di presentazione (art. 18), con la conseguenza che per l'autorità emittente non dovrebbe essere difficile specificare l'attività richiesta (in conformità con quanto previsto al comma e dell'art. 5.1 della direttiva OEI) e giustificarne l'adeguatezza,

[71] Regolato dalla direttiva 2014/41/UE e recepita dall'ordinamento spagnolo dalla *Ley* 11 giugno 2018, n. 3, che ha modificato la *Ley* 20 novembre 2014, n. 23 «*de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea*». L'ordine è stato oggetto di importanti studi dottrinali in Spagna, tra i quali si ricordano, senza pretesa di esaustività, quelli raccolti nel collettaneo *Orden europea de investigación y prueba transfronteriza en la Unión Europea*, diretto da M.I. González Cano, Valencia, 2019 e *La cooperación procesal internacional en la sociedad del conocimiento*, diretto da F. Bueno De Mata, Barcelona, 2019.

la necessità e la proporzionalità in funzione dei fatti oggetto di indagine (art. 6 § 1 della direttiva OEI).

In altri termini, difficilmente l'autorità dello Stato di esecuzione potrà ricorrere a una misura investigativa diversa sul presupposto che il *geofencing* non sia contemplato nel suo ordinamento, indipendentemente dal *nomen iuris* adottato, poiché – come si è tentato di chiarire – si tratta di dati di connettività generati dai dispositivi e raccolti sia dalle aziende fornitori di accesso a internet (ad es., i dati CSLI), sia dalle aziende che offrono servizi nell'ambito della società dell'informazione (ad es., la cronologia delle localizzazioni, talvolta indicata anche come *web and app activity*, WAA).

Va detto, tuttavia, che sebbene l'OEI rappresenti un passo importante nel campo dell'acquisizione transfrontaliera di prove elettroniche, esso sconta due inconvenienti che ne limitano l'operatività nel "mondo digitale": da un lato, si tratta di uno strumento ancorato al sistema di cooperazione "tra autorità", che non consente direttamente una collaborazione pubblico-privato; dall'altro, per la sua operatività non si considera il luogo in cui si trovano i *server* che forniscono, elaborano o conservano i dati elettronici richiesti, bensì quello in cui ha sede il fornitore di servizi internet proprietario o controllore del *server*. Da quest'ultimo punto vista, è noto che i principali fornitori di servizi *online* non hanno nemmeno una sede o una rappresentanza sul territorio dell'UE a cui poter indirizzare una richiesta di informazioni elettroniche[72].

Soltanto il regolamento sui servizi digitali[73], applicabile anche ai fornitori di servizi intermediari di Internet che, pur non avendo una sede nel territorio dell'UE, offrono i propri prodotti a destinatari stabiliti all'interno dell'Unione[74] (art. 2), potrebbe essere utilizzato per ottenere informazioni di localizzazione di un dispositivo utilizzato da un individuo destinatario di tali servizi intermediari, quando le informazioni siano state trattate e conservate da detti fornitori di servizi.

Gli ordini di fornire informazioni previsti dall'art. 10 consentono alle autorità giudiziarie o amministrative nazionali competenti di ordinare ai fornitori di servizi intermediari di fornire informazioni specifiche relative a uno o più destinatari individuali del servizio, a condizione che nell'ordine siano contenute informazioni chiare che permettano di identificare i soggetti di cui si domandano le informazioni (quali una o più credenziali di utenza o identificatori univoci, come ad esempio l'ID assegnato a un dispositivo elettronico); e una motivazione che illustri a quale scopo si richiede l'informazione per

[72] M. De Hoyos Sancho, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en procesos penales. Análisis y valoración del «e-evidence package»*, Aranzadi, 2024, 21.

[73] Regolamento 2022/2065/UE «relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali)».

[74] Inoltre, l'art. 13 impone a tali prestatori di designare per iscritto una persona fisica o giuridica che agisca in qualità di loro rappresentante legale in uno degli Stati membri in cui sono offerti i servizi.

verificare il rispetto del diritto dell'Unione o del diritto nazionale da parte dei destinatari dei servizi intermediari, a meno che tale motivazione non possa essere fornita per ragioni relative alla prevenzione, indagine, rilevamento e perseguimento dei reati. L'ordine, inoltre, deve riguardare soltanto informazioni già raccolte per finalità legate alla prestazione del servizio (ad esempio, i servizi basati sulla localizzazione (LBS) sopra menzionati) e che siano sotto il controllo del destinatario. Tuttavia, l'ambito di applicazione del regolamento sui servizi digitali è circoscritto all'eliminazione di contenuti illeciti e alla lotta alla disinformazione, nonché all'obbligo per le piattaforme di essere più trasparenti nelle loro politiche e pubblicità. Pertanto, sembra da escludersi che l'atto possa costituire la base giuridica per la raccolta di dati di localizzazione dei dispositivi in un determinato momento e luogo al fine di contrastare qualsiasi forma di criminalità.

L'Europa, pertanto, si trova in una posizione di chiaro svantaggio rispetto agli Stati Uniti che, nel 2018, attraverso lo *Stored Communications Act* (SCA) e la riforma dell'*Electronic Communications Privacy Act* (ECPA), emendato dal *CLOUD Act* (*Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*), hanno compiuto un passo avanti in termini di portata extraterritoriale della giurisdizione, consentendo alle autorità di obbligare le aziende tecnologiche con sede negli Stati Uniti a consegnare i dati richiesti e conservati nei loro *server*, indipendentemente dal fatto che tali dati si trovino sul territorio statunitense o all'estero.

V.3. Il "pacchetto *e-evidence*": principio di effettività e cooperazione diretta.

Nell'affrontare la questione della multiterritorialità delle prove nel cyberspazio, l'UE ha compiuto un passo fondamentale con l'approvazione del c.d. "pacchetto *e-evidence*", comprendente l'ordine europeo di produzione (EPOC, dall'inglese *European Production Order Certificate*) e l'ordine europeo di conservazione (EPOC-PR, dall'inglese *European Preservation Order Certificate*), in conformità con quanto previsto dal regolamento 2023/1543/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 luglio 2023 (applicabile a partire dal 18 agosto 2026).

Se il modello avviato dall'OEI ha dato buona prova di sé, il futuro regime europeo in materia di acquisizione transfrontaliera di informazioni elettroniche, instaurato tramite il pacchetto *e-evidence*[75], potrebbe essere ancora

[75] Sui progressi che tale normativa comporta, v. V. Franssen, *Cross-border Gathering of Electronic Evidence in the EU: Toward More Direct Cooperation under the e-Evidence Regulation*, a cura di M. Bergström-V. Mitsilegas-T. Quintel, *Research Handbook on EU Criminal Law*, 2ª ed., Edward Elgar, 2024, 184-212. In Spagna, v. C. Cuadrado Salinas, *La efectividad de las pruebas penales obtenidas en el marco de la futura normativa europea relativa a la obtención y conservación de pruebas electrónicas*, in *Revista General de Derecho Procesal*, 2021, n. 55; O. Fuentes Soriano, *Prueba penal transfronteriza: la normativa «e-evidence» como complemento de la orden europea de investigación*, in *Hacia un Derecho Procesal Europeo: IX Memorial Manuel Serra Domín-*

più agile e rappresentare il passo definitivo per massimizzare l'efficacia delle indagini che richiedono la cooperazione internazionale, poiché conduce alla "europeizzazione della cooperazione diretta" tra agenti statali e aziende private (per lo più statunitensi) al fine di facilitare le indagini, anche quelle qui in esame. Sono vari i motivi per i quali L'EPOC verrà a costituire uno strumento efficace per la diffusione a livello eurounitario del *geofencing*.

In primo luogo, i dati di localizzazione che potrebbero essere in possesso delle aziende statunitensi (o di altri Paesi terzi) costituiscono espressamente una delle categorie di «dati sul traffico» che possono essere oggetto di tali ordini EPOC e EPOC-PR (art. 3 § 11). Cosicché, la normativa *e-evidence* risulterebbe applicabile per ottenere l'acquisizione transfrontaliera dei dati di localizzazione trattati e conservati dai fornitori che offrono servizi di comunicazione nell'Unione europea.

In secondo luogo, i destinatari di tali ordini non sono più le autorità dello Stato di esecuzione dell'attività investigativa, ma i fornitori che offrono servizi nell'Unione e sono stabiliti in altro Stato membro o, qualora non lo siano, abbiano un rappresentante legale in quello Stato membro, indipendentemente dalla collocazione dei dati (art. 1.1).

In terzo luogo, è da ritenersi che una richiesta giudiziaria dei dati di localizzazione può facilmente integrare i requisiti previsti dall'art. 5 per l'EPOC, come ad esempio la specificazione, da parte dell'autorità emittente, della categoria delle informazioni richieste come definite all'art. 3 §§ 9-12 (art. 5 § 5 lett. *d*); il periodo di tempo coperto dai dati la cui produzione è richiesta (art. 5 § 5 lett. *e*); le ragioni per cui l'ordine europeo di produzione soddisfa le condizioni di necessità e proporzionalità stabilite al § 2 (art. 5 § 5 lett. *i*); oppure una descrizione sintetica del caso (art. 5 § 5 lett. *j*). Come già sottolineato, infatti, l'attività investigativa in questione presuppone da parte degli inquirenti la delineazione preventiva delle coordinate geografiche della zona, nonché il preciso arco temporale ritenuto rilevante ai fini dell'accertamento dei fatti. Pertanto, una richiesta debitamente motivata potrà senz'altro specificare le categorie di dati richiesti.

In quarto luogo, non si può omettere di rilevare come la richiesta di dati di localizzazione tramite EPOC non postuli un iniziale coinvolgimento dell'autorità di esecuzione, circostanza che assicura la rapidità della risposta diretta da parte del fornitore di servizi destinatario del provvedimento e riduce le *chances* che l'autorità di esecuzione invochi un motivo di rifiuto. Infatti, ai sensi dell'art. 8 § 2, la notifica dell'EPOC all'autorità di esecuzione non è necessaria «se, al momento dell'emissione dell'ordine, l'autorità di emissione ha fondati motivi di ritenere che: a) il reato sia stato commesso, sia in atto o sia suscettibile di essere commesso nello Stato di emissione; e b) la persona i

guez, Barcelona, 2024, 219-260; M. De Hoyos Sancho, *La nueva regulación*, cit.; e L. Gómez Amigo, *Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas una regulación que se aproxima*, in *REDE. Revista española de derecho europeo*, 2019, n. 71, 23-55.

cui dati sono richiesti risieda nello Stato di emissione». È quanto il considerando n. 51 del regolamento definisce come «legami forti e sostanziali con lo Stato di emissione» per escludere l'obbligatorietà della notifica all'autorità di esecuzione.

Il *geofencing* si caratterizza proprio per questo: si tratta di informazioni elettroniche localizzate in un altro Stato – o su *server* situati in Stati differenti –, ma riferite a fatti commessi fisicamente nello Stato emittente (rapina a una filiale bancaria, attentato terroristico o disordini pubblici, aggressione sessuale, ecc.), collegate (dati di localizzazione dei dispositivi attivi in tali luoghi) al territorio dello Stato emittente e riguardanti persone (i presunti autori e, eventualmente, le vittime) in relazione alle quali emergano legami tali da consentire di ritenere che si trovino in quel determinato Stato.

VI. Conclusioni.

Gli ordinamenti spagnolo e italiano sono andati incontro a un'evoluzione giuridica e giurisprudenziale piuttosto similare là dove si è trattato di fare i conti con attività investigative di sorveglianza e di monitoraggio basate sull'impiego di strumenti tecnici innovativi. Inoltre, in entrambi i Paesi la dottrina si è dimostrata particolarmente critica nei confronti di determinati orientamenti pretori, anche alla luce dei principi espressi dalla Corte di giustizia in materia di cessione dei dati di traffico conservati presso gli operatori di telefonia.

Tuttavia, la comparsa di una specifica tipologia di dati di traffico, come i dati di localizzazione, e l'emergere di numerosi servizi digitali basati sulla localizzazione dei dispositivi, non solo ha accresciuto l'interesse dei fornitori di servizi (e non delle tradizionali compagnie telefoniche) nella conservazione e utilizzazione dei dati di localizzazione, ma ha anche aperto un nuovo scenario sul piano investigativo, in cui i "giganti tecnologici" svolgono un ruolo essenziale nell'ottenimento di prove quantomai rilevanti.

Di fronte all'accresciuto potere delle aziende, a livello sovranazionale si è guardato sempre più con interesse alla collaborazione pubblico-privato, collaborazione consistente in specifici doveri di raccolta, conservazione e trasmissione di dati alle autorità *law enforcement*, con la previsione di specifici doveri di segnalazione di condotte illecite legate all'utilizzo dei servizi offerti. Fino ad arrivare alla mesa a punto di forme di «cooperazione diretta» delle aziende con le autorità statali.

Per assicurare l'efficacia della cooperazione penale in materia di acquisizione transfrontaliera di prove, anche l'Unione europea ha compreso che la chiave non risiedesse tanto nella collocazione delle informazioni, quanto semmai nella loro fonte: i dati, indipendentemente dal luogo in cui sono conservati o dalla giurisdizione in cui ha sede l'azienda che li gestisce, derivano da comportamenti umani posti in essere nello spazio europeo e, pertanto, devono risultare accessibili alle autorità che vi afferiscono. In altre parole, queste informazioni elettroniche generano ingenti benefici economici per le

aziende di servizi digitali, che monetizzano le informazioni raccolte sul suolo europeo a prescidere dalla loro nazionalità o dalla presenza di sedi, personale o infrastrutture in Europa.

Così come i concetti di "*doing business*" e "*directed activity*" furono fondamentali nella reinterpretazione delle competenze giurisdizionali civili internazionali in materia di contrattazione elettronica[76], questa inedita prospettiva concernente il luogo di raccolta delle informazioni digitali consente di giustificare le innovazioni introdotte a livello eruounitario in materia di acquisizione transfrontaliera di prove elettroniche con il "pacchetto *e-Evidence*", che va addirittura oltre il *CLOUD Act* americano. Quest'ultimo, infatti, riguarda esclusivamente i fornitori di servizi con sede negli Stati Uniti, mentre il pacchetto europeo si estende a qualunque fornitore di servizi operante sul mercato europeo, indipendentemente dalla sua sede principale.

L'applicabilità del regime contenuto nel "pacchetto *e-Evidence*" all'esecuzione dell'attività investigativa qualificabile come *geofencing* può costituire il passo decisivo per massimizzare la risposta dello Stato di fronte alla commissione di fatti da parte di ignoti. In tal modo, le autorità statali di qualsiasi Stato membro (comprese quelle spagnole e italiana) potranno ottenere rapidamente i dati di localizzazione e identificativi dei dispositivi presenti sulla scena di un crimine commesso entro i propri confini, anche se tali dati sono conservati e trattati da fornitori di servizi con sede presso giurisdizioni estere.

La comunicazione diretta tra le autorità dello Stato emittente e i fornitori di servizi digitali che gestiscono i dati di localizzazione è suscettibile di incrementare ancor più l'efficacia delle attività investigative oggetto di analisi.

[76] Per tutte, v. CGUE, 7 dicembre 2010, *Pammer* e *Hotel Alpenhof*, C-585/08 e C-144/09.

ONORE E PREGIUDIZIO: SUL DIFFICILE BILANCIAMENTO TRA IL DIRITTO-DOVERE DI CRONACA GIUDIZIARIA E IL PRINCIPIO DI PRESUNZIONE D'INNOCENZA*

Francesca Rocchi**

Sommario: 1. Il divieto di pubblicazione delle ordinanze che applicano misure cautelari personali: "legge-bavaglio" o "anti-gogna mediatica"? – **2.** Il primario obiettivo di rafforzare la presunzione d'innocenza e i mezzi posti in campo per attuarlo. – **3.** Il labile confine, nella cronaca giudiziaria, tra verità ed interpretazione diffamante della notizia. – **4.** La necessaria differenziazione tra cronaca giudiziaria e "giustizia mediatica". – **5.** Conclusioni.

ABSTRACT

Il saggio analizza il delicato bilanciamento tra il diritto-dovere di cronaca giudiziaria e il principio di presunzione d'innocenza, alla luce delle recenti modifiche normative introdotte dal d.lgs n. 198/2024, che vieta la pubblicazione integrale o per estratto delle ordinanze applicative di misure cautelari personali fino alla conclusione delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare. L'autrice esamina le opposte valutazioni emerse nel dibattito pubblico, tra chi considera la norma una "legge-bavaglio" e chi la ritiene una "legge anti-gogna mediatica", evidenziando le implicazioni costituzionali e i limiti effettivi della nuova disciplina. Il saggio approfondisce il rischio che la cronaca giudiziaria, privata del testo integrale degli atti, si trasformi in interpretazione soggettiva e diffamante, con possibili danni sia per la presunzione di innocenza dell'indagato sia per la corretta informazione dell'opinione pubblica. Viene inoltre sottolineata la differenza tra cronaca giudiziaria e "giustizia mediatica", e si evidenzia come la nuova norma rischi di restare di valore simbolico, senza apportare reali benefici in termini di tutela dei diritti fondamentali.

The essay analyzes the delicate balance between the right-duty of judicial reporting and the principle of presumption of innocence, in light of the recent legislative changes introduced by Legislative Decree No. 198/2024, which prohibits the full or partial publication of orders applying preventive detention measures until the conclusion of preliminary investigations or the preliminary hearing. The author examines the opposing views that have emerged in public debate, between those who consider the rule a "gag law" and those who see it as an "anti-media law", highlighting the constitutional implications and the actual limits of the new regulation. The essay delves into the risk that judicial reporting, deprived of the full text of the acts, may turn into subjective and defamatory interpretation, potentially harming both the presumption of

---

* Con il consenso dei curatori, pubblichiamo in allegato il contributo che è destinato agli Scritti in onore del Prof. Stelio Mangiameli, Emerito di Diritto Costituzionale dell'Università di Teramo, AA.Vv., *Stato Diritti Autonomie Europa. Scritti in Onore di Stelio Mangiameli*, a cura di L. Barbieri, E. Gianfrancesco, M. Michetti, G. Saraceni, in corso di pubblicazione.

** Professoressa associata di Diritto Penale Università degli studi di Teramo.

innocence of the accused and the proper information of public opinion. It also emphasizes the difference between judicial reporting and "media justice," and points out how the new rule risks remaining merely symbolic, without bringing real benefits in terms of protection fundamental rights.

1. Il divieto di pubblicazione delle ordinanze che applicano misure cautelari personali: "legge-bavaglio" o "anti-gogna mediatica"?

Dopo un'ampia discussione parlamentare, all'inizio di quest'anno è entrato in vigore il d.lgs n. 198/2024[1], che ha dato attuazione al principio e criterio direttivo contenuto all'art. 4 della L. 21 febbraio 2024, n. 15, intitolata "*Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2022-2023*", introdotta nell'ottica di completare il percorso di adeguamento alla Direttiva n. 2016/343/UE, che si occupa del rafforzamento di alcuni aspetti relativi alla presunzione di innocenza e al diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali[2]. Con questa norma si delegava il Governo a prevedere una modifica al regime di pubblicabilità, col mezzo della stampa ovvero con ulteriore mezzo di diffusione, degli atti del procedimento penale, introducendo il divieto di pubblicazione integrale o per estratto del testo delle ordinanze applicative della custodia cautelare fintantoché non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare, novellando l'art. 114 c.p.p.

Questo provvedimento, nelle cronache politiche, a seconda dello schieramento ideologico o della categoria professionale di appartenenza, è stato accolto da opposte valutazioni: da un lato, da parte dei giornalisti, è stato molto criticato e ribattezzato come "legge-bavaglio", incentrando l'attenzione sui presunti limiti che introdurrebbe tale legge al diritto, costituzionalmente tutelato, di informazione, *sub specie* di diritto di cronaca giudiziaria[3]; dall'altro lato, al contrario, è stato salutato con favore, soprattutto da parte

[1] D.lgs 10 dicembre 2024, n. 198 "Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali", pubb. in G.U. n.300 del 23-12-2024, entrato in vigore il 07 gennaio 2025.

[2] P. Ferrua, *La direttiva europea sulla presunzione di innocenza e i provvedimenti cautelari*, in *www.ilpenalista.it*; G. Baccari, *Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione d'innocenza dell'imputato*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, 2; R. Casiraghi, *Informazione giudiziaria, processo mediatico e imparzialità del giudice*, in *Arch. pen.*, 2021, 3; M. Castellaneta, *L'attuazione della direttiva sulla presunzione d'innocenza: atto dovuto o occasione per limitare la libertà di stampa?*, in *Media-Laws* online; C. Valentini, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE*: per aspera ad astra, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 6; R. Orlandi, *La giustizia nel gioco di specchi dell'informazione. Regole processuali e rifrazioni deformanti*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3.

[3] Così, ad es., nel *il Fatto Quotidiano*, *https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/02/25/assassini-senza nome-cronisti-denunciati-fonti-mute-cosi-il-bavaglio-cartabia-ha-distrutto-linformazione-con-la-scusa della-presunzione-dinnocenza/7071597/*.

degli operatori del diritto, appellandolo come "legge anti-gogna", ritenendolo un rimedio necessario – ma, come vedremo, non sufficiente – a ridurre l'odioso fenomeno della c.d. "giustizia mediatica", che spesso tende a trasformarsi appunto in una vera e propria "gogna mediatica"[4].

Come si comprende già dagli appellativi attribuiti "giornalisticamente" a questo provvedimento, infatti, intorno a questo complesso tema, ruotano diverse connesse tematiche giuridiche, tutte collegate a diritti di rango costituzionale, tanto cari al Professore Stelio Mangiameli, che vogliamo onorare in questi scritti[5].

Esse attengono strettamente ai legami e dunque al delicato bilanciamento tra il principio di non colpevolezza (art. 27, co. 2 Cost.) e la libertà di informazione (art. 21 Cost.), *sub specie* di cronaca giudiziaria[6], che ha come limiti proprio la tutela dell'onore e della reputazione degli individui, anche se coinvolti in un procedimento penale, che vengono garantiti addirittura a livello penale attraverso il delitto di diffamazione (art. 595 c.p.)[7] e che si pongono proprio come limiti al pur legittimo esercizio del diritto di cronaca e di critica[8].

Tali principi, d'altronde, sono garantiti dalla nostra Costituzione e dalle diverse Carte europee dei diritti, perché, a loro volta, si pongono a garanzia, in via mediata, di altri diritti fondamentali, individuali e/o collettivi, quali, da un lato, la corretta amministrazione della giustizia penale (101 Cost.), il giusto processo, che si attua anche attraverso il diritto ad avere un giudice imparziale e neutrale (art. 111, co. 2 Cost.), che deve poter essere messo nelle condizioni di esercitare liberamente il suo convincimento (c.d. "*virgin mind*"),

---

4 Così nel settimanale *Il Dubbio*, *https://www.ildubbio.news/giustizia/decreto-anti-gogna-alla fine-il-governo-sceglie-la-soluzione-soft-l33ytgjj*.

5 Tra le moltissime opere del Professore Stelio Mangiameli, qui si vuole ricordare in particolare il testo, adottato in uno dei Suoi corsi di studi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Teramo: S. Mangiameli, *I diritti costituzionali: dallo Stato ai processi di integrazione*, Torino, 2020, *passim*.

6 Cfr. C. Cupelli, *Il bilanciamento tra diritto di cronaca e dignità della persona: la dis-informazione giudiziaria e l'ingiustizia mediatica*, in *Dir. Pen. proc.*, 2024, 409 ss.

7 Sul delitto di diffamazione, ed in particolare sull'evoluzione storica del bene giuridico dell'onore e della reputazione, v., per tutti, diffusamente, A. Visconti, *Reputazione, dignità, onore. Confini penalistici e prospettive politico-criminali*, Torino, 2018, *passim*.

8 G. Bettiol, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà del pensiero*, Padova, 1966; G. Delitala, *I limiti giuridici alla libertà di stampa*, in *Raccolta degli scritti*, II, Milano, 1976; E. Musco, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974; P. Nuvolone, voce *Cronaca* (libertà di), in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 421; G. Insolera, *Il diritto di cronaca giudiziaria e i suoi limiti*, in *Criminalia*, 2009. Più di recente, in argomento, v. i contributi contenuti in Aa.Vv., *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al «processo mediatico»*, a cura di N. Triggiani, Bari, 2022, *passim*, dove in prospettiva interdisciplinare si analizzano le complesse problematiche relative al rapporto tra processo penale e informazione, evidenziando l'attrito tra libertà di cronaca e altri valori costituzionali (amministrazione della giustizia, presunzione di non colpevolezza, diritto di difesa, riservatezza, ecc.).

collegato al diritto di difesa dell'indagato o imputato (artt. 2, 24, 27 Cost.)[9], così come alla tutela dei testimoni e delle stesse persone offese dal reato.

Dall'altro lato, la libertà di informazione da parte degli organi di stampa (art. 21 Cost.), che, lungi dall'esprimere un mero diritto individuale, è stata ormai elevata a strumento di controllo democratico in uno Stato di diritto da parte dell'opinione pubblica, specie laddove riguardi il corretto esercizio dell'azione giudiziaria[10].

Il bilanciamento tra presunzione di innocenza dell'imputato e diritto all'informazione costituisce, d'altronde, da sempre, un tema controverso della giustizia penale[11].

Con queste brevi riflessioni, pertanto, ci prefiggiamo l'intento di indagare se la misura appena entrata in vigore sia uno strumento necessario ed effettivo per tutelare i molteplici diritti costituzionali in gioco, primo fra tutti quello di informare correttamente l'opinione pubblica ovvero, al contrario, come ritengono gran parte degli organi di stampa, possa addirittura metterli a rischio.

2. Il primario obiettivo di rafforzare la presunzione di innocenza e lo strumento messo in campo per attuarlo.

Sebbene il contenuto della Dir. n. 2016/343/UE fosse stato in larga parte già recepito, a livello interno, con il D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 188 – benché in ritardo rispetto al termine indicato (1° aprile 2018)[12] –, l'attuale esecutivo, con la legge di delegazione europea relativa agli anni 2022-2023, ha ritenuto

[9] O. Mazza, *Presunzione di innocenza e diritto di difesa*, in Aa.Vv., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea. Atti del convegno. Milano, 24-26 ottobre 2014*, Milano, 2014.

[10] Il diritto costituzionale di cronaca (art. 21 Cost.) è stato, d'altronde, definito anche dalla Corte di Strasburgo come la "pietra angolare del sistema democratico" (Corte EDU 24 aprile 1979, *Sunday Times* c. Regno Unito), in quanto principio connaturato ad uno stato di diritto, caratterizzato dalla separazione tra poteri, nel quale i mezzi di informazione costituiscono l'unico strumento di controllo dell'opinione pubblica sull'esercizio del potere. Detto diritto va coordinato con altri diritti tutelati dalla Costituzione e dalle Convenzioni internazionali come la segretezza processuale e la presunzione di innocenza, con la conseguenza che i rapporti fra giustizia ed informazione necessitano di un ragionevole bilanciamento di valori confliggenti. Cfr., per tutti, F. Palazzo, *Note sintetiche sul rapporto tra giustizia penale e informazione giudiziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 3.

[11] L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 559 ss.

[12] Con tale provvedimento, è stato previsto, infatti, non soltanto un articolato sistema di tutele del diritto dell'indagato o dell'imputato a non essere indicato "pubblicamente come colpevole" finché non ne sia definitivamente accertata la responsabilità penale, ma anche nuove modalità di gestione del rapporto tra giustizia e informazione, sia nella c.d. comunicazione giudiziaria extraprocessuale (con la previsione di apposite conferenze stampa), sia attraverso garanzie specificamente intraprocessuali, rilevanti quali parametri di redazione degli atti e di continenza espressiva degli stessi (cfr. nuovo art. 115-*bis*). *Ex plurimis*, cfr. G. Giostra, *Un catechismo per atei. Una prima lettura del d.lgs n. 188 del 2021*, in *MediaLaws*, 2022, 1; M. Castellaneta, *L'attuazione della direttiva sulla presunzione d'innocenza: atto dovuto o occasione per limitare la libertà di stampa*?, *ivi*, 2022, 74 ss.

opportuno aggiungere un ulteriore tassello al percorso sinora intrapreso, col chiaro intento di porre fine alla pubblicazione sulla stampa del *testo* delle ordinanze cautelari, ravvisando la necessità di «assicurare l'effettivo rispetto dell'articolo 27 comma secondo della Costituzione, per il quale, fino a che non vi è una condanna definitiva, anche nel caso di un soggetto sottoposto a indagine, non si può essere considerati colpevoli»[13].

Occorre ricordare che la presunzione "di non colpevolezza" di impianto nazionale (art. 27 Cost.) e la presunzione "di innocenza" di derivazione europea (artt. 6 § 2 CEDU, 48 CDFUE, 14 § 2 Patto internazionale sui diritti civili e politici, 11 Dich. Univ. Dir. uomo, Dir. n. 2016/343/UE), oltre a distinguersi per il nome, si differenziano anche nel loro contenuto. Mentre la Costituzione (art. 27) si concentra sul divieto di "considerare" colpevole l'imputato fintantoché non vi sia una condanna definitiva, la Dir. 2016/343/UE, oltre a rimarcare lo stesso concetto (art. 3), sottolinea anche la necessità di evitare la "presentazione" in pubblico dell'imputato come colpevole (artt. 4 e 5) per poi declinare ulteriori forme di garanzia: far gravare sulla pubblica accusa l'onere di provare la colpevolezza degli indagati e degli imputati (art. 6) e riconoscere a questi ultimi il diritto al silenzio e alla non autoincriminazione (art. 7)[14].

Gli Stati membri dell'Unione europea sono, quindi, tenuti ad adottare misure idonee a garantire che, nelle *dichiarazioni pubbliche* da parte delle autorità procedenti, non ci si riferisca alla persona indagata o imputata come colpevole e tra queste "dichiarazioni" rientrano anche le notizie diffuse col mezzo della stampa, poiché, non è possibile «sottovalutare il ruolo svolto dalla notizia intesa come "sanzione atipica"», posto che «informare l'opinione pubblica in ordine ad un determinato processo significa [...] produrre nel contesto sociale possibili effetti pregiudizievoli nei confronti dell'imputato»[15].

Considerando che le ordinanze applicative delle misure cautelari (art. 292 c.p.p.) spesso recepiscono il contenuto di atti di indagine (ad es. intercettazioni di comunicazioni o di conversazioni), è facile comprendere come la divulgazione dell'intera ordinanza, o di frammenti della stessa, possa arrecare un effettivo pregiudizio alla presunzione di innocenza dell'indagato, o già imputato, facendolo percepire all'opinione pubblica come un soggetto colpevole, prima che egli possa esercitare il suo diritto di difesa in sede di interrogatorio di garanzia o nell'eventuale riesame, che potrebbe condurre all'attenuazione o alla revoca della misura.

Occorre ricordare, inoltre, che l'art. 114, co. 2, c.p.p., nella sua versione originaria, già vietava, in linea generale, la pubblicazione, anche parziale, di tutti gli atti (di indagine) non più coperti dal segreto fino al momento della conclusione delle indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza prelimi-

[13] Cfr. Relazione illustrativa nel dossier di accompagnamento alla legge di delegazione europea 2022-2023, dell'8 gennaio 2024, p. 36, in *www.senato.it*.

[14] Dagli artt. 4 e 5 Dir. 2016/343/UE, ad es., discende, in concreto, il non condurre l'imputato in manette, e in generale il non presentarlo in "tenuta carceraria".

[15] P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 159.

nare. Solo a partire dalla riforma Orlando, con l'art. 2, co. 1, lett. b), d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, è stata, invece, introdotta una postilla per effetto della quale facevano eccezione alla regola della non pubblicabilità le ordinanze applicative delle misure cautelari di cui all'art. 292 c.p.p.[16].

Il d.lgs. n. 198/2024 si pone dunque in controtendenza rispetto a quella modifica apportata dalla riforma Orlando, sopprimendo al co. 2 dell'art. 114 c.p.p. l'interpolazione introdotta da quest'ultima («fatta eccezione per l'ordinanza indicata dall'articolo 292») e introducendo un nuovo comma 6-*ter*, con il quale non si vieta la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto, così come previsto al co. 7, che resta immutato, bensì si vieta la pubblicazione del *testo integrale* o *per estratto* delle «*ordinanze che applicano misure cautelari personali* fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare»[17].

Il primo aspetto maggiormente evidente della contraddittorietà di questo provvedimento rispetto al fine enunciato è che tale divieto è stato posto solo fino alla chiusura della fase delle indagini preliminari, o dell'udienza preliminare, anche se ovviamente il principio di presunzione di non colpevolezza dovrebbe essere garantito fino alla condanna definitiva[18].

Gli atti che la norma vieta di pubblicare – per intero o per estratto[19] – si potranno, infatti, comunque pubblicare appena dopo il decreto di rinvio a giudizio, che come noto non determina affatto una pronuncia di colpevolezza, bensì solo l'avvio del contraddittorio tra le parti in dibattimento, ed è anzi in tale contesto che dovrebbe essere maggiormente tutelato il libero convincimento del giudice, introducendo così una evidente contraddizione e incoerenza rispetto al fine enunciato, poiché si corre il rischio di veicolare alla pubblica opinione il messaggio che con il decreto di rinvio a giudizio cessi forse la presunzione di innocenza[20].

---

16 V. F. Porcu, *Pubblicità e segretezza nel processo penale*, Milano, 2019, 235 s.

17 In relazione a questo continuo *revirement* del legislatore italiano, in tema di pubblicabilità di atti del procedimento non coperti da segreto, cfr. L. Filippi, *Ma quale presunzione di innocenza?*, in *Pen. dir. proc., on line*, 13 gennaio 2025, il quale, a ragione, parla di "una storia di ordinaria schizofrenia legislativa".

18 L. Filippi, *op. cit.*

19 Come sottolineato da L. Giordano, *Il divieto di pubblicazione delle ordinanze che applicano misure cautelari personali in G.U.*, in *Il Quot. Giur.*, 24 dicembre 2024, nonostante il nuovo testo dell'art. 114, non abbia riportato la locuzione "*integrale o per estratto*" contenuta nella legge delega, ma quella "*ordinanze che applicano misure cautelari personali*", deve intendersi che «il legislatore abbia voluto riferire il divieto di pubblicazione tanto all'intero atto, quanto a parti dello stesso. In ambito processuale, del resto, l'estratto è una riproduzione parziale del testo dell'atto (argomentando dall'art. 171 c.p.p.). Non pare dunque che siano prospettabili distinzioni tra "pubblicazione parziale" e "pubblicazione per estratto". L'alternativa sarebbe quella di ritenere non rispettata la delega sotto questo aspetto. Il divieto di pubblicazione, invece, sembra investire i brani "virgolettati" dell'ordinanza, cioè, le parti del provvedimento testualmente riprodotti».

20 M. Colamussi, *Il libero convincimento del giudice tra divieto di pubblicazione degli atti e diritto all'informazione*, in *Proc. Pen. Giust.*, 2021, 279 ss.

Inoltre, analizzando il complesso *iter* parlamentare che ha portato all'approvazione di tale provvedimento, occorre rilevare che le Commissioni di Camera e Senato, nei due pareri, pressocché identici, approvati il 15 ottobre al Senato e il 16 ottobre 2024 alla Camera, avevano chiesto al Governo di valutare ulteriori interventi correttivi dello Schema di decreto legislativo in esame sotto due profili. Da un lato, l'estensione di tale divieto a tutte le misure cautelari, non solo a quelle di carattere personale, bensì anche a quelle reali, come i decreti di sequestro o perquisizione, nonché alle ordinanze del riesame contro la custodia cautelare, ma anche ai provvedimenti meno restrittivi, come il divieto di espatrio, l'obbligo di dimora, e alle misure interdittive, come la sospensione dall'esercizio di un ufficio pubblico. Tutti quei provvedimenti, cioè, si legge nei pareri, che, se pubblicati, «producono analoghi effetti sovrapponibili a quelli della sola ordinanza di custodia cautelare»[21].

Dall'altro lato, le Commissioni richiedevano un ripensamento complessivo del sistema sanzionatorio posto a presidio di tale divieto, di modo da conferire effettività allo stesso, vista la sistematica violazione del medesimo: tanto alla luce della sperimentata ineffettività della attuale sanzione penale che presidia la violazione del divieto di pubblicazione, dettata dalla fattispecie contravvenzionale delineata dall'art. 684 c.p. (che si risolve nella possibilità di estinguere il reato attraverso l'oblazione con il versamento di una somma irrisoria), quanto dell'illecito disciplinare, raramente perseguito, previsto dall'art. 115 c.p.p. a carico degli impiegati dello Stato o di persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato. Sempre sotto tale profilo, inoltre, i parlamentari chiedevano di prevedere altresì l'estensione dell'elenco delle persone sanzionabili oltre ai giornalisti e ai direttori, facendo ricorso al d.lgs. n. 231/2001 sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, estendendo la responsabilità in caso di violazione del divieto di cui all'art. 114 c.p.p., anche agli editori.

Sotto il primo profilo, tuttavia, il d.lgs. n.198/2024 ha parzialmente disatteso le osservazioni delle Commissioni parlamentari, dal momento che il divieto di pubblicazione è stato esteso in sede di attuazione alle sole *misure cautelari personali*, restando escluse, invece, le misure cautelari reali, come il sequestro, le cui motivazioni si prestano, tuttavia, al pari di quelle personali, ad una distorta rappresentazione mediatica, sotto il profilo della violazione della presunzione di innocenza. Anzi proprio l'estensione alle ordinanze applicative di tutte le misure cautelari personali (comprese quelle dunque non custodiali, come l'obbligo di dimora, etc.) potrebbe far sospettare della costituzionalità della norma sotto il profilo di un eccesso di delega *ex* art. 76 Cost., perché nel testo di legge di delegazione si parlava della sola "custodia cautelare", mentre il divieto di pubblicazione integrale viene ora esteso a *tutte* le ordinanze delle misure cautelari personali. Sospetto che, tuttavia, a noi sembra poter essere superato attraverso un'interpretazione sistematica,

[21] Cfr. Legislatura 19ª-2ª Commissione permanente-Resoconto sommario n. 195 del 15/10/2024.

costantemente utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale, e teleologicamente orientata rispetto alla *ratio* di tutela del principio costituzionale di presunzione di non colpevolezza che sembra poter prevalere, in questa fase processuale così *temporalmente limitata*, nel doveroso bilanciamento con l'altro diritto-dovere di cronaca giudiziaria.

Anche il secondo suggerimento avanzato dalle Commissioni parlamentari in sede di discussione non è stato recepito, in quanto non sono state previste sanzioni diverse da quelle già contemplate nel sistema, sia sotto il profilo penale, in forza del combinato disposto degli art. 114, 329 c.p.p. e 684 c.p., sia sotto il profilo disciplinare *ex* art. 115 c.p.p., e che restano, come noto, spesso disapplicate o comunque inefficaci.

L'effettività di questo nuovo divieto rischia dunque di restare solo sulla carta visto che non risulta presidiata da nessuna effettiva e proporzionata sanzione in caso di prevedibile sua violazione. Probabilmente, come proposto in sede consultiva, solo la previsione di una responsabilità amministrativa *ex* d.lgs. 231/2001 in capo all'editore, che si affiancasse al reato di pubblicazione arbitraria (art. 684 c.p.) o di rivelazione del segreto d'ufficio (art. 326 c.p.), sarebbe stata in grado di imporre modelli organizzativi virtuosi all'impresa giornalistica.

3. Il labile confine nella cronaca giudiziaria tra verità ed interpretazione diffamante della notizia.

Il nuovo co. 6-*ter* dell'art. 114 c.p. introdotto dal legislatore italiano per "rafforzare la presunzione di innocenza dell'imputato", non sembra perciò pienamente adeguato al raggiungimento delle, pur nobili, finalità avute di mira, rischiando di restare una norma di valore prevalentemente simbolico, se non addirittura – in uno scenario ancora peggiore – divenire incentivo, o strumento per ledere l'onore e la reputazione di coloro i quali siano semplicemente indagati in un procedimento penale, violando ancora più palesemente, di quanto non avvenga già, la presunzione di innocenza.

Va chiarito, infatti, che la nuova formulazione dell'art. 114 c.p.p., vieta la pubblicazione, *integrale* o *per estratto*, del *testo* del provvedimento, ma non impedisce la possibilità di pubblicare la *notizia* dell'avvenuta applicazione della misura cautelare portandola a conoscenza dell'opinione pubblica a mezzo stampa *interpretandola* e facendone un *riassunto*[22].

Il giornalista, avendo il diritto-dovere di rendere nota la notizia "del fatto" dell'applicazione della misura cautelare, sarà costretto a *parafrasare* o a *riassumere* il contenuto del provvedimento cautelare, senza il supporto motivazionale ed argomentativo "dell'atto" (ovviamente non coperto dal segreto istruttorio), essendo così indotto a fare leva su alcuni aspetti che possono suscitare una maggiore eco mediatica, e che, dunque, potrebbero arrecare

[22] G. Spangher, *La "legge bavaglio": tra luci, ombre e dibattiti,* in *Altalex*, 10 gennaio 2024.

un maggiore *vulnus* alla presunzione di innocenza rispetto a quello derivante dalla trascrizione del testo integrale del provvedimento.

La forza persuasiva di un documento dell'autorità giudiziaria è incomparabilmente superiore alle *sintesi* cui saranno costretti i giornalisti, che inevitabilmente saranno soggettive[23]. Il discrimine fra pubblicazione testuale dell'"atto" e del "suo contenuto" è molto sottile e si presta a facili aggiramenti, con il conseguente rischio anche per i giornalisti di essere maggiormente esposti a denunce per diffamazione, sia nell'ipotesi nella quale un indagato venga, dolosamente, presentato come colpevole per interessi particolari del giornalista o dell'editore, sia nell'ipotesi in cui, involontariamente, il giornalista male interpreti l'ordinanza e ne colga un senso di colpevolezza in realtà inesistente[24].

In questo senso il danno per l'indagato o imputato potrebbe essere addirittura maggiore, come maggiore potrebbe essere il danno per il cittadino-lettore, o potenziale vittima, che verrebbe privato di elementi essenziali per formarsi una corretta informazione[25].

---

[23] In caso di cronaca giudiziaria, la giurisprudenza considera senz'altro veritiera la notizia di stampa che rispecchia fedelmente il contenuto del provvedimento emesso dall'autorità procedente, v. Cass. pen., Sez. V, 11 maggio 2012, n. 39505, in *Cass. pen.*, 2014, 552.

[24] Così, chiaramente, già M. Fumo, *La diffamazione mediatica*, Torino, 2012, 312: «Stretto, allora, tra la morsa di certa giurisprudenza – che pretende fedeltà assoluta tra atto e suo contenuto, come divulgato – e della legge – che vieta, in alcuni casi, (...) la pubblicazione degli atti, fino alla conclusione della fase delle indagini – il giornalista deve scegliere se violare la legge, pubblicando gli atti o sfidare la fortuna, riassumendone (e interpretandone) il contenuto. A lui, insomma, si chiede, in questo caso, di essere un notaio, ma un notaio che non può citare atti scritti. L'incongruenza è patente; il paradosso e l'ipocrisia anche».

[25] Sul delicato confine tra responsabilità civile per diffamazione a mezzo stampa e cronaca giudiziaria in caso di erronea attribuzione della qualità di "imputato" anziché di "indagato" (ovvero di un fatto diverso da quello per cui si indaga), di recente, v. la pronuncia delle Cassazione Civile, Sez. Un., 18 maggio 2025, n. 13200, con la quale, dirimendo un contrasto sorto in seno alle Sezioni civili e penali della Cassazione hanno affermato il seguente principio di diritto: «in tema di diffamazione a mezzo stampa, l'esimente del diritto di cronaca giudiziaria, qualora la notizia sia mutuata da un provvedimento giudiziario, non è configurabile ove si attribuisca ad un soggetto, direttamente o indirettamente, la falsa posizione di "imputato", anziché di "indagato" (anche per essere riferita un'avvenuta richiesta di rinvio a giudizio, in luogo della reale circostanza della notificazione dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415-*bis* c.p.p.) e/o un fatto diverso nella sua struttura essenziale rispetto a quello per cui si indaga, idoneo a cagionare una lesione della reputazione (come anche nel caso di un reato consumato in luogo di quello tentato), salvo che il giudice del merito accerti che il contesto della pubblicazione sia tale da mutare, in modo affatto chiaro ed inequivoco, il significato di quegli addebiti altrimenti diffamatori». Quanto all'erronea rappresentazione della falsa posizione di "imputato" anziché di "indagato" – si legge nella sentenza – «la differenza tra i due *status*, in termini giuridici, è significativa, riverberandosi sulla percezione sociale del grado di probabilità del coinvolgimento del soggetto che ne è titolare nel reato che gli viene addebitato. Non si può, quindi, relegare, di per sé e in astratto, una infedeltà narrativa di tale portata all'ambito della mera marginalità, attribuendole impropriamente neutralità ai fini del riconoscimento del carattere diffamatorio della notizia propalata. Ne deriva che i due atti non sono confondibili e non possono essere impropriamente sovrapposti». Simili inesattezze – proseguono le Sezioni Unite – «rendono inevitabilmente la narrazione non

Due sono, infatti, le principali obiezioni mosse contro queste iniziative legislative di "contenimento" degli organi di informazioni riguardo la cronaca giudiziaria, che in certo senso possono ritenersi condivisibili, a loro volta, sotto un profilo di politica criminale.

La prima concerne il fatto che, a parere dei giornalisti, limitando la libertà di stampa, si danneggerebbero anche le vittime di reati quali, ad esempio, gli stupri i maltrattamenti, che tendenzialmente restano spesso in silenzio, per il timore di non essere credute o ascoltate[26]. La narrazione di casi giudiziari, attraverso la trascrizione integrale dell'ordinanza, con i particolari in essa richiamati, possono, con molta probabilità, convincere altre vittime di questi odiosi reati a denunciare; a non avere paura di non essere credute, ma, al contrario, a far emergere altri illeciti, che altrimenti rimarrebbero sommersi, come nell'ipotesi nelle quali le vittime siano state drogate, proprio per rendere loro particolarmente difficile ricordare i dettagli del *modus operandi* dell'autore.

La seconda obiezione è quella che rivela come una corretta informazione potrebbe comportare una maggiore tutela nei confronti dello stesso indagato, laddove la pubblicazione degli atti originali faccia per ipotesi emergere eventuali abusi da parte degli stessi organi investigativi, che invece sarebbero celati da tali limitazioni, impedendo ai giornalisti di svolgere il ruolo fondamentale, da tempo ormai loro assegnato dalla giurisprudenza della Corte EDU, di "cani da guardia del potere politico"[27].

Sembra infatti interessante rilevare come anche la Commissione europea, interrogata sulla compatibilità con il diritto europeo di questo divieto, oltre ad evidenziare che «il divieto di pubblicare la totalità o parte del testo delle ordinanze di custodia cautelare *è limitato nel tempo*, in quanto durerebbe solo fino al termine delle indagini preliminari e non impedisce ai giornalisti di parafrasare o riassumere il contenuto di tali ordinanze», ha, altresì, puntualizzato di essere stata informata delle «preoccupazioni dei giornalisti relative al

aderente al vero, inficiando l'autenticità del dato informativo e distorcendo l'opinione pubblica circa il grado di probabilità del coinvolgimento del soggetto, al quale la notizia si riferisce, nel reato contestatogli. In tal guisa, viene gettato su di lui un immotivato discredito, compromettendone la reputazione e l'immagine sociale».

[26] Si pensi al movimento del c.d. "#MeToo", che costituisce un fenomeno globale nato per sensibilizzare l'opinione pubblica sulle molestie sessuali e la violenza di genere, diventando virale nel 2017, quando l'attrice Alyssa Milano ha incoraggiato le persone a condividere le proprie esperienze di molestie sui *social media* utilizzando l'hashtag #MeToo, in seguito alle accuse contro il produttore cinematografico Harvey Weinstein.

[27] Emblematica, tra molte, la presa di posizione della Corte EDU, nella sentenza C. eur., Sez. III, 7.6.2007, n. 1914, D. e altro c. Francia, in *Cass. pen.*, 2008, 2, 812, nota di Filippi, con la quale ha riconosciuto la violazione dell'art. 10 CEDU – che sancisce il diritto alla libertà di espressione – nel caso in cui un giornalista sia condannato in sede penale per la pubblicazione di materiale coperto dal segreto istruttorio, qualora la divulgazione di tale materiale non possa arrecare un effettivo pregiudizio né all'amministrazione della giustizia, né alla presunzione di innocenza dell'interessato, e serva a fornire – nel rispetto dell'etica professionale – informazioni affidabili e precise, su una vicenda di interesse generale, che abbia formato oggetto di ampia copertura mediatica, e, quindi, sia sostanzialmente già nota.

rischio di *cause di diffamazione* che potrebbero sorgere in caso di riformulazioni errate di tali ordinanze», aggiungendo che continuerà a «seguire con attenzione gli sviluppi al riguardo»[28].

4. La necessaria differenziazione tra cronaca giudiziaria e "giustizia mediatica".

Ciò che, a nostro avviso, infatti, mette maggiormente a rischio il principio della presunzione di innocenza non è la pubblicazione di atti di indagine, che per definizione, viste le fonti dalle quali provengono, soddisfano *ex se* tutti i canoni richiesti dalla Corte di Cassazione (verità, pertinenza e continenza), perché possa attivarsi la scriminante dell'esercizio del diritto di cronaca *ex* art. 51 c.p., in combinato con l'art. 21 Cost., quanto l'altra forma di cronaca giudiziaria, meglio definita appunto di "intrattenimento giornalistico", che tratta la notizia in modo sensazionalistico, con quella forma di "spettacolarizzazione", che poco ha a che vedere con la professione del giornalista, che persegue l'*audience*, che ricerca anche lo scandalo, nell'ottica del c.d. *share*, perché può essere di maggiore impatto e diffusione e dunque creare maggior lucro per i *mass media* che diffondono l'informazione, tanto da essere stato definito anche come "circo mediatico giudiziario"[29].

Questa forma di comunicazione della notizia giudiziaria, che è stata chiamata "giustizia mediatica"[30], può inficiare la stessa equità del processo, in quanto è difficile negare l'influenza che l'opinione pubblica esercita sul giudizio, anche se non ci sono rilevazioni empiriche che possano dimostrarlo[31]. Oggi, come in passato, i giudici che non seguano, con la loro decisione, un diffuso pregiudizio colpevolista, possono avvertire – come scriveva il Manzoni – «*il timor di mancare a un'aspettativa generale, di parer meno abili se scoprivano degl'innocenti, di voltar contro di sé le grida della moltitudine, col non ascoltarle*»[32]. Del resto, quando si crea un determinato "orizzonte di

[28] Cfr. Risposta di Michael McGrath a nome della Commissione europea del 9.1.2025, all'interrogazione parlamentare - E-002129/2024(ASW).

[29] V., per primo, G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano, 1984; Id., voce *Processo mediatico*, in *Enc. dir.*, Annali X, Milano, 2017; Id., *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *MediaLaws*, 2018, 3; D. Ciruzzi, *Il condizionamento dei media nel processo penale*, in L. De Cataldo Neuburger (a cura di), *Mass media, violenza e giustizia spettacolo*, Padova, 1996; C. Conti, *Cronaca giudiziaria e processo mediatico: l'etica della responsabilità verso nuovi paradigmi*, in *Arch. pen.*, 2022, 1.

[30] V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna, 2022.

[31] F.R. Mittica, *Influenza sul giudizio penale di notizie sui contenuti investigativi diffuse dai media*, in *Proc. Pen.* Giust., 2023, pp. 458 ss. Sul concetto filosofico e sociologico di "opinione pubblica" v. J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, ristamp., Roma-Bari, 2020.

[32] Così A. Manzoni, *Storia della Colonna infame*, 1840, ristampa nella quale l'A. già allora metteva in guardia i suoi lettori sui danni che può provocare una giustizia che, pur di compiacere la folla, sia disposta al "sacrificio" di persone innocenti.

attesa" nel pubblico, il rischio è che chi giudica si senta chiamato a "dire da che parte sta": se sta dalla parte dell'opinione pubblica, o se sta dalla parte di imputati, che la *vox populi* considera già colpevoli. E questo rischia di contaminare, di fatto, l'imparzialità del giudicante.

Dalla Colonna infame manzoniana, alla gogna e alla giustizia mediatica, sono cambiati solo gli strumenti di spettacolarizzazione, assumendo dimensioni ben più pervasive e contundenti, vista l'enorme capacità diffusiva che oggi hanno l'informazione *on line* e i *social network* nell'universo apocrifo dell'infosfera[33], ma non è cambiato il rischio che corrono i principi della presunzione di innocenza, dell'imparzialità del giudice e che potrebbe comportare anche il rischio dell'errore giudiziario.

L'inarrestabile fenomeno della massmediatizzazione della giustizia penale ha trasformato la legittima domanda di informazione sulla giustizia penale da parte dell'opinione pubblica (pur sempre amministrata in nome del popolo *ex* art. 101, co. 2 Cost.) in un bisogno ossessivo e compulsivo di celebrare il processo penale nei salotti televisivi.

5. Prime riflessioni conclusive.

La norma introdotta, perciò, sebbene assai criticata, specialmente dagli organi di informazione, che a nostro avviso giustamente, pongono in luce il pericolo di un possibile incremento di denunce ex art. 595 c.p., rischia a ben vedere di restare solo una norma manifesto sul piano simbolico, una mera indicazione di metodo rivolta ai giornalisti che, nel volgere di qualche mese, verrà totalmente disattesa, senza incorrere in sanzioni, e senza, soprattutto, apportare alcun beneficio sul fronte della garanzia alla presunzione di innocenza.

I limiti e le critiche che ci sentiamo di muovere a questo testo normativo, dunque, non attengono alla *ratio* in sé, che sembra condivisibile, poiché non è mai eccessivo il rafforzamento del principio di presunzione di innocenza, quanto al metodo utilizzato, poiché in effetti il divieto, come si è visto, non solo è limitato nel tempo (fino alla conclusione delle indagini o dell'udienza preliminare), bensì è relativo, in quanto consente comunque ai giornalisti di pubblicare il *contenuto* delle ordinanze cautelari personali, sotto forma di riassunto o parafrasi, con il rischio di enfatizzare ancor più tesi colpevoliste a danno sia dell'opinione pubblica sia dell'imparzialità dei giudici.

[33] Nella prima edizione dell'Osservatorio sul sistema dell'informazione che l'Agcom, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, ha pubblicato il 24 marzo 2025, si attesta che a partire dal 2023 la televisione non è più il principale mezzo di informazione per gli italiani, superata da internet: un italiano su due utilizza la Rete per informarsi, una tendenza confermata anche nel 2024; e la metà delle persone che si dichiarano iscritte ad almeno un *social network* apprendono notizie e informazioni sui *social* prima che su altri mezzi di comunicazione. Cfr. *https://www.agcom.it/pubblicazioni/osservatori/osservatorio-annuale-sul-sistema-dellinformazione.*

La cura individuata sembra, perciò, più pericolosa del male che non è insito nel corretto e deontologico esercizio della cronaca giudiziaria, quanto nel parallelo ed invasivo fenomeno del c.d. processo mediatico, per la cui regolamentazione non si può far altro che appellarsi alla deontologia dei giornalisti coinvolti e ad una maggiore attenzione e sensibilità dei loro editori e dell'opinione pubblica nei confronti del rispetto dei fondamentali diritti dell'onore, della riservatezza e della dignità della persona indagata[34], evitando di pregiudicare i suoi diritti alla difesa e ad un equo processo.

[34] *Diritto di cronaca e rispetto delle persone. Documento del Garante - 11 giugno 2004,* 11 giugno 2004, *https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1007630.*

CONFISCA DI DENARO E (DIS)ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Simona Metrangolo*

Sommario: 1. Il profitto del reato nella dimensione internazionale, europea e interna. – **2.** Alla ricerca di una definizione di profitto confiscabile. – **3.** Le Sezioni Unite "Focarelli" sulla confiscabilità in via diretta del profitto in denaro. – **4.** Le decisioni "Gubert" e "Lucci". – **5.** La recente sentenza "Coppola". – **6.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT

Dalla sentenza Focarelli alla recente sentenza Coppola, passando per la sentenza Gubert, l'individuazione delle dimensioni del profitto confiscabile e della natura giuridica della confisca di denaro è stata "croce e delizia" per la giurisprudenza, che si è per lungo tempo occupata di questi due temi spinosi. Ma le relative ricostruzioni suscitano più di qualche interrogativo: con particolare riguardo al tema della confisca di denaro, si è assistito, per via esegetica, a un graduale ampliamento del raggio applicativo della confisca diretta a discapito di quello della confisca di valore o per equivalente, i cui spazi operativi si sono via via ridotti.

From the Chabni and Focarelli rulings to the Coppola ruling, passing through the Miragliotta and Gubert rulings, the determination of the dimensions of seizable profits and the legal nature of money confiscation has been both a challenge and a delight for jurisprudence, which has long grappled with these two thorny issues. However, the theoretical reconstructions offered do not fully convince: with particular concern about the issue of money confiscation, there has been a progressive and worrisome expansion of direct confiscation at the expense of substitute assets felony forfeiture, whose living spaces have gradually diminished, almost to the point of annihilation.

1. Il profitto del reato nella dimensione internazionale, europea e interna.

Tracciare una definizione precisa di "profitto del reato" è un compito impegnativo perché nelle fonti nazionali, internazionali ed europee non è (ancora) prevista una norma che chiarisca tale concetto.

* Assegnista di ricerca in Diritto penale presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università del Salento.

In particolare, nella normativa internazionale – allo scopo forse di eludere le difficoltà definitorie che l'uso di un termine tecnico-aziendalistico, com'è quello di profitto, poteva comportare nella prassi applicativa[1]–, è stata adottata una locuzione meno complessa[2], ma comunque idonea a ricomprendere sia i profitti in senso stretto sia ogni altro tipo di beneficio o di utilità ricavabili dalle condotte illecite.

La locuzione prescelta è quella di "provento del reato" con la quale, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. o) della Convenzione di Vienna del 1988[3], «si intende qualsiasi bene proveniente direttamente o indirettamente dalla perpetrazione di un reato [...] oppure ottenuto direttamente o indirettamente all'atto della trasgressione».

Essa compare pure nell'art. 3, comma 3, della Convenzione di Parigi sulla lotta contro la corruzione internazionale[4] e indica un'entità suscettibile di sequestro o di confisca diretta o per equivalente[5]. Tuttavia, la suddetta previsione non offre alcuna definizione di provento illecito e si limita a prevederne l'ablazione, senza chiarire che cosa esso sia.

A ciò ha provveduto il Rapporto esplicativo della Convenzione, dove si precisa che il provento coincide con i "profitti" o con qualsiasi altro vantaggio[6] che l'autore del reato ricavi, direttamente o indirettamente, dalla realizzazione del fatto illecito. Si tratta, invero, di una definizione già nota perché fatta propria dalla precedente Convenzione di Vienna; a differenza di quest'ultima, però, il Rapporto introduce, per la prima volta nello scenario normativo internazionale, un riferimento *esplicito* alla nozione di profitto,

---

[1] Sul punto, v., *ex multis*, A. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. Dolcini-C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, 2103 ss., nonché L. Fornari, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, n. 1-2, 63 ss.

[2] Al riguardo, v. Cass. pen., Sez. Un., 6 marzo 2008, n. 10208, *Miragliotta*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 10, pp. 1295 ss., con nota di R. Lottini, *La nozione di profitto e la confisca per equivalente* ex *art. 322* ter *c.p.*, p. 1300.

[3] Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, firmata a Vienna il 20 dicembre 1988 e ratificata dall'Italia con l. 5 novembre 1990, n. 328: v. G.U. Serie Generale n. 267 del 15 novembre 1990 – Suppl. Ordinario n. 71.

[4] Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, firmata a Parigi il 17 dicembre 1997 e ratificata dall'Italia con l. 29 settembre 2000, n. 300: v. G.U. Serie Generale n. 250 del 25 ottobre 2000 – Suppl. Ordinario n. 176. Per un commento alla legge di ratifica, v. M. Pelissero, *Commento alla l. 29 settembre 2000, n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, fasc. 2, 1029 ss.

[5] «Ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie affinché la tangente e i proventi derivanti dalla corruzione di un pubblico ufficiale straniero, o i beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi, siano soggetti a sequestro e confisca o affinché sanzioni pecuniarie di simile effetto siano applicabili».

[6] Sul punto, v. D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 91; R. Lottini, *La nozione di profitto*, cit., 1300; Cass. pen., Sez. Un., 22 novembre 2005, n. 41936, *Muci*, in *Giur. it.*, 2006, fasc. 12, 2402 ss., con nota di D. Rocchi, *Sulla confiscabilità per valore equivalente al profitto dei reati previsti dall'art. 640* quater *c.p.*, 2405 ss.: in questa decisione si fa espresso riferimento ai contenuti del Rapporto esplicativo circa il significato del termine provento illecito.

quale utilità percepita dal reo in relazione all'illecito compiuto e, pertanto, assoggettabile a confisca.

Tuttavia, nella successiva Convenzione di Palermo del 2000[7] (art. 2, comma 1, lett. e) e in quella di Merida del 2003[8] (art. 2, comma 1, lett. e) compaiono riferimenti ai soli "proventi del crimine"[9] e non più al profitto: anzi, a ben vedere, dalla Convenzione di Palermo in poi, la nozione di provento del reato occuperà la scena all'interno del panorama internazionale, condannando il profitto a una sorta di oblio normativo.

Verosimilmente, la preferenza accordata nelle fonti sovranazionali alla nozione di provento del reato è dovuta alla sua flessibilità semantica e applicativa[10], che la rende coerente con lo scopo politico-criminale delle varie Convenzioni in cui essa è prevista: scoraggiare la criminalità economica, promuovendo l'ablazione di tutto ciò che sia identificabile come frutto del reato commesso[11].

L'espressione "provento del reato" compare anche all'interno della legislazione dell'Unione Europea.

In particolare, la Decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca dei beni, strumenti e proventi del reato, qualifica come provento "ogni vantaggio economico", materiale o immateriale, mobile o immobile, "derivato da reati" (art. 1)[12]. E pure la più recente Direttiva 2014/42/UE del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, chiarisce che il provento del reato è qualsiasi bene proveniente in via diretta o indiretta dal reato, anche reinvestito, trasformato o convertito,

---

7 Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, firmata a Palermo il 15 dicembre 2000 e ratificata dall'Italia con l. 16 marzo 2006, n. 146: v. G.U. Serie Generale n. 85 dell'11 aprile 2006 – Suppl. Ordinario n. 91.

8 Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (c.d. "Convenzione UNCAC"), firmata a Merida l'11 dicembre 2003 e ratificata dall'Italia con l. 3 agosto 2009, n. 116: v. G.U. Serie Generale n. 188 del 14 agosto 2009.

9 Ai sensi di tali disposizioni, per provento del crimine s'intende «qualsiasi bene proveniente dalla commissione di un reato od ottenuto, direttamente o indirettamente, dalla commissione di un reato».

10 P. Silvestri, *La confisca diretta del profitto*, in *Quest. giust.*, 11 dicembre 2014, 4, definisce il provento alla stregua di un "termine di genere" dalla spiccata vocazione omnicomprensiva, in grado di ricomprendere ogni utilità conseguita dal reo, anche in via diretta o mediata, in seguito alla realizzazione dell'illecito.

11 In questo senso, v. L. Pistorelli, *La confisca dei proventi della corruzione nelle convenzioni internazionali e nel diritto dell'Unione Europea*, in F. Bonelli-M. Mantovani (a cura di), *Corruzione nazionale e internazionale*, Milano, 2014, 189-193. Nei medesimi termini, v. anche Cass. pen., Sez. Un., 10208/2008, cit.

12 Il testo della Decisione quadro è consultabile su www.eur-lex.europa.eu. Invero, anche l'art. 3 della Decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio del 26 giugno 2001, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, precisa che il provento è «ogni vantaggio economico derivato da reati» e mutua questa definizione dall'art. 1 della Convenzione di Strasburgo del 1990.

in tutto o in parte, in un altro bene (considerando n. 11)[13]. In pratica, detta definizione coincide in larga parte con quella prevista nella normativa internazionale: l'unica differenza sta nel fatto che, nelle fonti europee, i contorni del provento del reato sono tratteggiati in modo più deciso, con l'aggiunta del *riferimento espresso all'economicità* quale precipua caratteristica.

Nella legislazione interna, invece, le parole "provento del reato" non compaiono da nessuna parte.

Quest'assenza è forse dovuta all'elasticità di tale locuzione, una caratteristica che difficilmente si coniuga con il principio fondamentale di legalità e, nello specifico, con il sotto-principio di tassatività-determinatezza. Al suo posto, il nostro legislatore ha utilizzato altri termini dai contorni (apparentemente) meno sfumati, in modo da garantire una migliore tenuta, sul piano dei principi costituzionali, delle disposizioni che li prevedano.

Ci si vuol riferire alle nozioni di *prezzo*, di *prodotto*[14] e di *profitto* del reato, che sono presenti, tra gli altri, anche nell'art. 240 c.p., ossia all'interno di quella norma che il legislatore del 1930 aveva concepito quale unica ipotesi di confisca penale, catalogata tra le misure di sicurezza patrimoniali, e che adesso ne rappresenta soltanto un modello generale, a cui si aggiungono varie ipotesi speciali di confisca, differenti tra loro per natura giuridica e per disciplina applicabile[15].

Come detto, però, nel nostro sistema penale non è possibile trovare una definizione legislativa del termine profitto. La giurisprudenza ha tentato di fornirne una e di tracciare un *identikit*, tanto più considerato che la precisa individuazione dei connotati del profitto è funzionale a individuare, in modo altrettanto preciso, i confini applicativi della confisca c.d. "diretta" *ex* art. 240 c.p. (e non solo)[16].

2. Alla ricerca di una definizione di profitto confiscabile.

Le prime definizioni di profitto confiscabile sono state elaborate dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, all'interno di alcune pronunce risalenti nel tempo.

In particolare, la Suprema Corte, nella sentenza "Chabni", afferma che «il profitto consiste in qualsiasi vantaggio economico derivante, in via diretta

[13] Il testo della Direttiva è consultabile su *www.eur-lex.europa.eu*. Nei medesimi termini, v. anche il considerando n. 13 della recente Direttiva 2024/1260/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante il recupero e la confisca dei beni: *www.eur-lex.europa.eu*.

[14] Per la definizione di prezzo e di prodotto del reato, v. A.M. Maugeri, *Confisca (voce)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 2012, 185-195. V., altresì, V. Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti* in malam partem, in *Cass. pen.*, 2010, fasc. 1, 101 ss.

[15] Sul punto, v. D. Castronuovo, *"*Nomen plurale tantum*". Le confische tra principi costituzionali e convenzionali. Una introduzione*, in D. Castronuovo-C. Grandi (a cura di), *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, Napoli, 2021, 1-3.

[16] Al riguardo, v. C.E. Paliero-F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2015, fasc. 4, 247 s.

e immediata, dal reato»[17]: il profitto è, dunque, il guadagno che il reo ricava dalla commissione del fatto illecito. È un'utilità, un "lucro"[18] saldamente collegato, sul piano causale, al reato-base.

Le Sezioni Unite delimitano in modo piuttosto accurato il concetto di profitto confiscabile: esso è un beneficio di natura patrimoniale[19], che l'agente trae dal reato e che è a quest'ultimo connesso tramite uno stretto rapporto di causa-effetto[20]. Di conseguenza, ciò che non è suscettibile di valutazione economica non sarà considerato profitto, né saranno confiscabili le utilità collegate in via soltanto indiretta all'illecito, come i beni in cui è stato trasformato il profitto originario (i c.d. "surrogati del profitto") e quelli ricavati dal reimpiego o dall'investimento delle utilità acquisite in prima battuta.

Questa rigida concezione serviva a scoraggiare eventuali, future, letture giurisprudenziali di tipo estensivo, in grado di ricondurre nella categoria del profitto anche i benefici patrimoniali mediati, al prezzo della dilatazione dell'area applicativa della confisca diretta, ossia di uno strumento sanzionatorio capace di incidere profondamente sulla sfera giuridica di chi ne è destinatario[21] e il cui presupposto essenziale è l'esistenza di un nesso di stretta pertinenzialità tra le cose confiscate e il reato commesso.

Il rigore di tale impostazione viene, però, poco dopo, temperato da un'altra ben nota pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione: si tratta della sentenza "Miragliotta"[22], dove il concetto di profitto confiscabile subisce un *restyling*.

Sulla falsariga di quanto già affermato in alcune precedenti decisioni[23] e di quanto sostenuto da una parte autorevole della dottrina[24], le Sezioni Unite

---

17 Cass. pen., Sez. Un., 17 ottobre 1996, n. 9149, *Chabni*, in *Cass. pen.*, 1997, fasc. 4, 972 ss., con nota di D. Carcano, *Quando le Sezioni Unite non vogliono decidere. Una complessa motivazione per una decisione non risolutiva*, 977 ss.

18 Così Cass. pen., Sez. Un., 9149/1996, cit., conf. a Cass. pen., Sez. Un., 41936/2005, cit. Nel medesimo senso, v. M. Trapani, *Confisca (voce)*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 1988, 2.

19 *Contra*, tuttavia, v. Cass. pen., sez. V, 18 gennaio 2011, n. 24583, *Tosinvest*, rv. 24982: «La nozione di profitto del reato non possiede, secondo la disciplina codicistica, una connotazione meramente patrimoniale, includendo anche un profitto non patrimoniale [...]. Il profitto deve pertanto concepirsi come vantaggio anche non patrimoniale comunque ricollegato al reato».

20 Si tratta della c.d. "concezione causale del profitto": al riguardo, v. Cass. pen., sez. VI, 31 ottobre 1979, n. 9091, *Milanesio*, rv. 143304. Sul punto, v. anche R. Borsari, *Percorsi interpretativi in tema di profitto del reato nella confisca*, in *Leg. pen.*, 8 settembre 2019, 7 s.

21 In questo senso, v. R. Borsari, *Percorsi interpretativi*, cit., 7 s.

22 Cass. pen., Sez. Un., 10208/2008, cit., conf. a Cass. pen. Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, *Focarelli*, rv. 228163.

23 Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. I, 30 giugno 1994, n. 2551, *Sorrentino*, rv. 198347.

24 Invero, A. Alessandri, *Confisca nel diritto penale (voce)*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 52, e T.E. Epidendio, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2011, 114 ss., propendono per la confiscabilità di una precisa tipologia di vantaggi indiretti: quelli ottenuti dal primo rapporto di scambio con il bene oggetto del reato (si tratta dei c.d. "surrogati del profitto in senso stretto"). Nella stessa prospettiva, in giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 3635, *Riva Fire s.p.a.*, in *Giur. it.*, 966 ss., con nota di V. Maiello, *La confisca* ex *D.lgs. 231/2001 nella sentenza Ilva*, in *Giur. it.*, 2014, fasc. 4, 969 ss.

stabiliscono che ogni vantaggio economico, inclusi quelli indiretti, può essere confiscato al reo, purché se ne accerti la derivazione illecita e sia soggettivamente attribuibile all'agente, che abbia voluto la trasformazione o il reimpiego delle utilità conseguite in origine[25] per mascherarne la vera natura[26].

Secondo la Cassazione, questo modo d'intendere il profitto confiscabile sarebbe in linea con la funzione politico-criminale della misura ablatoria, che è quella di rendere poco appetibile l'idea del reato grazie allo spossessamento, subito dal destinatario dell'ablazione, di ogni bene collegato all'illecito, anche quello più remoto[27]. E sarebbe, altresì, in linea con la definizione di profitto-provento del reato fatta propria dalla normativa internazionale ed europea, ai sensi delle quali è confiscabile qualsiasi bene proveniente, in via diretta o mediata, dalla commissione del fatto[28].

La nuova concezione sposata dalla Suprema Corte dilata i confini ermeneutici e applicativi del profitto confiscabile e ammette la più ampia delle sue accezioni: quella idonea a ricomprendere anche i benefici patrimoniali indiretti.

Le Sezioni Unite motivano tale dilatazione ponendo l'accento sulla peculiare *ratio* del mezzo ablatorio e sulla sua finalità special-preventiva. La Corte specifica pure che, ai fini della confisca, il profitto dev'essere «ricollegabile causalmente, in modo preciso, all'attività criminosa posta in essere dall'agente» e che il giudice deve aver cura di indicare in sentenza «gli elementi [...] sulla cui base determinare come certi beni possano considerarsi, in tutto o in parte»[29], il risultato diretto dell'attività illecita o il frutto di successive trasformazioni dell'utilità originariamente acquisita.

In altre parole, ciò che conta, secondo la Cassazione, è il puntuale accertamento della matrice criminosa del profitto e la sua riferibilità al soggetto attivo, a nulla rilevando, ai fini della confisca, le eventuali trasformazioni che esso abbia poi subito nel corso del tempo. Anzi, sempre a giudizio della Corte, se si limitasse la confisca soltanto a ciò che è il risultato diretto del reato,

[25] *Contra*, v. Cass. pen., sez. V, 4 marzo 2014, n. 10265, *Banca Italease s.p.a.*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 10, pp. 3233 ss., con nota di A. Fux, *Ulteriori precisazioni sui confini della nozione di profitto: è necessaria l'"esternalità"*, 3245 ss.

[26] Sul punto, v. Cass. pen., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654, *Fisia Impianti s.p.a. e altri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, n. 4, 1750 ss., con nota di V. Mongillo, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, 1758 ss. Tra le altre cose, la decisione ha fatto chiarezza anche sulla nozione di profitto lordo o netto confiscabile, nell'ambito dei "reati-contratto" e di quelli in contratto: sul tema, v. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 500 ss., e Cass. pen., sez. II, 13 settembre 2023, n. 37326, in *www.giurisprudenzapenale.com*.

[27] Al riguardo, v. V. Manes, *L'ultimo imperativo della politica criminale:* nullum crimen sine confiscatione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 3, 1259 ss., ed E. Nicosia, *La confisca. Le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, p. 144 s.

[28] V. A.M. Maugeri, *La confisca per equivalente – ex art. 322*-ter *– tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, n. 2, 806.

[29] Così Cass. pen., Sez. Un., 10208/2008, cit.

si tradirebbe il fine ultimo dell'istituto, che è quello di rendere l'illecito penale radicalmente improduttivo e di scoraggiare, quindi, la futura commissione di altri reati[30].

Il *punctum dolens* dell'opera di *restyling* semantico inaugurata dalle Sezioni Unite è che alla dilatazione del concetto di profitto confiscabile si accompagna la dilatazione dell'area applicativa della confisca diretta, il cui requisito tipico, ossia il *nesso di pertinenzialità* tra il reato commesso e le cose da confiscare, viene "allentato", arrivando ad assorbire i beni mediatamente collegati all'illecito di base.

Le Sezioni Unite, allo scopo di frenare estensioni potenzialmente indefinite di tale nesso, non tralasciano di chiarire, come si è visto, che il giudice dovrà comunque accertare l'esistenza di un collegamento causale (anche remoto) tra il reato e il profitto, nonché la riferibilità di quest'ultimo all'agente[31].

Tuttavia, impostazioni di questo tipo rischiano di rendere l'applicazione della confisca poco «prevedibile»[32]; peraltro, il nesso di derivazione causale è l'unico requisito che permette di distinguere la confisca diretta dalle ipotesi di confisca c.d. "indiretta", dove non rileva il carattere di pertinenzialità tra il fatto commesso e la *res ablanda*, ben potendo quest'ultima essere una cosa del tutto slegata dal reato-base (come, ad esempio, un bene di valore equivalente al prezzo o al profitto illeciti[33]).

Ne consegue che una interpretazione eccessivamente estensiva del nesso di pertinenzialità potrebbe rendere labili i confini applicativi dei due tipi di confisca, assai diversi tra loro per disciplina e per natura giuridica, specie laddove il profitto del reato coincida con il denaro, che è un bene dotato di caratteristiche peculiari.

3. Le Sezioni Unite "Focarelli" sulla confiscabilità in via diretta del profitto in denaro.

Il tema relativo all'individuazione della natura giuridica della confisca del profitto in denaro è stato affrontato, ancora una volta, dalle Sezioni Unite della Suprema Corte in un'altra perspicua pronuncia, risalente al 2004 (la sentenza "Focarelli")[34], il cui principale oggetto di analisi riguarda, in realtà, l'eventuale prevalenza della confisca sulle ragioni dei creditori del destinatario della misura. Nello specifico, la Corte si chiede se la confisca sia o meno

[30] Nel medesimo senso, v. *Relazione ministeriale sul Progetto del Codice penale*, vol. V, parte I, Roma, 1929, par. 240, 280, cui le Sezioni Unite fanno espresso rinvio.

[31] V. C.E. Paliero-F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit., 248 s., e R. Borsari, *Percorsi interpretativi*, cit., 9.

[32] In questo senso, v. A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in *Leg. pen.*, 17 gennaio 2023, 1.

[33] V. C. Cupelli-G. De Santis, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro e confisca*, Torino, 2017, 118.

[34] Cass. pen., Sez. Un., 29951/2004, cit.

insensibile rispetto alle procedure fallimentari e agli interessi di coloro i quali vedrebbero diminuite o addirittura azzerate le proprie garanzie patrimoniali in seguito all'ablazione[35].

Poiché, in tali ipotesi, può accadere che la confisca abbia ad oggetto somme di denaro, la Corte esplora la relativa natura e, sulla scia di alcune precedenti decisioni in materia[36], afferma che il denaro ha caratteristiche peculiari: è un bene fungibile, appartenente al novero delle *res quae pondere numero mensura constant*, ossia di quelle cose classificate in base al proprio genere, numero, peso e misura e non in base alla propria, specifica, individualità[37]. In pratica, si tratta di beni rispetto ai quali conta il solo valore nominale e che, quindi, possono essere scambiati con altri beni uguali per quantità o per qualità.

Di conseguenza, nel caso del denaro, non sarà necessario confiscare le medesime specie monetarie illegalmente percepite dal reo, ma basterà confiscare somme di denaro di pari valore rispetto a queste ultime, ovunque siano rinvenute (sul conto corrente bancario dell'imputato oppure investite in titoli o in strumenti finanziari) e purché siano soggettivamente riconducibili all'agente[38]. In altre parole, la peculiare fungibilità del bene-denaro fa sì che, ai fini della confisca, rilevi il *tantundem* e non la specifica *res* di cui si sia appropriato indebitamente il soggetto attivo: oggetto dell'ablazione sarà, dunque, una parte delle risorse monetarie del reo «parametrata al profitto o

[35] In estrema sintesi, ad avviso delle Sezioni Unite, «i beni attratti alla massa fallimentare non si possono considerare alla stregua di beni appartenenti a persona estranea al reato», con la conseguenza che la dichiarazione di fallimento del reo non osta all'adozione della confisca, diretta o per equivalente. Ciò giustificherebbe la prevalenza della misura patrimoniale su eventuali diritti di credito gravanti sui medesimi beni, a prescindere dal momento in cui sia intervenuta la dichiarazione di fallimento. In senso non dissimile, nella giurisprudenza di legittimità più recente, v. Cass. pen., sez. III, 14 febbraio 2024, n. 6577, in *One LEGALE*, nonché Cass. pen., Sez. Un., 6 ottobre 2023, n. 40797, in *Proc. pen. e giust.*, dov'è stabilito che «l'avvio della procedura fallimentare non preclude il provvedimento di sequestro preventivo finalizzato alla confisca di beni attratti alla massa fallimentare», purché il giudice dia conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela degli interessi dei creditori concorsuali. Sul tema, in dottrina, v. R. Giungi, *Confisca e procedure concorsuali. L'evoluzione dei loro rapporti alla luce del diritto vivente e delle norme del Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Giurisprudenza Penale* Web, 2023, fasc. 10, 9 s., e F. Vitale, *Le Sezioni unite sulla confisca per equivalente. Reati tributari e 231: una questione ancora irrisolta (commento a Cass. pen., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561)*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 1, 9, che sottolinea il carattere afflittivo della confisca che riguardi i beni facenti parte della massa fallimentare: a giudizio dell'Autore, in questo caso, la misura sanzionatoria graverebbe, di fatto, sui soli creditori, che in seguito all'ablazione vedrebbero diminuire sensibilmente le proprie garanzie patrimoniali. V. anche A. Mangione, *Crisi d'impresa e confisca: la tutela dei creditori e i rapporti fra misure ablative penali (e di prevenzione) e le nuove procedure concorsuali*, in *Arch. pen.*, 2023, n. 2, 1 ss.

[36] Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. VI, 29 maggio 2003, n. 23773, *Madaffari*, rv. 225757, nonché Cass. pen., sez. VI, 1° febbraio 1995, n. 4289, *Carullo*, rv. 200752.

[37] Così, ancora, Cass. pen., Sez. Un., 29951/2004, cit.

[38] F. Lombardi, *Confisca diretta di denaro: è ammessa la prova contraria della sussistenza del titolo lecito? La parola alle Sezioni Unite*, in *Giurisprudenza Penale* Web, 2021, fasc. 3, 1.

al prezzo dell'illecito solo da un punto di vista quantitativo»[39], a prescindere dalla sussistenza di collegamenti materiali con il reato-base[40].

A giudizio della Corte, la confisca del denaro non "insegue"[41] la singola banconota bensì la somma di denaro, quale entità che entra illecitamente nel patrimonio dell'autore del reato e ne incrementa le ricchezze[42]. È per questa ragione che le Sezioni Unite riconoscono natura diretta a tale ipotesi di confisca: confiscare, ove possibile, le medesime specie monetarie oppure l'equivalente monetario non fa differenza, perché il denaro è un bene intercambiale che, una volta acquisito dall'imputato, si confonde con le sue altre disponibilità economiche[43]. Esso, pertanto, può essere sostituito con altro denaro di uguale valore, ovunque sia rinvenuto nella disponibilità del reo e ancorché di origine lecita.

Sul punto, la sentenza Focarelli condivide l'orientamento giurisprudenziale maggioritario[44]. Invece, secondo un indirizzo minoritario[45], qualora l'*eadem res* in denaro non sia fisicamente individuabile, bisognerebbe procedere alla confisca per equivalente del relativo importo monetario o dei beni di egual valore, sempre se la legge lo preveda[46].

Com'è noto, la confisca di valore o per equivalente è applicabile qualora si perda la rintracciabilità materiale del bene da confiscare. E, allora, con riguardo al denaro, il fatto che tale perdita sia sostanzialmente fisiologica, alla luce

[39] Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2019, n. 6348, *Torelli*, rv. 274859-01.

[40] Cass. pen., Sez. Un., 29951/2004, cit., conf. a Cass. pen., Sez. Un., 10208/2008, cit.

[41] Così Cass. pen., Sez. Un., 18 novembre 2021, n. 42415, *Coppola*, in *www.sistemapenale.it*, 23 novembre 2021, con scheda di M. Scoletta, *La confisca di denaro quale prezzo o profitto del reato è sempre "diretta" (ancorché il denaro abbia origine lecita). Esiste un limite azionabile alla interpretazione giudiziaria della legge penale?*

[42] V. Cass. pen., Sez. Un., 29951/2004, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 10208/2008, cit.; Cass. pen., Sez. Un., 5 marzo 2014, n. 10561, *Gubert*, in *Giur. it.*, 2014, fasc. 4, 990 ss., con note di P. Corso, *Reato non presupposto di responsabilità amministrativa e limiti del sequestro/confisca nei confronti dell'ente*, pp. 994 ss., di G. Varraso, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 9, 2806 ss., e di F. Vitale, *Le Sezioni unite*, cit., 1 ss. Cfr., altresì, Cass. pen., Sez. Un., 21 luglio 2015, n. 31617, *Lucci*, in *One LEGALE*, con nota di G. Civello, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 2, 2 ss.

[43] In questo senso, v. R. Bartoli, *Brevi considerazioni in tema di confisca del profitto. Dialogando con la sentenza Gubert e Mario Romano*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 ottobre 2016, 5.

[44] V., ad esempio, Cass. pen., 4289/1995, cit., e Cass. pen., 23773/2003, cit.

[45] Cfr., ad esempio, Cass. pen., sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36293, *Hypo Alpe Adria Bank s.p.a.*, rv. 25113. Per una ricostruzione puntuale dei vari orientamenti ermeneutici, poi ricomposti dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, v. F. Vergine, *Questioni problematiche in materia di confisca*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, *www.treccani.it*.

[46] Nello stesso senso, in dottrina, v. M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 4, 1687 s., a giudizio del quale, laddove il denaro originariamente acquisito sia ancora rintracciabile nel patrimonio del reo, la confisca sarà diretta; «altrimenti, (proprio perché il denaro è bene fungibile), sarà per equivalente, sia che colpisca altro denaro di cui egli disponga, sia che, non disponendone, si colpiscano beni per il corrispondente valore».

della natura fungibile del bene, dovrebbe portare, secondo quest'orientamento[47], a ben altra conclusione rispetto a quella a cui pervengono le Sezioni Unite, vale a dire: la relativa confisca dovrebbe avvenire per equivalente[48].

Tale ultima ricostruzione, oltre ad essere condivisibile, sarebbe altresì ben più rispettosa dei principi costituzionali che governano la materia penale, *in primis* quello di legalità, e metterebbe al riparo da "forzature"[49] esegetiche, di natura cripto-analogica, e da sovrapposizioni applicative tra due tipi di ablazione radicalmente opposti.

Tuttavia, leggendo i contenuti delle decisioni successive alla sentenza Focarelli, l'orientamento condiviso dalle Sezioni Unite sembra trovare diversi, ulteriori, riscontri[50].

4. Le decisioni "Gubert" e "Lucci".

Nel solco tracciato dalla sentenza Focarelli, s'inserisce un'altra decisione delle Sezioni Unite, conosciuta come sentenza "Gubert"[51], dove la Corte affronta, tra le altre cose[52], due temi ancora dibattuti: quello relativo alla (ulteriore) delimitazione del concetto di profitto confiscabile e quello relativo all'individuazione della natura giuridica della confisca di denaro.

Con riguardo alla prima questione, le Sezioni Unite ampliano ulteriormente la nozione di profitto confiscabile e vi riconducono anche i vantaggi patrimoniali consistenti nel c.d. "risparmio di spesa", come quelli derivati dal mancato pagamento di un tributo[53]. Tale presa di posizione è innovativa perché

[47] Sul punto, v. anche 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.*, 2019, fasc. 6, 76-79, in particolare.

[48] V., ancora, M. Romano, *Confisca*, cit., 1687 s., nonché R. Bartoli, *Brevi considerazioni*, cit., 5.

[49] V. R. Bartoli, *Brevi considerazioni*, cit., 5.

[50] Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., 10561/2014, cit., a Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit., nonché alla più recente Cass. pen., Sez. Un., 42415/2021, cit.

[51] Cass. pen., Sez. Un., 10561/2014, cit.

[52] Il tema principale della decisione riguarda l'applicabilità, nei confronti dell'ente, della confisca del profitto ricavato da reati tributari: sul punto, in senso critico rispetto ai contenuti della sentenza, v. R. Bartoli, *Responsabilità degli enti e reati tributari: una riforma affetta da sistematica irragionevolezza*, in *Sist. pen.*, 2020, fasc. 3, 223. Bisogna, poi, precisare che i reati tributari, ad eccezione di quelli previsti dagli artt. 10-*bis* e 10-*ter* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, sono entrati a far parte del novero di reati-presupposto della responsabilità dell'ente in tempi relativamente recenti, e cioè con il d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, poi convertito, con modificazioni, nella l. 19 dicembre 2019, n. 157: l'art. 39, comma 2, di detto decreto ha inserito, all'interno del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il nuovo art. 25-*quinquiesdecies* ("Reati tributari"). Al riguardo, v., *ex multis*, D. Piva, *Reati tributari e responsabilità dell'ente: una riforma nel (ancorché non di) sistema*, in M. Catenacci-V.N. D'Acola-R. Rampioni (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. II, Roma, 2021, 1767 ss., nonché F. Giunta, *Note sulla punizione dell'ente evasore*, in *www.discrimen.it*, 23 settembre 2020, 1 ss.

[53] Sulla confiscabilità dei risparmi di spesa fiscale, v., tra i tanti, C. Piergallini, *Responsabilità dell'ente e pena patrimoniale: la Cassazione fa opera nomofilattica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, n. 2, 998 ss.; V. Mongillo, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla*

si discosta dall'idea tradizionale di profitto, secondo la quale esso andrebbe inteso in senso stretto o "accrescitivo" e consisterebbe in «un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale»[54], ossia in un'entrata monetaria che comporta un aumento tangibile del capitale del reo.

Il risparmio di spesa esprime, invece, un concetto diverso perché consiste in una evitata *deminutio* patrimoniale, in una mancata uscita monetaria dovuta, per esempio, all'omesso versamento di un'imposta sul reddito. In pratica, in ipotesi del genere, non vi è alcun accrescimento delle risorse del reo: tutt'al più, il risparmio di imposta così ottenuto permette all'agente di mantenere inalterate le sue disponibilità e di ricavare comunque un vantaggio economicamente valutabile dal mancato esborso[55].

Come affermato dalla Corte, in questi casi, il profitto derivante dal risparmio di spesa, a meno di eventuali trasformazioni, consisterà, verosimilmente, in somme di denaro giacenti sul conto corrente bancario dell'imputato: ne consegue che la confisca, eventualmente disposta in relazione all'illecito tributario, avrà ad oggetto proprio tali somme.

E veniamo, dunque, alla seconda questione trattata dalle Sezioni Unite.

Riprendendo gli orientamenti già noti al riguardo[56], la Cassazione precisa che la confisca del profitto consistente in un risparmio di spesa è una confisca di denaro, ha natura diretta[57] e non è «subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve *solo equivalere*» all'importo che corrisponde per valore al provento illecito, «non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare»[58]. Tra l'altro, proprio perché consistente in un risparmio d'imposta, sarebbe pressoché impossibile accertare il nesso di derivazione profitto-reato, data l'assenza di entrate monetarie fisicamente rintracciabili nelle disponibilità del reo[59].

---

violazione dei principi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, n. 2, 716 ss.; M. Romano, *Confisca*, cit., 1674 ss., e M. Gioia, *Profitto e risparmi di spesa*, in *www.ilpenalista.it*, 30 ottobre 2015.

54 Così Cass. pen., Sez. Un., 9149/1996, cit., conf. a Cass. pen., Sez. Un., 29951/2004, cit., a Cass. pen., Sez. Un., 26654/2008, cit., nonché a Cass. pen., Sez. Un., 6 ottobre 2009, n. 38691, *Caruso*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 4, pp. 433 ss., con commento di V. Maiello, *La confisca per equivalente non si applica al peculato*, 440 ss., e di V. Manes, *Nessuna interpretazione*, cit., 101 ss.

55 In questo senso, v. Cass. pen., Sez. Un., 23 aprile 2013, n. 18374, *Adami*, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, con nota di G. Romeo, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità dell'aggravante della transnazionalità all'associazione per delinquere*, 12 maggio 2013.

56 In particolare, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 29951/2004, cit.

57 *Contra*, v. Cass. pen., Sez. Un., 26654/2008, cit. Cfr., altresì, A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile*, cit., 64 s.

58 Così Cass. pen., Sez. Un., 10561/2014, cit. (il corsivo è aggiunto); nello stesso senso, v. Cass. pen., sez. III, 10 gennaio 2013, n. 1261, *Marseglia*, rv. 254175, e Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit. *Contra*, v. Cass. pen., sez. V, 4 giugno 2014, n. 27523, *Argento*, rv. 259855. In dottrina v., in senso critico, A. Keller, *Confisca diretta del denaro*, cit., 82-86.

59 Al riguardo, R. Bartoli, *Brevi considerazioni*, cit., 2 s., parla di legame "consustanziale" tra reato e risparmio di spesa e di "intrinsecità" del relativo nesso di pertinenzialità.

Anche se con riferimento al solo profitto accrescitivo e non al profitto-risparmio, nella successiva sentenza "Lucci"[60], le Sezioni Unite si pongono nella medesima direzione della sentenza Gubert.

La Corte illustra, dapprima, gli elementi strutturali tipici della confisca per equivalente e di quella diretta e, con riguardo a quest'ultima ipotesi, precisa che il prezzo o il profitto del reato devono avere una consistenza tale da permetterne l'ablazione: ai fini della confisca, cioè, una volta che essi siano entrati a far parte del patrimonio del reo, dev'essere possibile identificarli e rintracciarli individualmente[61]. Altrimenti – prosegue la Cassazione –, se la legge lo prevede, troverà applicazione la confisca per equivalente, che si caratterizza e distingue dall'altra tipologia di confisca perché permette l'apprensione di beni diversi dai proventi originari del reato purché di valore uguale a questi ultimi, laddove non siano più reperibili nel patrimonio dell'imputato. Le utilità confiscate per equivalente *sono slegate da qualsivoglia nesso di pertinenzialità rispetto all'illecito di base*; pertanto, ai fini dell'ablazione, il giudice dovrà accertare che il valore di detti beni corrisponda a quello delle *res* originariamente acquisite dal reo e poi andate disperse.

Tuttavia, aggiungono le Sezioni Unite, quando il prezzo o il profitto del reato consistono in una somma di denaro, non sarà possibile rintracciarli: la peculiare fungibilità del bene fa sì che, una volta entrato nella disponibilità dell'agente, esso si confonda con le risorse monetarie ivi presenti e smarrisca ogni «connotato di autonomia quanto alla [...] identificabilità fisica»[62], rendendo superflua ogni indagine al riguardo[63].

In considerazione della particolare natura del denaro, la relativa confisca sarà quindi diretta, *non necessiterà della prova del nesso di derivazione* tra la somma materialmente sequestrata e il reato-base[64] e avrà ad oggetto il mero importo monetario di cui sia aumentato il patrimonio del reo, ancorché

[60] Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit. La pronuncia è degna di nota anche perché affronta il tema dell'ammissibilità della confisca nel caso di proscioglimento dell'imputato per intervenuta prescrizione: v. A. Pulvirenti-M. Lo Giudice, *Prescrizione, confisca e processo nella sentenza G.I.E.M. e altri c. Italia*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019, fasc. 1, 122 ss. Al riguardo, v. anche Cass. pen., sez. III, 20 aprile 2022, n. 15229, in *www.sistemapenale.it*, con scheda di T. Trinchera, *Rimessa alle Sezioni Unite una questione relativa alla definizione dell'ambito di applicazione temporale dell'art. 578* bis *c.p.p. Un'occasione per ripensare alla natura giuridica della confisca per equivalente?*, 1° agosto 2022, e Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2023, n. 4145, in *www.giurisprudenzapenale.com*, con commento di S. Bolis, *La silenziosa espansione della confisca per equivalente senza condanna: le Sezioni unite non considerano la presunzione d'innocenza in relazione all'art. 578* bis *c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 2024, fasc. 2, 79 s.

[61] Al riguardo, v. L. Sirotti, *La confisca per equivalente: problemi applicativi*, in D. Castronuovo-C. Grandi (a cura di), *Confische*, cit., 332.

[62] In questi esatti termini, v. Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit. Nello stesso senso, v. anche Cass. pen., Sez. Un., 10561/2014, cit.

[63] Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit. Nello stesso senso, v. anche D. Colombo, *Pecunia (interdum) olet. Brevi note sulla confisca di denaro nei reati tributari*, in *Sist. pen.*, 2024, fasc. 5, 37.

[64] Così Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit.

il numerario confiscato abbia origine lecita[65]. Laddove prevista dalla legge, la confisca per equivalente opererà, invece, in via residuale, e cioè quando, per carenza di liquidità finanziaria o per altre ragioni, non sarà possibile confiscare al reo l'importo monetario ma beni diversi di pari valore[66].

Il *trait d'union* tra le sentenze Gubert e Lucci è rappresentato dalla confisca di denaro che, in entrambe le decisioni, viene qualificata come diretta e che "prescinde"[67] dall'accertamento del nesso di pertinenzialità profitto-reato, per le ragioni già esposte. Quest'ultimo aspetto può destare qualche perplessità perché sembra una sorta di *escamotage* ermeneutico, volto a eludere il difficile onere di provare il nesso di derivazione tra il denaro e l'illecito penale[68].

Vero è, infatti, che la *ratio* della confisca, in generale, è quella di scoraggiare la criminalità economica, sottraendo al reo le utilità ricavate dall'attività criminosa[69]. Ma è altrettanto vero che, con specifico riguardo alla confisca diretta, tale sottrazione non dovrebbe prescindere dall'accertamento del nesso di pertinenzialità tra il reato e il profitto, la cui sussistenza, com'è noto, tipizza detta *species* di confisca e vale, tra l'altro, a distinguerla da quella per equivalente.

Viceversa, si finirebbe, di fatto, con l'ammettere una riconfigurazione *in malam partem* della confisca diretta in un'ipotesi di confisca indiretta[70]: una riconfigurazione basata sulla natura fungibile del denaro e, quindi, su certe caratteristiche intrinseche del bene che, invece, non dovrebbero fondare mutamenti di disciplina tanto significativi[71], specie in relazione a una misura patrimoniale in grado d'incidere sui diritti fondamentali della persona[72].

E queste considerazioni varrebbero *a fortiori* nel caso della confisca del profitto consistente nel risparmio di spesa. Infatti, in virtù della sua dimensione immateriale, che rende infruttuosi o particolarmente complessi i tentativi

---

65 Cfr., ancora una volta, Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit.

66 Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit. Sul punto, v. anche L. Valotti, *I confini della confisca diretta del denaro: opportuna ridefinizione e questioni aperte*, in *www.sistemapenale.it* (scheda), 28 novembre 2023.

67 Così A. Keller, *Confisca diretta del denaro*, cit., 80-86, che riprende le parole usate da Cass. pen., Sez. Un., 10561/2014, cit., e da Cass. pen., Sez. Un., 31617/2015, cit.

68 In questo senso, v. L. Valotti, *I confini della confisca diretta*, cit.

69 Sul tema, v. A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 272 ss.

70 In proposito, A. Keller, *Confisca diretta del denaro*, cit., 83, afferma che «la confisca del denaro in via diretta riferita al mero valore conduce ad una silenziosa *abolitio* della distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente».

71 V. F. Colaianni-D. Colombo, *Quando i soldi sono infetti. Una nuova pronuncia delle Sezioni Unite ribadisce che la confisca del denaro rinvenuto nel patrimonio del reo è sempre "diretta"*, in *www.sistemapenale.it*, 8 luglio 2022, p. 8 s., e L. Valotti, *I confini della confisca diretta*, cit.

72 Al riguardo, v. R. Borsari, *Percorsi interpretativi*, cit., 7 s., nonché M. Lanzi, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari: riflessioni e questioni aperte*, in *Ind. pen.*, 2014, fasc. 1, 173, e A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile*, cit., 1. V. anche Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2024, n. 22935, in *www.giurisprudenzapenale.com*, che definisce la confisca un istituto complesso, «dalle ricadute incisive sui diritti del cittadino».

di ricostruzione dei legami con il reato-base, tale ipotesi di profitto dovrebbe essere oggetto della sola confisca di valore o per equivalente[73].

5. La recente sentenza "Coppola".

Il tema della confisca del denaro è tornato sotto i riflettori anche di recente, con una nuova decisione delle Sezioni Unite della Suprema Corte[74], nota come sentenza "Coppola"[75], dove la Cassazione sintetizza, dapprima, i contenuti delle sentenze Gubert e Lucci. Dopodiché, con particolare riferimento a quanto affermato in quest'ultima pronuncia, la Corte osserva che la fungibilità del denaro legittima il ricorso alla confisca diretta, ma *non impedisce del tutto* la ricostruzione del relativo nesso di pertinenzialità.

In altre parole, secondo la Cassazione, la confisca del profitto in denaro non "prescinde"[76] dall'accertamento del nesso di pertinenzialità. Al contrario, soprattutto nelle ipotesi di profitto c.d. "accrescitivo", il provento in denaro, che l'agente, ad esempio, deposita sul conto corrente, è rintracciabile da parte degli organi inquirenti: «vi è un saldo attivo precedente e uno successivo; vi è un movimento in entrata, con mittente e causale. Quella somma è, cioè, diversa e non sovrapponibile» a quelle già presenti sul medesimo conto o a «quella, per ipotesi, presente su un altro conto del medesimo soggetto»[77]. Ne consegue che l'*oggetto della confisca sarà proprio il denaro depositato in banca dal reo*: non il "gruzzolo"[78] fisicamente inteso, dato che sarebbe complicato riuscire a individuarlo, ma il relativo importo monetario, di cui è aumentato il patrimonio dell'agente.

---

[73] La sentenza Gubert è stata criticata anche da una parte della giurisprudenza di legittimità, che ha messo in rilievo come la decisione sancisca «principi non simmetrici con quelli indicati, nel corso del tempo, dalle stesse Sezioni Unite» (v., ad esempio, Cass. pen., Sez. Un., 29951/2004, cit., Cass. pen., Sez. Un., 38691/2009, cit., nonché, da ultimo, la decisione di Cass. pen., sez. V, 18 luglio 2023, n. 31186, in *www.sistemapenale.it*, con scheda di L. Valotti, *I confini della confisca diretta*, cit.), in tema di nesso di derivazione del profitto dal reato: P. Silvestri, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione*, in *www.cortedicassazione.it*, 17 giugno 2014, 27.

[74] Cass. pen., Sez. Un., 42415/2021, cit., con nota di F. Colaianni, *Prime note estemporanee di commento alle Sezioni Unite n. 42415/21 in tema di confisca*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 24 novembre 2021.

[75] In realtà, prima della sentenza Coppola, la confisca del profitto in denaro è stata oggetto anche di un'altra – meno nota – decisione della Suprema Corte. Si tratta di Cass. pen., sez. III, 27 febbraio 2018, n. 8995, *Barletta*, rv. 272353, dove si precisa che: «[l]n tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, la natura fungibile del denaro non consente la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che le stesse non possono in alcun modo derivare dal reato e costituiscano, pertanto, profitto dell'illecito».

[76] V., ancora una volta, A. Keller, *Confisca diretta del denaro*, cit., 80-86.

[77] A.M. Dell'Osso, *Le Sezioni Unite rilanciano sulla natura diretta della confisca di denaro: vecchie e nuove perplessità*, in *Dir. pen. proc.*, 2022, fasc. 4, p. 492.

[78] M. Scoletta, *La confisca di denaro quale prezzo*, cit.

In questo senso, l'applicazione della misura non deroga ai normali *standard* probatori, né introduce alcuna "presunzione"[79] circa l'accertamento del nesso pertinenziale: ai fini della confisca, il giudice dovrà verificare che il denaro, comunque rinvenuto nelle disponibilità dell'agente, rappresenti «l'effettivo accrescimento patrimoniale monetario da quest'ultimo conseguito per effetto del reato»[80]. Vale a dire: il giudice dovrà accertare che l'aumento del patrimonio del reo derivi dall'acquisizione di risorse illecite.

Invero, nel formulare tali affermazioni, la Corte di cassazione rinvia ai contenuti della sentenza Focarelli. Si fanno strada, pertanto, le stesse perplessità all'epoca suscitate da questa decisione.

In primo luogo, tanto nella sentenza Coppola quanto nella sentenza Focarelli, la natura diretta della confisca di denaro viene motivata guardando alle caratteristiche intrinseche del bene oggetto d'ablazione: esse invece, lungi dall'implicare conseguenze sul piano della disciplina normativa applicabile, dovrebbero servire unicamente a individuare la categoria di beni cui il denaro appartiene[81]. In altre parole, la fungibilità inerisce alla cosa in sé e ne rappresenta un "attributo specifico"[82], a nulla rilevando rispetto al tipo di confisca applicabile e alla ricostruzione del relativo nesso di pertinenzialità[83].

In secondo luogo, il ragionamento elaborato dalle Sezioni Unite "Coppola" potrebbe vacillare quando oggetto della confisca in denaro fosse il profitto illecito consistente in un risparmio di spesa. In questi casi, è praticamente impossibile individuare l'aumento monetario che dovrebbe presupporre la realizzazione di un'attività delittuosa: la somma incriminata, proveniente dal reato, si trova già nella disponibilità del reo, non essendo mai uscita dal suo patrimonio e consistendo, per l'appunto, in un risparmio di spesa[84].

In tali evenienze, la confusione tra ricchezze lecite e illecite, disponibili in capo al reo, non solo è fisiologica, ma anche irrimediabile. Infatti, pur volendo procedere a una puntuale disamina della sua provenienza, non si riuscirebbe a individuare il denaro indebitamente risparmiato: dato che l'illiceità deriva da un mancato esborso, le somme indagate risulterebbero sempre di origine lecita perché tale sarebbe, in effetti, la loro iniziale acquisizione nel patrimonio del reo[85].

Le Sezioni Unite non prendono alcuna posizione sul punto; dunque, dovrebbero restare validi i principi formulati al riguardo dalla sentenza Gubert, dove si stabiliva che la confisca del risparmio di spesa è di tipo diretto e che

[79] Cass. pen., Sez. Un., 42415/2021, cit.

[80] Cass. pen., Sez. Un., 42415/2021, cit.

[81] In questo senso, v. C.E. Paliero-F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit., 247 s., e L. Valotti, *I confini della confisca diretta*, cit.

[82] C.E. Paliero-F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit., 247 s.

[83] V., ancora una volta, C.E. Paliero-F. Mucciarelli, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile*, cit., 247 s.

[84] Al riguardo, v. F. Colaianni-D. Colombo, *Quando i soldi sono infetti*, cit., 10 ss.

[85] F. Colaianni-D. Colombo, *Quando i soldi sono infetti*, cit., 10.

il relativo nesso di pertinenzialità andrebbe presunto, vista la difficoltà di accertarlo in assenza di entrate monetarie fisicamente rintracciabili in capo all'agente.

Alla luce di ciò, quella della confisca assomiglia sempre di più a una "zona franca"[86], sottratta alla sfera di applicazione del principio di legalità, dove, per via giurisprudenziale, si assiste alla trasmigrazione, dalla confisca per equivalente a quella diretta, di elementi tipici della prima tipologia di confisca[87].

Con una doppia conseguenza. Da un lato, l'affievolimento-annientamento del nesso di pertinenzialità fa sì che la confisca diretta smarrisca il più importante dei suoi connotati identitari; dall'altro, proprio per questo, la confisca per equivalente finisce col perdere buona parte del suo campo operativo, già ristretto perché subordinato all'esistenza di specifiche disposizioni di legge che ne prevedano l'applicazione[88].

6. Osservazioni conclusive.

Dalla sentenza Focarelli alla sentenza Coppola, passando per la sentenza Miragliotta, l'individuazione delle dimensioni del profitto confiscabile e della natura giuridica della confisca di denaro è stata "croce e delizia" per la giurisprudenza, che si è per lungo tempo occupata di questi due temi spinosi.

Ma le relative ricostruzioni sollevano qualche interrogativo: con particolare riguardo al tema della confisca di denaro, si è assistito, come già visto, a un graduale ampliamento del raggio applicativo della confisca diretta a

[86] M. Scoletta, *La confisca di denaro quale prezzo*, cit.

[87] M. Scoletta, *La confisca di denaro quale prezzo*, cit.

[88] Si deve precisare che, negli ultimissimi tempi, le Sezioni Unite della Corte di cassazione (Cass. pen., Sez. Un., 8 aprile 2025, n. 13783, in *www.sistemapenale.it*, con scheda di 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*, 15 aprile 2025), sono tornate sull'annoso tema dell'individuazione della natura giuridica della confisca di denaro e hanno stabilito che «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». Il principio di diritto affermato si discosta, dunque, da quelli formulati finora in materia di confisca di denaro e si allinea, invece, agli orientamenti giurisprudenziali minoritari e alle osservazioni della dottrina. In quest'ordine di idee, la fungibilità del denaro, anziché legittimare il ricorso alla confisca diretta, giustificherebbe, semmai, l'applicazione della confisca per equivalente, nei casi in cui essa sia prevista dalla legge. Secondo le Sezioni Unite, la confisca diretta dovrebbe, invece, operare «soltanto in presenza della prova della derivazione causale del bene rispetto al reato» e, cioè, quando sia possibile accertare la sussistenza del nesso pertinenziale tra il denaro indebitamente percepito e il reato-base. D'altro canto, la differenza tra confisca diretta e confisca di valore o per equivalente sta proprio nell'accertamento del nesso di pertinenzialità: affermare che la confisca di denaro sia una confisca diretta e poi presumere o dare per scontata la sussistenza di detto nesso significa realizzare, di fatto, una tacita *abolitio* della distinzione tra le due tipologie di confisca (in tal senso, v. A. Keller, *Confisca diretta del denaro*, cit., 83).

discapito di quello della confisca per equivalente, i cui spazi operativi si sono, per converso, via via ridotti.

Le ragioni di ciò sono almeno due.

In quanto diretta, la confisca del provento in denaro trova riscontro all'interno della fattispecie generale di cui all'art. 240 c.p.[89] e non è, pertanto, necessario prevedere disposizioni normative che la prevedano specificamente, al contrario di quanto accade con la confisca di valore o per equivalente (e con tutte le altre ipotesi di confisca indiretta), applicabile nei soli casi indicati dalla legge.

Sul piano della natura giuridica, poi, la confisca di cui all'art. 240 c.p. appartiene, tradizionalmente[90], al novero delle misure di sicurezza patrimoniali. E pertanto, nei confronti di detta confisca – e quindi anche nei confronti di quella di denaro – non troveranno applicazione gli stringenti principi di cui agli artt. 25, comma 2, Cost., 7 Cedu e 2 c.p.[91], bensì quelli previsti dagli artt. 25, comma 3, Cost. e 200 c.p.

In pratica, nell'impostazione fatta propria dalle Sezioni Unite nel corso del tempo, la confisca di denaro si è affrancata dalle garanzie che governano la disciplina delle pene in senso stretto[92]. Tuttavia, a promuovere quest'affrancamento non è stato il legislatore, bensì la giurisprudenza, *attraverso un utilizzo cripto-analogico*[93] *dello strumento esegetico*.

Questo tipo di approccio è molto frequente negli ordinamenti giuridici di *common law*, dove, nei casi di indeterminatezza normativa, alla giurisprudenza è riconosciuta una funzione effettivamente creativa del diritto. E, proprio con riguardo alla confisca di denaro, in assenza di una presa di posizione da parte del legislatore, le Corti federali statunitensi si sono interrogate sulla natura giuridica di detta ipotesi di confisca e su come andasse accertata la relativa *traceable connection*, necessaria ai fini dell'ablazione.

La risposta ai due quesiti è stata fornita all'interno di una nota pronuncia in materia di confisca dei profitti in denaro provenienti dal narcotraffico[94].

---

89 M. Scoletta, *La confisca di denaro quale prezzo*, cit.

90 In questa prospettiva, v. *Relazione ministeriale*, cit., par. 202, 245, nonché S. Sartarelli, *Confisca "obbligatoria" e "facoltativa"*, in M. Montagna (a cura di), *Sequestro*, cit., 277. *Contra*, v. F. Cavalla, *La confisca di cose appartenenti all'estraneo del reato nella possibilità di revoca o modifica e l'intangibilità del giudicato*, in *Giust. pen.*, 1964, fasc. 3, 106.

91 Al riguardo, v. A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile*, cit., 5, M. Scoletta, *La confisca di denaro quale prezzo*, cit., nonché G. Civello, *Confisca per equivalente e concorso di persone: tra responsabilità individuale e "principio solidaristico"*, in *Arch. pen.*, 2024, n. 1, 7. In giurisprudenza, v. Cass. pen., Sez. Un., 42415/2021, cit., e Cass. pen., Sez. Un., 10561/2014, cit.

92 V., da ultimo, Cass. pen., sez. III, 22 gennaio 2024, n. 2566, in *One LEGALE*. In dottrina, v. F. Marzullo, *La confisca del denaro* post delictum *nel "prisma" dei più recenti approdi giurisprudenziali di legittimità*, in *Arch. pen.*, 2024, n. 2, 1 ss.

93 Sul punto, v. V. Mongillo, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, fasc. 3-4, 69.

94 Si tratta della decisione *United States v. Banco Cafetero Panama*, 797 F.2d 1154 (2nd Cir. 1986), in *www.casetext.com*, conf. a *United States v. Garcia*, 37 F.3d 1359, 1365 (9th Cir. 1994), in *www.casetext.com*, e a *United States v. Braxtonbrown-Smith*, 278 F.3d 1348, 1355 (D.C. Cir. 2002),

Al pari di quanto stabilito dalla Corte di cassazione, quella avente ad oggetto *commingled goods* come il denaro è una confisca diretta anche per la giurisprudenza d'oltreoceano e la ricostruzione del nesso di pertinenzialità segue la regola del "*lowest intermediate balance*" (altresì nota come regola del "*drugs in, last out*"): il provento sarà confiscabile ovunque sia rinvenuto nella disponibilità del reo, a condizione che venga appreso un importo corrispondente al guadagno illecito percepito dall'agente e che il suo patrimonio sia aumentato esattamente di tale somma. Per esemplificare, il giudice, dopo aver accertato che il reo abbia ricavato cento dollari dalla vendita di una partita di droga, procederà a confiscargli detta somma sul conto corrente, fintantoché quest'ultimo mantenga un saldo attivo pari o superiore proprio a cento dollari.

Tale soluzione, che, nel nostro ordinamento, è stata proposta nelle sentenze Focarelli e Coppola, negli Stati Uniti ha subito le critiche di una parte della giurisprudenza e della dottrina, che l'hanno ritenuta foriera di confusioni circa l'individuazione dei precisi confini operativi del *felony forfeiture* e del *substitute assets felony forfeiture*[95]. E, infatti, ha preso piede un secondo orientamento giurisprudenziale, al momento ancora minoritario, secondo il quale la confisca di somme di denaro apparterrebbe alla categoria delle confische di valore o per equivalente, non essendo possibile confiscare il denaro materialmente ricavato dalla realizzazione dell'illecito di base[96].

Ad ogni modo, tornando a noi, un intervento normativo di riordino della materia sarebbe certo auspicabile e, magari, il legislatore potrebbe prendere in considerazione l'idea di introdurre un *tertium genus* di confisca[97], a metà strada tra la confisca diretta e quella per equivalente: la confisca del provento consistente in somme di denaro, caratterizzata da garanzie, logiche, elementi essenziali suoi propri (come l'affievolimento-annientamento del nesso di pertinenzialità)[98] e scopi peculiari. Per esempio, alla confisca di denaro potrebbe essere espressamente riconosciuta una funzione compensativa: l'applicazione della misura servirebbe, cioè, a restituire ai circuiti economici legali le ricchezze sottratte dal reo con l'attività criminosa[99].

---

in *www.case-law.vlex.com*. Sul punto, v. anche S. Finocchiaro, *La confisca "civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e* civil forfeiture*: verso un nuovo modello di* non-conviction based confiscation, Milano, 2018, 324 s.

95 Al riguardo, v. T.G. Reed, *On the importance of being civil: constitutional limitation on civil forfeiture*, 3 *New York Law School Law Review* 255, 1994, 276 ss.

96 V. S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2020, fasc. 3, 325.

97 In questo senso, v., ad esempio, A. Keller, *Confisca diretta del denaro*, cit., 73-77, ma anche L. Della Ragione, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13 novembre 2010, 10. Cfr., altresì, G. Caradonna, *La confisca di denaro: natura giuridica e disciplina secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione*, in *www.rivistapenaleitaliana.it*, 29 ottobre 2021.

98 Al riguardo, v. S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito*, cit., 349.

99 In questo senso, v. F. Palazzo-F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna, 2018, 111 s.

PROBLEMI E PROSPETTIVE DELL'ERRORE SUL CONSENSO NELLA VIOLENZA SESSUALE *EX* ART. 609-*BIS* C.P.

Ilaria Iovinella*

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – **2.** Il ruolo del consenso nella dogmatica del reato. – **3.** Per una riforma *consent-oriented*: tra modelli legali e una definizione penale di consenso. – **3.1.** Il modello spagnolo. – **3.2.** Il modello tedesco: tra schemi virtuosi e ipertrofia. – **4.** Rilievi critici intorno all'errore sul consenso nella violenza sessuale – **4.1.** L'orientamento giurisprudenziale: il giudice vestito da legislatore. – **4.2.** Le suggestioni dottrinali: tra responsabilità colposa e inescusabilità dell'errore. – **4.3.** Un tentativo di soluzione. – **5.** Conclusioni: per un recupero dell'umanità dell'errore.

ABSTRACT

Il presente contributo propone un'analisi delle problematiche connesse all'errore sul consenso nella fattispecie di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis* c.p. A partire dall'inquadramento dogmatico del consenso, vengono messi a confronto i modelli consensualistici degli ordinamenti spagnolo e tedesco, inserendosi nell'attuale dibattito sulla riforma della disciplina in materia. Segue la critica della giurisprudenza di legittimità, che interpreta l'errore sul consenso come un errore sul divieto *ex* art. 5 c.p., al fine di escluderne surrettiziamente la rilevanza. Infine, si propone una rassegna delle diverse soluzioni proposte dalla dottrina: dal riconoscimento di una responsabilità colposa, fino all'introduzione di una circostanza attenuante speciale per l'errore evitabile. Tali prospettive trovano, inoltre, spazio nel quadro di ricostruzione dei limiti di attribuzione della responsabilità penale per un'offesa alla libertà sessuale realizzata in presenza di un dubbio sull'elemento del consenso.

This contribution offers an analysis of the issues related to mistake of fact concerning consent in the offence of sexual violence under article 609-bis c.p. Starting from the dogmatic framing of consent, the paper compares the consent-based models of the Spanish and German legal systems, situating them within the current debate on the reform of the relevant legislation. It then proceeds to a critique of case law, in which mistake of consent is interpreted as mistake of law ex art. 5 c.p., with the aim of surreptitiously excluding its relevance. Finally, the paper presents a review of the different solutions proposed by legal scholarship: from the recognition of negligent liability to the introduction of a specific mitigating circumstance for avoidable mista-

* Dottoranda in "Diritti umani. Teoria, storia e prassi", Università degli Studi di Napoli Federico II.

ke. These perspectives are placed within the broader framework of reconstructing the limits of criminal liability for an offence against sexual freedom committed in a state of doubt regarding the element of consent.

1. Considerazioni introduttive.

La costruzione giuridica della sessualità non è un'invenzione moderna, ma un meccanismo antico, il cui funzionamento è scandito dall'evolversi delle strutture sociali[1]. Non stupisce, infatti, che in tempi di profonde trasformazioni politico-culturali si avverta nell'ordinamento italiano la necessità di una riforma del diritto penale sessuale. In particolare, le istanze in materia guardano al ruolo del consenso nella violenza sessuale. Si lamenta l'insufficienza di una fattispecie incriminatrice non incardinata sul consenso della persona titolare del bene giuridico leso, a far fronte ai nuovi bisogni di tutela, reclamati da una sensibilità sociale in mutamento. L'articolo 609-*bis* c.p., infatti, risponde ad un modello di incriminazione incentrato sulle modalità di aggressione alla libertà sessuale[2]. In estrema sintesi[3], il primo comma disciplina la c.d. violenza sessuale per costrizione, realizzata per mezzo di violenza, minaccia o abuso di autorità, mentre al primo capoverso è collocata la c.d. violenza per induzione, cioè mediante abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa o mediante inganno, per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Che la rubrica della norma, "violenza sessuale", sia inappropriata a descrivere tutte le condotte idonee ad integrare il reato è evidente sin dalla lettura della disposizione codicistica; inadeguatezza che emerge con maggiore intensità ove si guardi alla lettura che ne viene proposta dagli interpreti.

---

[1] Per un interessante *excursus* temporale sul legame tra concezione della sessualità ed evoluzione delle strutture sociali, T. Fischer, *Sex and Crime. Über Intimität, Moral und Strafe*, München, 2021, 23-76.

[2] T. Padovani, *Commento pre-art.609-bis c.p. (artt. 1 e 2 l. 15.2.1996, n. 66)*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, 417-419; per l'A. questo ancoraggio a specifiche modalità di condotta, piuttosto che al dissenso della persona offesa, contribuisce a spiegare la collocazione dei delitti contro la libertà sessuale all'interno della categoria dei delitti contro la libertà individuale, anziché tra quelli contro la libertà morale oppure in una sezione autonoma che ne valorizzi le peculiarità.

[3] Per approfondimenti, si rinvia a A. Cadoppi, *Commento art. 609-bis c.p.*, in A. Cadoppi (a cura di), *Commentario*, cit., 439-558; Id., *Il delitto di violenza sessuale (art. 609-bis c.p.)*, in A. Cadoppi-P. Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, Milano, 2023, 9-62; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, vol. II, tomo I, Torino, 2020, 305-342; G. Fiandaca, *Violenza sessuale*, in *Enc. dir. agg., IV*, 2000, 1153-1166.; F. Mantovani, *Diritto penale. I delitti contro la persona*, Milano, 2022, 411-492; B. Romano, *I delitti contro la sfera sessuale della persona*, Milano, 2013, 97-189; D. Brunelli, *Bene giuridico e politica criminale nella riforma dei reati a sfondo sessuale*; R. Borgogno, *Il delitto di violenza sessuale*, in F. Coppi (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento dei minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, 37-78, 81-153.

Negli anni, il legislatore è intervenuto quasi esclusivamente sul fronte delle cornici edittali, lasciando sostanzialmente intatti la struttura e il contenuto della norma. Innanzi a tale silenzio del legislatore, è stata la giurisprudenza a farsi promotrice delle istanze di riforma, provenienti anche dalla dimensione sovranazionale. Tra le ultime fonti normative in materia, vi è la Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024 (pubblicata il 24 maggio) sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. Non si tratta di un ambito di intervento nuovo per l'Unione Europea, che già nel 2017 ha firmato la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica dell'11 maggio 2011 (la c.d. Convenzione di Istanbul), per poi completare il procedimento di ratifica nel 2023 mediante due decisioni (nn. 2023/1075 e 2023/1076) del Consiglio. Le difficoltà incontrate nel lungo procedimento di ratifica attengono soprattutto alla mancata previa adesione di tutti gli Stati membri alla Convenzione, difficoltà che ancora oggi non possono dirsi superate e che, anzi, ancora si frappongono all'armonizzazione legislativa auspicata dall'Unione[4]. Ne è indice proprio la sorte riservata al tema del consenso nella direttiva del 2024: nella proposta di direttiva della Commissione[5], infatti, il consenso ricopriva un ruolo centrale nella definizione del delitto di stupro, di cui si caldeggiava l'introduzione in tutti gli Stati membri. Tale proposta cambia, però, totalmente fisionomia nella direttiva 2024/1385 (che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 14 giugno 2027), prevedendosi soltanto all'art. 35 "misure specifiche per prevenire lo stupro e promuovere il ruolo centrale del consenso nelle relazioni sessuali", al di fuori di uno spazio normativo penale[6]. Una previsione di compromesso,

[4] M. Ferrari, *Violenza contro le donne: l'Unione europea adotta finalmente la direttiva (UE) 2024/1385,* in *eurojus.it rivista*, 17/06/2024.

[5] Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, 2022/0066, Strasburgo, 8.3.2022, 24-25, in cui si legge: "Lo stupro dovrebbe includere esplicitamente tutti i tipi di penetrazione sessuale, con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto. L'assenza di consenso dovrebbe essere un elemento centrale e costitutivo della definizione di stupro, dato che spesso esso non implica violenza fisica o uso della forza. Il consenso iniziale dovrebbe poter essere ritrattato in qualsiasi momento durante l'atto, nel rispetto dell'autonomia sessuale della vittima, e non dovrebbe implicare automaticamente un consenso per atti futuri".

[6] Il rilievo che il consenso assume nella Direttiva si snoda soprattutto sul piano processuale (punto 48) ed extrapenale-preventivo (punto 73). Da un lato, infatti, si esclude l'utilizzo di elementi relativi alla vita privata della vittima, come il comportamento sessuale pregresso o l'abbigliamento al momento della violenza, per metterne in dubbio la credibilità, evidenziandone il potenziale effetto stigmatizzante e vittimizzante; sul fronte extrapenale, si richiama l'importanza di un approccio integrato alla prevenzione della violenza, che includa misure preventive, come campagne di sensibilizzazione e programmi educativi, finalizzate ad evitare sia l'insorgere di stereotipi dannosi che possano sfociare nella normalizzazione di comportamenti violenti (misure preventive primarie), sia che l'incidenza di tali dinamiche socio-culturali, ove non annullata in età precoce, possa perpetuarsi fino ad aggravarsi (misure preventive secondarie) o ad assumere i caratteri della recidiva (prevenzione terziaria).

considerando che non tutti gli Stati membri, l'Italia in primo luogo (che ha sottoscritto la Convenzione il 27 settembre 2012 e l'ha ratificata con la legge 27 giugno 2013, n. 77), hanno adeguato le proprie legislazioni agli standard di tutela *ex* art. 36, par. 1 della Convenzione di Istanbul, che richiede l'adozione di misure legislative atte a perseguire penalmente "atti sessuali non consensuali con penetrazione (...)" (a), nonché "altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso" (b) ovvero la coazione al compimento di "atti sessuali non consensuali con un terzo" (c).

Così delineate le principali tensioni[7] che caratterizzano l'attuale dibattito sulla riforma della violenza sessuale, il presente contributo si propone di approfondire uno degli aspetti più problematici del tema: l'errore sul consenso, punto critico in cui esigenze di tutela e garanzie convivono in forte conflitto. Tuttavia, prima di entrare nel merito della questione, è opportuno soffermarsi preliminarmente sul concetto di consenso, analizzandone il significato e il ruolo occupato nell'ambito del diritto penale sessuale, anche in prospettiva comparatistica e in ottica di riforma.

Considerate le peculiarità della disciplina della prostituzione e dello sfruttamento sessuale, nonché la specificità della tutela negli atti sessuali con minorenni, l'analisi proposta si concentrerà esclusivamente sul ruolo del consenso nella violenza sessuale tra adulti.

2. Il ruolo del consenso nella dogmatica del reato.

Quando in diritto penale si parla di consenso, il primo riferimento, seguendo l'ordine dei compilatori del codice, è all'art. 50 c.p., generalmente ricondotto entro la categoria delle scriminanti. La dottrina maggioritaria[8] distingue quest'ultimo, escludente l'antigiuridicità del fatto, da un consenso qualitativamente diverso che fa, invece, venir meno la tipicità: è la distinzione che, nella dottrina tedesca, si scioglie nel binomio *rechtfertigende Einwilligung - tatbestandsausschließendes Einverständnis*. Tra le principali conseguenze di questa distinzione vi sarebbe anche l'impermeabilità dell'*Einverstandnis* ai vizi della volontà, perché privo del carattere "normativo" dell'*Einwilligung*,

[7] Nel *Baseline Evaluation Report for Italy*, adottato il 15 November 2019 e pubblicato il 13 gennaio 2020, il GREVIO (*Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence* incaricato, ai sensi dell'art. 66 della Convenzione di Istanbul, di monitorare l'attuazione della Convenzione da parte degli Stati firmatari), ha esortato le autorità italiane a modificare la propria legislazione, nella direzione di una riscrittura del delitto di violenza sessuale basato sulla nozione di consenso liberamente prestato. Di contro, nella Raccomandazione del Comitato delle Parti (composto dai rappresentanti delle Parti aderenti alla convenzione) all'Italia, adottata il 30 gennaio 2020, non c'è alcun appunto relativo ad un mancato adeguamento legislativo alla Convenzione,

[8] Nella manualistica italiana, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2019, 281; C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 346; G. Marinucci-E. Dolcini-G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2024, 327, F. Mantovani-G. Flora, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2023, 249.

espressione dell'*Autonomieprinzip*, corollario dell'autodeterminazione personale[9].

Ebbene, è pacifico che, alla luce di tale differenziazione, il consenso prestato al compimento di un atto sessuale escluderebbe, *ab origine*, la tipicità del fatto: allora, come conciliare tale ricostruzione con la rilevanza che violenza, minaccia e inganno, in qualità di vizi della volontà, hanno in relazione alla liceità dell'atto sessuale? Potrebbe obiettarsi che questi assumono rilevanza quando siano tipizzati dal legislatore come modalità aggressive del bene giuridico, ma ragionando in relazione ad una fattispecie di violenza sessuale il cui disvalore sia incentrato soltanto sull'assenza del consenso della persona offesa (come al § 177 *StGB*, dopo la riforma del 2016[10]), che spazio residuerebbe all'indagine sui vizi di formazione del consenso? Inoltre, se nel dibattito d'oltralpe non pone particolari problemi la differenza strutturale tra l'assenso escludente la tipicità e il consenso escludente l'antigiuridicità, proprio in forza della natura "fattuale" del primo, più controversa è la disciplina dell'errore sul consenso, non prevedendo lo *Strafgesetzbuch* una disciplina specifica dell'errore sulle scriminanti, analoga a quella di cui all'art. 59, co. 4 del codice penale italiano, che consenta di differenziarlo dall'errore sul fatto, che esclude il dolo[11].

Innanzi a quest'ordine di rilievi, si ritiene di condividere la prospettiva di illustre dottrina tedesca[12] che esclude un'effettiva distinzione tra *Einwilligung* ed *Einverständnis*. Per quanto, infatti, la possibilità di ricondurre all'alveo delle cause di giustificazione il consenso venga in dottrina variamente sostenuta[13], tale distinzione dagli incerti confini non coglie nel segno: entrare in casa altrui con il permesso del proprietario, oppure chiudere una persona in una stanza su sua stessa richiesta, rappresentano legittimi atti di disposizione di un bene da parte del suo titolare[14], che consentono di collocare l'efficacia di tali atti già al livello della tipicità, perché spogliano di disvalore l'intero fatto[15]. Tale ricostruzione, inoltre, appare coerente con una concezione del

[9] *Ex multis*, Wessels-Beulke-Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, Heidelberg 2024, Rn. 552 – 583.

[10] T. Hörnle, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, in *German Law Journal*, vol. 18, n. 6, 2017, 1310-1319.

[11] C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 463-466.

[12] Roxin-Greco, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I*, München, 2020, § 13 Rn. 2 – 32; C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione. Problemi di teoria dell'illecito penale*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1996, 119-138.

[13] Per una rassegna delle teorie sul consenso come causa di giustificazione, si rimanda a Roxin-Greco, *Strafrecht*, cit., § 13 Rn. 15 – 18.

[14] Roxin-Greco, *Strafrecht*, cit., § 13 Rn. 32, ove si sottolinea che, stante la riconduzione ad unità dei "consensi", non tutte le ipotesi di manifestazione di volontà rispondono alle stesse regole, data la varietà delle fattispecie in cui il consenso del titolare del bene viene in rilievo e la specificità delle relative questioni che possono sorgere. È indubbio, infatti, che il consenso ad un atto sessuale ponga problemi completamente diversi rispetto, ad esempio, al consenso che vale ad escludere una lesione personale.

[15] C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 130-131, per l'A. non sarebbe risolutivo

bene giuridico individuato in funzione dello sviluppo della persona[16]: fintantoché un'azione rappresenti l'esercizio del potere di disposizione di un bene giuridico da parte del legittimo titolare, questa, entro i limiti normativamente individuati, non contrasterà con il libero sviluppo della personalità, bensì ne sarà espressione[17].

Diverso, invece, secondo tale orientamento, è il discorso in ordine al consenso presunto, dotato di un'autonomia dogmatica che ne consentirebbe l'inserimento all'interno delle cause di giustificazione, seppur a determinate condizioni[18]. Ebbene, in tali ipotesi, a venire in rilievo non è l'effettiva volontà del titolare del bene, quanto la posizione del soggetto che ritiene di agire nel suo interesse. Tale convincimento, per produrre effetto scriminante, deve condurre alla medesima conclusione che avrebbe tratto l'interessato se avesse avuto piena conoscenza della situazione. Ad ogni modo, quest'ultima situazione analizzata esula dal presente ambito d'indagine, coinvolgendo principalmente uno schema di condotta (quello dell'agire nell'altrui interesse) che non ha attinenza con le dinamiche in cui sono calate le ipotesi di violenza sessuale (in cui l'agente agisce nel proprio interesse, nell'esercizio della propria libertà sessuale). Per quanto, infatti, la configurabilità di un consenso presunto nell'agire nel proprio interesse non incontri unanime favore[19], autorevole dottrina esclude tale possibilità quando le specifiche circostanze del caso concreto[20] non consentono di ritenere che il titolare del bene giuridico sarebbe d'accordo, poiché, in presenza di una condotta egoistica, a quest'ultimo non è prospettato alcun vantaggio. Inoltre, nella ricostruzione in esame, l'errore sugli elementi fattuali di una causa di giustificazione viene

neanche far leva sul "consenso svantaggioso" per il titolare del bene, considerata la difficoltà di circoscrivere l'intervento dell'ordinamento giuridico senza incorrere nel rischio di derive paternalistiche; e neppure, anche ipotizzando uno spostamento del consenso penalmente rilevante al "livello" delle scriminanti, sarebbe possibile riconoscervi la medesima funzione politico-criminale di bilanciamento d'interessi, propria delle cause di giustificazione.

16 Roxin-Greco, *Strafrecht*, cit., § 13 Rn. 14 riprendono Rudolphi, ZStW 86 (1974), 87, per il quale "il bene giuridico e il potere di disposizione su di esso non solo formano un'unità, ma l'oggetto della disposizione e il potere di disporne, nella loro reciproca relazione, costituiscono essi stessi il bene giuridico protetto dalla fattispecie".

17 C. Roxin, *Antigiuridicità e cause di giustificazione*, cit., 126.

18 *Ibidem*, pp. 157-158.

19 Roxin-Greco, *Strafrecht*, cit., § 18 Rn. 17, se da un lato si invita alla cautela nell'affermare la rilevanza di un consenso presunto "*bei eigennützigem*", poiché anche in tal caso non si può prescindere dalla ricostruzione della volontà ipotetica del titolare del bene giuridico, dall'altro affermare che in presenza di una condotta egoistica non possa mai configurarsi un consenso presunto equivale a presumere che nessuno possa mai agire altruisticamente nei confronti dell'altro, sacrificando qualcosa di proprio a beneficio di qualcun altro.

20 Roxin-Greco, *Strafrecht*, cit., § 18 Rn. 28, a titolo di esemplificazione delle conclusioni richiamate, si precisa che una stretta conoscenza, caratterizzata da affetto, consente di presumere un consenso soltanto quando la lesione agli interessi del titolare del bene giuridico risulti del tutto trascurabile, poiché non ci si può esimere dall'esigere circostanze particolari ulteriori laddove la disposizione di un bene altrui presenti un rilievo più significativo.

distinto dall'errore di diritto, che invece ricorre quando l'atto è nell'interesse dell'agente e si invoca un consenso presunto privo di qualsiasi fondamento.

Delineato, dunque, in questi termini il consenso come elemento essenziale della fattispecie oggettiva, si ritiene di poter analizzare, in prospettiva di riforma, possibili formulazioni *consent-based* del disposto normativo.

3. Per una riforma *consent-oriented*: tra modelli legali e una definizione penale di consenso.

Parte della dottrina distingue in quattro macrocategorie i modelli legali incardinati sull'elemento del consenso[21]: l'*attitudinal model*, in cui il consenso o il dissenso acquisiscono rilevanza nella loro dimensione interiore, senza che ne sia richiesta l'espressione; il *communication model*, caratterizzato, invece, dall'irrilevanza di ciò che avviene nel foro interno dei soggetti coinvolti, valutandosi esclusivamente ciò che viene espresso; il *mixed model*, che richiede la compresenza di una manifestazione esterna del consenso o del dissenso e del corrispondente stato mentale; e il *circumstances model*, in cui acquista centralità l'accertamento delle circostanze indicate nella fattispecie legale, indici del disvalore del fatto. Ognuno di questi modelli rappresenta una possibile struttura portante di disciplina dei reati sessuali, tanto nel caso in cui si voglia incentrare il disvalore della fattispecie sulla insussistenza del consenso (modello affermativo) quanto sulla sussistenza del dissenso (modello negativo) all'atto sessuale.

È opportuno, allora, chiedersi quale sia lo schema da preferire. Va, innanzitutto, esclusa l'adottabilità del primo modello, in palese contrasto con l'impianto garantistico su cui poggia il diritto penale del fatto: esso lascia, infatti, aperta la porta all'imputazione di una violenza sessuale in capo a chi non dispone di un empirico riscontro di un elemento essenziale del reato. E che un mero stato mentale non possa essere assunto a criterio di orientamento della condotta va affermato con rigore soprattutto nel peculiare contesto che si analizza. Il consenso viene, infatti, in filosofia definito "moralmente trasformativo"[22], in quanto idoneo a rendere giusta un'azione che altrimenti sarebbe sbagliata: un concetto che trova il suo esatto corrispondente nella dimensione penale, in quanto rappresenta l'elemento principale di discrimine tra una condotta sessuale lecita, espressione dell'autodeterminazione personale, e una illecita, perché offensiva della libertà sessuale altrui. A ciò si aggiunga che il consenso in ambito giuridico non può prescindere da un suo uso performativo, purché tale espressione sia la parte finale di un percorso di

[21] T. Hörnle, *The Challenges of Designing Sexual Assault Law,* in *Current Legal Problems*, Vol.77/1, 2024, 56-57.

[22] D. Archard, *Sexual consent,* New York, 2019, 3, nel definire il significato del consenso parla di *morally trasformative consent*, descrivendolo come "dotato di una sorta di magia morale", a partire dall'espressione coniata da Heidi M. Hurd, *The Moral Magic of Consent,* in *Legal Theory 2*, 1996.

formazione svolto in uno stato mentale libero, non coartato[23] (da qui la rilevanza dei vizi della volontà). Ragion per cui, il modello misto, ad avviso di chi scrive, è quello che maggiormente riesce a garantire l'ottimale bilanciamento delle esigenze in gioco, tra cui quella della valutazione dell'elemento psicologico dell'agente e quella di tener presente le circostanze del caso concreto, a cui il modello circostanziato sembra dare, invece, importanza esclusiva.

È necessario, inoltre, tracciare una definizione penale di consenso, che non può corrispondere a quella psicologica, in quanto viene in rilievo in una dimensione retta e orientata da tutt'altri principi. Da un punto di vista psicologico, infatti, è netta la distinzione tra l'atteggiamento interiore di chi promuove qualcosa che approva, da quello di chi semplicemente acconsente a qualcosa promosso da altri[24]; lo è meno in un diritto penale improntato al principio di materialità, in cui, come si è detto, non può prescindersi da quanto sia stato manifestato.

Volgendo lo sguardo ad altri ordinamenti, quello spagnolo e quello tedesco[25], è possibile individuare due diverse vie percorribili per circoscrivere il consenso penalmente rilevante: mediante una definizione normativa, come nel caso della Spagna, oppure conferendogli un preciso carattere in sede legislativa, come avviene in Germania in rapporto alla *Erkennbarkeit*, la riconoscibilità.

3.1. Il modello spagnolo.

Il percorso di riforma del diritto penale sessuale in Spagna è stato particolarmente travagliato: inizialmente mosso dall'esigenza di adeguare la normativa ai mutamenti sociali, finisce per cedere il passo a un intervento correttivo che appare dettato più da reazioni populiste che da una riflessione giuridica ponderata[26]. Tale percorso inizia con la *Ley Orgánica* 6.9.2022 n. 10 "*de Garantía integral de la libertad sexual*"[27], che rappresenta una delle

[23] D. Archard, *op. cit.*, 5.

[24] P. Westen, *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent As a Defense to Criminal Conduct,* New York, 2004, 309-318.

[25] Sono stati selezionati suddetti ordinamenti, in quanto entrambi hanno attraversato un'intensa stagione di riforme che ha profondamente trasformato il diritto penale in materia di reati sessuali. In entrambi i contesti, i principali snodi delle riforme riguardano, da un lato, l'abbandono della coercizione come elemento essenziale del reato di violenza sessuale e, dall'altro, la ridefinizione del fulcro del reato nell'assenza di consenso. Sul punto anche, T. Hörnle, *The Challenges of Designing Sexual Assault*, cit., 51-52.

[26] *Ex multiis* sul simbolismo penale: C. E. Paliero, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 849-922; sull'uso simbolico dello strumento penale sollecitato da istanze femministe, T. Hörnle, *#MeToo - Implications for Criminal Law*, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 6/2, 2018, 115 ss., E. Hoven, *Die neue liberale Lust am Strafen?*, in *ZStW* 135, 2023, 707-735.

[27] La riforma è conseguita al clamore mediatico riscosso dal caso de *La Manada de Manresa*, uno stupro di gruppo che i giudici di primo grado non qualificarono come *agresión sexual*, bensì

più incisive riforme del diritto penale sessuale nell'Europa dei tempi recenti, mediante l'abbandono di una fattispecie normativa imperniata sulle modalità di aggressione al bene oggetto di tutela e l'adozione di un modello basato sull'*affermative consent*[28]. Si evidenzia, in verità, come sotto la vecchia fattispecie di *abuso sexual* già ricadevano tutte le condotte offensive della libertà sessuale poste in essere in assenza di consenso della persona offesa, prescindendo da violenza e minaccia[29]: è, però, con la riforma del 2022 che la Spagna adotta il modello comunicativo-positivo del "*sólo sí es sì*"[30], definendo all'art. 178 c.p. l'*agresión sexual* come la condotta di chi compia qualsiasi atto che leda la libertà sessuale di un'altra persona *sin su consentimiento*, senza il suo consenso[31]. L'innesto più interessante è dato dall'introduzione di una espressa definizione normativa di consenso, a partire dalla quale riconduciamo il modello spagnolo a quello comunicativo-positivo: il consenso viene infatti ritenuto sussistente "solo quando sia stato manifestato liberamente attraverso atti che, tenuto conto delle circostanze del caso, esprimano in modo chiaro la volontà della persona"[32].

come il meno grave *abuso sexual con prevalimiento* (ossia lo sfruttamento di una situazione di manifesta superiorità): la decisione fu motivata sul presupposto che la vittima, intontita dall'elevata quantità di alcol assunto, non avesse opposto alcuna resistenza attiva all'aggressione del branco. Per una più compiuta ricostruzione della vicenda, cfr. G.L. Gatta, *Atti sessuali su minore incosciente per effetto dell'uso di alcool e droga: violenza o abuso sessuale? Il caso spagnolo della 'Manada de Manresa', nella prospettiva del penalista italiano*, in *Criminal Justice Network*, 10 novembre 2019; I. Merenda, *La "ley del solo sí es sí": la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell'ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in *Arch. pen.*, 1/2024; L. de Stradis, *Riforma e controriforma dei reati sessuali in Spagna: un dibattito ancora aperto*, in *Leg. Pen.*, 5.2.2025.

[28] M. Cancio Meliá, *'Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity'*, in T. Hörnle, *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective,* Oxford, 2023, 215-234; A. Rodríguez Barrueta, *Die Debatte über die Einwilligung in sexuelle Handlungen als strafrechtlicher Standard. Eine Analyse im Licht des spanischen „Nur Ja heißt Ja"-Gesetzes*, in *KriPoZ* 2/2025, 107-113; P. Faraldo-Cabana, *The Wolf-Pack Case and the Reform of Sex Crimes in Spain*, in *German Law Journal*, 2021, 847-859. In sintesi, viene meno la distinzione tra *agresión* (mediante violenza o minaccia) e *abuso*, assorbite in un'unica fattispecie di *agresión sexual*. La principale conseguenza di questa operazione legislativa è stata quella di riunire in un'unica cornice edittale fatti che, in passato, appartenevano a diverse tipologie criminose, con una conseguente diminuzione delle pene per quelli precedentemente qualificati come aggressione. Questo ha determinato una revisione delle condanne definitive e una riduzione delle pene inflitte. Tale effetto, prevedibilmente poco gradito dall'opinione pubblica, ha portato all'emanazione della L.O. 27.4.2023 n. 4163, che ha comportato l'inasprimento delle pene per le ipotesi di *agresión* commessa con violenza o minaccia.

[29] L. de Stradis, *Riforma e controriforma dei reati sessuali in Spagna*, cit., 29

[30] T. Hörnle, *The Challenges of Designing Sexual Assault*, cit., 59.

[31] Il testo originale dell'art. 178 c.p. primo comma, primo periodo, recita: «*Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento».*

[32] Si legge al secondo periodo: «*Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona».*

Stante l'indiscutibile carattere di novità della riforma, non si è mancato di metterne in dubbio la portata effettivamente dirompente[33], non essendo stati eliminati i principali problemi che i modelli *consent-based* pongono, anche sul piano probatorio[34]. Ciò soprattutto perché non è richiesta dalla norma un'espressione verbale, ben potendo il consenso desumersi anche alla luce delle circostanze concrete, dunque anche attraverso manifestazioni spontanee tipiche di un rapporto sessuale consensuale[35]. La questione si complica se, però, si considera che l'atteggiamento delle parti deve essere positivamente connotato[36], con conseguente difficoltà di individuare la "soglia" di

[33] M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales: razones y sinrazones para esta reforma*, in *IgualdadES,* 5/2021, 467-485, in Laura de Stradis, *Riforma e controriforma dei reati sessuali in Spagna*, cit., 32, ha sottolineato che la nuova definizione si limita a formalizzare un'interpretazione già adottata dalla giurisprudenza, contribuendo così sicuramente alla certezza del diritto, ma senza aggiungere alcunché.

[34] Una conferma di tali perplessità è offerta dal recente "caso Rubiales". In occasione della consegna delle medaglie alle giocatrici della Nazionale femminile di calcio spagnola, dopo la loro vittoria nella finale del Mondiale, l'allora presidente della Federcalcio spagnola Luis Rubiales afferra il volto della giocatrice Jennifer Hermoso "con entrambe le mani e, in modo inaspettato e senza consenso né accettazione da parte della giocatrice, le dà un bacio sulle labbra". Così si legge nella sentenza dell'*Audiencia Nacional*, 20 febbraio 2025 n. 3, con la quale Rubiales è stato condannato per il reato di *agresión sexual ex* art. 178 co. 1 c.p. alla pena di 10.800 euro di multa, con divieto di avvicinamento alla persona offesa entro un raggio di 200 metri, e al risarcimento di 3.000 euro per i danni morali causati. È stato invece assolto dall'accusa di *coacciones ex* art. 172-1 c.p., imputato congiuntamente ad altri personaggi del mondo sportivo, per le pressioni esercitate sulla giocatrice al fine del rilascio di una dichiarazione alla pubblica stampa che placasse il clamore mediatico che il "bacio rubato" aveva scatenato. Dopo aver attestato il carattere sessuale del bacio sulle labbra (escludendo si trattasse di una forma di saluto informale, sia in forza delle tradizioni culturali spagnole, sia in ragione del diverso trattamento riservato a tutte le altre giocatrici in occasione della consegna delle medaglie), l'*Audiencia National* passa al vaglio la sussistenza del consenso, negandola non tanto attraverso argomentazioni di segno positivo, presentando elementi che ne attestino l'insussistenza, quanto mediante la scarsa forza probatoria di elementi allegati dalla difesa. In sentenza, infatti, affermata la credibilità delle dichiarazioni della persona offesa, viene proposta come "*tan contundente prueba de cargo*" soltanto un filmato registrato negli spogliatoi, in cui si vede Jennifer Hermoso affermare esplicitamente di non aver gradito il bacio. "È vero che, nello stesso filmato, si sente Jenny rispondere con un "*vale, vale*" (che in spagnolo può significare "ok, ok")" si legge in sentenza, "ma non è possibile sapere a cosa si riferisse esattamente, dato che la domanda a cui stava rispondendo non è udibile". L'unica prova a discarico vagliata dai giudici è un referto peritale di lettura labiale a partire da un video postato sui *social*, dal quale "si può leggere con chiarezza che Rubiales le avrebbe chiesto: *"¿te puedo dar un besito?*" ma non è possibile sapere quale sia stata la risposta della giocatrice, in quanto si trovava di spalle". Stante che il senso di disgusto conseguente ad un qualsivoglia atto sessuale possa conseguire anche ad un atto voluto, è difficile non leggere in questa condanna un'anima repressivo-simbolica dovuta al clamore mediatico della vicenda, più che un convincimento "*más allá de toda duda*" della colpevolezza dell'imputato.

[35] M. Acale Sánchez, *Delitos sexuales*, cit.; ciò emerge in particolare dall'*Anteproyecto* del 3 marzo 2020, che, in termini negativi, stabiliva che "non si ritiene sussistente il consenso quando la vittima non abbia manifestato liberamente, attraverso atti esteriori, conclusivi e inequivocabili, la propria volontà espressa di partecipare all'atto (...)".

[36] G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 357-359: l'A. parla di una versione "temperata" del consenso afferma-

accettazione dell'atto sessuale in una varietà potenzialmente infinita di comportamenti umani concludenti.

Il modello consensualistico-affermativo ha, comunque, il pregio di riflettere dinamiche sociali senz'altro auspicabili, fondate sul dialogo reciproco e sul pieno rispetto della volontà altrui: in tale prospettiva ideale, l'interazione sessuale dovrebbe presupporre un confronto esplicito e consapevole tra le parti circa la convergenza delle volontà. Non si sta certo delineando un assetto irrealizzabile, tuttavia, la complessità delle dinamiche sessuali fa sì che tali condizioni ideali non si verifichino sempre nella realtà. Affermare che solo una manifestazione affermativa, verbale e non, possa mantenere l'atto sessuale nella legalità comporta il rischio di un'eccessiva espansione dell'intervento penale, arrivando a qualificare come violenza sessuale anche condotte poste in essere in presenza di atteggiamenti neutri o ambigui[37]. A ciò si aggiunga che il limite di qualsiasi modello *consent-based* attiene alla sempre possibile discrepanza tra l'esteriormente espresso e l'interiormente voluto, un problema la cui soluzione, per il sistema penale, come si è detto, non può che andare nel senso dell'indifferenza di quanto avviene esclusivamente nel foro interno della persona, in assenza di vizi della volontà penalmente rilevanti.

In altri termini, se da un punto di vista educativo e culturale è certamente auspicabile che le dinamiche sessuali siano improntate a uno scambio intellettivo tra le parti[38], non appartiene al diritto penale il compito di promuovere questo modello e di intervenire in tutti i casi in cui esso venga disatteso. Ed è a partire da questa prospettiva che si propone una configurazione del consenso penalmente rilevante che privilegi la dimensione materiale dell'atto, verificata la sussistenza delle condizioni necessarie alla sua validità[39].

tivo, quando la sua validità prescinda da un'espressione verbale. Si tratta della ricostruzione di Stephen Schulhofer, *Consent: what it means and why it's time to require it?*, in *University of the Pacific Law Review, 2016*, vol. 47, 665 ss., il quale sostiene la necessità che il consenso sia espresso in modo esplicito o comunque desumibile dalle circostanze, escludendo invece che un atteggiamento silenzioso e passivo possa essere equiparato a un'effettiva manifestazione di volontà, in quanto privo del necessario contenuto espressivo.

37 T. Hörnle, *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Band 10*, § 177, Berlin 2023, Rn. 8, sottolinea come la differenza tra i due modelli, affermativo e negativo, diventa rilevante soprattutto nei casi in cui l'interazione personale che precede l'atto sessuale risulti ambigua o poco chiara.

38 G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso*, cit., 356, parla di "proceduralizzazione", nel contestare l'opportunità di una universalizzazione di un modello di *affermative consent* declinato nella forma dello "*stop and ask*", che imporrebbe appunto di fermare l'attività in prossimità dell'inizio dell'atto sessuale per chiedere il permesso di continuare o iniziare.

39 M. Borrello, *Consenso e violenza sessuale. Tra normatività e problematicità*, in *Nomos*, 1/2023, 3, colloca il consenso nell'ambito di un rapporto sessuale "in uno spazio di significato assai ampio, che si dispone entro lo scarto che intercorre tra la scelta e l'accettazione, per cui talvolta si accetta ciò che non si sarebbe affatto scelto."

3.2. Il modello tedesco: tra schemi virtuosi e ipertrofia.

Dati i limiti del modello affermativo, è opportuno interrogarsi se quello negativo, quindi improntato alla manifestazione di dissenso, possa meglio adeguarsi alle esigenze del caso: è l'approccio adottato dall'ordinamento tedesco. L'attuale § 177 *StGB* è figlio della 50ª legge di modifica del codice penale (StÄG) del 4 novembre 2016[40], che ha introdotto il c.d. *Nein heißt Nein-Modell*. La versione precedente del § 177 *StGB*, analogamente all'attuale 609-*bis* c.p., trovava applicazione solo se l'autore avesse costretto la vittima con violenza, minaccia o approfittando di una situazione di vulnerabilità[41]. Così, in Germania come in Spagna, sulla scia tracciata dal clamore di fatti di cronaca[42], il legislatore tedesco modifica la disciplina della violenza sessuale, prima ancora di ratificare la Convenzione di Istanbul (ratifica che avrà luogo nel 2017): il § 177 co. 1 ora include tutte le azioni sessuali compiute contro la volontà riconoscibile – "*gegen den erkennbaren Willen*" – di un'altra persona[43].

Sono principalmente due le direzioni meritevoli di approfondimento[44]: la volontà contraria e la riconoscibilità della stessa. Intorno al primo profilo, si concorda che una determinazione interiore relativa all'atto sessuale non debba necessariamente essere frutto di una riflessione approfondita oppure formulata in modo chiaro e motivato[45], rilevando principalmente le condizioni di validità della formazione della volontà. Sotto quest'aspetto, rappresentano un problema, ai fini della riconducibilità o meno all'ipotesi generale di *sexueller Übergriff*, ossia l'aggressione sessuale, quei casi in cui, in ragione delle contingenze del caso, la volontà contraria tipica non si forma. L'ordinamento tedesco ha così giocato la carta della determinatezza, elencando al § 177 co. 2, al fine di colmare lacune di punibilità considerate rilevanti, una serie di cinque varianti di aggressione alla libertà sessuale, carenti in punto di valida volontà della persona offesa[46]. Inoltre, la previsione esplicita del dissenso

40 *Ex multiis*, J. Eisele, in Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentaar § 177*, München 2019, Rn. 3- 4; T. Hörnle, § 177 *StGB*, cit., 185-189; Fischer, *Strafgesetzbuch, § 177*, München 2023, Rn. 1.

41 T. Hörnle, *The New German Law on Sexual Assault*, cit., 1311.

42 Cfr. T. Hörnle, *§ 177 STGB*, 188, sull'influenza esercitata sulla riforma dalla c.d. *Kölner Silvesternacht*, il S. Silvestro di Colonia, durante il quale gruppi di uomini, principalmente di origine nordafricana e araba, aggredirono alcune donne negli spazi pubblici, durante i festeggiamenti. Sottolinea l'A. che l'indignazione per i fatti indicati ha sicuramente contribuito alla velocità del Parlamento nell'emanare la riforma del § 177 *StGB*, pur essendo comunque il tema al centro del dibattito sociale e politico già prima del 2016.

43 J. Eisele, *Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages*, Tübingen, 2016, 5 ss. sulla compatibilità del requisito della riconoscibilità oggettiva con l'articolo 36 della Convenzione di Istanbul, che richiede la criminalizzazione di qualsiasi atto sessuale senza consenso, senza menzionare la riconoscibilità da parte dell'autore del reato.

44 T. Hörnle, § 177 *StGB*, cit., pp. 192 ss.

45 Schönke-Schröder-Eisele, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 15.

46 Schönke-Schröder-Eisele, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 7-8; T. Hörnle, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 53 – 116, precisa

come elemento della fattispecie, pur avendo fatto venir meno la necessità di criminalizzare le condotte particolarmente aggressive dell'autodeterminazione sessuale, non ha impedito al legislatore tedesco di individuare al co. 5 circostanze aggravanti (per le quali è prevista una pena non inferiore nel minimo a un anno, rispetto ai sei mesi del primo comma) quando l'autore del reato esercita violenza sulla vittima, minaccia la vittima con un pericolo immediato per la sua incolumità fisica o la sua vita, oppure approfitta di una situazione in cui la vittima è *schutzlos*, indifesa di fronte alla sua azione[47].

A completare il quadro valga un ultimo accenno al sesto comma del § 177 *StGB*, che disciplina i casi particolarmente gravi, per i quali si prevede una pena detentiva non inferiore a due anni: *in der Regel,* di norma, dice la disposizione, un caso particolarmente grave si ha in presenza di uno stupro e di una violenza sessuale di gruppo. Dunque, al di là dei problemi interpretativi che pone la *Vergewaltigung*, sui cui non è possibile soffermarsi in questa sede, è d'interesse segnalare un collegamento con un'altra norma dello *StGB,* il § 184j, che rende punibile la condotta di chi *fördert*, favorisce, la commissione di un reato partecipando a un gruppo di persone che esortano un'altra persona a commettere un reato *ex* § 177 o § 184i. Parte della dottrina tedesca, in relazione all'art. 184j[48], ha visto nella commissione del reato sessuale una condizione oggettiva di punibilità, tale da determinare l'attribuzione di responsabilità penale per la mera partecipazione al gruppo, senza che sia richiesto alcun nesso né psichico né materiale con il reato sessuale commesso[49].

Da questo quadro normativo, emerge un atteggiamento del legislatore tedesco assimilabile all'horror vacui, che sembrerebbe aver vanificato le potenzialità selettive[50] del primo co. del § 177 *StGB*. In alternativa a queste tecniche di normazione "ansiose" di coprire con l'intervento penale ogni manifestazione possibile di offesa alla libertà sessuale, si propone una valorizzazione dell'elemento della riconoscibilità del dissenso. Anche parlare della volontà della persona offesa in termini negativi (dissenso), però, rievoca gli

che le fattispecie descritte nel successivo § 177 co. 2 non sono un'estensione del modello "No significa No", bensì una sua integrazione, necessaria nei casi in cui è difficile o impossibile per la persona offesa esprimere la propria contrarietà all'atto sessuale.

47 Per una più approfondita declinazione di violenza e minaccia nel *Sexualstrafrecht*, T. Hörnle, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 159 - 176; Schönke-Schröder-Eisele, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 66; T. Fisher, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 63 – 64.

48 Per E. Hoven, *Reform des Sexualstrafrechts - Ad-hoc-Gesetzgebung und Diskursstrategien*, in *NK*, vol. 30/4, 2018, 405-406.

49 F. Macrì, *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e "tolleranza zero" verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2016, 30, parla di un fenomeno di "partecipazione indiretta".

50 Sul rapporto tra tecniche di normazione e principio di determinatezza, A. Cavaliere, *Il furore casistico nella recente legislazione penale. In particolare: circostanze e soggettivismo*, in *Penale. Diritto e Procedura*, 4/2022, 544 ss.

schemi della negozialità, già sottoposti a critica nell'ambito del modello affermativo: scoglio insuperabile, anche ove si considerasse l'opportunità di parlare, anziché di dissenso, di "rifiuto", in risposta ad una richiesta di permesso[51]. Si porrebbe, infatti, il problema della formulazione di quest'ultima: postula formalità (non necessariamente di carattere verbale) oppure vale come richiesta anche la realizzazione di atti diretti al rapporto sessuale (iniziare a spogliarsi, ad esempio)?

Senza addentrarsi nel delicato tema di delimitazione della soglia di punibilità del tentativo di violenza sessuale, è possibile affermare che anche il concetto di "invito all'atto" non si adatti all'atteggiarsi dei rapporti sessuali nella realtà, o meglio: sicuramente a seguito di una richiesta in tal senso è possibile esprimere il proprio dissenso (questa quantomeno la dinamica sociale preferibile), ma, si ribadisce, non tutti i contatti interpersonali in questa dimensione si svolgono così, né tantomeno tali modalità di comportamento può imporle il diritto penale.

Inoltre, ricorrere allo schema dello "scambio", lascia insoluta anche un'altra questione: il rifiuto espresso, per essere valido, deve essere recepito. L'unica via per escludere la possibilità che chiunque possa addurre a propria scusa la mancata recezione del no sarebbe il ricorso ad una *fictio*, in quanto sposterebbe il problema dell'errore sulla validità del rifiuto, piuttosto che sul dolo del soggetto attivo; ragion per cui si preferisce porre l'accento sul carattere della riconoscibilità del consenso, da valutare in forza di elementi oggettivi ancorati al contesto concreto dei fatti.

Stante l'irrilevanza del foro interno in tema di dissenso all'atto sessuale[52], va allora esclusa la possibilità di esportare nel sistema penale, direttamente dalle scienze sociali, il concetto di consenso. Si esclude una trasmigrazione diretta senza filtri, mentre si ritiene necessaria una ricontestualizzazione di tali assunti nella dimensione penalistica. I rapporti sessuali, infatti, risentono di condizionamenti esterni che ai fini dell'intervento penale non hanno il medesimo peso che possono avere sotto la lente di osservazione di altre discipline: si pensi all'influenza dei costumi sociali e della loro interiorizzazione sulle scelte degli agenti[53], si pensi ai ruoli di genere declinati in un rapporto

[51] Secondo M. Borrello, *Consenso e violenza sessuale,* cit., 13-14, ragionare in termini di dissenso come rifiuto susseguente ad una richiesta fa emergere il problema della necessaria e corretta ricezione del consenso, in quanto "atto linguistico autoritativo", il che nell'opinione dell'Autrice spiega "il suo fallimento entro le dinamiche sessuali".

[52] G.M. Caletti, *Dalla violenza al consenso*, cit., 343-350, distingue tre fasi della "transazione consensuale" in ambito sessuale: l'accettazione interiore, l'esternazione e l'interpretazione da parte dell'altro. L'A. sottolinea come l'attenzione del legislatore sia stata posta sulle manifestazioni esterne della volontà, selezionando quali acquisiscano rilevanza ai fini della punibilità (da qui i modelli "*no means no"* e "*only yes means yes*").

[53] M. Bertolino, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, 45-64, sull'accordata preferenza dell'indirizzo culturalista rispetto a quello psicopatologico. Emerge, infatti, dagli studi criminologici in materia, che "la criminalità sessuale è 'prerogativa' del delinquente 'normale'", non rappresentando la personalità psicopatologica un fattore determinante nella ricostruzione del tipo

eterosessuale o a qualsiasi condizione di inferiorità sociale dovuta a determinate condizioni economiche e professionali di un soggetto rispetto all'altro[54]. Non può negarsi che anche e soprattutto i rapporti sessuali siano specchio di profonde asimmetrie che affondano le radici nell'umano e nel sociale, ma è ad offese materiali di beni giuridici che guarda il diritto penale ed è sotto questa luce che il quadro ricostruttivo va dipinto: la violenza sessuale come forma di "violenza di genere" va combattuta, in via principale, in territori diversi rispetto a quello penale[55].

Rimane comunque essenziale stabilire a chi debba essere riconoscibile il dissenso. Il riferimento al contesto concreto si dimostra ancora una volta imprescindibile[56], giacché è difficile ancorare tale valutazione a un sistema valoriale oggettivo e astratto, specie in una società al cui interno alcuni principi non sono universalmente radicati[57]. Ugualmente inaccettabile sarebbe

di aggressore sessuale; sono più che altro "gli aspetti culturali, relativi agli atteggiamenti, alle credenze, ai ruoli sociali e sessuali, che motivano e spiegano il comportamento sessuale fondato sulla forza o sulla costrizione".

54 V. Wolf, *Le tre ghinee*, 1938; S.J. Khader, *Adaptive Preferences and Women's Empowerment*, Oxford, 2011, 51; individua alla base dell'agire femminile delle "preferenze adattive" imposte da un sistema di stampo patriarcale, definite come preferenze incoerenti con il benessere di base di una persona, e formatesi in condizioni non favorevoli al suo benessere di base: tali che sia ragionevole ritenere che non si sarebbero formate in condizioni invece favorevoli; T. Pitch, *Per un buon uso di diritto e diritti*, in *Studi sulla questione criminale*, 2/2010, 27-38; sulla violenza sessuale come "fatto sociale totale", in quanto "mutano le funzioni che gli possono essere attribuite, l'uso simbolico e politico che ne viene fatto, le rappresentazioni dei rapporti tra sessi, classi, etnie, popoli cui può essere piegata a dar luogo" ancora T. Pitch, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998, 164; Q.R. Kukla, *A nonideal theory of sexual consent*, in *Ethics*, 2021, 270-292, parla di "*partial or compromised autonomy*" sia in relazione a fatti e situazioni personali e soggettive (come la presenza di traumi o altra particolare condizione psichica, ad esempio una condizione di dipendenza affettiva), sia riconnessa a condizionamenti esterni derivanti da norme sociali largamente condivise. Assume una posizione più radicale C.A. MacKinnon, *Sexuality, Pornography, and Method: Pleasure under Patriarchy*, in *Ethics*, vol. 99, n. 2, 1989, 314-346.

55 T. Pitch, *Un diritto per due*, cit., 176, definisce "la violenza sessuale, così come viene percepita e vissuta dalle donne (...) irriducibile al e intraducibile nel diritto penale [...], viceversa pensare alla violenza sessuale nei termini del linguaggio penale non aiuta la riflessione sul problema specifico, né tantomeno quella sulla sessualità e i rapporti tra i sessi".

56 La valutazione delle circostanze di contesto ai fini dell'accertamento del consenso all'atto sessuale è valorizzata anche nella proposta di legge (C. 1693) d'iniziativa della deputata Boldrini di "Modifica dell'articolo 609-*bis* del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso", presentata il 7 febbraio 2024, attualmente in esame presso la II Commissione Giustizia. Allo stato, la proposta consta di un solo articolo, con cui si sostituirebbe l'art. 609-*bis* c.p., sulla base di un modello affermativo, come emerge dalla previsione della "assenza di consenso" al primo comma, e dalla specificazione inserita al secondo: "Per consenso si intende quello espresso quale libera manifestazione della volontà della persona e che rimanga tale e immutato durante l'intero svolgersi dell'atto sessuale. Il consenso deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto e può essere revocato dalla persona in qualsiasi momento e con ogni forma". Per il testo della proposta di legge: *https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1693.*

57 T. Hörlne, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 44 – 45; analogamente T. Fischer, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 12, suggerisce di ricorrere alla *"Maßstabsfigur des objektiven Dritten"*, ossia ad una figura di "terzo obietti-

assumere esclusivamente il punto di vista soggettivo dell'agente[58], il quale potrebbe appartenere a contesti culturali che non riconoscono, ad esempio, l'autonomia sessuale delle donne e andare così esente dall'attribuzione di responsabilità per uno stupro. La soluzione più equilibrata sembra essere quella di assumere il punto di vista di un terzo "obiettivo", nei termini che saranno chiariti nella parte finale dell'analisi. In tal modo, si esclude che venga addossato all'autore il rischio di violare una volontà contraria solo interiormente esistente[59]. Si ritiene, inoltre, che questa sia una soluzione coerente anche con l'assetto delineato dall'art. 36 par. 2 della Convenzione di Istanbul. La norma specifica che il "consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto", sulla stessa linea in cui si collocano le "circostanze del caso" nella normativa spagnola di cui all'art. 178.1 c.p.

L'irrinunciabilità dei principi di offensività, materialità e necessità, dunque, determina l'apprezzabilità della prospettiva dell'ordinamento tedesco, relativa al consenso riconoscibile. Ciò senza sacrificare il principio di personalità della responsabilità penale. Infatti, se è vero che non appare irragionevole richiedere ai consociati che si muovano nella dimensione del lecito di esprimere la propria volontà contraria se non desiderano atti sessuali, l'atteggiamento psichico dell'agente in rapporto a tale elemento è di fondamentale importanza, perché è qui che si traccia l'altra fondamentale linea di confine

vo": "L'elemento decisivo è cosa concluderebbe una persona ipotetica, nella posizione di un osservatore oggettivo, che avesse potuto percepire l'interazione e la comunicazione". L'A. però non cela i dubbi in ordine al principale problema che solleverebbe il ricorso alla figura dell'osservatore obiettivo, ovverosia l'individuazione dei criteri socio-culturali in base ai quali l'osservatore effettua la sua valutazione. Si esclude, infatti, che nel diritto penale possano entrare delle prospettive differenziate in base al genere, ma non si nega che la società dei "miti dello stupro" si sia evoluta conservando delle differenze di genere, tali che uno stesso atto sia interpretabile in un modo da una donna e in tutt'altro da un uomo.

[58] T. Fisher, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 13, non accoglie favorevolmente l'attributo della riconoscibilità del dissenso, sottolineando, *in primis,* la prossimità di quest'ultimo con l'elemento soggettivo della colpa. L'A. critica, inoltre, l'idea di attribuire la riconoscibilità del dissenso ad un osservatore esterno, ritenendo che ciò condurrebbe a considerare la manifestazione del rifiuto, e quindi la sua riconoscibilità, un elemento costitutivo del reato. In tal caso, in assenza di una chiara espressione di dissenso, l'autore resterebbe impunito anche laddove fosse consapevole della volontà contraria della vittima.

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, sarebbe preferibile intendere la riconoscibilità del dissenso non come elemento che pone un onere probatorio a carico della persona offesa, secondo l'espressione usata dall'A., ma come uno strumento di equilibrio garantista tra le parti coinvolte in una relazione sessuale. Pretendere che il dissenso sia riconoscibile significa attribuire a un elemento del foro interno (la volontà contraria) un profilo esteriore e oggettivo, tale da consentire un accertamento il più possibile ancorato a parametri verificabili, nonostante la fluidità delle situazioni concrete. Soltanto se la volontà contraria è stata espressa in modo percepibile, potrà dirsi, a seguito dell'accertamento dell'elemento soggettivo, che l'autore abbia volontariamente ignorato tale volontà, agendo quindi con dolo. Ne consegue che la riconoscibilità attiene all'oggetto del dolo stesso, e non a una sua valutazione da parte di un osservatore esterno.

[59] Schönke-Schröder-Eisele, *§ 177 StGB*, cit., Rn. 19.

tra un comportamento lecito e uno illecito[60]. È dove la linea si fa più sottile che devono intervenire, con maggior forza, le garanzie.

4. Rilievi critici intorno all'errore sul consenso nella violenza sessuale.

Così delineata la fisionomia del consenso in rapporto alla violenza sessuale, l'attenzione può ora essere rivolta alla questione dell'errore in ordine alla sussistenza dello stesso. Una volta qualificato il dissenso all'atto sessuale come elemento della fattispecie, l'errore su di esso ricade, naturalmente, nell'ambito dell'errore sul fatto ai sensi dell'art. 47, comma 1, c.p. L'applicazione diretta di tale disciplina conduce all'impunità anche in caso di errore evitabile, dal momento che la violenza sessuale non è prevista come fattispecie colposa.

Tuttavia, nel contesto dell'ordinamento italiano, il problema avrebbe una portata limitata[61]. L'art. 609-*bis* c.p., infatti, non è costruito sul dissenso, bensì sull'impiego di modalità aggressive che implicano in sé una compromissione della volontà della persona offesa. Non a torto, quindi, in giurisprudenza si considera il consenso come elemento implicito[62] della fattispecie; al contrario, sorprendono quelle sentenze che lo qualificano come elemento esplicito[63], trascurando che l'errore sul consenso debba risultare comunque ininfluente laddove manchino le modalità coercitive previste dalla norma: in tal caso, l'atto non sarebbe punibile per difetto di tipicità oggettiva, prima che per mancanza di dolo.

Il tema, tuttavia, resta interessante per il sistema italiano, alla luce di due ordini di ragioni: da un lato, in una prospettiva *de iure condendo*, improntata al modello del dissenso riconoscibile; dall'altro, considerato che la giurisprudenza, avvertendo comunque l'esigenza di dare risposta al 'problema' dell'errore sul consenso, ha finito per farlo attraverso costruzioni che si discostano sensibilmente dal dettato codicistico. Ed è da quest'ultimo punto che prende avvio l'analisi che segue.

4.1. L'orientamento giurisprudenziale: il giudice vestito da legislatore.

La giurisprudenza di legittimità ricostruisce la fattispecie oggettiva della violenza sessuale sulla base di un modello di consenso affermativo, analogo a quello spagnolo, equiparando la condotta realizzata in presenza di una manifestazione di dissenso a quella posta in essere in assenza del consenso

60 C. Fiore, *L'azione socialmente adeguata nel diritto penale*, Napoli, 1966, 116 ss.
61 A. Cadoppi, *Commento art. 609-bis c.p.*, cit., 540.
62 Da ultimo Cass. pen. sez. III, 2/3/2022, n. 15659; Cass. pen., sez. III 19/06/2018, n. 52835.
63 Cass. pen. sez. III, 19/4/2023, n. 19599.

espresso della persona offesa[64]. Di conseguenza, essa sancisce l'irrilevanza dell'errore sull'espressione del dissenso, ove questo non sia stato esplicitato: al più, per la Cassazione può acquisire rilevanza *ex* art. 47 c.p. l'errore che si fondi sul "contenuto espressivo, in ipotesi equivoco, di precise e positive manifestazioni di volontà promananti dalla parte offesa"[65].

Se tale impostazione appare già fortemente lesiva delle garanzie dell'imputato, la giurisprudenza compie un ulteriore passo nel senso del loro pressoché totale sacrificio, affermando una presunzione di dissenso nei reati sessuali[66]. Declinata guardando al modello di *affirmative consent*, tale presunzione sarebbe superabile unicamente attraverso una manifestazione esplicita di consenso. Tale assunto risulta inammissibile: innanzitutto, perché tale presunzione non trova alcun fondamento normativo[67]. In secondo luogo, il riferimento alla prova contraria è sicuramente insufficiente, in quanto realizza di fatto un'inversione dell'onere probatorio in relazione a un elemento costitutivo della fattispecie, con evidenti ricadute sul piano delle garanzie processuali.

Ulteriori perplessità derivano dall'orientamento giurisprudenziale che qualifica l'errore sul consenso come un errore sulla legge penale[68]. Tale singolare scelta interpretativa trova precedenti autorevoli in due sentenze della terza sezione della Corte di cassazione. La prima, del 2011[69], vede persona offesa una donna, volontaria presso la biblioteca comunale di Villa Literno sotto la supervisione dell'imputato: sul luogo di lavoro, l'uomo la immobilizza afferrandole il collo da dietro per baciarla con forza, gesto a seguito del quale la donna lo respinge, per poi allontanarsi. L'imputato dichiara di aver ritenuto di poter baciare la donna senza arrecarle fastidio, in considerazione di alcuni comportamenti precedenti della giovane (come la richiesta di un pranzo insieme e di una dedica su un biglietto da visita), al punto da dichiararsi sorpreso dalla reazione di lei e di non aver insistito né tentato di trattenerla dopo il rifiuto. Il secondo caso, del 2017[70], si colloca nell'ambito del rapporto tra due coniugi separati, in cui l'ex marito, già autore di condotte di abuso, sostiene di aver frainteso la volontà dell'ex moglie rispetto all'atto sessuale oggetto del giudizio. Quest'ultima non avrebbe esplicitato alcun dissenso, anzi, il consenso era stato, ad avviso dell'imputato, "legittimamente" presunto in forza del comportamento pregresso dell'ex moglie, che era rientrata

64 Cass. pen., sez, III, 19/5/2021, n. 34583; Cass. pen., sez. III, 19/3/2019, n. 20780; Cass. pen., sez. III, 23/6/2016, n. 22127.
65 Cass. pen., sez. III, 9/3/2016, n. 49597.
66 Da ultimo, Cass. pen. sez. III, 19/4/2023, n. 19599; Cass. pen., sez. III, 17/12/2019, n. 12628.
67 F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, 74-79.
68 G. Flora, *La tutela della libertà sessuale ed i tormenti di Cupido nell'era postmoderna*, in *Criminalia*, 2018., 3-4.
69 Cass. pen. sez. III, 10/3/2011, n. 17210.
70 Cass. pen. sez. III, 5/10/2017, n.2400.

volontariamente presso l'abitazione coniugale dopo aver deciso di riappacificarsi. In entrambe le sentenze, la terza sezione della Corte statuisce che l'errore sul dissenso, qualificato come un elemento costitutivo della fattispecie, si risolve in errore sulla legge penale, che non può essere invocato a norma dell'art. 5 c.p. L'unico sforzo argomentativo fatto dai giudici di legittimità è quello di battere la strada alternativa della scriminante putativa, soltanto per affermare che, anche se si qualificasse il consenso non come elemento della fattispecie, bensì come causa di giustificazione, comunque non sarebbe configurabile un errore scusabile, perché, nei casi di specie, mancherebbe quella situazione oggettiva che possa "ragionevolmente" indurre l'agente in errore circa l'esistenza dei presupposti di fatto della scriminante, non venendo considerata tale la condotta pregressa delle persone offese.

Dalle due decisioni in esame emerge una carenza in punto di motivazione, che non è difficile pensare mascheri una carenza ulteriore sul fronte dell'accertamento della sussistenza dell'elemento psichico, che verrebbe esclusa dall'errore[71]. La sentenza del 2017 individuava l'elemento soggettivo sufficiente a integrare il dolo nella "consapevolezza del fatto che non sia stato chiaramente manifestato il consenso da parte del soggetto passivo al compimento degli atti sessuali a suo carico". Nella giurisprudenza più recente[72], che conferma gli orientamenti richiamati, si ribadisce l'irrilevanza del fine di soddisfazione sessuale dell'agente, ritenendo sufficiente, ai fini della sussistenza del dolo, la semplice "consapevolezza" del carattere oggettivamente sessuale dell'atto volontariamente compiuto ed in particolare del suo profilo invasivo o lesivo della libertà sessuale della persona offesa non consenziente. Ad ogni modo, nei casi analizzati emerge un atteggiamento psicologico difficilmente riconducibile a quello di chi ignora la necessità del consenso del partner o il significato sessuale della propria condotta[73]; si è, piuttosto, in presenza di imputati che affermano di aver creduto che il consenso vi fosse. A questo punto, il fulcro si sposta sulla valutazione della ragionevolezza di tale convincimento, che richiama il concetto di scusabilità dell'errore, pur in assenza di un'espressa deroga legislativa alla disciplina generale dell'art. 47 c.p.

[71] F. Bricola, *Dolus in re ipsa*, cit., 50; sulla tendenza giurisprudenziale all'affermazione della responsabilità senza l'indicazione dei criteri probatori che dovrebbero consentire la ricostruzione dell'elemento psicologico, si veda M. Pierdonati, *Dolo e accertamento nelle fattispecie penali c.d. «pregnanti»*, Napoli, 2012, 150-158.

[72] Cass. pen., sez. III, 21/11/2024, n. 1231.

[73] Per approfondimenti sul complesso tema della coscienza dell'offesa nella teoria del dolo si rimanda a M. Gallo, *Dolo (dir. pen.)*, in *Enc. Dir. XIII*, Milano, 1964, 781-787; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, cit., 379-382; C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale*, cit., 248-249.

4.2. Le suggestioni dottrinali: tra responsabilità colposa e inescusabilità dell'errore.

Non stupisce che il tema della riforma dei reati sessuali abbia attirato l'attenzione di parte della dottrina, che ha elaborato proposte di riforma volte ad affrontare le problematiche emerse nell'applicazione della disciplina vigente. Tra queste, merita particolare considerazione il *Progetto di riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, redatto in seno all'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale[74]. Il progetto s'incentra sul valore tipizzante dell'assenza del "valido consenso", sia nelle ipotesi di violenza sessuale (fattispecie relativa al compimento di "atti sessuali penetrativi") che in quelle di aggressione sessuale (ove si tratti di "atti oggettivamente sessuali non penetrativi"); solo in relazione alle prime si prevede l'attenuante speciale dell'"errore evitabile sul consenso"[75].

Uno dei principali promotori[76] della proposta di riforma in esame aveva già individuato, alcuni anni prima, tre possibili soluzioni percorribili per disciplinare la questione dell'errore sul consenso:

l'introduzione di una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 609-*sexies* c.p. in materia di errore sull'età, tale da determinare l'irrilevanza dell'errore evitabile;

- la creazione di una fattispecie *ad hoc*, definita come "soluzione più rassicurante sul piano dogmatico";
- la soluzione che è stata poi recepita all'interno del progetto di riforma, ovvero la previsione di una specifica circostanza attenuante[77].

---

[74] *Riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, a cura del gruppo di lavoro composto da S. Seminara (coord.), G. Balbi, M. Bertolino-M. Bianchi-S. Braschi-L. Ferla, in *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP*, a cura dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) e del Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale (DIPLAB), Milano, 2023, 347-389.

[75] M. Bertolino, S*pigolature a margine del seminario "La riforma dei reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale"*, in *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP*, cit., 362, puntualizza che oggetto della rappresentazione dell'agente è il "dissenso in qualche modo manifestato dalla persona offesa", riprendendo M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima,* in *Revista de direito brasileira* v. 25, 10, 2020, 297. Dunque, non viene richiesta neanche l'auspicata riconoscibilità oggettiva, ponendosi a tutti gli effetti a carico del soggetto agente un onere di riconoscimento del dissenso del partner. A.M. Maugeri, *Osservazioni sulle proposte in materia di reati sessualmente connotati del gruppo di lavoro dell'AIPDP*, in *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., 377, sottolinea come tale onere si colori di un'ulteriore sfumatura: il soggetto agente non solo deve verificare la sussistenza del consenso, ma deve anche assicurarsi che questo sia valido, cioè che il partner sia "in grado di esprimerlo in modo libero e consapevole".

[76] G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sist. pen.*, 3 marzo 2020, 3.

[77] Questa soluzione di parte speciale viene presa in considerazione, congiuntamente ad un intervento di parte generale, anche da T. Hörnle, *Der Irrtum über das Einverständnis des Opfers bei einer sexuellen Nötigung*, in *ZStW* 112 (2000), 255-270.

Analizzando la prima soluzione, si ripropongono, in relazione all'elemento del dissenso, le carenze di garanzia già ravvisate nella disciplina dell'*error aetatis*[78]. Viene immediatamente in rilievo, infatti, che, per quanto alla luce dell'attuale 609-*sexies* c.p. l'età minore della persona offesa non si sottragga più al nesso di imputazione soggettiva[79], appare comunque insufficiente il riferimento all'evitabilità. Già nel 2007[80], sulla scia dei principi enunciati nelle celebri sentenze del 1988, la Corte cost. si era pronunciata per la legittimità di interventi legislativi volti a modulare il grado di partecipazione psichica al fatto, purché ciò fosse giustificato "in rapporto alla natura della fattispecie e degli interessi che debbono essere preservati: pretendendo dall'agente un particolare «impegno» nell'evitare la lesione dei valori esposti a rischio da determinate attività"[81]. Tale ricostruzione è stata accolta con favore[82], in quanto avrebbe consentito di evitare il vuoto di tutela laddove, non essendovi fattispecie colpose di lesione della libertà sessuale del minorenne, il soggetto agente versasse in errore su un elemento essenziale del fatto: timore giustificato in forza degli importanti interessi in gioco, rappresentati, nel caso dell'*error aetatis*, dallo sviluppo psicofisico del minorenne.

In rapporto alla fattispecie oggetto della presente analisi, quella della violenza sessuale[83], dove i peculiari interessi di tutela del minorenne non vengono in rilievo, ci si chiede cosa autorizzi ad affermare che il bene giuridico oggetto di tutela sia più meritevole di altri[84], al punto da giustificare la previ-

[78] T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una* fictio *assurda* (nota a sentenza Corte costituzionale 30 giugno - 6 luglio 1983, n. 209), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 434 ss.; L. Risicato, Error aetatis *e principio di colpevolezza: un perseverare diabolicum?,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2000, 584 ss.; G. Fiandaca, *Inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa nella violenza carnale e principi costituzionali*, in *Foro it.,* vol. 106, n. 11, 1983, 2651-2656.

[79] S. Moccia, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale,* cit., 417, segnala come un'imputazione a titolo di colpa dell'ignoranza della persona offesa fosse maggiormente coerente con il principio della personalità della responsabilità penale.

[80] È questa la via intrapresa nell'ambito dell'*error aetatis ex* art.609-*sexies* prima dalla Corte costituzionale con la sent. 24 luglio 2007, n. 322, che, seppur in una pronuncia di inammissibilità della questione, ha affermato l'incompatibilità con l'art. 27 Cost. co.1 e 3 dell'art. 609-*sexies* c.p.; poi dal legislatore con l'art. 4 l. 1 ottobre 2012, n. 172, che ha modificato l'articolo 609-*sexies* inserendo l'espressa menzione dell'ignoranza inevitabile.

[81] Punto 2.3 del *considerato in diritto*, Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322.

[82] T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore di anni quattordici*, cit., 438-442; L. Risicato, *Error aetatis*, cit., 592.

[83] T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici*, cit., 437, efficacemente sottolinea l'inderogabilità del principio di personalità della responsabilità penale innanzi alle esigenze di tutela, che di contro dovrebbero essere da questo condizionate. Ove si ammettesse tale deroga, dovrebbe concludersi che "la prevenzione generale della comminatoria legislativa decade, da criterio guida nel riconoscimento dei valori dell'ordinamento, a cieco terrorismo punitivo", anche e soprattutto sotto il profilo della funzione della pena che viene sacrificata e "si perverte in un'ottusa stigmatizzazione".

[84] A.Cadoppi, *Commento art. 609-sexies*, cit., 771-712, sul contemperamento di particolari esigenze di tutela col principio di *extrema ratio.*

sione di una disciplina che deroghi all'art. 47 c.p. Non sembra possa invocarsi il richiamo ad istanze di tutela provenienti dal piano sovranazionale: esse non possono costituire, di per sé, un elemento decisivo per giustificare tali deroghe, soprattutto a fronte di principi quali quello di necessità ed effettività dell'intervento penale, che rappresentano limiti costituzionali invalicabili agli obblighi di tutela penale[85]. Inoltre, non si è mancato di sottolineare che, stando alla lettera dell'articolo 609-*sexies* c.p., la disciplina debba trovare applicazione solo nei casi di ignoranza, anziché in quelli propri di errore. Un distinguo che, traslato sul terreno dell'errore sul consenso, potrebbe giustificare la parificazione della persona indifferente rispetto alla sussistenza o meno del consenso alla persona che agisce intenzione in contrasto con la manifestazione di volontà altrui. Ebbene, tale prospettiva non è condivisibile, in quanto risponde ad una tendenza moraleggiante[86] che in uno stato democratico di diritto non trova cittadinanza[87]. Lo stesso discorso, infatti, può farsi ove tale indifferenza si configuri come una cecità volontaria in rapporto all'oggetto della rappresentazione[88].

Ragionando, dunque, in termini di riproposizione della disciplina dell'errore inevitabile sull'età in tema di consenso nella violenza sessuale, non può tacersi la disuguaglianza di trattamento che verrebbe a crearsi tra colui che realizza un atto sessuale rappresentandosi pienamente il dissenso dell'altra parte e colui che invece, seppur "colpevolmente", versa in errore su tale circostanza. Né passa inosservata la violazione del principio di personalità della responsabilità penale, in ragione della deroga all'imputazione dolosa di un requisito essenziale della fattispecie, su cui si incentra il disvalore della fattispecie. Risulta, inoltre, poco convincente l'equiparazione tra un errore sul fatto e un errore sul divieto ai sensi dell'art. 5 c.p. [89]. Un simile parallelismo potrebbe forse trovare fondamento laddove si riconosca nel consenso un elemento normativo, la cui qualificazione richiede un'opera interpretativa fondata su giudizi di valore. Tuttavia, tale ricostruzione appare inadeguata,

85 Sui limiti costituzionali alla "lotta all'impunità" promanante dal diritto internazionale, cfr. tra gli altri A. Cavaliere, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale?*, in *Sist. pen.*,10/2023, 71-77.

86 Stante inoltre la difficoltà di distinguere in concreto i casi riconducibili a due stati psicologici diversi, quali l'errore e l'ignoranza, L. Risicato, *Error aetatis*, cit., 599.

87 G. Fiandaca, *Inescusabilità dell'errore sull'età della persona offesa*, cit., 2653.

88 È la *Tatsachenblindheit*, la "cecità ai fatti" di Jakobs, in Roxin-Greco, *Strafrecht*, cit., § 12 Rn. 96, cioè la posizione di chi ignora volutamente delle circostanze per indifferenza rispetto alla lesione del bene giuridico, agendo perciò, secondo parte della dottrina, con dolo; per D. Pulitanò, *I confini del dolo. una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. dir. proc. pen.,* 1/ 2013, 40, si pone in questi casi un problema di rappresentazione risolvibile ancorandosi alla coscienza, nell'agente, di un alto grado di probabilità di verificazione del fatto, tale da "chiudere gli occhi" per non sapere di più.

89 A giudizio di L. Risicato, *L'errore sull'età tra error facti ed error iuris: una decisione "timida" o "storica" della Corte costituzionale?,* in *Dir. Pen. Proc.*, 11/2007, 1471, sembra che nella sentenza del 2007 la Corte costituzionale "abbia deciso di valicare una volta per tutte il confine – spesso assai ambiguo e talora sopravvalutato – tra errore sul fatto ed errore sul divieto".

soprattutto se, in prospettiva di riforma, s'intende porre l'accento sulla riconoscibilità del consenso, che ne rivela piuttosto la natura descrittiva[90]. Ed è proprio questa natura descrittiva a consentire, tutt'al più, un riferimento a criteri di tipo sociale, idonei ad integrare il requisito della riconoscibilità, in un equilibrio tra ciò che "è" nella realtà sociale e ciò che "dovrebbe essere". Infatti, l'attivazione dell'intervento penale non può aver luogo esclusivamente in nome della protezione di beni giuridici costituzionalmente garantiti, ma deve derivare da una riflessione più ampia, che tenga conto dei contesti sociali e politico-criminali nei quali esso si applica[91]. Non è in discussione la centralità della libertà sessuale tra i beni meritevoli di tutela penale, ma occorre considerare che le condotte in esame si collocano, in linea di principio, in un contesto lecito: è il dissenso a renderle illecite. Proprio per questo, non può giustificarsi una deroga tanto rilevante alle ordinarie regole di imputazione soggettiva degli elementi essenziali del reato[92].

Passando ora alla seconda proposta, l'eventuale introduzione di una specifica fattispecie incriminatrice che sanzioni l'offesa alla libertà sessuale realizzata in forza di un errore evitabile sulla volontà contraria della persona offesa configurerebbe, senza dubbio, un reato colposo. In dottrina[93] si guarda all'ordinamento britannico, che ha visto un'evoluzione giurisprudenziale e legislativa in materia a partire dal celebre caso Morgan; si trattava di un tenente dell'Aeronautica inglese, che invitò alcuni colleghi ad avere rapporti sessuali con la moglie, sostenendo che l'eventuale opposizione di quest'ultima (che effettivamente si verificò) sarebbe stata solo simulata, perché legata alle fantasie della donna sullo stupro. Il *Sexual Offences Act* del 2003 ha successivamente previsto che la responsabilità penale sorga non solo in presenza di un atto compiuto senza il consenso della vittima, ma anche qualora l'agente non creda ragionevolmente (*reasonably*) che vi sia consenso.

---

90 *Ex multis*, G. Ruggiero, *Gli elementi normativi della fattispecie penale*, Napoli, 1965, 290 ss., in cui si sottolinea l'imprescindibilità del momento c.d. valutativo che si concretizza nell'applicazione di un criterio di individuazione del dato di fatto, che affonda le radici in un richiamo normativo; alcuna integrazione è riscontrabile in ordine al consenso all'atto sessuale, trattandosi di una forma di manifestazione dell'autodeterminazione sessuale, che in quanto tale si esaurisce nella sua dimensione empirica. In altre parole, la valutazione da parte del soggetto agente dell'elemento del consenso dipende dalla sua percezione, più che dalla conoscenza di una norma ulteriore che ne chiarisca il significato (analogamente a quanto sostenuto sul tema dell'età come elemento essenziale della fattispecie di atti sessuali con minorenne da T. Padovani, *L'intangibilità sessuale del minore degli anni quattordici*, cit., 439)

91 W. Hassemer, *Theorie and Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt, 1973, 192 ss.; S. Moccia, *Presentazione* a C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2001, 9-13.

92 Come sottolineato anche da L. Risicato, *Error aetatis*, cit., 605, il riferimento al *versari in re illicita,* come fondamento di forme di responsabilità oggettiva, nelle parole della giurisprudenza costituzionale del 1988, può nell'ambito dei reati sessuali essere richiamato ove concepissimo ancora la libertà sessuale come bene strumentale alla piena realizzazione della famiglia.

93 M.L. Mattheudakis, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, cit., 292-298.

L'impostazione proposta presupporrebbe, dunque, una sorta di obbligo di accertamento del consenso, o più esattamente, del dissenso, se si adotta il modello negativo. È bene ricordare che il diritto britannico conosce peculiari forme di imputazione soggettiva, come la *recklessness*, descrivibile come negligenza grossolana o assunzione insensata del rischio; una figura del tutto estranea al sistema penale italiano, per quanto alcuni Autori abbiano iniziato a promuoverne l'introduzione[94]. Ma anche volendo trasporre tale modello nel nostro ordinamento, si finirebbe per punire in base allo stesso titolo di reato categorie diverse di agenti: chi ignora deliberatamente un dissenso esplicito, chi non compie alcun accertamento, chi lo compie fraintendendone comunque l'esito. Una tale estensione dell'area del penalmente rilevante rischia di appiattire livelli di responsabilità profondamente diversi, in assenza di un criterio selettivo adeguato.

Similmente a quanto avviene nel Regno unito, in Svezia, dopo la riforma del 2018, il § 6 kap. 1–2 rende punibile, rispettivamente, per stupro e aggressione sessuale chi compie rapporti o atti sessuali con una persona che "non partecipa volontariamente". È interessante che il codice penale svedese preveda tali reati anche in forma colposa (*oaktsamt*), qualora l'agente sia stato "gravemente negligente" (*grovt oaktsam*) nel non cogliere che l'altra persona non partecipava volontariamente. La valutazione della colpa in Svezia si articola in due fasi, in modo non dissimile dalla doppia misura della colpa nell'ordinamento italiano: si individua innanzitutto la regola di diligenza violata (in questo caso, l'obbligo di accertare il consenso), e successivamente si verifica se la condotta doverosa fosse esigibile in concreto dall'autore. Così, se l'agente avesse potuto domandare il consenso, pur ritenendo erroneamente che vi fosse, potrebbe essergli imputato il fatto a titolo di negligenza[95]. Tuttavia, è proprio da questa impostazione normativa che emergono tutti i limiti dell'imputazione colposa in materia sessuale. Gli studi condotti sulla giurisprudenza svedese hanno evidenziato una certa arbitrarietà nell'individuazione dei livelli di negligenza da parte dei giudici, a causa della mancanza di uno standard chiaro ed oggettivo di diligenza. Risulta, infatti, assente un

[94] In dottrina si sta facendo largo l'idea di considerare l'introduzione nel nostro ordinamento di questa forma di imputazione soggettiva, sia per ancorare l'affermazione della responsabilità penale a un convincimento solido del giudice (C. Piergallini, *La regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" al banco di prova di un ordinamento di* civil law, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 633), sia per superare gli incerti confini tra dolo eventuale e colpa con previsione (A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di stretta legalità*, in D. Brunelli-S. Canestrari-F. Basile (a cura di), *Studi in onore di Franco Coppi*, cit., 222ss.). Per S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente: ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 279-294, *de iure condendo*, la *recklessness* si collocherebbe esattamente nel punto occupato, nel nostro ordinamento, dall'evanescente dolo eventuale, ossia in una posizione intermedia tra il dolo intenzionale o diretto e la colpa con previsione.

[95] L. Wegerstad, *Sense and Caution: A Comparative Perspective on Sweden's Negligent Rape Law*, in E. Hoven & T. Weigend (eds.), *Consent and Sexual Offenses: Comparative Perspectives*, Baden-Baden, 2022, 122-123.

criterio normativo capace di bilanciare in modo equo la tutela della libertà sessuale con le esigenze di certezza del diritto[96].

In Germania, in prospettiva di riforma, si propone la punibilità dell'errore grossolano, affiancando al dissenso riconoscibile anche il caso in cui l'autore agisca "*unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist*", ossia in circostanze in cui è evidente la mancanza di consenso[97]. In questi casi, si eluderebbe l'ostacolo dell'indagine sull'elemento soggettivo dell'agente, ma ancorandolo a circostanze oggettive. Per quanto l'intento di garantire il rispetto del principio di legalità sia certamente apprezzabile, non si può ignorare il rischio di indeterminatezza che svuoterebbe tale prescrizione di reale efficacia.

Alla luce delle ricostruzioni prospettate, non sembra assurdo parlare dei rapporti sessuali come contesti di rischio[98]. Stante l'importanza del bene giuridico tutelato, tale da giustificare a prima vista una responsabilità colposa[99], è la colpa, qui, a mostrarsi strutturalmente inadatta a rappresentare in modo adeguato la complessità delle situazioni in gioco[100]. Ci si trova all'interno di un contesto fortemente influenzato da elementi emotivi e relazionali, dove imporre regole di condotta non ancora socialmente consolidate significherebbe scivolare in una normazione paternalistica, fondata su valori non universalmente condivisi[101]. A differenza di ambiti come la circolazione stradale, dove esistono regole di diligenza riconoscibili e ampiamente accettate, nei rapporti sessuali mancano regole cautelari condivise, in grado di orientare l'agire comune. Anche adottando una concezione "socio-prasseologica" della regola di diligenza[102], fondata non sull'agente ideale, ma sulle prassi e consuetudini effettive, non si può ignorare che la tutela penale in rapporto alla condotta colposa dovrebbe limitarsi a rafforzare regole già esistenti nell'esperienza sociale. Ma, guardando alla realtà, ben difficilmente può dirsi che esista oggi una prassi comunicativa codificata e universalmente ricono-

96 L. Wegerstad, *Sense and Caution*, cit., 125-126.

97 T. Hörnle, *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB.* Deutsches Institut für Menschenrechte, 2015, 18-20.

98 F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, Bologna, 1990, 47.

99 D. Pulitanò, *I confini morali del dolo*, cit., 47 ss., sulla "moralità del sistema" rappresentata dalle scelte di politica legislativa di introdurre responsabilità colpose, che rappresentano l'eccezione, come emerge dall'art.42 co. 2 c.p.

100 S. Moccia, *La promessa non mantenuta. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 75.

101 R.A. Frosali, *L'errore nella teoria del diritto penale*, Roma, 1933, 250, connette la dimensione della colpa a parametri di coscienza sociale oltre che giuridica, in quanto tale elemento soggettivo, a differenza dell'errore e dell'ignoranza, "contiene sempre una stigmata di riprovazione giuridico-sociale".

102 D. Castronuovo, *L' evoluzione teorica della colpa penale tra dottrina e giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2011, 1627 ss., che ne evidenzia tutti i limiti in termini di determinatezza, sotto il profilo sia della selezione dei beni giuridici tutelabili in queste modalità, sia della delimitazione dell'estensione della regola cautelare così individuata.

sciuta nei rapporti sessuali. Inoltre, anche qualora si tentasse di "oggettivare" la regola di diligenza, come nel modello britannico, slegandola dal paradigma dell'agente modello (che, in simili dinamiche relazionali, è estremamente difficile da definire), si finirebbe per ridurre l'intero giudizio ad un'analisi fattuale, che guarda esclusivamente alle misure concrete adottate dall'agente nell'accertamento del consenso.

In tale contesto, si fa spazio l'idea di trattare le relazioni sessuali con strumenti penalistici orientati alla sicurezza[103]. L'adesione a simili istanze securitarie rischia di tradursi nell'uso del proverbiale specchietto delle allodole, a fronte di una reale esigenza di educazione al rispetto, al consenso e all'uguaglianza di genere. Non appare quindi condivisibile l'idea di costruire una fattispecie di reato sessuale colposo che individui nell'inadempimento di un onere di accertamento del consenso la regola di diligenza violata. Una tale ricostruzione sarebbe incompatibile con il modello di *negative consent* che appare auspicabile, in cui il bilanciamento degli "oneri sociali" si atteggia in termini radicalmente diversi. Da qui deriva il convincimento di chi scrive circa l'inadeguatezza di un'imputazione a titolo di colpa: nei casi in cui l'agente non sia certo della presenza del consenso, l'obbligo di desistere non può fondarsi su una regola di diligenza, la cui violazione porterebbe a sanzionare l'autore come un soggetto "disattento"[104]. Un'aggressione sessuale, per sua stessa natura, non può essere il risultato di una mera disattenzione: affermare la propria volontà a scapito di quella altrui è sempre un atto deliberato, e come tale non può che essere punito se ed in quanto sussista il dolo.

Si ribadisce: è fuori discussione la rilevanza del bene giuridico coinvolto, così come non si contesta che il disvalore d'evento dell'illecito risieda nell'assenza di consenso all'atto sessuale. Tuttavia, ciò non comporta automaticamente la rilevanza penale di qualunque condotta con cui si ometta di accertarne la sussistenza: non in un diritto penale improntato al principio di *extrema ratio*. L'importanza dell'accertamento del consenso del partner va certamente promossa, ma questa esigenza deve trovare risposta nelle politiche educative e non nel diritto penale, che non può farsi carico di una

[103] Sul modello di imputazione colposa come uno degli strumenti principali della politica criminale per soddisfare esigenze prettamente securitarie nella "società del rischio", D. Castronuovo, L' *evoluzione teorica della colpa penale*, cit., 1595 ss.; sulla necessità, "sul piano sostanziale", che ad integrare l'illecito penale non siano meri inadempimenti di doveri, soprattutto morali, ma solo lesioni o messe in pericolo di beni giuridici, *ex multis,* M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà,* Milano, 2004, 61 ss.

[104] La sentenza della Consulta del 2007 in tema di *error aetatis*, sull'inevitabilità dell'errore, si pone in termini radicalmente diversi: "Qualora gli strumenti conoscitivi e di apprezzamento di cui il soggetto attivo dispone lascino residuare il dubbio circa l'effettiva età – maggiore o minore dei quattordici anni – del partner, (...) al fine di non incorrere in responsabilità penali, deve necessariamente astenersi dal rapporto sessuale: giacché operare in situazione di dubbio circa un elemento costitutivo dell'illecito (o un presupposto del fatto) – lungi dall'integrare una ipotesi di ignoranza inevitabile – equivale ad un atteggiamento psicologico di colpa, se non, addirittura, di cosiddetto dolo eventuale."

funzione pedagogica e promozionale. Una lesione dell'autodeterminazione sessuale che sia coerente con il principio di necessità dell'intervento penale e con la funzione di integrazione sociale della pena si realizza soltanto quando l'autore pone in essere una condotta dolosa di annullamento della volontà altrui, non già quando risulta negligente nell'accertare tale volontà.

L'analisi relativa alla disciplina dell'errore sul consenso, dunque, si sposta dall'alternativa tra imputazione per colpa o per dolo al piano della punibilità stessa. In quest'ottica, sorgono riserve analoghe anche rispetto alla proposta di introdurre una specifica circostanza attenuante per l'errore evitabile.

Tale soluzione è stata definita "forse preferibile perché meno complicativa sul piano prammatico, sebbene decisamente originale sotto il profilo sistematico e fortemente atipica sotto quello strutturale"[105]. Sul piano sistematico, infatti, essa rappresenta una deroga all'art. 47 co.1 c.p., accostandosi unicamente al precedente dell'art. 609-*sexies* c.p., che però si limita a considerare l'errore colposo come irrilevante. In questo caso, invece, si configura un'attenuante, lasciando impregiudicata la punibilità ed intervenendo soltanto sul regime sanzionatorio. Sotto il profilo strutturale, l'introduzione di una simile attenuante implica l'innesto di un vero e proprio dovere di diligenza a tutela della libertà sessuale all'interno di una fattispecie esclusivamente dolosa. Una circostanza, però, è per definizione un elemento accessorio e non essenziale rispetto al reato-base: attribuire rilevanza attenuante all'errore evitabile significa affermare che l'agente avrebbe potuto rendersi conto del dissenso, e che non lo ha fatto per negligenza. Ciò conduce inevitabilmente a una forma ibrida di responsabilità, in cui l'elemento soggettivo si sdoppia: il dolo rimane riferito alla condotta, mentre l'errore colposo si colloca in relazione all'ignoranza del dissenso. Il risultato sarebbe l'introduzione di una sorta di violenza sessuale colposa, ovvero una figura autonoma di reato più che una semplice attenuante.

Restare nella dimensione del dolo, d'altro canto, comporta rischi di incertezza, in particolare quando si trattano categorie dogmatiche particolarmente flessibili e manipolabili, come il dolo eventuale[106].

4.3. Un tentativo di soluzione.

Occorre preliminarmente operare un distinguo: ci sono casi in cui il soggetto, non avendo cognizione del dissenso dell'altra parte, lo fraintende, si persuade di un fatto non corrispondente alla realtà, cioè che l'atteggiamento del partner non sia una manifestazione di dissenso; e casi in cui il soggetto si

[105] G. Balbi, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale,* cit., 3

[106] Sull'interpretazione del dolo eventuale alla luce di una politica criminale improntata al soddisfacimento di istanze sociali di "insicurezza", per assicurare una prevenzione esclusivamente penale, A. Sessa, *La fisiologica sistematicità dell'emergenza: tendenze autoritarie nel diritto giurisprudenziale penale compulsivo*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone *et alii*, Napoli, 2017, 312-314.

rappresenta la mera possibilità di esistenza del dissenso. Da un lato, dunque, l'errore propriamente detto, disciplinato dall'art. 47 c.p., dall'altro il dubbio[107]. Mentre chi dubita agisce nella consapevolezza del proprio stato di ignoranza, chi versa in errore sul fatto non sa di rappresentarsi fatti non corrispondenti alla realtà: da qui la non punibilità per mancanza di dolo nei casi di errore e la riconducibilità del dubbio, secondo parte della dottrina, ad uno stato psicologico doloso. Ragion per cui, ferma la disciplina generale dell'errore *ex* art. 47 c.p., data l'inderogabilità dei principi ad esso sottesi, si ritiene che lo spazio di intervento penale residui in quest'ultimo ordine di casi. Fuori dalle ipotesi di errore, si pone, pertanto, il problema di individuare il titolo d'imputazione soggettiva del soggetto che si trovi in una situazione di dubbio che volontariamente non intenda sciogliere.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al c.d. *date rape*, una situazione in cui l'aggressione sessuale non avviene da parte di sconosciuti, bensì si colloca nell'ambito di una relazione di conoscenza o frequentazione tra due persone. Nell'impostazione proposta in questa sede, la presenza di un dissenso oggettivamente riconoscibile (si pensi ad un atteggiamento remissivo accompagnato da segnali di riluttanza o timore, come l'evitamento di un contatto fisico, la bocca serrata, il pianto o il tremore) rappresenterà non l'elemento da cui desumere *in re ipsa* il dolo eventuale, bensì quello a partire dal quale ricostruire l'elemento psicologico. In tale prospettiva, si esclude che incomba sulla persona offesa un dovere di comunicare espressamente il proprio dissenso, essendo sufficiente l'oggettiva riconoscibilità della sua volontà; ma neppure possono entrare in gioco regole di diligenza riferite all'accertamento di tale volontà[108]: non si tratta di valutare se l'agente avrebbe potuto o dovuto accorgersi di qualcosa, bensì di accertare che, pur in presenza di un dissenso oggettivamente percepibile ed anche percepito, sia pure in termini dubitativi, l'agente si sia determinato nel senso di scavalcarlo, ledendo così l'autodeterminazione sessuale altrui. Potrebbe venire in rilievo, dunque, in questi termini, una forma di dolo eventuale, che si configurerebbe nel momento in cui l'autore agisce nonostante un dubbio sull'esistenza di un elemento essenziale del fatto[109], in questo caso il consenso (con accettazione del rischio di ledere la libertà sessuale altrui).

Si è dunque posto il problema di come l'intervento penale debba declinarsi in simili ipotesi, alla luce della pacifica compatibilità dello stato di dubbio (e della conseguente "accettazione del rischio") tanto con la colpa con previ-

[107] R.A. Frosali, *L'errore*, cit., 45-46.

[108] G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio generalpreventivo*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2012, 153, mette in guardia dalla "crescente valorizzazione giudiziale della categoria del dolo eventuale proprio allo scopo di lanciare messaggi dissuasivo-responsabilizzanti"; tuttavia, chi scrive ritiene che mantenere l'imputazione a titolo di dolo permetta di circoscrivere la punibilità alle sole ipotesi effettivamente meritevoli di sanzione, anche nell'ottica di risocializzazione del reo.

[109] M. Gallo, *Il dolo. Oggetto e accertamento*, Urbino, 1951-1952, 83.

sione quanto con la controversa figura del dolo eventuale[110]. In un terreno tra i più impervi del diritto penale, la dottrina ha elaborato diverse proposte di ricostruzione del dolo eventuale, nel tentativo di conferirgli una struttura più consistente, resa problematica dal suo carattere intrinsecamente flessibile. Cercando di conciliare le esigenze di garanzia con l'inevitabile indeterminatezza che connota questa figura soggettiva, autorevole dottrina[111] individua nella "decisione contro il bene giuridico protetto" l'elemento essenziale del dolo, valorizzandone la componente volitiva. In effetti, è innegabile che il dolo eventuale sia l'etichetta sotto la quale spesso vengono nascoste condotte colpose[112], in ragione della manipolabilità propria del concetto. Ebbene, è nella ricerca di un equilibrio tra profilo oggettivo e profilo soggettivo del dolo eventuale che emergono tutti i nodi critici riconnessi all'inadeguatezza di qualsiasi formula ad imputare l'offesa alla volontà dell'agente.

Nell'ambito di una vasta e complessa elaborazione dottrinale, quello del dolo eventuale è, senza dubbio, un tema che meriterebbe un approfondimento ben più ampio di quello consentito in questa sede. Resta, tuttavia, la consapevolezza che nessun orientamento dottrinario possa colmare la carenza di legalità che caratterizza la materia[113], ed è a ragione di ciò che il dibattito intorno alla legittimità del dolo eventuale appare destinato a rimanere aperto.

5. Conclusioni: per un recupero dell'umanità dell'errore.

La nostra analisi ha inteso delineare alcune delle principali prospettive ricostruttive volte a superare le criticità di un diritto penale sessuale, ormai inadeguato rispetto alle trasformazioni sociali e culturali. Privilegiando l'inquadramento dell'errore sul consenso nella disciplina generale dell'art. 47 c.p., ed escludendo la percorribilità di una responsabilità a titolo colposo per le offese alla libertà sessuale, si è inteso al contempo evidenziare il carattere controverso del ricorso al concetto del dolo eventuale, al fine di scongiurare il rischio di frodi delle etichette, mediante l'utilizzo di schemi concettuali propri della colpa per giustificare affermazioni di responsabilità dolosa. L'errore sul consenso, in quest'ottica, deve continuare ad escludere la punibilità. La traiettoria proposta conduce ad una responsabilità penale fondata sulla reale volontà di orientare la propria condotta verso l'evento lesivo, ricostruita alla

[110] *Ex multiis*, S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, cit., 205 ss.; *contra* M. Donini, *Il dolo eventuale: fatto-illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2014, p.105

[111] Nella dottrina tedesca Roxin-Greco, *Strafrecht*, cit., § 12.

[112] A. Nappi, *La prevedibilità nel diritto penale*, cit., 208 ss.

[113] *Ex multiis,* E. R. Zaffaroni-N. Espina, *¿Dolo o Culpa? La cuestión de la Culpa Temeraria*, Buenos Aires, 2025, 30-36.

luce di una valutazione delle circostanze del contesto concreto d'azione e dell'effettiva riconoscibilità del dissenso della persona offesa[114].

Il principio di frammentarietà del diritto penale è sempre più sotto pressione nella società contemporanea, a causa del ruolo crescente che i formanti eso-istituzionali (come quello sociale) hanno nell'interpretazione del diritto[115]. In questo clima sociale, si radica un panpenalismo che trova eco anche nelle scelte del legislatore e della giurisprudenza. In un simile contesto, appare quanto mai urgente un recupero del paradigma del diritto penale minimo[116], fondato su un uso residuale e frammentario della sanzione penale, in favore di risposte extrapenali più appropriate alle nuove sensibilità sociali e alle relative emergenze. Solo attraverso questo riequilibrio sarà possibile restituire al diritto penale il suo ruolo di *extrema ratio*. Realizzare un diritto penale conforme a legalità, infatti, richiede la valorizzazione di tutti i principi cardine del sistema, incluso il principio di personalità della responsabilità penale[117], troppo spesso sacrificato, in nome di esasperazioni repressive.

In un mare di punti interrogativi, resta, allora, un punto fermo: sia la riforma della disciplina della violenza sessuale, ormai non più procrastinabile, sia la regolamentazione dell'errore sul consenso non possono essere ricondotte ad opzioni di politica criminale sganciate dai principi fondamentali del sistema penale[118], se si vuol evitare che si ceda al becero punitivismo.

[114] F. Mantovani, *I delitti contro la persona*, cit., 444, valorizza, ai fini dell'accertamento dell'errore, "la sequenza interpersonale nel suo complesso, valutando tutte le circostanze significative (rapporti tra i due soggetti, modalità ed entità della coazione, tipo di atti sessuali posti in essere, caratteristiche e condizioni soggettive della vittima, ecc.) ed interpretando i messaggi verbali e non verbali e i fraintendimenti intersoggettivi".

[115] C.E. Paliero, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. dir. proc. pen.*, n. 3, 2018, 1464-1465. L'A. definisce poco realistica, oggi, "l'idea dell'insula penalistica", disegnata da F. Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, in *Quad. fior. stor. pens. giur. mod.*, n. 36, Milano, 2007, 1279 ss.

[116] A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli 1986.

[117] S. Moccia, *La "promessa non mantenuta". Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, 123.

[118] E. Hoven-T. Weigend, *Synopsis,* in *Consent and Sexual Offenses*, cit., 346, ove gli AA. riconoscono nel tema una "*open policy question*".

IL CARATTERE FITTIZIO DEI COSTI ALLA BASE DEL DOLO DI EVASIONE

Alì Abukar Hayo*

Sommario 1. Dichiarazione fraudolenta e indebita compensazione. – **2.** Concorso di reati o rapporto di consunzione. – **3**. L'inesistenza dell'operazione e il carattere fraudolento della condotta. – **4.** Il credito non spettante e il dolo.

ABSTRACT

Probabilmente è nel settore del diritto penale tributario che si divaricano in maniera più evidente gli indirizzi ermeneutici di dottrina e giurisprudenza. Gran parte della dottrina sostiene che il reato di dichiarazione fraudolenta (*ex* art. 2 d.lgs. 74/2000) non possa essere integrato in caso di "inesistenza soggettiva" dell'operazione, per mancanza dell'offesa. L'indirizzo giurisprudenziale consolidato la assimila invece all'inesistenza oggettiva, ritenendola parimenti idonea a integrare gli estremi di reato. E d'altronde dottrina (prevalente) e giurisprudenza approdano a conclusioni diverse sulla questione se sussista il concorso dei reati previsti dagli artt. 2 e 10-*quater* del d. lgs. 74/2000. L'autore segue l'indirizzo dottrinale prevalente e lo arricchisce del riferimento al carattere fittizio dei costi, alla base del dolo costitutivo di entrambi i reati.

Probably more than in any other area, it is in criminal tax law that the interpretative approaches of legal scholarship and case law most clearly diverge. A large part of the scholarly literature maintains that the offence of fraudulent tax return (pursuant to Art. 2 of Legislative Decree No. 74/2000) cannot be established in cases of "subjective inexistence" of the transaction, on the ground that the element of harm (offensiveness) is lacking. By contrast, the consolidated case-law approach assimilates such situations to objective inexistence, considering them equally capable of fulfilling the constituent elements of the offence. Moreover, the prevailing doctrine and the case law reach different conclusions as to whether the offences provided for by Art. 2 and Art. 10-quater of Legislative Decree No. 74/2000 may concur. The author endorses the prevailing doctrinal approach and further develops it by referring to the fictitious nature of the costs, which constitutes the basis of the intent (mens rea) required for both offences.

1. Dichiarazione fraudolenta e indebita compensazione.

Il sistema penale tributario può essere definito, a buona ragione, un cantiere perennemente aperto[1] per la dovizia di interventi legislativi succedutisi

* Professore ordinario di Diritto penale nell'Università degli studi di Roma "Unicusano".

1 G. Ardizzone, *Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un'analisi del d.lgs. 14 giugno 2024 n. 187*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 31.1.2025; A.M. Dell'osso, *Corsi e ricorsi nel diritto penaltributario; spunti (critici) sul c.d. decreto fiscale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2020, 38 ss.; G. Flora, *La "tela di Penelope" della legislazione penale tributaria*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Ec.*, 2017, 3-4, 476 ss.; V. Mongillo, *Il "particolarismo" cangiante del diritto penale tributario: riflessioni introduttive sul D.lgs. n. 87/2024*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2024, 1558.

nel tempo, non sempre coerenti, spesso frammentari e contraddittori. È difficile scorgervi linee guida significativamente costanti, tuttavia, approssimativamente, si può individuare una linea di tendenza generale in direzione della progressiva articolazione e diversificazione delle condotte illecite e dei momenti offensivi lungo l'intero iter del rapporto fiscale. Il baricentro dell'intervento punitivo, da fisso che era nella fase dell'accertamento e della verifica cartolare dell'obbligazione fiscale, si è progressivamente spostato nelle fasi successive e specificamente nella fase della riscossione.

Ne è derivata la moltiplicazione delle fattispecie incriminatrici, in linea con la tendenza generale dell'ordinamento penalistico alla tipizzazione casistica dei fatti illeciti. Al contempo, ne è derivata una particolare attenzione del legislatore penale alla fase della riscossione del debito fiscale. Non a caso, si è da più parti sostenuto che la *ratio* riscossiva caratterizzi sempre di più il diritto penale tributario dei nostri tempi, nella duplice funzionalità, incriminatrice e scriminatrice[2]. Posto che la riscossione diviene il momento centrale dell'interesse pubblico protetto, si introducono nuove fattispecie di non punibilità sopravvenuta, per pagamento del debito erariale[3], come d'altronde si puniscono condotte successive alla dichiarazione fraudolenta, che potrebbero costituire il naturale compimento del delitto commesso in fase dichiarativa.

---

[2] Molti Autori hanno evidenziato come la "ragione fiscale" sia alla base dell'andamento ondivago del sottosistema penale tributario e non da ora; tra questi: A. Malinverni, *Principi di diritto penale tributario*, Padova, 1962, 58 ss.; più recentemente S. Fiore, *Il caso del diritto penale tributario: da eccezione a paradigma? Osservazioni sul diritto penale com'è e come (forse) sarà*, in E.M. Ambrosetti (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 535; A. Lanzi-P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, Padova, 2020, 61; E. Musco, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2021, 19 ss. Con riferimento ai meccanismi di non punibilità nel sistema penale tributario parla di asservimento alla ragione riscossiva F. Consulich, *Il diritto di Cesare. Lo stato del diritto penale tributario al volgere del decennio*, in *Riv. Ita. Dir. Proc. Pen.*, 3/2020, 1388.

[3] In generale, sulla non punibilità nella cornice del diritto penale tributario: R. Amadeo, *Causa di non punibilità. Pagamento del debito tributario*, in C. Nocerino e S. Putinati (a cura di), *La riforma dei reati tributari. Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Torino, 2015, 331 ss.; E. M. Ambrosetti, *Reati tributari*, in E.M. Ambrosetti - E. Mezzetti - M. Ronco (a cura di), *Diritto penale dell'impresa*, IV ed., Bologna, 2016, 551 ss.; F. Bellagamba, *Il ravvedimento operoso nella nuova disciplina dei reati tributari: tra buone intenzioni ed imperfezioni tecniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2016, 242; V. Di Nicola, *Pagamento del debito tributario ed il regime delle circostanze del reato*, in A. Scarcella (a cura di), *La disciplina penale in materia d'imposte dirette e I.v.a.*, Torino, 2019, 265 ss.; A. Ingrassia, *Circostanze e cause di non punibilità. La voluntary disclosure*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, vol. XIII, *Reati tributari*, a cura di R. Bricchetti e P. Veneziani, Torino, 2017, 527 ss.; A. Iorio, *Il pagamento del debito tributario ai fini della particolare tenuità del fatto*, in *Il fisco*, n. 2, 12 gennaio 2026, 125; S. Finocchiaro, *Sulla ragionevolezza delle soglie di punibilità previste per i reati tributari: la Corte costituzionale rimanda la decisione sulla legittimità dell'art. 10-quater*, in *Dir. pen. cont.*, 24.05.2026; A. Lanzi-P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, II ed., Milano, 2017, 98 ss.; E. Musco-F. Ardito, *Diritto penale tributario*, III ed., Bologna, 2016, 57 ss.; G.L. Soana, *I reati tributari*, IV ed., Milano, 2018, 509 ss. Il pagamento dell'obbligazione tributaria può aprire le porte anche all'applicazione della causa di non punibilità generale per particolare tenuità del fatto; cfr. U. Dinacci, *La non punibilità per particolare tenuità della dichiarazione fraudolenta: i riflessi operativi derivanti dall'estinzione del debito tributario*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 7-8, luglio 2025.

In questo contesto, l'analisi del rapporto tra il delitto di *dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* (art. 2) e quello di *indebita compensazione* (art. 10-*quater*) assume una rilevanza centrale, ponendo complessi interrogativi in ordine al concorso di reati e all'applicazione del principio di specialità. Le due norme incriminatrici puniscono condotte illecite che si pongono lungo una stessa direttrice di offensività. L'art. 2 colpisce la falsità ideologica o materiale che incide sulla determinazione della base imponibile in sede di dichiarazione annuale[4]; l'art. 10-*quater* si focalizza sulla fase del versamento, sanzionando chi abbatte il debito d'imposta (IVA o imposte sui redditi) attraverso l'esposizione di crediti inesistenti o non spettanti nel modello F24. L'uno ha dunque riguardo alla fase di accertamento del debito d'imposta, l'altro a quella della sua estinzione. La questione interpretativa più spinosa si pone quando le due condotte non sono indipendenti l'una dall'altra, ma la frode si articola in due momenti: non si esaurisce nell'indicazione di elementi passivi fittizi in dichiarazione, ma prosegue con l'utilizzo di tali "falsi crediti" per compensare debiti tributari reali[5]. Ci si chiede se la condotta di compensazione sia un post-fatto non punibile, già assorbito dalla frode dichiarativa o sia configurabile un concorso materiale, assumendo che la compensazione rappresenti un *quid pluris*, offensivo dell'interesse dell'erario alla tempestiva percezione del tributo.

2. Concorso di reati o rapporto di consunzione.

Con la prima opzione interpretativa si configura una progressione criminosa tra i due reati, osservando che, in base all'*id quod plerumque accidit*, la condotta di compensazione indebita non è che la "messa a frutto" della frode dichiarativa. A questa stregua, la norma che prevede il reato più grave (art. 2), per via delle pene edittali e del disvalore della condotta fraudolenta, assorbe il reato meno grave (l'art. 10-*quater*), qualora quest'ultimo rappre-

[4] Cfr., sul punto, F. Di Vizio, *La dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti*, in F. Di Vizio-G. Mazzotta (a cura di), *Il nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2025, 191 ss.; E. Mastrogiacomo, *Gli elementi attivi penalmente rilevanti nella dichiarazione fraudolenta e infedele*, in *Il fisco*, n. 10/2005, 1483; A. Lanzi-P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit., 163 ss.; E. Musco-F. Ardito, *Diritto penale tributario*, cit., 144.

[5] Al riguardo, nella Relazione ministeriale al D.Lgs. n. 74/2000 si precisa che: «con la formula elementi attivi o passivi, il legislatore ha inteso prefigurare una espressione di sintesi atta a comprendere, nella loro traduzione numerica, tutte le voci, comunque costituite o denominate, che concorrono, in senso positivo o negativo, alla determinazione del reddito o delle basi imponibili rilevanti ai fini dell'applicazione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto. Ciò ad evitare i rischi, in termini di incertezze interpretative e di possibili lacune, insiti in una enunciazione di tipo specifico e casistico (corrispettivi, ricavi, componenti reddituali, costi, oneri, eccetera)». Sul punto cfr. V. Napoleoni, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, 91, il quale, con la consueta lucidità, efficacemente segnala come tale definizione «rischi di lasciare aperta una allarmante falla, nella misura in cui non sembrerebbe(ro) *primo visu* in grado di abbracciare, nel rispetto del principio di stretta legalità, quelle componenti negative che gravano, deprimendolo, non già sull'imponibile, ma sull'imposta dovuta».

senti il naturale sviluppo dell'offesa al bene giuridico. In questa logica, il fatto successivo non è altro che lo sviluppo e il compimento naturale della condotta fraudolenta pregressa, di cui realizza lo scopo; si pone dunque come postfatto non punibile, in quanto il disvalore della frode contiene in sé quello relativo alla realizzazione o compimento della medesima. Come la formazione di un documento falso, nella generalità dei casi, non è fine a sé stessa, ma è finalizzata al suo utilizzo, e sarebbe incongruo punire due volte il medesimo fatto offensivo, prima come formazione del documento e poi come esibizione e utilizzo; similmente la dichiarazione falsa di crediti d'imposta è finalizzata (almeno nella maggior parte dei casi) alla compensazione successiva delle partite di debito/credito, e pare incongruo punire sia la dichiarazione, che equivale alla formazione del documento falso, e poi la compensazione, che equivale all'utilizzo concreto del documento falsificato[6].

La seconda opzione ermeneutica fa leva sulla diversità strutturale delle due fattispecie: l'una qualificabile come reato di pericolo e di condotta, che si perfeziona con la presentazione della dichiarazione, l'altra che configura un reato d'evento, legato al momento della presentazione del modello F24 e al superamento delle soglie di punibilità; l'una, assimilabile in qualche modo ai reati di falso ideologico documentale, che offende, in via principale, il bene giuridico della pubblica fede, l'altra offensiva dell'interesse erariale, economicamente rilevante; l'una punibile a prescindere dal danno economico recato all'amministrazione finanziaria dello Stato, l'altra punibile in funzione di esso[7].

In linea di massima e fatti salvi gli approfondimenti ulteriori e i necessari distinguo, tra le due opzioni riteniamo preferibile la prima. A nostro avviso – nel caso in cui il credito "inesistente" o "non spettante", di cui all'art. 10-*quater*, sia fondato sull'operazione "inesistente" falsamente fatturata, di cui all'art. 2 – tra le due fattispecie si instaura un rapporto di consunzione, perché il disvalore del fatto antecedente, di cui all'art. 2, assorbe interamente quello del fatto successivo, di cui all'art. 10-*quater*. Il meno della compensazione è contenuto nel più della dichiarazione, perché il contribuente, nel dichiarare il falso, sottrae già alla pretesa fiscale un valore economicamente rilevante. Ovviamente quello stesso valore che formerà oggetto della falsa compensazione successiva.

---

6 Cfr. *infra* note 9 e 11.

7 La giurisprudenza di legittimità ha tradizionalmente negato l'assorbimento del fatto previsto dall'art. 10-*quater* in quello di cui all'art. 2, sottolineando l'autonomia delle condotte. Cfr. Cass. pen., Sez. III, n. 40164 del 12/09/2018; la Corte afferma che tra il reato di dichiarazione fraudolenta (art. 2) e quello di indebita compensazione (art. 10-*quater*) sussiste un concorso materiale di reati. La ragione risiede nel fatto che le due norme tutelano beni giuridici diversi o, comunque, diverse fasi della pretesa tributaria: l'art. 2 la trasparenza della base imponibile, l'art. 10-*quater* l'integrità dei versamenti. Cfr. Inoltre Cass. pen., Sez. III, n. 20853 del 17/07/2020; si sottolinea che il reato di indebita compensazione è un reato istantaneo che si consuma al momento della presentazione del modello F24. Questo distacco temporale dalla presentazione della dichiarazione (momento consumativo dell'art. 2) è l'argomento tecnico usato per escludere che una condotta possa "assorbire" l'altra.

La falsa rappresentazione dell'operazione inesistente giunge a perfezionamento nel momento dichiarativo; in quel momento l'erario subisce già un *vulnus* alla sua pretesa fiscale, ossia la sottrazione di un valore che poi corrisponderà al credito inesistente compensato. Il contribuente dichiara l'imponibile; ciò che dichiara il contribuente diventa oggetto d'imposta – e cioè imponibile – *ipso iure* e, poiché la pretesa fiscale è basata sulla dichiarazione, la falsità di questa riduce l'imponibile e di quanto lo riduce, di tanto offende la pretesa fiscale. In altri termini, l'offesa all'erario si perfeziona già al momento della dichiarazione; nella compensazione trova conferma. Se così non fosse, non avrebbe ragion d'essere la pena più grave per la dichiarazione fraudolenta e meno grave per la compensazione dei crediti non spettanti (equivalente per gli inesistenti)[8], giacché il primo fatto sarebbe un mero antecedente dell'offesa, la quale si verificherebbe successivamente. Dunque, l'evento offensivo (da credito non spettante) sarebbe punito in minor misura rispetto alla condotta preliminare, dichiarativa. Ma ciò è assurdo[9].

Per non cadere nell'assurdo, dobbiamo pensare che la condotta dichiarativa abbia una sua carica offensiva immediata, configurabile *ipso facto* come evento di danno, ossia come frustrazione della pretesa fiscale, in proporzione del valore occultato con l'espediente dell'operazione inesistente. Ci pare che la condotta dichiarativa sia dannosa in sé per il fisco, avendo un automatico effetto riduttivo dell'imponibile, apprezzabile come evento. A nostro avviso, l'evento è insito nella condotta, si immedesima con essa, non essendone temporalmente staccato. Concettualmente è possibile distinguere una condotta dichiarativa e l'evento cagionato (danno all'erario), ma fenomenicamente e giuridicamente l'una e l'altro, nel caso *de quo*, vengono a coincidere. Se dichiarazione del contribuente e pretesa del fisco coincidono, perché la dichiarazione delimita l'imponibile, ciò che altera e distorce l'una, si ripercuote nella stessa misura sull'altra. Del resto, la dichiarazione non è un documento che può avere più usi; può avere un solo uso; una sola causa oggettiva e un solo scopo soggettivo: formare l'imponibile, dunque delimitare la pretesa fiscale. Ne deriva che la dichiarazione infedele e fraudolenta, restringendo l'imponibile, restringe di per sé la base della pretesa fiscale e per ciò stesso reca danno all'erario. La compensazione successiva si può vedere dunque non già come produttiva di un danno ulteriore, bensì come conferma del danno già

[8] Art. 2 d.lgs. 74/2000: «È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, crediti inesistenti per un importo annuo superiore ai cinquantamila euro». Art. 10-*quater*: «1. È punito con la reclusione da sei mesi a due anni chiunque non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, crediti non spettanti, per un importo annuo superiore a cinquantamila euro. 2. È punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque non versa le somme dovute, utilizzando in compensazione, ai sensi dell'articolo 17 del decreto legislativo 9 luglio 1997, n. 241, crediti inesistenti per un importo annuo superiore ai cinquantamila euro».

[9] Dello stesso avviso A. Ingrassia, *Il bastone (di cartapesta) e la carota (avvelenata): iniezioni di irrazionalità nel sistema penale tributario*, in *Dir. Pen Proc.*, 3/2020, 307 ss.

subito dall'erario. Per questa ragione, si può pensare che il disvalore del primo fatto più grave assorba in sé il disvalore del secondo meno grave.

3. L'inesistenza dell'operazione e il carattere fraudolento della condotta.

Ciò posto in termini astratti, è necessario precisare che, nei mille casi concreti della vita, può accadere che la dichiarazione falsa non sia preordinata alla successiva compensazione illecita, seppure innegabilmente la connessione teleologica tra le due condotte non può che sussistere, in base all'*id quod plerumque accidit*, nei casi di identità dell'oggetto dei due momenti (dichiarativo e solutorio). Inoltre, è necessario precisare che la questione della connessione teleologica non esaurisce l'interezza delle incertezze ermeneutiche, le quali, a ben vedere, traggono origine dall'accezione non del tutto chiara di "inesistenza", concernente sia le operazioni economiche indicate nella dichiarazione dei redditi o dell'IVA, sia i crediti addotti in compensazione. In relazione alla prima è necessario distinguere tra inesistenza oggettiva e soggettiva, in relazione alla seconda è necessario distinguere tra crediti inesistenti e non spettanti. A nostro avviso, potrebbe contribuire alla chiarezza il riferimento alla nozione superiore di "inesistenza dei costi", che può fungere da utile parametro interpretativo per discernere il reale disvalore etico-giuridico alla base dell'incriminazione.

La produzione del reddito (più in generale, della capacità contributiva) è costosa per sua natura e il conteggio dei costi è fondamentale per la commisurazione dell'imponibile, che risulta dal raffronto costi/benefici per le persone fisiche, entrate/uscite per le aziende. Il gonfiamento artificioso dei costi (elementi passivi) vulnera la pretesa fiscale, sia in fase di accertamento, sotto la specie di dichiarazione fraudolenta, sia in fase di riscossione, sotto la specie di illecita compensazione. Al riguardo occorre precisare fin da subito che il vero *vulnus* risiede nell'alterazione di questo rapporto con abbassamento dell'imponibile, cosicché tutte le questioni interpretative, ardue per quanto siano, possono ridursi alle domande fondamentali: se l'abbassamento sussista, in ragione della maggiorazione illecita dei costi; se ne sussista uno solo o sia duplice.

È chiaro che l'inesistenza oggettiva dell'operazione, falsamente dichiarata dal contribuente, semplifica di parecchio il discernimento dell'interprete a riguardo della compensazione successiva. Se l'operazione inesistente che genera il costo (art. 2) è esattamente la stessa operazione che genera il credito d'imposta compensato (art. 10-*quater*), punire entrambi – si ribadisce – significherebbe sanzionare due volte la medesima condotta materiale, solo perché osservata da due diverse "finestre" temporali del procedimento tributario[10]. Si violerebbe il principio del *ne bis in idem* sostanziale, perché il disva-

[10] Sul punto dell'identità del fatto, si può fare riferimento alla sentenza della Corte costituzionale, n. 200/2016, relativa al caso *Eternit*, in cui la Consulta non ha soltanto dichiarato inco-

lore delle due condotte sarebbe in verità coincidente. Si può pensare infatti che la riprovazione etico-sociale cada sulla volontaria sottrazione all'obbligazione fiscale, realizzata in due tempi, ma unica; e l'effetto offensivo, inteso come danno all'erario, risulti recato da quello stesso, unico inadempimento. Disvalore e offesa delle due condotte illecite verrebbero a coincidere; il primo, perché il disegno criminoso sarebbe un solo; la seconda, perché il danno all'erario si verificherebbe una sola volta. Identità della deliberazione volitiva e identità dell'offesa ci paiono elementi sufficienti per configurare una relazione di progressione criminosa tra i due reati, la quale tuttavia non procede dal meno (antecedente) al più (susseguente), bensì dal più al meno, perché il susseguente appare come lo sviluppo naturale del fatto che lo precede, già pienamente offensivo, di cui tende ad assicurare il profitto; dunque, sembra riconducibile alla categoria del postfatto non punibile[11].

La questione ermeneutica diventa più spinosa quando entra in ballo la c.d. inesistenza soggettiva dell'operazione, che ricorre quando la fornitura o il servizio ha avuto luogo, ma la relazione economica si è instaurata con un soggetto diverso. Si può osservare fin da subito che in questo caso non pare pienamente conforme alla semantica linguistica l'uso del termine "inesistenza". La cosa inesistente non può essere né propria né altrui, non può appartenere a un *dominus*, ancorché diverso, ed essere al contempo inesistente, perché il diritto di proprietà si esercita sulla cosa che c'è, non su quella che

---

stituzionale l'interpretazione (peraltro recessiva in giurisprudenza) secondo cui l'art. 649 c.p.p. non opererebbe laddove si possa escludere un concorso apparente di norme, ma si è curata anche di precisare che una diversa descrizione dell'evento cagionato dalla medesima condotta escluderebbe la medesimezza del fatto storico (*idem factum*) anche secondo la nozione accolta dalla Corte di Strasburgo, laddove la tesi più "garantistica" secondo cui, ai fini della preclusione processuale, dovrebbe rilevare esclusivamente l'identità della condotta non può essere ritenuta contraria alla Costituzione ed alla Convenzione europea (tale aspetto è puntualmente sottolineato da P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il ne bis in idem tra diritto vigente e diritto vivente*, in *Cass. pen.*, 2017, 82 s. Nel caso *de quo* il medesimo "fatto storico" si può ravvisare nell'uso della fattura falsa, sussunto sotto diverse norme incriminatrici. Si adduce un solo costo fittizio, ora dichiarato, ora compensato; varia il momento dell'adduzione, ma il costo, elemento passivo dell'obbligazione fiscale, è uno solo.

[11] S. Cuva, *Il sistema sanzionatorio penale tributario*, Milano, 2019, ravvisa nella condotta di compensazione l'epilogo naturale della frode a monte. Laddove la creazione del credito fittizio sia avvenuta mediante l'uso di fatture per operazioni inesistenti (art. 2), l'utilizzo di tale credito in F24 rappresenta un "post-fatto" non punibile, poiché il disvalore è già interamente coperto dalla sanzione per la dichiarazione fraudolenta. Dello stesso avviso L. D'Avirro, *I reati tributari. Commento al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74*, Padova, 2020 e E. Musco-G. Ardito, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2019, i quali evidenziano che, nel caso in cui la condotta punita dall'art. 2 sia finalizzata proprio a ottenere quel risparmio d'imposta che si realizza concretamente con la compensazione, quest'ultima costituisce l'evento finale della medesima attività criminosa, articolata in due momenti. G. Vanz, *Crediti inesistenti e non spettanti: le nuove definizioni penali tra continuità e innovazione*, in *Rivista di Diritto Tributario*, fasc. 4, 2024, argomenta che la nuova definizione di "credito inesistente" fondata sulla "rappresentazione fraudolenta" (D.Lgs. 87/2024) rafforza il legame con l'art. 2, rendendo la consunzione una necessità logico-sistemica per evitare irragionevoli raddoppi di pena.

non c'è. Dal punto di vista logico, l'inesistenza dell'operazione non è diversa dall'inesistenza della cosa. L'operazione è un fatto che si verifica nel tempo e nello spazio; un'operazione verificatasi nel contesto spazio-temporale è storicamente esistente; non può essere posta nel nulla, né può essere considerata inesistente perché il protagonista è diverso. Come non possiamo dichiarare inesistente la cosa altrui, così non possiamo dichiarare inesistente il fatto storico altrui: *quod factum est infectum fieri nequit*. Su queste basi pare incongruo parlare di inesistenza soggettiva per l'operazione storica oggettivamente esistente[12].

Ma prescindendo dalla congruenza semantica e logica, prendiamo in considerazione le due versioni di "inesistenza" dell'operazione, indicata nella dichiarazione fraudolenta. Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, l'inesistenza soggettiva, al pari di quella oggettiva, integra gli estremi del reato di dichiarazione fraudolenta punita ai sensi dell'art. 2. Le due *species*, sussunte nel *genus* unitario dell'inesistenza e parificate, quanto alla possibilità di integrare gli estremi tipici del reato, sono tuttavia distinte dalla giurisprudenza, per quanto riguarda l'accertamento del dolo e le conseguenze sulla deducibilità dei costi. L'inesistenza soggettiva è riconosciuta, per certi versi, minusvalente rispetto alla "sorella" oggettiva, ma non al punto da inficiarne il carattere fraudolento, costitutivo del reato di cui all'art. 2.

La prima differenza che viene in rilievo è quella relativa all'accertamento del dolo. Nel caso di inesistenza oggettiva, il dolo è *in re ipsa*, perché l'emissione di fattura per un'operazione oggettivamente inesistente presuppone necessariamente la malafede del contribuente, il quale dichiara il falso con la piena consapevolezza che la prestazione dedotta nei costi non ha mai avuto luogo. Nel caso della c.d. inesistenza soggettiva, la prestazione c'è stata e non può essere presunta la malafede del contribuente, ma deve essere provato che egli fosse consapevole della diversa identità della controparte contrattuale[13]. Il contribuente non può essere tenuto responsabile della frode altrui, se sussiste l'apparenza della regolarità. Se il rapporto sorge con un operatore che non mostra segni visibili d'irregolarità, rilevabili da un osservatore mediamente diligente e avveduto, si deve pensare che il contribuente non sia in malafede, ma sia stato fuorviato dall'apparenza di regolarità. Per

[12] Dello stesso avviso I. Caraccioli, *L'inesistenza soggettiva: un concetto in cerca di identità tra diritto penale e tributario*, *Dir. Pen.Trib.*, 2012. S'intende che la ricerca dell'identità postula appunto un'evidenza oggettiva – a nostro avviso, anche logico-semantica – molto evanescente.

[13] La giurisprudenza penale più recente ha elaborato criteri più rigorosi per l'accertamento del dolo nel caso di c. d. Inesistenza soggettiva (Cass. Pen. 44954/2024 depositata a gennaio 2025 e Cass. 25167/2025). Per un'analisi approfondita dell'aspetto dell'elemento psicologico in tema di fatture per operazioni soggettivamente inesistenti, si veda G. Maccagnani, *Fatture soggettivamente false e mancanza di dolo di evasione nell'utilizzatore*, in *Il Fisco*, 42, 2000, 12544. In argomento si vedano anche M. Di Siena, *Le fatture per operazioni soggettivamente inesistenti: fra perdurante criminalizzazione e sopravvenuta irrilevanza penale*, in *Il Fisco*, 5, 2002, 636; C. Santoriello, *Alcune precisazioni in tema di utilizzazione di fatture relative ad operazioni inesistenti*, in *Il Fisco*, 28, 2003, 4443.

converso si può pensare che il contribuente sia consapevole del mendacio, quando sussistano elementi sintomatici d'irregolarità, tra i quali ha un ruolo di primo piano il fatto che l'emittente non abbia la dotazione strutturale idonea alla prestazione fatturata. Il contribuente che dichiari il suo costo sulla base di una fattura emessa da una c.d. "cartiera", omettendo i controlli doverosi, è certamente partecipe di una frode in danno dell'amministrazione fiscale, ma si può discutere se sussistano tutti gli estremi del delitto di cui all'art. 2.

Se tale fatto tipico consiste, come noi riteniamo, nella dichiarazione di costi fittizi, la fattispecie non può dirsi integrata, poiché il costo dichiarato è stato realmente sostenuto, ancorché supportato da una fattura emessa da un soggetto diverso. L'operazione non può dirsi "inesistente", in senso proprio; tant'è che se ne ammette la deducibilità ai fini del calcolo delle imposte sui redditi (IRPEF, IRES)[14]. A fronte di un costo realmente sostenuto, pare evidente che non sussiste un'indebita sottrazione al fisco. S'intende che l'argomentazione è valida sul presupposto che la fattispecie incriminatrice sia posta a tutela del bene delle entrate fiscali e sia diretta a punire l'esposizione di costi fittizi. Ed è proprio questa l'opinione di gran parte della dottrina[15], a conforto della quale è opportuno fare riferimento anche alla cornice edittale particolarmente severa. Posto che la dichiarazione fraudolenta costituisce un grave delitto, sanzionato con una pena particolarmente severa, è ragionevole pensare che la fattispecie sia volta a sanzionare un fatto che comporta un danno reale all'erario, corrispondente all'evasione fiscale cui è finalizzato il reato, non già una mera dichiarazione difforme.

Si può pensare infatti che il dolo dell'evasione fiscale si immedesimi nell'esposizione di costi fittizi; senza questa non sussista quello, con la conseguenza che non possono ritenersi integrati gli estremi del reato nel caso in cui il costo sia reale. La frode per essere tale non può esaurirsi in una ingenua dichiarazione difforme, fine a sé stessa; si dichiara il falso per "frodare" il soggetto passivo e la frode non può che supporre il dolo di evasione, il quale infine non

[14] Una differenza rilevante risiede nella deducibilità del costo, nel calcolo dei redditi imponibili (IRPEF/IRES). Se l'operazione è soggettivamente inesistente ma i costi sono reali e inerenti, la deducibilità rimane ferma, a meno che i costi non siano direttamente connessi a un delitto non colposo (in tempi recenti, Cass. 8716/2025, Cass. 23178/2025). La dottrina, facendo leva sulla netta separazione a riguardo degli effetti economici, riconosciuta dalla Suprema Corte, critica l'equiparazione delle conseguenze penali, poiché ciò che è deducibile non è un costo fittizio, bensì reale, mentre l'art. 2 punisce l'indicazione di "elementi passivi fittizi"; l'unica cosa fittizia, in caso di inesistenza soggettiva, è l'identità del fornitore. Di quest'avviso L. D'Altilia, *Il reato di dichiarazione fraudolenta per operazioni 'soggettivamente' inesistenti: un discutibile caso di assimilazione della prova penale a quella civile*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc. 4, 2024 (con aggiornamenti ai richiami giurisprudenziali del 2025); S. Prosperi, *Sul discrimine tra operazioni soggettivamente ed oggettivamente inesistenti nel reato di dichiarazione fraudolenta: punti fermi ed evoluzioni nella giurisprudenza di legittimità*, in *Rivista di Diritto Tributario*, fasc. 1, 2024 (pubblicato online con aggiornamenti costanti).

[15] Per tutti E. Musco, *Diritto penale tributario*, cit.; I. Caraccioli, *op. cit.*; S. Putinati, *I reati tributari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, Milano, 2000.

può sussistere se il "costo" dichiarato è stato effettivamente sostenuto. Insomma, se il fine di evasione e il carattere fittizio del costo stanno insieme, perché la rappresentazione di un costo realmente sostenuto è incompatibile con il *dolus malus* della frode, la c.d. inesistenza soggettiva *ex se* non può integrare gli estremi del reato di cui all'art. 2, non solo per l'inoffensività della condotta, ossia per mancanza del danno, ma anche per mancanza del dolo[16].

È chiaro comunque che, seppure non sussistesse il fine dell'evasione (diretta), potrebbe comunque sussistere la volontà di favorire l'altrui fatto illecito, consistente nell'attività di "cartiera". In questo caso si può ravvisare un profitto diretto, realizzato dall'azienda di carta, e uno indiretto, realizzato mediante la compartecipazione al profitto diretto. Il contribuente *de quo* sarebbe coinvolto in una frode "carosello" finalizzata all'evasione dell'IVA. A ben vedere sussisterebbe comunque un fine di evasione, inteso come volontà di compartecipare all'evasione altrui. Si può trarre la conclusione che la c.d. inesistenza soggettiva dell'operazione fatturata, non punibile in relazione ai redditi personali, potrebbe essere punita, non già come frode individuale, bensì come compartecipazione a una frode plurisoggettiva, che coinvolge l'emittente, e sarebbe circoscritta solo all'evasione dell'IVA[17].

Ma è opportuno precisare che la declaratoria di colpevolezza concorsuale presuppone la prova del dolo di compartecipazione alla frode altrui, che non può essere surrogata da presunzioni semplici[18]. Non basta, a nostro avviso, dimostrare che il soggetto agente potesse dubitare della regolare conduzione aziendale dell'emittente, osservando la diligenza doverosa; è necessario che sussista la piena prova della sua consapevole compartecipazione alla frode. Senza questa prova a carico dell'accusa, si rischia di punire a titolo di dolo un fatto, rispetto al quale si può muovere solo un rimprovero di colpa. Incamminandosi lungo la strada della diligenza doverosa, eretta a discrimine del fatto di reato, si giunge ben presto a esigerne dosi sempre più massicce, fino a istituire nella persona del comune imprenditore la figura e la funzione del controllore-garante del suo fornitore[19]. Con ciò si punirebbe un fatto omis-

[16] In questo senso, cfr., A. Di Amato, *La dichiarazione infedele*, in A. Di Amato-R. Pisano, *I reati tributari*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. VII, a cura di A. Di Amato, Padova, 2002, 550; A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, cit., 249; E. Musco-F. Ardito, *Diritto penale tributario*, cit., 48 s., A. Traversi-S. Gennai, *I nuovi delitti tributari*, Milano, 2000, 125 ss.; A. Perini, voce *Reati tributari*, in *Digesto disc. pen.*, Torino, 2013, 499; ulteriori riferimenti in G. Bersani, *I reati di dichiarazione infedele e di omessa dichiarazione*, Padova, 2003, 99, nota n. 189, il quale condivide tale soluzione (p. 104). In senso diverso, tuttavia, in giurisprudenza, cfr. Cass., sez. III, 27 marzo – 3 settembre 2014, n. 36703, in *Il fisco*, n. 36/2014, 3581.

[17] A. Perini, *Quando la somma non fa il totale. Delitti dichiarativi e consolidato fiscale*, in *L'indice penale*, 1-2/2015, 7 ss.

[18] F. Consulich, La *lunga marcia del diritto penale tributario dalla periferia al centro del sistema penale*, CP, 10/2023, 3477 ss., evidenzia il rischio di estendere le maglie della responsabilità concorsuale ben oltre i limiti del contributo doloso.

[19] La giurisprudenza ha elaborato alcuni indici di irregolarità (del fornitore) dai quali desumere il dolo di evasione del contribuente: anomalie strutturali (assenza di logistica, mancato versa-

sivo e colposo al posto di un fatto descritto in fattispecie come commissivo e doloso; anzi doloso nell'accezione più estrema, in quanto "fraudolento".

4. Il credito non spettante e il dolo.

In ordine alla compensazione delle partite di debito/credito, in fase di adempimento dell'obbligazione fiscale, acquista un particolare rilievo l'accostamento dei crediti "inesistenti" a quelli "non spettanti", introdotta dal d.lgs. n. 87/2024 (in attuazione della delega fiscale), equiparati ai fini dell'integrazione del reato, ma non ai fini della commisurazione della pena[20]. Le persistenti differenze, non solo *quoad poenam*[21], non devono adombrare la comune appartenenza a un *genus* comune, sul quale può far luce ancora una volta il parametro del costo, poiché in definitiva, anche in questa fattispecie, l'elemento decisivo, a nostro avviso, può essere ricercato nel carattere fittizio dei costi.

L'obbligazione fiscale è giustificata dalla capacità contributiva; in mancanza di questa non ha ragion d'essere quella. Vige un principio indefettibile di proporzionalità, in virtù del quale alla minore capacità contributiva corrisponde la minor misura dell'obbligazione fiscale. E poiché la capacità contributiva non è un dato prefissato, ma è la risultante dell'operare umano, i costi affrontati per produrre il bene o l'utilità, che costituisce l'elemento indicativo della capacità, elidono in proporzione il *quantum* della capacità assunto come imponibile. Ne consegue che il rispetto del principio costituzionale della capacità contributiva esige che non sia considerato illecito detrarre i costi reali ed effettivi dall'ammontare dell'imponibile.

---

mento delle imposte, oggetto sociale generico), anomalie economiche (prezzo fuori mercato, assenza di margine), anomalie dei flussi finanziari (circolarità del denaro, pagamenti insoliti), anomalie nelle relazioni commerciali (mancanza di trattative). Si tratta certamente di elementi sintomatici, ma pare eccessivo desumerne automaticamente la sussistenza del dolo, per la quale è richiesta una prova piena, a carico dell'accusa, "oltre ogni ragionevole dubbio".

[20] L'art. 20, comma 1, lett. a) n. 5) della legge di delega aveva effettivamente imposto al Legislatore di introdurre una chiara distinzione tra crediti non spettanti e inesistenti, conformandosi agli orientamenti giurisprudenziali sul punto; cfr. P. Veneziani, *La legge delega per la riforma fiscale: una prima lettura dei profili penalistici*, in *www.Sistemapenale.it*, 19.09.2023, 36. Vigevano tuttavia due fattispecie autonome a partire dalla riforma del 2015, seppure non fosse stato ben precisato l'esatto perimetro di "inesistenza" e "non spettanza" del credito; cfr. A. Martini, *Frode, menzogna e disobbedienza. Volti nuovi e antichi del diritto penale tributario riformato*, in *www.legislazionepenale.eu*, 3.3.2016, 26 ss. Le cornici edittali sono differenti: da sei mesi a due anni per i crediti "non spettanti" e da un anno e sei mesi a sei anni per quelli "inesistenti".

[21] S. Buonocore, *I reati di indebita compensazione (art. 10-quater d.lgs. 74/2000): crediti inesistenti e crediti non spettanti nel sistema penale*, in *Dir. Pen. Trib.*, 2023, 5, 1755 e 1758, sottolinea che dall'inquadramento nell'una o nell'altra fattispecie dipendono anche effetti processuali non trascurabili, come la possibilità di ricorrere alle intercettazioni telefoniche o disporre misure cautelari. Peraltro, preme evidenziare che solo per i crediti non spettanti potrà valere la causa di non punibilità del pagamento del debito tributario *ex* art. 13.

La questione interpretativa può dunque porsi, a nostro avviso, in questi termini: se il soggetto agente abbia voluto, in fase di adempimento della sua obbligazione fiscale, detrarre dall'imponibile costi fittizi, sotto la specie di crediti inesistenti o non spettanti. Il punto di discrimine risiede appunto nella volizione del soggetto, nel suo dolo di evasione, mentre il danno erariale, nella contingenza, non può fungere da spartiacque, poiché sia il credito inesistente sia non spettante determinano un'entrata fiscale decurtata nella stessa misura. Ma il reato è un fatto doloso e, sotto il profilo dell'accertamento del dolo, potrebbe correre una grande differenza tra credito inesistente e non spettante, per il semplice fatto che la consapevolezza del credito inesistente è *in re ipsa*, ben diversamente da quella del credito spettante, da doversi dimostrare di volta in volta. Il punto dirimente potrebbe essere il seguente: il reato sussiste solo se il soggetto agente si rappresenta la non effettività del costo; al contrario, se procede alla compensazione, rappresentandosi il credito come costo effettivo, esula il dolo di evasione. L'ipotesi interpretativa è plausibile, ma deve essere attentamente vagliata.

Ci aiuta in questo la nuova definizione normativa di credito tributario, volta a porre fine a anni di contrasti giurisprudenziali. La distinzione legislativa (tra crediti inesistenti e non spettanti) riposa su elementi oggettivi; a ben vedere, tuttavia, è comunque presupposta una sostanziale differenza sul versante soggettivo, della volontà e consapevolezza del fatto di reato. Il che incide in primo sul luogo sulla questione, cui si è fatto cenno, del possibile concorso di reati con la fattispecie della fraudolenta dichiarazione.

Secondo il nuovo dettato normativo, il credito è inesistente quando è privo di elementi giustificativi reali (mancanza di presupposti costitutivi) o quando la sua esistenza è frutto di rappresentazioni fraudolente (documentazione falsa, fatture per operazioni inesistenti). È qui che il principio di consunzione trova il suo terreno più fertile. Se il credito utilizzato in compensazione deriva direttamente da una fattura falsa già oggetto di contestazione ai sensi dell'art. 2, l'art. 10-*quater* finisce per sanzionare la mera "estrinsecazione contabile" della medesima frode. In questo caso, la spinta verso l'assorbimento è massima: la frode è una sola, sebbene si manifesti in due momenti (dichiarativo e solutorio).

Il credito è non spettante quando, pur essendo reale e certo nella sua esistenza, viene utilizzato in misura superiore a quella consentita, oppure in violazione di specifiche modalità o tempi di utilizzo previsti dalla legge. Si può trattare, come sovente accade, di errori di interpretazione normativa o di violazioni formali. In questa ipotesi, è difficile invocare la consunzione con l'art. 2. Spesso, infatti, il credito "non spettante" non nasce da una condotta fraudolenta a monte (come l'uso di fatture false), ma da una condotta successiva e autonoma di compensazione indebita. Qui l'art. 10-*quater* mantiene una sua piena autonomia punitiva.

Ciò posto, la questione interpretativa non verte tanto sulla distinzione, invero abbastanza chiara, tra credito non spettante e inesistente, quanto sulla

sussistenza del reato in caso di credito non spettante[22]. Si può pensare che l'elemento dirimente sia ravvisabile ancora una volta nel dolo di evasione, immedesimato nel carattere fittizio dei costi, di talché il reato sussista nel caso in cui il soggetto agente sia consapevole che il credito compensato non trova corrispondenza in un reale costo. Il fatto di reato previsto dal secondo comma dell'art. 10-*quater*, meno grave rispetto a quello di cui al primo comma, è pur sempre doloso e non può consistere in un mero errore.

Pensiamo di trovarne conferma nel comma 2-*bis*, che esclude la punibilità del fatto nei casi di incertezza normativa sulla qualifica giuridica del credito[23]. Se il legislatore ha sentito il bisogno di dettare una regola per certi versi superflua, sia perché vige un principio generale in tema di *error iuris*, sia perché il dolo presuppone sempre e comunque la piena consapevolezza degli elementi costituivi di fattispecie, la ragione è da ricercare nella speciale complessità della normativa fiscale, che può ingenerare non pochi equivoci e dubbi. In altri termini, la norma pare diretta a sottolineare quanto la materia fiscale sia particolarmente insidiosa e si presti a interpretazioni ambigue, tanto che l'errore è dietro l'angolo.

Ma se il legislatore mette in evidenza tale "errabilità" di fondo, ci dice implicitamente che anche questo reato presuppone un dolo di evasione, incompatibile con l'errore. Riteniamo che il dolo di evasione consista nella volontà di addurre costi fittizi, o in dichiarazione o in compensazione; non consista in un fine che trascende il fatto realizzato, giacché l'evasione si realizza per il fatto stesso della falsa dichiarazione o dell'illecita compensazione. A questo riguardo è importante sottolineare che parlare di costi e non di semplici "elementi passivi" può rivelarsi utile per l'interprete, perché il costo giustifica la riduzione dell'imponibile; dunque, il concetto di costo contiene in sé la *ratio* giustificativa, mentre l'idea della "passività" è neutra e avalutativa. Il costo è il presupposto logico-giustificativo della passività, ma l'idea della sola "passività" non implica il riferimento necessario al presupposto che la giustifica. È questa la ragione per la quale, a nostro avviso, l'elemento soggettivo delle due fattispecie esaminate può infine risolversi nella consapevole adduzione di costi fittizi; nelle due fasi, dichiarativa e compensativa.

Si può pensare che questa impostazione possa agevolare l'interprete nel discriminare il dolo dalla colpa e nell'evitare due estremi. A nostro avviso, infatti, egli è chiamato a evitare due rischi opposti: o assumere che l'incertezza applicativa sussista in ogni caso ed escluda il dolo; o riconoscere il credito "non spettante" solo nei limitatissimi casi in cui l'Agenzia delle Entrate, *melius*

[22] Sulla distinzione tra crediti inesistenti e non spettanti cfr. F. Di Vizio, *L'irrefrenabile funzionalizzazione riscossiva del moderno diritto penale tributario*, in *Sistema Penale*, 19.4.2024, testo dell'udizione dinanzi alle Commissioni Giustizia e Finanze della Camera dei Deputati del 3 aprile 2024.

[23] 2-*bis*: «La punibilità dell'agente per il reato di cui al comma 1 è esclusa quando, anche per la natura tecnica delle valutazioni, sussistono condizioni di obiettiva incertezza in ordine agli specifici elementi o alle particolari qualità che fondano la spettanza del credito». Il comma 2-*bis* è stato introdotto dall'art. 1, comma 1, lettera d) del D.Lgs. 14 giugno 2024, n. 87.

re perpensa, esprima una valutazione concorde con la difesa e rinunci alla sua pretesa fiscale. O c'è sempre incertezza; o manca solo nel caso di certezza assoluta e non controversa. Tra i due estremi, è difficile individuare la giusta via mediana, e non ci si può illudere che un solo criterio ermeneutico possa essere risolutivo.

Pensiamo comunque che il criterio del costo possa essere utile, se non altro perché la buona o mala fede del soggetto agente deve fare riferimento, in primo luogo, a ciò che cade sotto la sua diretta percezione; e chiaramente la gestione delle entrate/uscite afferisce alla sua sfera di dominio e conoscenza diretta, molto più che la sfera della qualificazione normativa degli atti[24]. Insomma, si può pensare che, ancora una volta, il criterio del "costo di produzione", inteso come costo affrontato dal contribuente per "produrre" la sua capacità contributiva, possa agevolare l'interprete nell'esegesi dei casi controversi.

Il dolo di evasione, a ben vedere, presuppone che il soggetto agente voglia sottrarre al fisco la somma dovuta, proprio perché non se la rappresenta come costo di produzione dell'imponibile. Nel momento in cui ritiene di aver sopportato quel costo, ritiene al contempo che esso riduca in proporzione il carico fiscale. Su queste basi, si può pensare che il legittimo dubbio sul carattere del credito (spettante/non spettante), che costituisce causa giustificativa del fatto ai sensi del comma 2-*bis* dell'art. 10-*quater*, verta in fondo sulla configurabilità del costo e conseguentemente il contribuente possa non commettere reato, qualora il credito dedotto in compensazione sia configurabile come costo di produzione del reddito. Al contrario, la buona fede, assunta come causa di giustificazione dell'inadempienza fiscale, non può essere invocata se manca la riferibilità del credito non spettante alla categoria dei costi. Insomma, il discrimine tra buona e mala fede corre lungo la linea della riferibilità del credito al *genus* del costo, giacché la consapevolezza del contribuente deve riguardare, in primo luogo, ciò che attiene alla sua sfera di dominio, per l'appunto la gestione dei costi/ricavi, e secondariamente ciò che attiene alla qualificazione giuridica. Mentre sui costi il contribuente ha una diretta percezione, sulle questioni della qualificazione giuridica può nutrire legittimi dubbi, ma ciò significa, a nostro avviso, che il dubbio non può ritenersi legittimo, se verte su un credito che nemmeno astrattamente può annoverarsi nella categoria dei costi.

[24] Prima della riforma del 2024, la Cassazione aveva già elaborato criteri stringenti che ora sono stati recepiti dal legislatore; cfr. Cass. pen., Sez. Unite, n. 34443 del 16/11/2021. L'organo di nomofilachia definisce credito inesistente quello per il quale manca il presupposto costitutivo e la cui inesistenza non è riscontrabile mediante controlli automatizzati (artt. 36-*bis* e 36-*ter* DPR 600/73). Cfr. anche Cass. pen., Sez. III, n. 1757 del 15/01/2025, che conferma la continuità normativa tra la vecchia disciplina e la riforma del d. lgs. 87/2024. La Corte chiarisce che il concetto di "rappresentazione fraudolenta" è il vero *trait d'union* con l'art. 2. Se il credito è inesistente perché frutto di artifici (come le fatture false), si applica il comma 2 dell'art. 10-*quater* (pene più severe).

Per questa via si può giungere alla ragionevole conclusione che l'errore scusabile, ossia non colposo, escluda in radice il carattere illecito del fatto e dunque non residui alcun possibile illecito amministrativo-tributario; al contrario, l'errore colposo farebbe residuare la sanzionabilità extrapenale del fatto; mentre il reato esulerebbe in entrambi i casi, per mancanza di dolo.

LA DETENZIONE DI MATERIALE CON FINALITÀ DI TERRORISMO (ART. 270-*QUINQUIES*.3 C.P.): IL CONSOLIDAMENTO DEL "DOPPIO BINARIO" TRA ANTICIPAZIONE DELLA TUTELA E DIRITTO PENALE DEL NEMICO

Guglielmo Rubeo*

Sommario: Introduzione. – **1.** L'introduzione dell'art. 270-*quinquies*.3 c. p. – **1.1.** La spinta sovranazionale: il vincolo UE e i limiti del divieto di analogia. – **1.2.** La struttura oggettiva: detenzione statica e indeterminatezza del concetto di "materiale". – **2.** L'anticipazione della soglia punitiva: il superamento dei "comportamenti univoci". – **3.** La soggettivizzazione del disvalore: la finalità di terrorismo come unico indice di tipicità. – **4.** I paradossi del trattamento sanzionatorio: sproporzioni ed esigenze investigative. – Conclusioni. Il consolidamento del "doppio binario".

ABSTRACT

Il presente contributo analizza la nuova fattispecie di cui all'art. 270-*quinquies*.3 c.p., introdotta dal D.L. 11 aprile 2025, n. 48 (cd. "Decreto Sicurezza"), che incrimina la mera detenzione di materiale con finalità di terrorismo. Attraverso l'analisi della struttura oggettiva e soggettiva del reato, si evidenzia come la norma realizzi una drastica anticipazione della soglia di punibilità, prescindendo dal requisito dei «comportamenti univocamente finalizzati», richiesto invece per l'integrazione del delitto di auto-addestramento, e sanzionando il possesso di materiale intrinsecamente neutro sulla base della sola proiezione intenzionale dell'agente. Il lavoro esamina le criticità relative al principio di determinatezza e la sproporzione del trattamento sanzionatorio, dettato da esigenze processuali investigative più che da un reale disvalore del fatto. Le conclusioni inquadrano la riforma come un ulteriore tassello nella costruzione di un "doppio binario" sanzionatorio, confermando la tendenza dell'ordinamento italiano a convergere nella direzione tipica dei paradigmi del Feindstrafrecht (diritto penale del nemico) teorizzato da Günther Jakobs, ove la neutralizzazione della pericolosità soggettiva prevale sulle garanzie dello Stato di diritto.

This paper analyses the new offense under Art. 270-quinquies.3 of the Italian Criminal Code, introduced by Law Decree No. 48 of April 11, 2025 (the so-called "Decreto Sicurezza"), which criminalizes the mere possession of material for terrorist purposes. Through an analysis of the objective and subjective structure of the crime, the study highlights how the provision drastically anticipates the threshold of criminal liability, dispensing with the requirement of "unequivocally directed behaviours" – which is instead required for the crime of self-training – and

* Dottorando in Diritto Penale - Università degli studi di Roma Tor Vergata.

sanctioning the possession of intrinsically neutral material solely based on the agent's intentional projection. The work examines the critical issues regarding the principle of legal certainty (determinatezza) and the disproportionate nature of the sanctions, which appear driven more by investigative procedural needs than by the actual offensiveness of the act. The conclusions frame the reform as a further step in the construction of a "two-track" sanctioning system, confirming the tendency of the Italian legal system to converge towards the paradigms of the Feindstrafrecht (Criminal Law of the Enemy) theorized by Günther Jakobs, where the neutralization of subjective dangerousness prevails over the guarantees of the Rule of Law.

Introduzione.

Le tensioni tra esigenze di sicurezza e principi costituzionali, evidenziate in precedenti analisi sul rapporto tra la legislazione italiana antiterrorismo e la teoria del *diritto penale del nemico* prospettata dal filosofo e giurista tedesco Günther Jakobs, cui si rimanda integralmente[1], riemergono con particolare intensità a seguito dell'introduzione dell'art. 270-*quinquies*.3 c.p. da parte del cd. "Decreto Sicurezza" D. l. n. 48 dell'11 aprile 2025.

La nuova incriminazione della detenzione di materiale con finalità di terrorismo accentua il movimento di anticipazione della tutela e la valorizzazione degli elementi soggettivi, profili che, assieme alla mancanza di coordinamento nell'ambito del trattamento sanzionatorio, rappresentano punti di contatto con la logica "del nemico". L'obiettivo di questo contributo è esaminare in che misura la novella legislativa incida sul perimetro dell'intervento penale preventivo e sui suoi limiti sistematici. Nell'ambito di questo esame, si utilizzeranno come chiave di lettura proprio quegli elementi caratterizzanti l'odierna legislazione penale di contrasto al terrorismo, individuati nel contributo presupposto del presente, che evidenziano la presenza di un *doppio binario*[2] e, quindi, di una disparità di trattamento tra criminale "comune" e terrorista. Tali elementi sono:

- l'incriminazione di una serie di condotte preparatorie che consentono, essenzialmente, di prevenire la commissione di reati terroristici "fine";
- la propensione a dare un'eccessiva rilevanza alla componente soggettivistica del reato;
- un notevole tasso di genericità e vaghezza delle fattispecie incriminatrici;
- la severità del trattamento sanzionatorio dei reati con finalità di terrorismo.

[1] G. Rubeo, *Punti d'incontro tra la teoria del diritto penale del nemico e la legislazione italiana antiterrorismo: diritto penale "al limite"*, in *Penale Diritto e Procedura*, n. 2/2024.

[2] F. Viganò, *Sul contrasto al terrorismo di matrice islamica tramite il sistema penale tra "diritto penale del nemico" e legittimi bilanciamenti*, in *Studi Urbinati, A – Scienze Giuridiche, Politiche ed Economiche*, 58(4), 2014, 336.

1. L'introduzione dell'art. 270-*quinquies*.3 c. p.

Il Decreto-legge "Sicurezza" n. 48 dell'11 aprile 2025, recante "*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*", ha introdotto nell'ordinamento il nuovo art. 270-*quinquies*.3 c.p. che punisce, con la pena della reclusione da 2 a 6 anni, il delitto di "*Detenzione di materiale con finalità di terrorismo*". In particolare, la disposizione recita:

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

Come si legge nella Relazione illustrativa che accompagnava la proposta di legge di conversione del D.l. 11.4.2025, n. 48 (A.C.2355)[3], l'intervento di cui al comma 1, lettera a), con il quale è stato introdotto nel Codice penale l'art. 270 *quinquies*.3, «*si rende necessario per colmare un vuoto normativo sulla detenzione di documentazione propedeutica al compimento di attentati e sabotaggi con finalità di terrorismo*».

Ciò che si sostiene, in tale Relazione, è proprio che questa nuova fattispecie sarebbe volta a ricondurre a sanzione penale tutta una serie di soggetti trovati in possesso di documentazione ascrivibile a gruppi terroristici internazionalmente riconosciuti. Infatti, in queste ipotesi i detentori del materiale in oggetto non sarebbero stati punibili né in virtù degli articoli 302 o 414 del Codice penale, relativi all'apologia o all'istigazione di reati con finalità di terrorismo, né in applicazione dell'articolo 270-*quinquies* c.p. nella parte in cui punisce l'auto-addestramento ad attività terroristiche, fattispecie, evidentemente, tra le più indeterminate in questa materia[4].

Secondo il legislatore, insomma, il procacciamento e la detenzione di materiale idoneo a facilitare la commissione di attività sovversive costituirebbe «*condotta di per sé allarmante e pericolosa, a livello sociale, indipendentemente dalla effettiva realizzazione di atti terroristici, in quanto sintomatica di una progressione capace di portare repentinamente alla commissione di atti violenza con finalità di terrorismo*», essendo nota «*l'abilità e la rapidità delle*

[3] A.C. 2355 dell'11.04.2025: *https://sistemapenale.it/pdf_contenuti/1744796389_leg19pdlcamera235519pdl0138780.pdf – Dossier n. 471 della Camera dei Deputati: https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/D25048.pdf.*

[4] M. Mandalari, *L'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di auto-addestramento con finalità di terrorismo: nota a una recente pronuncia di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2 gennaio 2023.

organizzazioni terroristiche di trascendere dalla dimensione concettuale a quella reale, soprattutto grazie alla pervicace diffusione di un'azione propagandistica confezionata appositamente non solo per condizionare ideologicamente e psicologicamente il potenziale affiliato o seguace ma, finanche, per insinuarsi e fornirgli «a domicilio» le motivazioni e gli spunti operativi per passare – anche isolatamente – all'azione»[5].

La novella legislativa persegue allora lo scopo dichiarato di adeguare il sistema penale antiterrorismo italiano alle nuove forme (che poi tanto nuove non sono) di terrorismo internazionale, caratterizzate, come noto, da azioni individuali di soggetti che non si inseriscono necessariamente nell'ambito delle vere e proprie organizzazioni terroristiche[6]. Ci si riferisce, in particolare, al cosiddetto "terrorismo della parola", ovvero quell'insieme di propaganda e proselitismo in grado di alimentare, in forma sia orale che scritta, la macchina del terrore internazionale, innescando una radicalizzazione violenta che può condurre anche rapidamente al compimento di attività terroristiche.

1.1. La spinta sovranazionale: il vincolo UE e i limiti del divieto di analogia.

Al di là del dichiarato adeguamento al fenomeno terroristico, l'introduzione dell'articolo oggetto della presente analisi sarebbe finalizzata anche a dare attuazione alla Direttiva (UE) 2017/541[7] in materia di lotta al terrorismo[8]. L'art. 8[9] di questa Direttiva, infatti, impone agli Stati membri di rendere punibile penalmente[10] l'atto di ricevere istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero

[5] A.C. 2355 dell'11.04.2025, cit.

[6] La storia del terrorismo internazionale è tradizionalmente suddivisibile in tre fasi fondamentali: la prima, il cui punto di riferimento iniziale è l'attacco alle Torri gemelle di New York e che va dal 2001 al 2003 circa, caratterizzata dalla forte componente organizzativa dei gruppi terroristici; la seconda, segnata dagli attentati di Madrid e di Londra, che va dal 2004 al 2011 ed in cui avviene una deterritorializzazione e destrutturalizzazione delle organizzazioni stesse; la terza, invece, contraddistinta da numerosi attentati realizzati in diversi Stati dell'Europa (Belgio, Francia, Danimarca, Svezia, Gran Bretagna), va dal 2012 fino ai giorni nostri ed in cui si diffondono sempre di più i fenomeni detti di "terrorismo individuale". In proposito si veda: R. Bartoli, *I punti e le linee nel contrasto al terrorismo internazionale*, in *Criminalia*, 2018, 2.

[7] Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017, sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio, in G.U.U.E. L 88 del 31.3.2017.

[8] M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in *www.sistemapenale.it*, 17.5.2024.

[9] In particolare, l'art. 8 prevede: «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché sia punibile come reato, se compiuto intenzionalmente, l'atto di ricevere istruzioni per la fabbricazione o l'uso di esplosivi, armi da fuoco o altre armi o sostanze nocive o pericolose ovvero altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i)*».

[10] Santini, *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *Diritto penale contemporaneo*, 7-8/2017.

altre tecniche o metodi specifici al fine di commettere o di contribuire alla commissione di uno dei reati di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettere da a) ad i)[11], purché compiuto intenzionalmente.

Tuttavia, un'analisi meramente letterale dell'art. 8 della Direttiva («*ricevere istruzioni*») non sembrerebbe, di per sé, imporre un ampliamento della disciplina vigente nella direzione intrapresa dal legislatore italiano. Il concetto di "ricevere istruzioni", infatti, parrebbe implicare una dualità soggettiva, ovvero un rapporto interpersonale consapevole tra chi fornisce le nozioni e chi le apprende[12]: una dinamica che, a ben vedere, risulterebbe già agevolmente riconducibile alla fattispecie di addestramento (art. 270-*quinquies* c.p.), rendendo apparentemente superfluo un nuovo intervento normativo.

L'orizzonte ermeneutico muta radicalmente, però, se si guarda al Considerando n. 11 della medesima Direttiva. Qui si esplicita una volontà di estensione del controllo penale ben oltre i confini tradizionali del concorso di persone o dell'addestramento inteso in senso cinetico. Il testo europeo precisa che: «*La qualificazione come reato dell'atto di ricevere un addestramento a fini terroristici integra il reato esistente consistente nell'impartire addestramento [...]. L'atto di ricevere addestramento a fini terroristici comprende l'acquisizione di conoscenze, documentazione o abilità pratiche. L'autoapprendimento* (nella versione in inglese della Direttiva chiamato *self-study*)*, anche attraverso Internet o la consultazione di altro materiale didattico, dovrebbe altresì essere considerata ricevere addestramento a fini terroristici qualora derivi da una condotta attiva e sia effettuato con l'intento di commettere o di contribuire a commettere un reato di terrorismo*».

È evidente, dunque, come l'espansione criminalizzante che pervade la politica criminale dell'Unione in tema di terrorismo miri a colpire la zona grigia della "acquisizione di conoscenze", anche quando questa avvenga in solitudine davanti a uno schermo.

[11] I reati in questione sono i seguenti: attentati alla vita e alla integrità fisica di una persona (lett. a e b); sequestro di persona o cattura di ostaggi (lett. c); distruzione di strutture governative o pubbliche, sistemi di trasporto, infrastrutture, compresi i sistemi informatici, luoghi pubblici o di proprietà private che possono mettere in pericolo vite umane o causare perdite economiche considerevoli; sequestro di aeromobili o navi o di altri mezzi di trasporto collettivo di passeggeri o di trasporto di merci (lett. e); fabbricazione, detenzione, acquisto, trasporto, fornitura o uso di esplosivi o armi da fuoco, comprese armi chimiche, biologiche, radiologiche o nucleari, nonché ricerca e sviluppo di armi chimiche, biologiche, radiologiche o nucleari (lett. f); rilascio di sostanze pericolose o il cagionare incendi, inondazioni o esplosioni i cui effetti mettano in pericolo vite umane (lett. g); manomissione o interruzione della fornitura di acqua, energia o altre risorse naturali fondamentali il cui effetto metta in pericolo vite umane (lett. h); interferenza illecita relativamente ai sistemi, ai sensi dell'articolo 4 della direttiva 2013/40/UE del Parlamento e del Consiglio (lett. i).

[12] Cfr. Convenzione del Consiglio d'Europa per la prevenzione del terrorismo, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005 e ratificata dall'Italia con L. 15 aprile 2016, n. 43. In dottrina, sulla necessaria interazione tra addestratore e addestrato come elemento costitutivo della fattispecie classica, v. Pisani, *La nuova legge antiterrorismo: prevenzione e repressione nella L. 31 luglio 2005 n. 155*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 1085 ss.

Proprio qui si innesta la necessità tecnica della novella legislativa. Sebbene la condotta descritta nella versione inglese della Direttiva («*receiving instruction on the making or use of explosives, firearms or other weapons...*») potrebbe astrattamente rientrare nella nozione di addestramento passivo (*receiving training*), l'ordinamento italiano si scontra con un limite semantico invalicabile. Nella lingua italiana e nella tradizione giuridica interna, infatti, il termine "addestramento" evoca l'acquisizione di abilità pratiche attraverso un contatto diretto caratterizzato da elementi propri dell'attività militare o paramilitare[13]; estendere questo concetto in via interpretativa fino a includervi il mero scaricamento di un file o la lettura statica di un manuale – al fine di ricomprendervi il cd. *self-study* di cui la Direttiva richiede l'incriminazione – avrebbe comportato una violazione del divieto di analogia in *malam partem*[14]. Certo, il confine con la fattispecie specifica dell'auto-addestramento – già ricompresa nell'alveo dell'art. 270-*quinquies* c.p. – si fa in questo contesto quanto mai labile; ciononostante, nemmeno tale disposizione avrebbe potuto essere interpretata in senso conforme alla Direttiva senza forzature, stante la necessità, richiesta dalla citata norma, che il soggetto agente realizzi comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies* c.p.[15].

In quest'ottica, la scelta di introdurre una fattispecie autonoma e sussidiaria come l'art. 270-*quinquies*.3 c.p., che tipizza espressamente il "procurarsi" o "detenere" materiale, appare paradossalmente come una garanzia per il principio di legalità. Un pieno adeguamento alla Direttiva – che, come visto, equipara il *self-study* al *receiving training* – imponeva di evitare che tale equiparazione avvenisse per via giurisprudenziale. Il rischio concreto, nel caso in cui il legislatore non fosse intervenuto, sarebbe stato che la magistratura, spinta dall'esigenza di contrastare il terrorismo "fai-da-te", finisse per dilatare in via interpretativa l'art. 270-*quinquies*, punendo come "addestrato" o "auto-addestrato" anche chi si fosse limitato a leggere istruzioni, operazione inibita sul piano logico-semantico. La nuova norma, dunque, conferma la tendenza alla massima anticipazione della tutela tipica del "diritto penale del nemico"; ma, aspetto cruciale, rende evidente come in questo caso la pro-

[13] R. Wenin, *Una riflessione comparata sulle norme in materia di addestramento per finalità di terrorismo*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 4/2016, 119-120.

[14] Sul tema dei limiti interpretativi della fattispecie di addestramento e sulla necessità di evitare interpretazioni analogiche sfavorevoli al reo, si veda Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 13087, in cui la Corte, pur riconoscendo la rilevanza dell'auto-addestramento, ha ribadito la necessità di riscontri fattuali esterni alla mera acquisizione di materiale teorico. In dottrina, cfr. Amarelli, *Le nuove fattispecie di addestramento ad attività con finalità di terrorismo*, in *Dir. pen. contemp.*, 2015.

[15] La clausola dei "comportamenti univocamente finalizzati" è stata introdotta dal D.L. 18 febbraio 2015, n. 7 (conv. in L. 17 aprile 2015, n. 43) proprio al fine di rispettare il principio di offensività, evitando di punire la mera risoluzione criminosa o lo studio teorico privo di sbocchi operativi. Sul punto v. Sottani, *Il contrasto al terrorismo internazionale tra diritto penale del nemico e garanzie costituzionali*, in *Cassazione penale*, 2016, 1340.

pensione nazionale alla neutralizzazione preventiva della pericolosità non sia isolata, bensì derivata da un'evidente e analoga tendenza in questo senso a livello europeo.

1.2. La struttura oggettiva: detenzione statica e indeterminatezza del concetto di "materiale".

Sotto il profilo strutturale, la neo introdotta fattispecie di cui all'art. 270-*quinquies*.3 c.p. si presenta come un reato a forma libera, sussidiario e di pericolo presunto[16]. La clausola di riserva posta in apertura («*Fuori dei casi di cui agli articoli 270-bis e 270-quinquies*») chiarisce immediatamente la funzione di tutela accessoria della norma: essa mira a colpire quelle zone d'ombra che sfuggono sia alla partecipazione associativa, sia, come visto, alle condotte di addestramento o auto-addestramento.

Il fulcro della tipicità risiede nelle condotte alternative del «procurarsi» o del «detenere». Mentre il primo termine evoca un'attività dinamica volta a ottenere la disponibilità o la fruibilità del materiale illecito, il secondo fa emergere una situazione statica di conservazione della disponibilità. Con riferimento al materiale, poi, è irrilevante, ai fini della punibilità, che il supporto sia analogico (es. un manoscritto o un testo stampato) o digitale (es. file video, audio, pdf), così come non rileva se l'accesso ai contenuti sia libero o protetto da sistemi di sicurezza[17]. La portata applicativa della norma appare talmente vasta da sanzionare non soltanto l'utilizzatore finale (il potenziale terrorista che studia per compiere l'atto), ma anche chiunque si trovi, anche momentaneamente, nella disponibilità del materiale, fungendo da custode o da mero vettore per conto terzi. È evidente allora, come si analizzerà nel proseguo, che la norma si inserisca quale nuovo tassello del sistema incentrato sulla progressione di tutela voluto dal legislatore[18], realizzando una significativa anticipazione della tutela nel confronto con il delitto di addestramento attivo (art. 270-*quinquies* c.p.): mentre quest'ultimo richiede un'effettiva trasmissione di competenze, la nuova fattispecie incrimina la detenzione del bagaglio conoscitivo in un momento antecedente alla sua divulgazione. In tal modo, si giunge a sanzionare il potenziale addestratore per il semplice possesso delle "risorse didattiche", a prescindere dall'instaurazione di un effettivo contatto con i discenti.

L'oggetto materiale della condotta ruota attorno al «*materiale contenente istruzioni*» che il soggetto deve consapevolmente procurarsi o detenere.

---

16 S. Lonati-C.M. D'Eril, *Il decreto-legge sicurezza (n. 48/2025): autoritratto involontario di una politica di oppressione*, in *Sistema Penale*, 11 giugno 2025.

17 C. Leotta, *Art. 270-quinquies.3 c. p. – Detenzione di materiale con finalità di terrorismo*, in M. Ronco-B. Romano (a cura di), *Codice penale commentato online*, in *One Legale*.

18 R. Bartoli, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3/2017.

Il legislatore ha definito questo concetto tramite un rinvio tecnico a diverse categorie:

- congegni bellici micidiali: il richiamo all'art. 1, primo comma, della L. 110/1975 permette di includere le armi da guerra, le bombe di qualsiasi tipo, gli aggressivi chimici o biologici e le bottiglie o involucri esplosivi o incendiari[19] (quali le cd. *molotov*, equiparate dalla giurisprudenza alle armi da guerra[20]);
- armi da fuoco e "altre armi": questa formula fa sì che la norma possa spaziare dalle armi da sparo portatili (come definite dal D.lgs. 204/2010) fino alla categoria residuale delle "altre armi" *ex* art. 585 c.p. commi 2 e 3, comprendendo sia le armi proprie (pugnali) sia quelle improprie (strumenti atti ad offendere di cui è vietato il porto)[21], nonché le materie esplodenti;
- sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose: il riferimento copre i vettori di rischio non convenzionale, idonei a colpire l'uomo, l'ambiente o l'ecosistema.

A chiusura dell'elenco, la norma pone una clausola onnicomprensiva che estende la punibilità alle istruzioni su «*ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali*». Il concetto di sabotaggio, pur non definito espressamente, va inteso come l'attività diretta a distruggere o rendere inservibili beni strumentali all'erogazione di servizi essenziali (trasporti, energia, telecomunicazioni), indipendentemente dalla natura pubblica o privata dell'ente gestore[22].

Specialmente con riferimento a quest'ultima clausola, l'evidente estrema latitudine della formula legislativa adottata solleva delicate questioni di compatibilità con il principio di determinatezza. Il legislatore, nell'intento di coprire ogni possibile lacuna, ha costruito una fattispecie in cui il concetto di «*materiale contenente istruzioni*» rischia di perdere i propri contorni definitori. In assenza di una rigida perimetrazione tecnica, ricadono potenzialmente nell'ambito della tipicità non solo i manuali operativi clandestini, ma

[19] La norma, in particolare, ricomprende un'elencazione ampia di armi da guerra valida agli effetti delle leggi penali, di quelle di pubblica sicurezza e delle altre disposizioni legislative o regolamentari in materia, tra cui: «*armi di ogni specie che, per la loro spiccata potenzialità di offesa, sono o possono essere destinate al moderno armamento delle truppe nazionali o estere per l'impiego bellico, nonché le bombe di qualsiasi tipo o parti di esse, gli aggressivi chimici biologici, radioattivi, i congegni bellici micidiali di qualunque natura, le bottiglie o gli involucri esplosivi o incendiari*».

[20] Cfr. Cass. pen., Sez. I, 12 maggio 2021, n. 34853.

[21] Per la distinzione tra armi proprie e armi improprie cfr. Civello, *Armi, esplosivi e munizioni nel diritto penale*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, II agg., 2013, il quale afferma che «*le prime sono naturalmente destinate all'offesa alla persona (ad esempio, una pistola o un pugnale) ed in ciò consiste il nucleo concettuale della nozione di "arma" in senso stretto; le seconde sono costituite da quegli oggetti che, pur non essendo naturalmente destinati all'offesa alla persona, sono "atti ad offendere" e ne è vietato ex lege il porto in modo assoluto (si pensi ad una mazza ferrata), ovvero in assenza di giustificato motivo (si pensi ad un coltello da cucina o ad un martello)*».

[22] C. Leotta, *Art. 270-quinquies.3 c. p. – Detenzione di materiale con finalità di terrorismo*, cit.

anche documenti a contenuto meramente informativo, scientifico o descrittivo reperibili facilmente da chiunque. Si pensi, a titolo esemplificativo, a testi universitari di chimica, manuali di ingegneria o semplici *tutorial* tecnici diffusi nel *web*: in questi casi, l'oggetto materiale è in sé neutro.

La conseguenza di tale tecnica di redazione normativa è lo scivolamento del baricentro della punibilità: non è più la natura intrinsecamente pericolosa o illecita della *res* a fondare il disvalore penale (come accade, ad esempio, per le armi da guerra), bensì esclusivamente la proiezione finalistica dell'agente. Ciò comporta che lo stesso manuale di chimica, lecito sulla scrivania di uno studente, diviene "materiale terroristico" nelle mani di un soggetto sospettato di radicalizzazione, affidando così al giudice il difficile compito di distinguere il reato dal lecito esercizio del diritto all'informazione, basandosi quasi interamente sull'elemento soggettivo.

2. L'anticipazione della soglia punitiva: il superamento dei "comportamenti univoci".

La collocazione sistematica della nuova fattispecie e la già analizzata clausola di riserva espressa, ne svelano immediatamente la natura sussidiaria e di chiusura. L'intento del legislatore è manifesto (e dichiarato): intercettare quelle condotte che, pur orbitando nell'area della contiguità ideologica o materiale al terrorismo, non raggiungono la soglia di tipicità richiesta per i più gravi delitti di associazione (art. 270-*bis* c.p.) o di addestramento (art. 270-*quinquies* c.p.), riconducendo a punibilità penale le dinamiche del terrorismo contemporaneo, caratterizzato prevalentemente dalla figura dei cd. *lupi solitari*. Si tratta, come noto, di soggetti che agiscono al di fuori di organizzazioni strutturate, spesso insospettabili, la cui radicalizzazione avviene in modo silenzioso[23]. Emblematico, in tal senso, appare il caso di cronaca del dicembre 2024, riguardante l'attentato ai mercatini di Natale di Magdeburgo perpetrato da un cittadino saudita, professionista e attivista per i diritti civili, apparentemente distante dall'islamismo radicale ma di cui aveva appreso autonomamente metodi e liturgie operative. È proprio l'imprevedibilità di simili profili, capaci di passare dalla dimensione concettuale a quella reale in tempi brevissimi, ad aver spinto il legislatore a colpire il *know-how* in sé, prima ancora che esso si traduca in azione[24].

Tuttavia, se è vero che l'iniziativa di attivisti isolati necessita di un'attività di prevenzione, non potendo ritenersi sufficiente la mera punizione a posteriori di fatti connotati da un tale livello di gravità, c'è da chiedersi se l'inserimento di un ulteriore tassello anticipatorio all'interno del già sviluppato

[23] L. Vidino-F. Marone-E. Entenmann, *Jihadista della porta accanto: radicalizzazione e attacchi jihadisti in Occidente*, Milano, 2017, 71 ss.

[24] C. Leotta, *Convertito il DL Sicurezza: il nuovo delitto di detenzione di materiale con finalità di terrorismo*, in *https://www.altalex.com/documents/2025/06/10/convertito-dl-sicurezza-delitto-detenzione-materiale-finalita-terrorismo*, 10 giugno 2025.

sistema incentrato sulla progressione di tutela[25] sia effettivamente coerente con il dettame costituzionale o si inserisca, invece, in una logica di "punizione del nemico".

In particolare, è proprio nel confronto strutturale con la fattispecie di auto-addestramento che emerge la reale portata – e la criticità dogmatica – dell'intervento normativo. L'art. 270-*quinquies* c.p. (come riformato nel 2015) punisce infatti colui che acquisisce autonomamente istruzioni solo a condizione che, successivamente, attui comportamenti univocamente finalizzati alla commissione delle condotte di cui all'articolo 270-*sexies* c.p. Tale clausola, di evidente matrice garantista, come già menzionato ha la funzione di ancorare la punibilità al principio di offensività: non si punisce il sapere (*know-how*), ma l'inizio dell'agire[26]. Il nuovo art. 270-*quinquies*.3 c.p., al contrario, rompe drasticamente questo argine. La norma incrimina il mero «procurarsi» o «detenere» materiale, senza richiedere alcun comportamento esecutivo ulteriore. Viene così meno il requisito dell'univocità degli atti: per integrare il reato non è necessario che il soggetto abbia acquistato precursori chimici, effettuato sopralluoghi o pianificato un attentato. È sufficiente la disponibilità statica delle istruzioni, accompagnata dalla finalità di terrorismo.

Questa operazione di "chirurgia normativa" realizza una regressione della soglia di punibilità senza precedenti nel sistema antiterrorismo[27]. Come candidamente ammesso nella Relazione illustrativa, la norma nasce per colmare un vuoto di tutela "processuale", permettendo di condannare soggetti che, pur ritenuti pericolosi, venivano precedentemente assolti per l'impossibilità di provare l'associazione o l'inizio dell'attività addestrativa concreta. La condotta di detenzione diviene così penalmente rilevante non solo per l'utilizzatore finale, ma anche per chi funge da mero anello di congiunzione nella catena di circolazione del materiale, indipendentemente dall'uso effettivo che ne verrà fatto.

È in questo ulteriore arretramento della linea di intervento penale che si manifesta plasticamente il punto di contatto con la teoria del diritto penale del nemico. L'eliminazione del filtro oggettivo dei "comportamenti univocamente finalizzati" trasforma la fattispecie in un reato di pericolo presunto, dove il baricentro del giudizio si sposta dal fatto materiale alla pericolosità soggettiva dell'autore. L'anticipazione della tutela giunge qui a presidiare non più il bene giuridico finale (che non è neanche così chiaro quale sia[28]), e

[25] R. Bartoli, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale*, cit.

[26] M. Mandalari, *L'interpretazione costituzionalmente conforme del delitto di autoaddestramento con finalità di terrorismo: nota a una recente pronuncia di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2 gennaio 2023.

[27] M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, cit.

[28] S. Lonati-C.M. D'Eril, *Il decreto-legge sicurezza (n. 48/2025): autoritratto involontario di una politica di oppressione*, cit.

nemmeno il tentativo di lesione, ma una fase prodromica alla stessa preparazione del reato. Si punisce l'individuo non per ciò che ha fatto, ma per ciò che sa e per ciò che si teme possa fare in futuro, in una logica di neutralizzazione preventiva che rischia di confondere il piano della repressione penale con quello della prevenzione di polizia[29], sacrificando sull'altare della sicurezza il principio di materialità e offensività del reato.

3. La soggettivizzazione del disvalore: la finalità di terrorismo come unico indice di tipicità.

L'analisi della componente soggettiva della norma oggetto del presente contributo richiede di soffermarsi su due elementi distinti ma interconnessi: l'uso dell'avverbio «*consapevolmente*» per descrivere le condotte di procurarsi o detenere e la previsione del dolo specifico della finalità di terrorismo. Quanto al primo profilo, sebbene parte della dottrina ritenga tale formula pleonastica rispetto alla normale struttura del dolo[30], essa assume una funzione selettiva rilevante: esclude la punibilità a titolo di dolo eventuale. Per integrare il reato, dunque, non basta che il soggetto accetti il rischio che il materiale detenuto contenga istruzioni illecite; è necessario che egli abbia piena contezza di acquisire o conservare la disponibilità di materiale contenente le istruzioni vietate, anche qualora non ne comprenda i dettagli tecnici (si pensi a istruzioni complesse o in lingua straniera).

Tuttavia, il vero baricentro della incriminazione è rappresentato dal dolo specifico della finalità di terrorismo. L'analizzato arretramento della rilevanza penale a uno stadio pre-esecutivo trova infatti la sua unica legittimazione proprio in questa proiezione finalistica, definita normativamente dall'art. 270-*sexies* c.p.[31]. Sul punto, si fronteggiano due letture contrapposte circa la tenuta della norma rispetto ai principi di materialità e offensività.

---

[29] Si veda, a tal riguardo: R. Cornelli, *Il Ddl Sicurezza alla prova della ricerca criminologica: prime annotazioni critiche*, in *Sistema Penale*, 27 Maggio 2024, il quale fa notare come l'introduzione di nuove fattispecie come l'art. 270-*quinquies*.3 c.p. anticipano pericolosamente la rilevanza penale verso la "soglia del sospetto": il diritto penale abdica alla sua funzione di accertamento di fatti lesivi per trasformarsi in uno strumento di prevenzione di polizia, intervenendo su soggetti ritenuti pericolosi prima ancora che il rischio si trasformi in un pericolo concreto per il bene giuridico.

[30] In proposito si veda: M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, cit., il quale, nell'ambito dell'analisi del provvedimento quando si trovava ancora nella fase di disegno di legge, suggeriva di espungere l'avverbio in questione in quanto "ridondante".

[31] La formulazione adottata con l'art. 270-*sexies* c.p., nonostante sia formalmente incentrata sulle condotte, definisce in effetti una finalità, delineando, per i reati introdotti al fine di contrastare il fenomeno terroristico, un sistema caratterizzato da una doppia tipizzazione, con l'art. 270-*sexies* c.p. che fornisce una definizione generale della finalità di terrorismo, mentre le singole fattispecie hanno il compito di descrivere il fatto tipico. L'intento del legislatore è stato quello di attribuire particolare rilevanza all'elemento psicologico del reato, attuando «*un ricorso sistematico alla "soggettivizzazione" massima delle fattispecie normative*». In proposito si veda: L. Picotti, *Terrorismo e sistema penale: realtà, prospettive, limiti – Relazione di sintesi*, in *Dir. Pen. Cont.*, 1, 2017, 255.

Secondo un orientamento "oggettivizzante", che fa leva sulla giurisprudenza di legittimità formatasi sugli artt. 270-*bis* e 270-*sexies* c.p., la previsione della finalità di terrorismo esplicherebbe effetti anche sul piano della tipicità oggettiva, trasformando la fattispecie in un reato di pericolo concreto[32]. Infatti, in questa prospettiva la Corte di Cassazione ha più volte ribadito che «*il finalismo terroristico non è un fenomeno esclusivamente psicologico, ma deve materializzarsi in un'azione seriamente capace di realizzare i fini tipici*»[33]. Anche più recentemente, i giudici di legittimità hanno statuito che «*per ritenere integrata la finalità di terrorismo [...] non è sufficiente che il soggetto agente abbia intenzione di recare un grave danno al Paese, ma è necessario che la sua condotta crei la possibilità concreta, per la natura e per il contesto obiettivo dell'azione e degli strumenti di aggressione in concreto utilizzati, che esso si verifichi*»[34]. Seguendo questa impostazione ermeneutica, il giudice dovrebbe accertare l'idoneità lesiva della detenzione attraverso una prognosi postuma e tenendo conto di ogni elemento oggettivo utile, che sia cronologicamente anteriore, concomitante o posteriore alla condotta, salvando così la norma dalla censura di punire la mera intenzione.

Tuttavia, tale lettura ottimistica si scontra con la realtà strutturale del nuovo art. 270-*quinquies*.3 c.p. Come autorevolmente osservato in dottrina[35], la forte retrocessione della punibilità rischia di dare rilevanza a tipologie di autore, piuttosto che a fatti offensivi. A differenza dell'auto-addestramento, come si è visto, nella nuova fattispecie manca un *quid* fattuale su cui incardinare il giudizio di idoneità oggettiva. Se il fatto materiale è neutro, l'accertamento della "possibilità concreta" del danno finisce per dipendere intera-

[32] C. Leotta, *Art. 270-quinquies.3 c. p. – Detenzione di materiale con finalità di terrorismo*, cit.

[33] Cass., sez. VI, 15 maggio 2014 (dep. 27 giugno 2014), n. 28009, disponibile in S. Zirulia, *No Tav: la Cassazione fissa i parametri interpretativi in merito alle condotte di attentato ed alla finalità di terrorismo*, in *Dir. Pen. Cont.*, 30 giugno 2014, in cui l'autore evidenzia, peraltro, che la pronuncia è «*un approdo in linea con l'autorevole orientamento dottrinale che considera quale requisito indefettibile di tutti i reati a dolo specifico l'idoneità della condotta a realizzare il fine perseguito. Peraltro, la stessa motivazione sottolinea in maniera assorbente come, rispetto alla specifica finalità cristallizzata nell'art. 270-sexies c.p., sussistano autonomi indicatori di ordine testuale e sistematico che militano inequivocabilmente a favore di una sua interpretazione in chiave oggettivistica. Più precisamente, la pronuncia osserva che "l'art. 270-sexies presenta una struttura complessa, nella quale, pur essendo la norma stessa dedicata alla descrizione di una finalità, sono certamente compresi elementi di carattere obiettivo, quali misuratori della specifica offensività dei fatti contemplati, e quali garanzie di un ordinamento che, per necessità costituzionale, deve rimanere distante dai modelli del diritto penale dell'intenzione e del tipo di autore*"».

[34] Cass. pen., Sez. II, 29 novembre 2022, n. 14885.

[35] M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, cit., il quale, in questo senso, prospetta addirittura la possibilità di una pronuncia della Corte costituzionale volta a mettere a freno la «*tendenza delle fonti dell'Unione europea ad ampliare e a far retrocedere il controllo penale in funzione di prevenzione del terrorismo*» mettendo al vaglio le norme attuative di tali fonti «*in relazione al rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, in quanto l'attuazione delle norme di fonte eurounitaria deve comunque tradursi in norme rispettose dell'impianto dei principi fondamentali a cui si ispira il nostro sistema costituzionale*».

mente dalla valutazione della personalità dell'agente. Non a caso, lo stesso legislatore europeo (Considerando n. 11 Dir. 2017/541) suggerisce di dedurre l'intenzione «*dal tipo di materiale consultato e dalla frequenza della consultazione*», introducendo criteri probatori scivolosi che rischiano di criminalizzare la curiosità intellettuale o la ricerca accademica se attuate da soggetti sospetti o considerati socialmente pericolosi.

In definitiva, sebbene l'interpretazione costituzionalmente orientata della Cassazione abbia da sempre tentato di ricondurre la norma entro i binari dell'oggettivismo penale, la struttura stessa del reato – incentrata totalmente sulla finalità perseguita – pone una tensione irrisolta con i principi di materialità e di offensività. Il disvalore del fatto rischia di rimanere ancorato alla sola intenzione, realizzando quella deriva verso il diritto penale del nemico che punisce l'autore per la sua appartenenza ideologica o per la sua pericolosità presunta, più che per l'effettiva lesività della sua condotta.

4. I paradossi del trattamento sanzionatorio: sproporzioni ed esigenze investigative.

Il delitto di detenzione di materiale con finalità di terrorismo è punito con la reclusione da due a sei anni. A una prima lettura superficiale, tale cornice edittale potrebbe apparire coerente con la natura sussidiaria della fattispecie: la pena è inferiore, sia nel minimo che nel massimo, a quella prevista per i più gravi delitti di partecipazione all'associazione (art. 270-*bis*, comma 2, c.p.) e di addestramento (art. 270-*quinquies* c.p.), entrambi sanzionati con la reclusione da cinque a dieci anni, e sembrerebbe di conseguenza rispettato il principio di proporzionalità rispetto alla gravità del fatto.

Tuttavia, analizzando la *ratio* della scelta sanzionatoria, emerge come la fissazione del massimo edittale a sei anni risponda a precise esigenze investigative più che a criteri di disvalore sostanziale. Come evidenziato in dottrina[36], tale soglia appare calibrata per garantire l'ammissibilità delle intercettazioni telefoniche e ambientali. L'art. 266, comma 1, lett. a), c.p.p., infatti, consente il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova solo per i delitti non colposi puniti con l'ergastolo o con la reclusione superiore nel massimo a cinque anni. Se il legislatore si fosse attestato su una pena massima di cinque anni, le intercettazioni sarebbero state precluse, non potendosi applicare la deroga prevista dalla lettera d) del medesimo articolo per i «*delitti concernenti le armi e le sostanze esplosive*», dato che il nuovo art. 270-*quinquies*.3 abbraccia anche istruzioni su sostanze chimiche, batteriologiche o su metodi di sabotaggio, estranei alla nozione tecnica di arma. La pena, dunque, è stata "gonfiata" funzionalmente per attivare i citati poteri di indagine, confermando la tendenza ad un utilizzo della normativa penalistica quale strumento di polizia preventiva.

[36] C. Leotta, *Art. 270-quinquies.3 c. p. – Detenzione di materiale con finalità di terrorismo*, cit.

È proprio sul piano della coerenza sistemica, però, che la scelta sanzionatoria presta il fianco alle censure più severe. Si è infatti in presenza di una manifesta sproporzione per eccesso: il massimo della pena previsto per la mera detenzione di materiale (sei anni) risulta irragionevolmente superiore al minimo edittale (cinque anni) stabilito per reati di indubbia maggiore gravità, quali la partecipazione all'associazione terroristica o l'addestramento effettivo[37]. Si realizza così un paradosso sanzionatorio: il "lupo solitario" che detiene un manuale nel proprio computer rischia, in astratto, una condanna più severa rispetto ad un soggetto organicamente inserito (come partecipe) in un'organizzazione terroristica operativa.

È facile notare, in definitiva, come ancora una volta il Legislatore, nonostante abbia previsto un sistema apparentemente strutturato sulla progressione di tutela tra le varie fattispecie, non sia stato in grado di adeguare il trattamento sanzionatorio ai vari stadi individuati dalle disposizioni anticipatorie. La conseguenza è la possibilità di applicare anche a condotte che non hanno evidentemente la stessa portata offensiva – intesa in termini di messa in pericolo del bene tutelato – pene particolarmente afflittive, nella sostanza identiche a quelle applicabili nel caso di partecipazione all'associazione terroristica che, invero, dovrebbe rappresentare l'ultimo stadio nella progressione criminosa. Tale trattamento sanzionatorio evoca, evidentemente, la *teoria del diritto penale del nemico*: la logica che muove la mano del legislatore sembrerebbe non essere quella della retribuzione proporzionata al fatto commesso, bensì quella della neutralizzazione del soggetto pericoloso. La pena perde così la sua funzione rieducativa costituzionale per divenire mero strumento di messa in sicurezza della società, sacrificando il principio di proporzionalità sull'altare della prevenzione.

Conclusioni. Il consolidamento del "doppio binario".

L'analisi del nuovo art. 270-*quinquies*.3 c.p. conferma come l'evoluzione della legislazione antiterrorismo italiana stia ormai consolidando un vero e proprio "*doppio binario*": un sistema in cui i principi di garanzia del diritto penale classico cedono il passo a logiche di neutralizzazione della pericolosità soggettiva[38].

Come si è visto, il legislatore – spinto dall'urgenza di "tappare i buchi" investigativi e di rispondere a input sovranazionali – ha confezionato una fattispecie che scardina la tradizionale progressione criminosa. Punendo la mera detenzione statica di materiale, a prescindere da qualsiasi atto esecutivo o univoco, e ancorando il disvalore quasi interamente a un elemento soggettivo di difficile accertamento, si è realizzata quella "soggettivizzazione" del

[37] M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, cit.

[38] F. Zumpani, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2011, 531.

diritto penale sostenuta da Jakobs per il trattamento dei nemici dell'ordinamento[39].

A ciò si aggiunge il profilo critico della determinatezza, che attraversa l'intera novella. L'uso della decretazione d'urgenza – strumento strutturalmente poco incline alla riflessione sistematica – ha partorito un testo normativo caratterizzato da genericità e imprecisione, in evidente attrito con l'art. 25 della Costituzione. La vaghezza delle definizioni finisce per delegare al giudice un potere improprio: non più quello di applicare la legge, ma di definire il confine tra il lecito (il diritto allo studio e all'informazione) e l'illecito (il terrorismo). In questo contesto, la discrezionalità dell'interprete diviene l'unico argine per gestire la "zona grigia" della preparazione.

Il quadro che ne deriva è quello di un diritto penale che rinuncia alla sua funzione di accertamento del fatto per divenire strumento di gestione del rischio, in un'ottica di "ossessione securitaria" che sembra aver pervaso il legislatore contemporaneo[40]. Il combinato disposto tra l'anticipazione della tutela, la sproporzione sanzionatoria e l'indeterminatezza della condotta, trasforma il cittadino "sospetto" in un soggetto sostanzialmente sottratto alle garanzie ordinarie ed esposto a un intervento punitivo che scatta molto prima che il pericolo si faccia concreto. Se è vero che il terrorismo moderno, fluido e imprevedibile, richiede risposte rapide, è altrettanto vero che la risposta dello Stato di diritto non può consistere nell'abdicazione ai suoi principi fondanti. Il rischio, altrimenti, è che la lotta al "nemico" finisca per giustificare la creazione di un ordinamento in cui la libertà è l'eccezione e il sospetto la regola.

[39] In questo senso: E. Stanig, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. Pittaro (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, 2012, 46, in cui l'autrice sottolinea come il diritto penale del nemico e il diritto penale d'autore siano «*formule equivalenti che evocano il fatto che ciò che è punibile non è più il reato ma il reo e, nello specifico, per quello che è non per quello che fa*», ma anche G. Fiandaca, *Aspetti Problematici Del Rapporto Tra Diritto Penale e Democrazia*, in *Il Foro Italiano*, vol. 134, no. 1, 2011, 7-9. JSTOR, *http://www.jstor.org/stable/23204414*. Mentre, in senso contrario, si veda: A. Pagliaro, *"Diritto penale del nemico": una costruzione illogica e pericolosa*, in *Cass. pen.*, fasc. 6, 2010, 2460B, il quale afferma che, in realtà, «*se si guarda alle note del diritto penale del nemico, non vi si scorge un vero orientamento verso il diritto penale d'autore. Se seguiamo la elencazione critica di un grande giurista, di sicura fede democratica, ci accorgiamo che le note essenziali del diritto penale del nemico sono piuttosto: irrogazione della pena di morte senza possibilità di rimedio, impugnazione o riesame; detenzione del prigioniero a tempo indeterminato; [...]. Non si tratta, dunque, di un diritto penale di autore, ossia di un diritto nel quale il soggetto risponde non di un fatto commesso, ma perché ricopre una certa qualità*».

[40] Cfr. V. Manes, *L'ossessione securitaria*, in *Diritto di Difesa*, 24 marzo 2025.

PER IL SUPERAMENTO DEI CONCETTI DI "ORDINE PUBBLICO" E "SICUREZZA" IN DIRITTO PENALE

Antonio Cavaliere*

1. L'"ordine pubblico" e la "sicurezza" – all'interno come all'esterno di un determinato ordinamento giuridico – costituiscono oggetti di un'aspirazione generale di ogni collettività, enunciata nelle elaborazioni teoriche di illustri giuristi e filosofi del diritto, in particolare penale. L'obiettivo del contratto sociale, sin dalle teorie giusrazionaliste laiche del Seicento, viene visto infatti nel superamento del *bellum omnium contra omnes* attraverso un sistema di regole che garantisca la tutela dei bisogni, dei beni essenziali dei consociati, elevandoli a diritti: invero, quando si afferma che l'ordinamento giuridico deve garantire l'ordine e/o la sicurezza, si intende dire che l'ordinamento deve assicurare, attraverso la predisposizione di un complesso di regole, a tutti e ciascuno degli individui che partecipano ad una *societas* la tutela di quelli che, in diritto penale, definiamo beni giuridici. Ordine pubblico e sicurezza sono, dunque, concetti di sintesi, riferibili all'insieme degli oggetti di tutela costituiti dai beni dei consociati.

Tuttavia, va ricordato che le teorie del contratto sociale non costituiscono un monolite, ma assumono connotati diversi, anzitutto in quanto al rapporto che instaurano tra individui ed autorità. Ad esempio, com'è noto, specialmente nella prospettiva di Hobbes al patto tra i consociati si affianca un *pactum subjecionis*, un accordo con cui i singoli contraenti si assoggettano al sovrano, cedendogli tutti i propri 'diritti' e degradando a sudditi, in cambio della promessa di essere protetti dall'autorità[1]. Qui la "sicurezza" e lo stesso "ordine pubblico" subiscono una torsione autoritaria: la tutela dell'ordine costituito e delle istituzioni titolari della sovranità assurge al rango di interesse fondamentale, e il rapporto tra individui ed autorità si connota in termini di primato assoluto ed incondizionato di quest'ultima. Non sono le istituzioni a servire alla tutela dei consociati, ma sono i consociati a dover servire le istituzioni: il dovere primario dei sudditi è l'obbedienza al Leviatano. Si tratta di un contrattualismo illiberale, al cui interno si perpetua la centralità e la pervasività del *crimen laesae majestatis*.

Nella diversa prospettiva del contrattualismo 'liberale' elaborato da Autori come Locke[2] e, in seguito, Beccaria, con il patto sociale non si cedono tutte le libertà individuali al sovrano, ma ciascuno dei consociati cede soltanto una parte minima di esse:

* Ordinario di Diritto penale presso l'Università Federico II di Napoli.

1 Th. Hobbes, *Leviatano* (1651), a cura di R. Santi, Milano, 2001, Parte II, Cap. XVII, § 13 ss.; Cap. XVIII; Cap. XXI, § 5 ss.

2 J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, in *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, 3ª ed., Torino, 1982, spec. capp. VIII, IX, XI, 297 ss.

quella cui sia necessario rinunciare in vista della tutela dei beni degli altri consociati. Il potere sovrano non è più ritenuto assoluto, illimitato; le istituzioni si legittimano in quanto tutelino gli interessi di tutti i consociati – “la massima felicità divisa per il maggior numero” –, il cui dovere primario diviene quello di non aggredire i beni altrui. Reato è una condotta che offende tali beni e non la mera disobbedienza all’Autorità; e la misura della gravità del reato è la sua dannosità sociale. Non a caso, Beccaria critica l’espansione incontrollata del *crimenlese* e la proliferazione dei *mala quia prohibita*[3].

Storicamente, vi sono state, dunque, diverse declinazioni delle idee di ordine pubblico e di sicurezza[4], variamente oscillanti tra due poli: uno, di stampo autoritario, che subordina i beni e le libertà individuali all’interesse del sovrano e/o ad un concetto onnicomprensivo e sovrastante di ‘ordine’, in rapporto al quale quei beni e libertà dovrebbero cedere; ed un altro, di carattere ‘liberale’ che vede, invece, nell’ordine pubblico e nella sicurezza dei concetti di sintesi dell’insieme delle libertà e dei beni di tutti i consociati, che un ordinamento giuridico deve servire a tutelare.

Il concetto di sintesi di ordine pubblico – e/o di sicurezza – esprime una sorta di *super-ratio* onnicomprensiva dell’intero ordinamento[5], che, però, non può essere intesa come contrapposta ai singoli beni e libertà fondamentali; sia perché in tal modo l’ordine pubblico e/o la sicurezza finirebbero per schiacciare quei beni e libertà sotto il primato dell’interesse generale/statuale, secondo lo schema illiberale descritto poc’anzi, sia perché quei beni e libertà fondamentali costituiscono proprio gli elementi coessenziali all’ordine pubblico e alla sicurezza. Ciò viene affermato chiaramente, nel nostro ordinamento, in rapporto all’ordine pubblico costituzionale, concetto che, com’è noto, non può essere impiegato quale limite inespresso alle libertà sancite dalla Legge fondamentale, anche perché proprio quelle libertà sono la quintessenza dello stesso ordine costituzionale[6].

Nell’ordinamento italiano, ordine pubblico e sicurezza vanno dunque intesi concetti di sintesi: essi non costituiscono un bene giuridico a sé stante, ma esprimono la necessaria garanzia, mediante complessi di regole, dei beni giuridici di tutti i consociati.

2. L’inidoneità dei concetti di ordine pubblico e sicurezza a costituire beni giuridici oggetto di tutela penale, in un ordinamento costituzionale come quello italiano, si ricava pure dalla riflessione sulla pena in tale assetto istituzionale.

Secondo la nota definizione di von Liszt, la pena è una spada a doppio taglio: essa mira a tutelare beni giuridici ledendo, a sua volta, beni giuridici fondamentali del reo, quali la dignità – offesa dallo stigma di criminale – e la libertà personale, che viene

[3] *Dei delitti e delle pene* (5ª ed., 1766), §§ VI (Proporzione fra i delitti e le pene), VIII (Divisione dei delitti).

[4] Per un’ampia ed approfondita indagine storica, v. per tutti la monografia dell’illustre, compianto amico F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell’illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli, 2020, 92 ss.

[5] S. Moccia, *Ordine pubblico (disposizioni a tutela dell’)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1990, 3-4.

[6] Cfr. spec. C. Fiore, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980,1095; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, I, 6ª ed., Bologna, 2021, 494-495; S. Moccia, *Ordine pubblico*, cit., 3 ss.

sempre in gioco, almeno indirettamente, in materia penale. Un sostanziale carattere di pena, nel senso dell'estrema invasività della sanzione, possono averlo anche misure formalmente non definite quali pene, ma che comunque incidano sulla libertà personale o su altri beni e libertà fondamentali della persona: è il caso delle misure di sicurezza, definite "amministrative" dal codice Rocco, e delle misure di prevenzione *ante* o *praeter delictum*, da lungo tempo ritenute sostanzialmente penali da ampia parte della dottrina[7].

Ebbene, una sanzione formalmente o sostanzialmente penale, data la sua invasività per l'individuo che la subisce, può venire in considerazione – se si tiene nel debito conto il primato dei beni della persona nella nostra Costituzione ed il dato per cui la pena offende tali beni – solo quale reazione a fatti offensivi di beni di altre persone, di rango costituzionale proporzionato, ossia comparabile ai beni offesi dalla pena. La teorizzazione, ad opera di Franco Bricola, dell'offensività quale principio costituzionale[8] rimane attuale[9] ed è intimamente connessa al principio di *extrema ratio*: data l'invasività della pena, essa dev'essere impiegata solo quando sia non solo utile e proporzionata, ma assolutamente necessaria per tutelare beni giuridici fondamentali, di rilevanza costituzionale, di una o più persone. Conformemente a tali principi, l'offensività di un fatto costituisce una condizione necessaria, ma non sufficiente a legittimare una tutela penale: l'offesa al bene giuridico ha una funzione di "legittimazione negativa"[10] e la legittimità di un intervento penale viene meno se quest'ultimo, anche a fronte della lesione di un bene fondamentale, non è utile – principio di effettività[11] – o non è necessario, risultando sufficienti rimedi extrapenali, oppure se si tratta di un'offesa che non sia "personale", altra condizione notoriamente imprescindibile ai fini della responsabilità penale, come è sancito dall'art. 27 co. 1 Cost. italiana[12].

Ma si tratta pur sempre di una condizione necessaria. Dunque, vi è un principio, di rango costituzionale, secondo cui non può esservi reato senza offesa ad un bene giuridico[13]. Non possono punirsi né meri atteggiamenti e finalità interiori, né mere ma-

---

7 In argomento, sia consentito rinviare al nostro *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen.* (web), fasc. 2/2023, con ulteriori riferimenti bibliografici.

8 F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, Torino, 1973, 15 ss., 82-83.

9 Per una contestazione delle ricorrenti obiezioni rivolte a tale teoria, sia consentito rinviare al nostro *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in Aa.Vv., *Costituzione, diritto e processo penale*, Atti del Convegno, Macerata 28-29 gennaio 1997, a cura di G. Giostra-G. Insolera, Milano, 1998, 133 ss.

10 W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt a.M., 1973, 115; nello stesso ordine di idee, cfr. F. Bricola, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, (1984), ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 192 ss.

11 Su cui cfr. per tutti C.E. Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 430 ss.

12 Sull'inesistenza di obblighi costituzionali impliciti di tutela penale, restano attuali le considerazioni di D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 484 ss.; F. Bricola, *Carattere "sussidiario" del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., 192 ss.; cfr. pure, in tempi più recenti, C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009, *passim*, spec. 102 ss.

13 Sul rango costituzionale del principio di offensività, cfr. *infra*, par. 2.2.

nifestazioni, sia pur esteriori, di pericolosità soggettiva che non diano luogo almeno ad un’oggettiva, reale messa in pericolo del bene; e neppure formali trasgressioni o disobbedienze all’autorità, se non ne deriva una tangibile offesa a beni di altri consociati.

2.1. Incidentalmente, va precisato che l’esigenza, costituzionalmente imposta, di un’offesa al bene giuridico non può essere surrogata dal mero riferimento al principio di proporzione, riferito ad uno ‘scopo legittimo’ di tutela, come è stato recentemente sostenuto. Lo ‘scopo legittimo’ di cui si parla, infatti, potrebbe essere costituito pure da una ritenuta esigenza di prevenzione/neutralizzazione della pericolosità soggettiva di un determinato tipo d’autore: e non si tratta, si badi, di un’ipotesi astrattamente teorica, bensì di ciò che si è comunemente ritenuto in riferimento alle misure di sicurezza, alle misure di prevenzione *ante* o *praeter delictum* o alle incriminazioni soggettivistiche in materia di attentato, di atti preparatori, di mero accordo, etc. Il riferimento all’offesa del bene giuridico non può essere sostituito da quello ad uno ‘scopo di tutela’: in tal modo si riproporrebbe la confusione tra bene e *ratio* di tutela, propria della concezione metodologica di bene giuridico[14].

Esempi emblematici di tale confusione, riferibili al tema dell’ordine pubblico e della ‘sicurezza’, possono essere quelli della mendicità e dell’immigrazione irregolare. Si potrebbe, infatti, sostenere che allo “scopo legittimo” di prevenire il fenomeno del diffuso accattonaggio, che comporta una sensazione diffusa di degrado, ‘disordine’ e ‘insicurezza’, sia ragionevole impiegare pure lo strumento penale; se, invece, si distingue correttamente lo scopo o la *ratio* della norma dal bene tutelato, risulta chiaro che una norma penale che sanzioni la mendicità viola il principio di offensività, perché chiedere l’elemosina non lede né pone in pericolo i beni giuridici di alcuno!

In relazione al reato di immigrazione irregolare, di cui all’art. 10-*bis* t.u. immigr., la Corte cost., nella nota sent. n. 250/2010, ha affermato che l’oggetto di tutela sarebbe rappresentato dalla “ordinata gestione dei flussi migratori”[15]: ma è evidente che si tratta di una mera *ratio* di tutela, ovvero dello “scopo legittimo” dell’intera normativa in tema di immigrazione, e che la condotta di un singolo migrante irregolare, il suo mero entrare o trattenersi nel territorio nazionale, non lede né pone in pericolo alcun bene giuridico di altri consociati. Il “controllo dei flussi”, in quanto *ratio* dell’intera normativa, non è, del resto, concretamente offendibile da una o più singole condotte migratorie illegali; a meno che non si consideri ogni e ciascuna condotta irregolare in materia di immigrazione quale mera disobbedienza all’“ordine pubblico” o alla “sicurezza” in materia di immigrazione. Solo il fenomeno migratorio irregolare nel suo complesso si potrà ritenere – alla stregua di una, peraltro gravemente distorta, visione securitaria di tale fenomeno – contrario all’ordine pubblico *sub specie* “regolarità dei flussi”, quale *super-ratio* o “scopo legittimo” dell’intera disciplina[16].

[14] In argomento cfr. per tutti F. Angioni, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 20 ss.

[15] Corte cost., sent. 5 luglio 2010, n.250, *considerato in diritto*, 6.3., in *www.cortecostituzionale.it.*

[16] In senso critico sulla compatibilità dell’art.10-*bis* t.u. immigr. con il principio di offensività, cfr. fra gli altri spec. A. Caputo, *Il reato di immigrazione clandestina*, in *Criminalia*, 2009, 395; M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immi-*

Il riferimento alla ragionevolezza in rapporto ad una *ratio* o ad uno "scopo legittimo" di tutela, in sostituzione di quello all'offesa al bene giuridico, risulta chiaramente funzionale all'espansione del potere punitivo, perché comporta la rinuncia alla funzione critica del principio di offensività.

2.2. Il principio costituzionale di offensività è dunque irrinunciabile, sia in astratto, ovvero quale limite al legislatore, che in concreto, ovvero quale criterio dell'ermeneutica giudiziale, come viene riconosciuto – almeno in linea generale – dalla dottrina pressoché unanime e dalla Corte costituzionale italiana. Tuttavia, affinché esso possa effettivamente fungere da argine nei confronti del legislatore e del giudice, occorre in primo luogo che il termine di riferimento dell'offensività, ovvero il bene giuridico, sia definito adeguatamente. Certamente, il concetto di bene giuridico rimane parzialmente 'aperto', dipendendo dall'elaborazione dottrinale – non meno, però, di altri concetti e principi giuspenalistici, come quello di "precisione" e "determinatezza" della legge penale o di "personalità della responsabilità" –; tuttavia, ciò non deve indurre ad abbandonarlo, ma, al contrario, ad affinarlo, in modo da contrastare quelle sue ricorrenti manipolazioni che hanno sovente connotato legislazione, dottrina e prassi[17].

In questa sede è possibile soltanto tratteggiare sinteticamente alcuni requisiti che, secondo larga parte della dottrina italiana, devono caratterizzare un bene giuridico penalmente tutelabile. Abbiamo già ricordato che, secondo una visione costituzionalmente orientata, deve trattarsi di un bene di rango costituzionale comparabile ai beni su cui incide la pena, principalmente dignità e libertà personale. Per la tutela di altri interessi, che ne siano meritevoli secondo l'intero ordinamento, si può ricorrere soltanto a strumenti extrapenali. Ma, anche qualora – contrariamente alla posizione qui sostenuta – si volesse ridimensionare la portata vincolante di tale indicazione, vi sono ulteriori connotati necessari di un bene giuridico penalmente tutelabile, ricavabili dalla Costituzione.

Anzitutto, un bene giuridico deve avere un substrato empirico verificabile, suscettibile di offesa; tale requisito è riconducibile al principio costituzionale di determinatezza *sub specie* verificabilità empirica, che la Corte costituzionale, nella nota sent. n. 96/1981 in materia di plagio, ha ricavato dall'art. 25 co. 2 Cost. Un bene giuridico di cui non si possa verificare, in un processo penale, che sia stato offeso o messo in pericolo dal fatto ascritto all'autore, non può costituire un legittimo oggetto di tutela penale. E ciò vale, in particolare, proprio per astrazioni concettuali quali "ordine pubblico" e

grazione, in *Quest. giust.*, 2009, 121 ss.; A. Manna, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 454-455; recentemente, v. pure F. Curi, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. Curi-F. Martelloni-A. Sbraccia-E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, 1ª ed., Torino, 2020, 132-133. Da ultimo, sia consentito rinviare pure ad A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in E. Rosi-F. Rocchi (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale*, cit., 219 ss. e in *Crit. dir.*, 1/2013, 17 ss.

[17] In tale direzione si colloca la magistrale esposizione di criteri specifici, volti a precisare che cosa non possa costituire bene giuridico, realizzata da Claus Roxin fin dalla prima edizione del Suo manuale ed ampliata spec. nella 4ª ed., cfr. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, *Bd.* I, 4. *Aufl.*, München, 2006, 16 ss.

“sicurezza”, nonché per tante altre entità inafferrabili come, ad esempio, la “personalità dello Stato” o l’“economia pubblica”.

Il bene giuridico dev’essere conforme a legalità, *sub specie* determinatezza, pure nel senso della precisione del suo significato linguistico: non sono utilizzabili beni giuridici vaghi e generici ed in particolare beni ‘ad ampio spettro’, onnicomprensivi, quali sono proprio ordine pubblico e sicurezza[18]. Come si è accennato, essi possono costituire concetti di sintesi dell’insieme dei beni giuridici che un ordinamento mira a tutelare o dell’insieme delle regole rivolte a tale tutela, ma non sono beni giuridici.

Anche quando, come sovente avviene, si fa riferimento all’ordine o alla sicurezza in un particolare settore della vita sociale e, quindi, con riguardo ad una disciplina giuridica di settore, i concetti di ordine e sicurezza vengono impiegati come mere etichette generiche, comprensive di una pluralità di interessi e beni coinvolti e di complessi di regole. Così, la sicurezza “urbana” coinvolge plurimi interessi e regole relative alla vita in città; l’ordine economico abbraccia un’analoga pluralità di interessi e regole del mercato, etc. Per altro verso, talora il riferimento alla sicurezza cela in realtà, come vedremo, altri interessi più specifici, tangibili e meritevoli di tutela penale; in tali ipotesi, il termine sicurezza risulta mistificatorio proprio perché generico. Si pensi alla “sicurezza sul lavoro” o alla “sicurezza alimentare”.

L’onnicomprensività e l’imprecisione linguistica dei concetti di ordine e sicurezza si riflettono, d’altronde, proprio sulla richiamata verificabilità empirica dell’offesa: è impossibile distinguere chiaramente il danno dal pericolo per l’ordine pubblico o la sicurezza, e lo stesso giudizio di pericolo, in quanto riferito ad un bene vago la cui lesione non è empiricamente verificabile, diviene un giudizio vago e non verificabile, ossia una valutazione rimessa all’arbitrio del giudice[19].

---

[18] Cfr. in tal senso spec. C. Roxin, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* (1966), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York, 1973, 13; G. De Vero, *Tutela dell’ordine pubblico. Itinerari ed esiti di una verifica dogmatica e politico-criminale*, Milano, 1988, 7 ss.; K. Amelung, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. Hefendehl-A. von Hirsch-W. Wohlers, Baden-Baden, 2003, 172-173: «Sicurezza è l’assenza di pericolo di minaccia, in termini politico-criminali mancanza di punibili lesioni o esposizioni a pericolo di beni giuridici. Questa sicurezza sussiste, quando le norme penalmente sanzionate vengono osservate. Pertanto [...] sicurezza è soltanto il riflesso della vigenza fattuale delle norme, un nulla che grazie a un uso linguistico reificante viene trasformato in qualcosa di esistente e con ciò stilizzato in oggetto capace di assurgere a bene giuridico»; A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia-M. Palma, Milano, 2001, 19 ss.; F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.*, 2006, 673: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po’ simile al valore dell’“obbedienza come tale” di antica memoria [...]. Non solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza [...]. L’esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell’intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali»; M. Pavarini, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in Aa.Vv., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini-M. Pavarini, Bologna, 2011, 55-56; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 8 ss.

[19] Sulla necessaria determinatezza dei termini di relazione del giudizio di pericolo – dunque, anche del bene giuridico che viene in questione – quale condizione necessaria di un attendibile

Un altro principio costituzionale da tener presente ai fini dell'individuazione dei caratteri di un bene giuridico penalmente tutelabile è quello della personalità della responsabilità penale, art. 27 co. 1 Cost.: può essere protetto penalmente soltanto un bene la cui lesione o messa in pericolo si possa, verificabilmente, ascrivere ad un individuo. Beni onnicomprensivi come l'ordine pubblico o la sicurezza non possono essere offesi o messi seriamente in pericolo da una condotta personale, e per lo più, per il gigantismo che li connota, neppure da una pluralità di condotte; salvo fenomeni di massa, come un'insurrezione di amplissimi settori della popolazione. Ma anche in ipotesi simili, ad essere messi in pericolo sono, in realtà, tangibili beni personali di una pluralità di persone: e ciò secondo livelli di gravità che vengono completamente appiattiti dal riferimento generico a sicurezza ed ordine pubblico.

All'ordine di idee sin qui illustrato si ricollega l'idea secondo cui un bene giuridico, per essere penalmente tutelabile, dev'essere personale, ossia riferibile ad una o più persone 'in carne ed ossa'. La concezione personale del bene giuridico non comporta la limitazione dei beni tutelabili a quelli individuali, ma comprende anche collettivi ed universali, ovvero riferibili a più persone o all'intera collettività: purché però vi sia tale riferibilità[20]. Anche i beni ambientali, ad esempio, possono essere tutelati secondo quell'orientamento, com'è noto, fintanto che si tratti di beni personali, propri delle collettività che vivono in un determinato territorio e che possono subire danni o pericoli empiricamente verificabili da condotte inquinanti.

Per quel che interessa direttamente il tema di cui qui si discute, la concezione personale di bene giuridico è rivolta principalmente proprio contro la creazione artificiale di *rationes*, di cosiddette "funzioni"[21], di concetti superindividuali di "ordine pubblico" variamente articolati, che si "distaccano" dal riferimento ad una o più persone e dalla verificabile offesa ad esse per trasformarsi in sinonimi di Autorità ed obbedienza al potere costituito, rovesciando l'idea fondamentale di ogni stato democratico di diritto, al cui interno le istituzioni si legittimano in quanto siano utili alle persone e non viceversa. In tal senso, risulta emblematico il finto bene giuridico della "personalità dello Stato", coniato dal legislatore fascista nel codice Rocco: esso, com'è noto, dà luogo ad un'antropomorfizzazione dello Stato tale da rendere possibile, attraverso il richiamo al suo "onore" e "prestigio", la punizione del mero dissenso in rapporto al potere costituito, specialmente nei reati di opinione, ma, come vedremo più avanti, pure in altre figure di reato. In tal modo, fatti che sono inoffensivi di beni personali – oppure già punibili, ma con sanzioni meno severe, nella misura in cui offendano beni

giudizio di pericolo, cfr. per tutti F. Angioni, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale*, 2ª ed., Milano, 1994, 291 ss.

[20] Cfr. per tutti W. Hassemer, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, in L. Philipps-H. Scholler (hrsg.), *Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1989, 90-91: «I beni giuridici 'universali' (Universalrechtgüter) hanno un fondamento solo nella misura in cui si possono dimostrare quali interessi – mediati – dell'individuo», giacché «lo Stato non è fine a se stesso, ma deve soltanto promuovere lo sviluppo e la salvaguardia delle possibilità di vita degli uomini». Sul punto, cfr. recentemente spec. E. Contieri, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019, 204 ss.

[21] Sul punto, cfr. spec. S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.

personali penalmente tutelati –, vengono duramente repressi in quanto espressioni di disobbedienza all'Autorità.

In effetti, l'esaltazione dell'ordine pubblico e della sicurezza quali asseriti beni giuridici si presta ad una tutela penale esasperata del potere costituito a discapito di beni e libertà individuali, laddove l'astrazione “ordine pubblico” costituisce, non insovente, la sovrastruttura ideologica di un concreto assetto sociale iniquo, caratterizzato da gravi diseguaglianze economiche, sociali e culturali criminogene. In nome dell'ordine pubblico e della ‘sicurezza’, si inasprisce, in termini di “tolleranza zero”, la repressione di piccoli reati predatori, di condotte illecite poste in essere da soggetti marginali, di lievi turbative del decoro urbano, nonché di mere manifestazioni di dissenso politico: il diritto penale securitario, lungi dall'assicurare la sicurezza di tutti, si orienta contro poveri e oppressi, come dimostra un semplice sguardo verso la stragrande maggioranza di coloro che popolano le nostre carceri ed altre strutture sostanzialmente detentive, quali i centri di trattenimento dei migranti. Ben diversa sarebbe una politica della ‘sicurezza’ dei diritti di tutti, orientata in senso personalistico e solidaristico e, dunque, volta al contrasto alle diseguaglianze ed all'integrazione sociale mediante politiche economiche, del lavoro, della casa, dei servizi sociali e sanitari[22].

3. Tra le diverse accezioni di ordine pubblico, sicuramente va scartata quella ‘ideale’ – quale sinonimo dell'insieme dei principi e delle istituzioni su cui si fonda il potere costituito –, che è la più compromessa con l'autoritarismo: la “maestà” delle istituzioni potrebbe essere lesa, sul piano meramente ideale, già dalla semplice disobbedienza all'Autorità, dall'offesa alla “personalità” o al “prestigio” dello Stato insita nella mera manifestazione del pensiero oppure nella riunione o associazione politica di persone dissenzienti[23].

Ma anche l'accezione soggettiva dell'ordine pubblico materiale – quale sensazione o percezione collettiva di tranquillità e sicurezza –, viene, da tempo, diffusamente e condivisibilmente ritenuta inutilizzabile in dottrina: non si può punire taluno per condotte che non siano verificabilmente offensive di beni giuridici, al solo scopo di placare bisogni emotivi di rassicurazione. Se si volesse assecondare simili istanze emotive, si arriverebbe a punire mendicanti, oziosi e persone senza fissa dimora, venditori ambulanti e migranti irregolari, graffitari etc., al mero scopo di ‘placare’ paure irrazionali, percezioni di mancanza di ‘decoro’ e di degrado, sensazioni di fastidio o, peggio, pulsioni classiste o xenofobe. E proprio questo, purtroppo, è ciò che avviene in tanta legislazione securitaria, che impiega strumenti repressivi, penali o parapenali, a fron-

[22] Cfr. A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. Anastasia-M. Palma, Milano, 2001, 19 ss.; Id., *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione*, in S. Canestrari (a cura di), *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, Torino, 1998, 26 ss., 39 ss.; S. Moccia, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale. Non solo emergenze*, a cura di A. Bevere, Napoli, 2007, 117 ss.

[23] Cfr., *ex multis*, spec. G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, I, cit., 494-495; C. Fiore, *Ordine pubblico*, cit., 1093; S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2ª ed., Napoli, 1997, 66-67; Id., *Ordine pubblico*, cit., 3-4; G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982, 72.

te di condotte sostanzialmente inoffensive poste in essere da soggetti marginali o 'dissenzienti'.

Risulta invece diffuso, anche recentemente, l'accoglimento dell'ordine pubblico in senso materiale quale bene penalmente tutelabile; anche la dottrina italiana del dopoguerra ed in particolare quella costituzionalmente orientata si è, in larga parte, orientata in tal senso[24]. Si tratta dell'accezione di ordine pubblico recepita già nel codice Zanardelli e richiamata nel codice Rocco, che intende tale oggetto di tutela nel senso di "ordinato andamento del vivere civile", di "*ordre dans la rue*". Il concetto di ordine materiale, inteso quale oggettiva situazione di 'sicurezza', viene ritenuto meno esposto a distorsioni autoritarie.

Tuttavia, come è stato posto in rilievo da alcuni settori dottrinali, neppure sotto tale angolazione l'ordine pubblico può costituire un bene giuridico, ma tutt'al più una *ratio* di tutela: e ciò a causa dell'irrimediabile onnicomprensività che caratterizza pure tale idea di ordine pubblico o 'sicurezza'[25].

Tale onnicomprensività rende l'ordine pubblico materiale un concetto manipolabile e in quanto tale funzionale ad obiettivi contrastanti con i principi costituzionali del diritto penale. Può risultare utile cercare di elencare tali funzioni distorsive del concetto di ordine pubblico in senso materiale.

In primo luogo, l'ordine pubblico materiale si presta a 'livellare', ovvero a parificare indebitamente ed irragionevolmente – in contrasto con l'art. 3 Cost. e con il principio di offensività – condotte di ben diversa gravità; e, dunque, ad ispirare politiche di tolleranza zero. Quando, in effetti, si parla di ordine pubblico e 'sicurezza dei cittadini', ci si riferisce indistintamente a beni giuridici e ad offese diversi: ad esempio, si allude alla sicurezza della vita – ovvero, la sicurezza di non essere uccisi –, ma anche a quella dell'incolumità fisica, della libertà personale, morale o sessuale; alla sicurezza del patrimonio, per esempio da furti e scippi, o anche alla sicurezza nel senso di assenza di disordine, di ostacoli alla circolazione, di molestie arrecate da parcheggiatori abusivi e mendicanti... fino ad arrivare alla sicurezza in senso meramente soggettivo, di mera 'percezione' di decoro, turbata già dalla mera vista di senzatetto, venditori ambulanti, graffiti sui muri...

Si tratta palesemente di beni diversamente meritevoli di tutela e/o di condotte connotate molto diversamente in termini di offensività: a ben vedere, qui il termine 'sicurezza' è impiegato, in parte, nel senso di 'garanzia' – peraltro, assolutizzata ed esasperata – dei reali beni giuridici che vengono in considerazione e che sono, non la sicurezza in sé, ma la (sicurezza della) vita, la (sicurezza della) incolumità individuale, la libertà personale etc. Sono quelli, in realtà, i beni da tutelare, e non la sicurezza in quanto bene a sé. Per altra parte, il termine 'sicurezza' viene impiegato per nascondere la mancanza di una condotta realmente offensiva di un bene giuridico tangibile.

Infatti, il riferimento onnicomprensivo alla sicurezza non solo mette sullo stesso piano beni diversi facendo, come si suol dire, 'di tutta l'erba un fascio', ma svolge pure l'ulteriore funzione di estendere l'intervento penale, *sub specie* di generica si-

[24] Cfr. fra gli altri G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 495; G. Insolera, *I delitti contro l'ordine pubblico*, in Aa.Vv., *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 2ª ed., Bologna, 2000, 210-211.

[25] Cfr. gli AA. citati *supra*, nota 17.

curezza, a condotte che non offendono alcun bene giuridico penalmente tutelabile, ma rappresentano turbative minime della vita sociale; queste ultime, per altro verso, derivano da situazioni socioeconomiche di disagio, che andrebbero affrontate con gli strumenti di uno stato sociale di diritto e non con quelli del diritto penale. Non a caso, come abbiamo accennato, i vari ‘pacchetti sicurezza’ si orientano sovente contro piccola e media criminalità predatoria, marginalità sociale, condotte foriere di disordini, comprensive di condotte ‘disobbedienti’ – in particolare giovanili, quali ad esempio feste illegali (i c.d. *rave*) o imbrattamenti – oppure di manifestazioni di protesta.

Un’ipotesi emblematica di richiamo all’ordine pubblico materiale o alla sicurezza in funzione di ‘surrogati’, in mancanza di veri beni giuridici penalmente tutelabili, è rappresentata dalla materia dell’immigrazione: declinare quest’ultima quale problema di ‘sicurezza’ serve a criminalizzare il migrante per il solo fatto di essere irregolare, di trasgredire ad una qualsiasi norma in materia di ingresso o soggiorno dei migranti, senza che la sua condotta offenda alcun bene giuridico. Le mere irregolarità, incluse le inosservanze di ordini di allontanamento e simili, dovrebbero dar luogo soltanto ad illeciti amministrativi, che siano però tali non solo formalmente, ma anche sostanzialmente: cioè evitando frodi delle etichette come quelle, gravissime, che si realizzano in tema di “trattenimento” di migranti in C.P.R., *hotspot* ed altri luoghi di detenzione.

In proposito, va incidentalmente osservato che l’intervento penale ed una disciplina extrapenale eccessivamente restrittiva in materia di immigrazione, come quella italiana, proprio in quanto orientati in senso securitario, sortiscono effetti criminogeni, sotto più profili: in primo luogo, le rigide restrizioni all’immigrazione regolare comportano – data la natura planetaria e strutturale del fenomeno migratorio, notoriamente concausato da situazioni di miseria, disastri ambientali, guerre e violazioni di diritti umani – un effetto di ‘spostamento’ verso percorsi migratori illegali, rischiosi per la vita, l’incolumità e le libertà dei migranti, organizzati da imprenditori criminali. In secondo luogo, le severe restrizioni in termini di accesso alla migrazione regolare e di opportunità lavorative ed abitative legali previste dal t.u. immigr. – si consideri soltanto che costituiscono reato il mero fatto di assumere un migrante irregolare, art.22, co.12 t.u. immigraz. ed il ‘favoreggiamento abitativo’, art. 12, co. 5-*bis* t.u. – fanno sì che il migrante irregolare venga ‘dirottato’ verso il mercato del lavoro irregolare, se non criminale, in entrambi i casi con ruoli di mera manovalanza, in situazioni di sfruttamento e con gravi rischi personali – compreso quello della morte sul lavoro o, in ipotesi di impiego criminale, della carcerizzazione –; e che quel migrante ‘lavoratore’ si trovi costretto a dormire sotto i ponti o in baraccopoli. Dal punto di vista di un imprenditore senza scrupoli di legalità, l’‘esercito di riserva’ dei migranti irregolari costituisce una merce preziosa e molto a buon mercato; e quanto più la legislazione in materia di immigrazione criminalizza i migranti in nome della ‘sicurezza’, tanto più i datori di lavoro illegale e/o criminale possono sfruttarli, producendo così ‘insicurezza’, nel senso sia delle concrete e gravi offese ai beni fondamentali di quegli esseri umani, sia del prosperare di attività illegali e criminali. Attualmente, i migranti irregolari in Italia, che vivono in un limbo senza diritti e, per lo più, in condizioni di sfruttamento, sono stimati in oltre 300.000[26].

[26] Cfr. i dati della Fondazione ISMU contenuti nel 30° rapporto sulle migrazioni, relativo al 2024, disponibili nel sito internet *www.ismu.org*.

Tornando alle funzioni distorsive che i concetti di ordine pubblico materiale e sicurezza svolgono in ragione della loro onnicomprensività, va posto in rilievo che, anche se lo si intende in un'accezione materiale, l'ordine pubblico si presta a fungere quale surrogato di un reale bene giuridico pure in rapporto alla repressione del dissenso. Va precisato che quando ci si riferisce al concetto di dissenso ed alla sua repressione non bisogna includervi soltanto la manifestazione verbale del pensiero e i reati di opinione; si può, infatti, esprimere dissenso anche attraverso manifestazioni non verbali di protesta come, ad esempio, quegli imbrattamenti di muri, emblemi, monumenti etc., che non danno luogo ad un danneggiamento, ma hanno mero carattere simbolico. Inoltre, il dissenso si manifesta pure attraverso il diritto di riunirsi, costituzionalmente sancito: esso viene, tuttavia, represso penalmente, in particolare mediante le disposizioni di cui all'art. 655 c.p., in tema di "radunata sediziosa", ed all'art. 18 t.u.l.p.s., in tema di riunione senza preavviso o senza autorizzazione dell'Autorità. Si tratta di norme, a nostro avviso, incostituzionali, per violazione dell'art. 17 Cost. e del principio di necessaria offensività.

Ancora, il dissenso si manifesta mediante associazioni, movimenti e gruppi politici, la cui libertà dovrebbe risultare garantita dall'art.18 Cost., ma che vengono repressi mediante reati associativi politici di problematica legittimità – com'è ben noto in dottrina –, come quelli di cui all'art. 270 c.p., modificato dalla l.n.85/2006; in passato, il codice fascista prevedeva quali reati pure la costituzione di e la partecipazione ad associazioni internazionali – artt. 273 e 274 c.p., entrambi dichiarati illegittimi dalla Corte cost. con sent. n. 193/1985 – nonché la partecipazione ad associazioni antinazionali, art. 271 c.p., dichiarato illegittimo dalla Corte cost. con sent. n. 243/2001.

Vi sono, inoltre, altre condotte non insovente connesse alle predette manifestazioni di dissenso, nelle quali si esprime la protesta e la mera disobbedienza all'Autorità; condotte che, di per sé, non offendono beni giuridici penalmente tutelabili, e la cui punizione si pretende di legittimare richiamando i concetti di ordine pubblico, sicurezza e prevalenza dell'Autorità sull'individuo. Si pensi all'ampliamento dei reati di resistenza a pubblico ufficiale, art.337 c.p., fino ad abbracciare condotte di resistenza soltanto passiva o addirittura di fuga, ossia di mera disobbedienza; oppure alla recente introduzione – dapprima proposta nel d.d.l. 'sicurezza' n.1660 e recentemente realizzata ad opera degli artt. 26 e 27 d.l. n. 48/2025, conv. dalla l. n. 80/2025 – di nuove incriminazioni in tema di "rivolta", in base alle quali si rendono punibili quelle persone detenute o trattenute in centri per migranti che, in numero di tre o più, partecipino ad una «rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza»; si noti l'impiego, a fini repressivi, dei consueti contenitori concettuali onnicomprensivi. Com'è noto, secondo tale disciplina «costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza [sic]». Dunque, costituisce reato anche il mero opporsi passivamente – ad esempio sedendosi per terra – a rientrare in una cella sovraffollata!

Il richiamo all'ordine pubblico materiale e alla 'sicurezza' può svolgere ancora un'ulteriore funzione: quella di inasprire fino a livelli di macroscopica sproporzione – in contrasto con l'art. 3 Cost. e il principio di offensività – la sanzione penale. Ciò

avviene, ad esempio, laddove fatti contro il patrimonio vengono artificiosamente trasformati in reati contro l’ordine pubblico.

Così, la devastazione, che non è altro se non un danneggiamento di vaste proporzioni, viene sanzionata, *ex* art. 419 c.p. – un reato, per l’appunto, contro l’ordine pubblico –, con la reclusione da 8 a 15 anni: una pena più elevata di quella prevista per la tortura commessa da un pubblico ufficiale abusando delle proprie funzioni o violando i propri doveri – ossia la reclusione da 5 a 12 anni, art. 613-*bis* co.2 c.p. – e, per altro verso, corrispondente nel massimo alla pena applicabile nell’ipotesi di lesioni personali in danno di più persone – ad esempio, dieci – in base al combinato disposto degli artt. 582 e 78 c.p. In base al co. 2 dell’art. 419 c.p., come modificato dal d.l. n. 53/2019, conv. con modif. in l. n. 77/2019 – rubricato, non a caso, «Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica» – la pena è aumentata, in particolare, se il fatto è commesso «nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico».

Se, poi, si commette non una devastazione, ma solo un «fatto diretto a portare… la devastazione», «allo scopo di attentare» – ancora una volta – «alla sicurezza dello Stato», la pena è addirittura l’ergastolo, art. 285 c.p. Non può esservi prova più evidente del fatto che il riferimento ad ordine pubblico e sicurezza comporta, nel codice Rocco, inasprimenti di pena draconiani, assolutamente sproporzionati, in contrasto con l’art. 3 Cost., con il principio di offensività e con gli scopi costituzionalmente legittimi della pena, art. 27 co. 3 Cost.: la pena prevista dall’art. 285 c.p. per fatti che non offendono l’incolumità fisica di una o più persone è la stessa prevista dall’art. 422 c.p., in tema di strage, per l’ipotesi in cui da «atti tali da porre in pericolo l’incolumità pubblica» e rivolti «al fine di uccidere» derivi la morte di una o più persone. Quindi, condotte omicide sono parificate ad atti preparatori contro il patrimonio, realizzati «allo scopo di attentare» alla sicurezza dello Stato!

L’invocazione dello slogan “ordine pubblico e sicurezza” in materia di reati contro il patrimonio è pure alla base della reintroduzione, con il d.l. n. 113/2018, conv. in l. n. 132/2018 – un altro “pacchetto sicurezza” – del reato di mendicità, già abrogato nel 1999, sotto forma di «esercizio molesto dell’accattonaggio», art. 669-*bis* c.p. E costituisce pure il fondamento dell’inasprimento delle pene per lo scippo: al riguardo, si è assistito ad uno sterile succedersi di ‘giri di vite’ repressivi. Infatti, il codice Rocco, la cui ossessiva ipertutela del patrimonio è nota[27], prevedeva che l’aver commesso il furto strappando la cosa mobile altrui «di mano o di dosso alla persona» desse luogo ad una circostanza aggravante ad effetto speciale, che comportava la reclusione da uno a sei anni; settant’anni dopo, la l. n. 128/2001 – recante «interventi legislativi in materia di tutela della sicurezza dei cittadini» – trasformò la circostanza in reato autonomo, art. 624-*bis* c.p., e innalzò la pena pecuniaria congiunta; successivamente la l. n. 103/2017, c.d. riforma Orlando, aumentò le pene, in particolare prevedendo la reclusione da tre a sei anni; poco dopo, la l. n. 36/2019, nota per la riforma della legittima difesa, ha aumentato ulteriormente la pena per lo scippo, che ora è la reclusione da quattro a sette anni. Una pena, ad esempio, più elevata nel minimo ed uguale nel massimo a quella stabilita per le lesioni personali gravi, art. 583 c.p., tra cui rientrano quelle che danno luogo ad una malattia «che metta in pericolo la vita della persona

[27] Cfr. per tutti S. Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 13 ss.

offesa» – altro che furto con strappo del telefonino! – o ad una malattia della durata di oltre 40 giorni.

Un'ulteriore funzione del riferimento ai concetti onnicomprensivi e vaghi di ordine pubblico materiale e sicurezza consiste nel motivare artificiosamente anticipazioni della soglia di tutela penale, comprensive finanche di condotte che non solo sono innocue o estremamente lontane dall'offesa, ma costituiscono sovente esercizio di diritti costituzionalmente sanciti. Una tale funzione era stata espressamente individuata già da Karl Binding, autore noto per aver stigmatizzato l'ordine pubblico quale inaccettabile "ripostiglio concettuale", ma che aveva pure teorizzato la possibilità di legittimare artificiosamente la punibilità di condotte distanti dall'offesa ad un bene giuridico tangibile mediante la creazione di «beni giuridici di fiancheggiamento (flankierend)»[28], proprio come l'ordine pubblico o la sicurezza. Ad un tale artificio ha fatto ricorso, in tempi ben più recenti, la stessa Corte costituzionale, allorché, ad esempio, salvò parzialmente la legittimità di norme come l'art. 415 c.p., nei limiti in cui «l'istigazione all'odio tra le classi sociali» venga attuata «in modo pericoloso per la pubblica tranquillità», sent. n. 108/1974. Ma pure in relazione allo sciopero, la Corte ha ritenuto parzialmente legittimo l'art. 503 c.p., laddove, in particolare, uno sciopero politico sia «diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale», sent. n. 290/1974; un concetto che evoca, in particolare, l'accezione ideale, più che quella materiale, di ordine pubblico.

Naturalmente, in entrambi i casi la vaghezza e l'onnicomprensività dei concetti di bene giuridico impiegati si riflette sulla vaghezza e non verificabilità empirica del "pericolo", come abbiamo ricordato. Ciò comporta che il giudizio circa la pericolosità e, quindi circa la rilevanza penale di condotte che costituiscono l'esercizio di diritti costituzionalmente sanciti sia rimesso all'arbitrio del giudice e, ancor prima, che vi siano enormi spazi discrezionali per l'avvio di un procedimento penale ad opera del pubblico ministero; e che le stesse forze dell'ordine abbiano enormi spazi discrezionali nella selezione delle condotte da denunciare quali reati all'autorità giudiziaria.

Tra gli ulteriori possibili esempi relativi alla funzione di anticipazione esasperata della tutela di beni giuridici, svolta dai concetti di ordine pubblico e sicurezza, va citato quello del c.d. reato di casco, di cui all'art. 5 l. n. 152/1975, c.d. legge Reale, rubricata «Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico»; in base al testo attualmente vigente di tale disposizione, è punibile «l'uso di caschi protettivi, o di qualunque altro mezzo atto a rendere difficoltoso il riconoscimento della persona, in luogo pubblico o aperto al pubblico, senza giustificato motivo. È in ogni caso vietato l'uso predetto in occasione di manifestazioni che si svolgano in luogo pubblico o aperto al pubblico, tranne quelle di carattere sportivo che tale uso comportino». Le sanzioni penali previste per tale reato sono state inasprite, da ultimo, dal d.l. n. 533/2019, conv. con modif. in l. n. 77/2019, uno dei tanti "pacchetti sicurezza": il co. 3 dell'art. 5 prevede ora che «qualora il fatto è [sic!] commesso in occasione delle manifestazioni previste dal primo

[28] K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung, Bd.I, Normen und Strafgesetze*, 4ª ed., Leipzig, 1922, 393 ss.; recentemente, in senso condivisibilmente critico su tale tecnica di tutela penale cfr., fra gli altri, F. Palazzo, *Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione*, in Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (a cura di), *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano, 1996, 76, 82 ss.

comma, il contravventore è punito con l’arresto da due a tre anni e con l’ammenda da 2.000 a 6.000 euro».

Ebbene, la condotta di chi, in occasione di una manifestazione, si copre parzialmente il viso, rendendo difficile riconoscerlo, di per sé non lede né pone in pericolo alcun bene giuridico. Può trattarsi, infatti, di un manifestante assolutamente pacifico, che si rende per ciò solo punibile, in assenza della benché minima pericolosità anche soltanto soggettiva; e che, magari, si copre parzialmente il volto per il freddo o per proteggersi dall’esposizione a gas irritanti. Ma, anche qualora si trattasse di un manifestante ‘malintenzionato’, in un diritto penale del fatto un tale atteggiamento interiore non può certo fondare la punibilità: in tale ipotesi, coprirsi il viso può costituire un atto lontanamente preparatorio, finalizzato non a commettere un reato, ma, semmai, a procurarsi l’impunità per atti ancora neppure tentati. Il riferimento al pericolo per l’ordine pubblico o la sicurezza funge, in tale contesto, da surrogato di un’inesistente offesa a beni giuridici afferrabili, motivando artificiosamente un intervento penale esasperatamente anticipato.

Sempre sul piano dell’anticipazione della tutela penale, il riferimento ad ordine pubblico e sicurezza si presta pure a contrabbandare per reati di danno quelli che sono reati di pericolo presunto incentrati su condotte lontanamente preparatorie, sulla mera istigazione o sul mero accordo, sia pure stabile ed organizzato, come avviene nei reati associativi. In effetti, il mero associarsi, di per sé, non lede alcun bene giuridico, ma è condotta finalizzata a porre in essere una pluralità indeterminata di condotte lesive o pericolose in rapporto ai beni per la cui offesa ci si associa[29], che sovente sono beni fondamentali quali la vita, l’incolumità, la libertà personale, etc., di più persone. Ma, evocando l’ordine pubblico (ideale) *sub specie* “esclusività dell’ordinamento statuale”[30] oppure vaghe *rationes* quali sono il concetto di ordine pubblico materiale o di “sicurezza”, si può invece sostenere che la stessa esistenza di un’associazione e, quindi, la stessa partecipazione ad essa offenda, in termini di danno, tali pseudo-beni: in tal modo, si può occultare l’esasperata anticipazione di tutela che si

[29] In tal senso, per tutti, G. De Vero, *Tutela dell’ordine pubblico*, cit., 152 ss.; Id., *Ordine pubblico, (delitti contro)*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1994, 88-89; Id., *I reati associativi nell’odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 392; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 238-239; Id., *La perenne emergenza*, cit., 67; Id., *Ordine pubblico*, cit., 4; Id., *Prospettive non ‘emergenziali’ di controllo dei fatti di criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, 158-159. Nella manualistica, paiono propendere per tale tesi G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, cit., 507. In riferimento all’ordinamento tedesco, condividono tale orientamento spec. H.-J. Rudolphi, *§ 129*, in H.-J. Rudolphi-E. Horn-E. Samson-H.-L. Günther-A. Hoyer (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, II, *Besonderer Teil*, 8. Aufl., Neuwied-Kriftel, 2002, 48; F.-C. Schröder, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, Berlin-New York, 1985, 11, 21, 29; M. Fürst, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, Frankfurt a. M.-Bern-New York-Paris, 1989, 68-69; R. Langer-Stein, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, München, 1987, 150 ss.

[30] Cfr. V. Patalano, *L’associazione per delinquere*, Napoli, 1971, 12-13; in senso analogo, G. Neppi Modona, *Criminalità organizzata e reati associativi*, in Aa.Vv., *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, 1987, 107-108, 116-119.

realizza, ad esempio, allorché taluno venga punito per il solo fatto di essere "affiliato" o di essersi "messo a disposizione" di un'associazione, senza aver commesso alcun fatto offensivo di reali beni giuridici[31].

Ma vi è di più. I concetti di ordine pubblico e di sicurezza vengono impiegati pure per legittimare anticipazioni di tutela ancora più esasperate, attraverso il ricorso a sanzioni *ante* o *praeter delictum*, ovvero alle misure di prevenzione. In questa sede possiamo solo accennare a tale ampio tema, specialmente al fine di segnalare un rischio di "frode delle etichette", risalente, ma avallato di recente dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo[32].

Si è, infatti, sostenuto che il concetto di "materia penale" – volto ad individuare illeciti e sanzioni che, pur non essendo formalmente definiti dai legislatori nazionali come penali, nella sostanza lo sono e, dunque, devono sottostare ai principi penalistici – comprenda tutti e soltanto quegli illeciti che prevedono sanzioni aventi funzione "punitiva" o "repressiva", e non, invece, quelle norme e quelle 'misure' che mirino a finalità di prevenzione: esse sarebbero estranee alla materia penale, perché non "punitive". In quanto miranti alla prevenzione di pericoli, tali norme e misure "di polizia" sarebbero legittime, perché rivolte a garantire, anticipatamente, "sicurezza".

Di conseguenza, sia le misure di sicurezza – in quanto misure formalmente "amministrative", rivolte a finalità non di "punizione", ma di prevenzione speciale –, sia le misure *ante* o *praeter delictum*, anch'esse volte a finalità di prevenzione speciale –, dovrebbero considerarsi non vincolate alla conformità ai principi penalistici, nonostante possano dar luogo a pesanti limitazioni della libertà personale o – quanto alle misure di prevenzione patrimoniali – all'ablazione di interi patrimoni. E lo stesso dovrebbe valere per i cosiddetti trattenimenti amministrativi di migranti irregolari, perché tali misure avrebbero finalità "cautelare" e non certo punitiva, risultando strumentali all'effettiva esecuzione della vera e propria sanzione, che è l'espulsione dello straniero.

Non pare privo d'interesse rilevare che il criterio distintivo tra materia penale e non, adoperato – unitamente ad altri criteri – dalla Corte EDU e fondato sulla distinzione tra funzione punitiva o repressiva e scopo di prevenzione, è lo stesso adottato nella *Relazione al Re* sul codice penale del 1930 per distinguere le pene e le misure "amministrative" di sicurezza, che, secondo tale relazione, non sarebbero pene, ma avrebbero tutt'altro carattere, proprio perché le pene hanno funzione repressiva e non preventiva[33]!

Una tale frode delle etichette si basa su una distorsione concettuale che costituisce, sul piano teleologico, una violazione di principi costituzionali riconosciuti non solo in Italia, ma pure in altri ordinamenti europei continentali, come, ad esempio, quelli spagnolo e tedesco: alla stregua di tali principi, le sanzioni penali si legittimano

---

[31] In proposito, sia consentito rinviare al nostro *Associazione per delinquere*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2007, 236-238 e più ampiamente 227 ss.

[32] Sul punto e sulle considerazioni che seguono, sia consentito rinviare, per una più ampia e documentata esposizione, al nostro *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch.pen.* (web), fasc. 2/2023.

[33] *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli (Rocco) presentata nell'udienza del 19 ottobre 1930-VIII per l'approvazione del testo definitivo del codice penale*, in *Gazzetta ufficiale del Regno d'Italia*, Roma 26 ottobre 1930, 4446.

soltanto nella misura in cui siano funzionali a finalità di prevenzione, generale e speciale. Le pene sono e devono essere orientate a finalità di prevenzione: dunque, una contrapposizione tra sanzioni penali e non penali, basata sull’idea secondo cui quelle penali sono repressive/punitive e non preventive, mentre quelle che non rientrano nella “materia penale” sono “preventive”, è del tutto priva di fondamento costituzionale.

Il vero elemento distintivo delle misure di prevenzione dalle pene non risiede nella finalità, ma nel dato per cui tali misure, pur costituendo sanzioni sostanzialmente penali – nella misura in cui incidono su beni fondamentali della persona, quali la dignità e la libertà personale, ma anche il suo complessivo patrimonio, e sono orientate alla prevenzione di reati –, prescindono dalla realizzazione di un fatto di reato e/o dalla relativa prova: esse sono, cioè, secondo la loro unanime definizione, misure – *rectius*, pene! – *ante delictum* e/o *praeter probationem delicti* (ossia pene del sospetto).

Per quel che concerne, invece, i “trattenimenti amministrativi”, *rectius* “galere amministrative”, si tratta in realtà di misure cautelari sostanzialmente penali: esse hanno, cioè, la stessa funzione della custodia cautelare nel processo penale, ma vengono trattate come ‘amministrative’ nonostante l’invasività della privazione della libertà, oltretutto realizzata in luoghi e con modalità di detenzione non tassativamente previsti dalla legge, come richiede l’art.13 Cost., e che sono certamente non migliori di quelli carcerari. L’esito di tale frode delle etichette – come di quella relativa alle misure di prevenzione, appena ricordata – risiede nella possibilità di violare ‘impunemente’ i principi del diritto penale, erodendo i fondamenti stessi di uno stato costituzionale di diritto, in ossequio ad una onnivora e pervasiva idea di “sicurezza”.

Al di là del settore classicamente problematico delle misure di prevenzione, l’esaltazione della sicurezza e della tutela preventiva della stessa, affidata a rimedi di polizia, sedicenti amministrativi, ma per lo più gravemente invasivi in rapporto alle libertà individuali, dà luogo all’espansione incontrollata di uno strumentario ‘ibrido’, totalmente o parzialmente sottratto alle garanzie del diritto penale - sostanziale e processuale -: esso comprende misure di polizia ‘atipiche’ quali il c.d. d.a.spo., il c.d. d.a.c.ur. e gli “ammonimenti”.

Un ulteriore corollario del securitarismo consiste, in effetti, in uno spostamento di potere dal legislativo all’esecutivo: appare emblematico il ricorrente impiego, in materia di ordine pubblico e sicurezza, della decretazione d’urgenza. Ma si pensi pure al recente ricorso, in materia di immigrazione, alla privazione della libertà in via ‘amministrativa’ nei c.d. *hotspot*, in casi e con modalità non tassativamente previsti dalla legge – e dunque, come si è accennato, in violazione dell’art. 13 Cost.[34] –; oppure ai provvedimenti amministrativi adottati, in tempi recenti, in tema di individuazione dei cosiddetti Paesi ‘sicuri’ al fine di attivare procedure ‘sommarie’ di rimpatrio; o, ancora, ai provvedimenti amministrativi con cui si ordina alle navi delle organizzazioni umanitarie, che abbiano salvato dei migranti dalla morte in mare, di raggiungere, per lo sbarco di quei migranti, porti diversi da quello più vicino, in violazione degli obblighi

[34] Cfr., fra gli altri, E. Valentini, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. Curi-F. Martelloni-A. Sbraccia-E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., 195, 197-198, 201-203, 214 ss., con ulteriori rif. bibl.

internazionali di condurli prima possibile in luogo sicuro, prolungando ed aggravando le sofferenze di persone già stremate.

Un ulteriore effetto, non meno significativo, dell'esaltazione dei concetti di ordine pubblico e sicurezza è dato da quello sbilanciamento del rapporto tra individuo ed autorità in favore di quest'ultima, che si esprime attraverso nuove incriminazioni e/o inasprimenti sanzionatori relativi a condotte realizzate nei confronti delle forze dell'ordine – si pensi ai recenti aumenti di pena relativi ad alcune ipotesi di violenza e resistenza a pubblico ufficiale, art. 19 co. 1 d.l. n. 48/2025 conv. con modif. dalla l. n. 80/2025, o alla già citata introduzione di reati di "rivolta", anche mediante resistenza meramente passiva, nei luoghi di detenzione, di cui agli artt. 26 e 27 dello stesso d.l. - e, simmetricamente, privilegi per gli appartenenti alle forze dell'ordine, quali ad esempio la previsione della possibilità di portare armi diverse da quella di ordinanza senza licenza e fuori dal servizio, art. 28 co. 1 d.l. n. 48/2025 conv. con modif. dalla l. n. 80/2025, o di un sostegno economico privilegiato per la difesa di fiducia in favore degli appartenenti alle forze dell'ordine e dei militari indagati o imputati per fatti commessi in servizio, artt. 22-23 d.l. citato[35]; fino alle recenti proposte di introdurre forme di 'scudo penale' volte a proteggere gli appartenenti alle forze dell'ordine dal rischio di procedimenti penali per fatti commessi durante il servizio.

L'invocazione del primato della sicurezza crea un clima politico-sociale molto pericoloso per la tutela degli individui, rischiando di avallare o di dar luogo a prassi diffuse di abuso di autorità. Ma, ancor prima, l'incultura del populismo penale securitario determina esiti normativi ed applicativi contrari a Costituzione: ne è riprova drammaticamente lampante l'attuale sovraffollamento carcerario, giunto, secondo le statistiche del Ministero della Giustizia aggiornate al 31 luglio 2025, a circa il 122 %, dal momento che, a fronte di una capienza regolamentare complessiva di 51.300 detenuti, erano presenti in carcere 62.569 persone[36].

4. La genericità ed onnicomprensività, l'assenza di verificabilità empirica dell'offesa, la manipolabilità per scopi autoritari di anticipazione esasperata della tutela, di repressione del dissenso, di inasprimento sanzionatorio, di privilegio per l'autorità: tutte le caratteristiche finora illustrate dei concetti di ordine pubblico e sicurezza li rendono inutilizzabili quali beni giuridici in ordinamenti costituzionali come quello italiano.

Ciò non significa negare in blocco quelle esigenze di tutela di beni giuridici che vengono evocate mediante i fuorvianti contenitori, *slogan* o "ripostigli di concetti" dell'ordine pubblico e della sicurezza; bensì predisporre, sulla base di strumenti concettuali non mistificatori, un sistema ordinamentale integrato di tutele, anzitutto extrapenali, alternativo all'esistente, che tuteli più efficacemente ed in conformità ai principi costituzionali quei beni fondamentali delle persone che vengano realmente in considerazione, una volta squarciato il velo concettuale dell''ordine' e della 'sicurezza'.

---

35 In argomento, sia consentito rinviare al nostro *Considerazioni generali intorno al d.l. 'sicurezza' n. 48/2025, convertito in l. n. 80/2025*, in *Il decreto sicurezza, decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48 convertito in legge 9 giugno 2025, n. 80. Commentario dei profili penalistici*, a cura di V. Plantamura, Pisa, 2025, 19, 22-23.

36 Cfr. w*ww.giustizia.it*, sezione "strumenti", sottosezione "statistiche".

Va ripresa, in proposito, una magistrale indicazione metodologica di Sandro Baratta, riferita sia agli ordinamenti nazionali, sia al diritto dell’Unione europea: «Per me, un corollario della sussidiarietà è quello della complementarità. Cioè, sostengo che vi sono tre forme corrette di rispondere a conflitti, tanto a livello degli Stati che dell’Unione. Una prima è non fare nulla: non sempre bisogna intervenire, quando vi è conflitto. La seconda è fare altro che un intervento penale, che dovrebbe essere quella normale; e la terza è ricorrere ad un intervento penale insieme ad altro. L’intervento penale, specialmente nel campo del diritto penale in senso stretto, oggi io non lo considero più possibile come risposta isolata, ed appunto la risposta isolata è quella quarta alternativa non corretta che è propria dell’efficientismo, che ritiene che, con il taumaturgico strumentario del diritto penale, e solo con quello, si possano risolvere i conflitti»[37].

Non si tratta, dunque, soltanto di opporsi all’abuso populistico di concetti onnicomprensivi, con esiti di espansione incontrollata del potere punitivo, ma di proporre anche delle alternative di tutela, che passino anzitutto attraverso politiche incidenti sulle cause economiche, sociali, culturali dei conflitti sociali, nonché attraverso la previsione di illeciti e sanzioni extrapenali e l’implementazione della loro effettività, con gli interventi normativi e gli investimenti necessari a far funzionare i relativi controlli.

L’intervento penale va attivato in sinergia con le ulteriori, necessarie risposte ordinamentali, nei limiti della sua utilità, e sempre in termini di proporzione e stretta necessità: e ciò sia per assicurare le garanzie individuali da un intervento invasivo come quello penale, sia perché un diritto penale ipertrofico, onnivoro, risulta pure inefficiente, sovraccaricando l’amministrazione della giustizia ed il sistema sanzionatorio.

Il riferimento generico ad una tutela penale della ‘sicurezza’ ostacola, anziché promuovere, una tutela efficace di beni giuridici concreti ed afferrabili, modulata in termini di effettiva utilità, proporzione all’offensività dei singoli fatti e necessità[38]. Il livellamento di beni diversi e l’espansione dell’area della penalità che derivano dall’orientamento securitario finiscono per pregiudicare una tutela penale più mirata sulla protezione dei beni fondamentali della persona da fatti concretamente offensivi.

Laddove il diritto penale debba intervenire, deve farlo sempre allo scopo dell’integrazione sociale, ossia mirando al reinserimento sociale del condannato ed a finalità di prevenzione generale positiva, cioè di orientamento dei consociati. Anche sotto tale profilo, si tratta di una prospettiva opposta a quella securitaria, che, da un lato, si rivolge dichiaratamente alla neutralizzazione di soggetti ritenuti ‘pericolosi’, ovvero alla esclusione sociale di autori sovente già marginali, con esiti di ipercarcerizzazione e di esasperato custodialismo anche in rapporto a sofferenti psichici – variamente ‘internati’ – e stranieri irregolari – trattenuti in vere e proprie “galere amministrative” -; e, dall’altro lato, mira ad un’illusoria ‘rassicurazione’ collettiva, mediante l’uso simbolico del diritto penale quale panacea, sbandierata per fini di facile consenso elettorale a costo zero.

[37] Baratta, *Il* Corpus Juris *e la cultura giuridico-penale europea*, in *Ambito e prospettive di uno spazio giuridico-penale europeo*, a cura di S. Moccia, Napoli, 2004, 35-36.

[38] Cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza*, cit., 1 ss., che dimostra magistralmente come quella tra garanzia ed efficienza del sistema penale sia un’antitesi apparente.

Alla prospettiva autoritaria di una sicurezza di stampo autoritario va, dunque, opposta quella, da stato sociale di diritto, di una sicurezza da conseguire mediante tutele integrate dei diritti fondamentali di tutti i consociati[39].

Si tratta, certamente, di una prospettiva politico-criminale difficile da portare avanti, perché ciò presuppone un legislatore in grado di proporre una visione politica d'insieme, di raccogliere consensi intorno ad essa e di realizzarla coerentemente, valendosi del contributo di una "scienza della legislazione". Ed un tale legislatore, allo stato attuale, non appare all'orizzonte: al contrario, dominano l'emergenzialismo e la demagogia, l'indifferenza per i diritti umani se non addirittura l'ostilità verso di essi, in particolare ma non solo in materia di sicurezza.

Vi è, inoltre, un'altra considerevole difficoltà, rappresentata, anche in materia penale, dalla pervasività crescente di norme sovranazionali che, in sempre più settori, obbligano gli Stati ad estendere, anticipare ed inasprire l'intervento penale. Sebbene talora le convenzioni internazionali richiamino apprezzabilmente alla necessità di strategie integrate di prevenzione extrapenale, esse spingono immancabilmente quell'espansione del diritto penale, assecondando una tendenza securitaria e populista; senza presupporre, peraltro, un dibattito democratico paragonabile a quello che si verifica all'interno dei singoli Stati, e con un meccanismo difficilmente contrastabile e reversibile, giacché, una volta che venga approvata una convenzione internazionale che inasprisca la tutela penale, è molto difficile che singoli Stati si oppongano o che le organizzazioni internazionali tornino sui propri passi, nel senso dell'arretramento degli obblighi di tutela penale. E va detto che non insovente gli stessi legislatori nazionali estendono l'intervento penale '*ultra petitum*'.

Tuttavia, ciò non può significare che la politica e la dottrina debbano rinunciare a far valere prospettive alternative di tutela, nella misura in cui ciò significhi rinunciare alla stessa realizzazione dei principi costituzionali e della civiltà europea del diritto penale moderno. Occorre, dunque, portare avanti, sia sul piano politico che su quello culturale, una visione ideale orientata a quei principi, che va tradotta in proposte di interventi normativi, sia a livello sovranazionale che di legislazione interna.

Ciò vale anche ed in particolare in rapporto al tema della 'sicurezza'. Davanti al profluvio di 'pacchetti', sovente di iniziativa governativa, che hanno infestato la legislazione penale degli ultimi lustri, dai provvedimenti del 2008-2009 a quelli del 2017, 2018, 2019, al c.d. decreto Caivano e fino al d.l. n. 48/2025, recentemente convertito, occorre un'opposizione politica, che si traduca in proposte di legge orientate alla tutela della sicurezza dei beni fondamentali di tutti, secondo la prospettiva poc'anzi tratteggiata.

Sarebbe, invece, fuorviante delegare alla giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, il contrasto del populismo penale e del securitarismo che si esprimono in provvedimenti legislativi ad ampio spettro. Certamente, la giurisprudenza ordinaria potrà impegnarsi in un'interpretazione 'costituzionalmente conforme' di norme problematiche, e quella costituzionale potrà incidere su singole norme illegittime; ma né la giurisprudenza ordinaria, né quella costituzionale possono ricostruire un complesso sistematicamente coerente di leggi orientato ad una visione politica opposta a quella

[39] Cfr., per tutti, F. Forzati, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, cit., 318 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

securitaria, ed anche se, per assurdo, potessero, non sarebbero democraticamente legittimate a farlo. Delegare il contrasto del securitarismo alla magistratura significa perpetuare una miope ‘supplenza giudiziaria’, che non può surrogare una necessaria riforma legislativa conforme ad una visione sistematica orientata ai principi.

Certo, allo stato attuale, ciò può apparire utopistico: ma i principi del diritto penale moderno, da Grozio a Beccaria, sono nati in contesti ben più difficili, in cui in Europa regnavano l’arbitrio punitivo, la pena di morte ed altre pene inumane, la tortura, il processo inquisitorio... In ogni caso, se si intende attuare quei principi, non vi è alternativa all’impegno in tale direzione; nella consapevolezza che quella della ‘morte delle ideologie’ è anch’essa un’ideologia, volta a perpetuare l’arbitrio di un potere svincolato dall’esigenza di una legittimazione ideale. La dottrina, fintanto che creda nella democrazia – e non in un governo degli uomini, siano essi il sovrano o pochi giudici ‘illuminati’ – ha perciò il preciso compito culturale di contribuire, con la propria elaborazione, alla costruzione legislativa di un sistema di norme future coerenti con i principi, come proponeva Franco Bricola oltre cinquant’anni orsono[40].

[40] F. Bricola, *Teoria generale del reato*, cit., 11-12.

LA FAVOLA GIURISPRUDENZIALE (N. 2) DELLA "DOPPIA CONFORME"

Leonardo Filippi*

Sommario: 1. L'invenzione della fusione delle motivazioni nella "doppia conforme". – **2.** Le nefaste conseguenze della fusione delle motivazioni. – **3.** Il primo limite al ricorso: il divieto di reiterazione dei motivi d'appello. – **4.** Il secondo limite al ricorso: la prova travisata deve essere stata assunta in appello. – **5.** Il terzo limite al ricorso: la decisività dell'errore denunciato. – **6.** Conclusioni.

ABSTRACT

Esiste una granitica giurisprudenza di legittimità che, contrariamente al dettato costituzionale e codicistico, sostiene che, in caso di "doppia conforme", la motivazione della sentenza d'appello si fonderebbe con quella di primo grado e, per giunta, secondo la stessa giurisprudenza, vieterebbe con stringenti limiti il ricorso in cassazione. Si tratta di una giurisprudenza creativa che viola l'art. 111 Cost. sia quanto all'obbligo di motivazione delle sentenze sia riguardo al diritto al ricorso in cassazione.

INSERIRE ABSTRACT INGLESE

1. L'invenzione della fusione delle motivazioni nella "doppia conforme".

È ormai consolidata la giurisprudenza della Corte di cassazione penale che, seguendo le orme di quella civile, afferma che, quando le sentenze di primo e secondo grado pervengono alla medesima conclusione sui fatti e sulla responsabilità dell'imputato, le loro motivazioni si fonderebbero in un unico corpo decisionale.

L'affermazione non convince, per la assai semplice ragione che l'art. 111, comma 6, Cost. impone che "tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati" e l'art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p. prescrive "la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie, con riguardo: 1)all'accertamento dei

* Avvocato cassazionista e già ordinario di Diritto processuale penale nell'Università di Cagliari.

fatti e delle circostanze che si riferiscono all’imputazione e alla loro qualificazione giuridica; 2) alla punibilità e alla determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell’articolo 533, e della misura di sicurezza; 3) alla responsabilità civile derivante dal reato; 4) all’accertamento dei fatti dai quali dipende l’applicazione di norme processuali”. Si tratta di criteri applicabili anche alla sentenza d’appello.

Pertanto, non sono ammissibili motivazioni *per relationem* che si fonderebbero tra di loro, per il fatto che ogni motivazione deve avere la propria autonomia argomentativa.

Invece la giurisprudenza sostiene che tale “fusione di motivazioni” comporterebbe l’affermazione del principio della fungibilità delle motivazioni, per cui la motivazione della sentenza di secondo grado che conferma quella di primo può anche essere sintetica e fare riferimento *per relationem* alle argomentazioni del primo giudice, purché non si limiti a una mera adesione acritica.

2. Le nefaste conseguenze della fusione delle motivazioni.

Al primo errore giurisprudenziale, consistente nel ritenere la fusione delle due motivazioni, la stessa giurisprudenza fa derivare a cascata tre altri errori gravissimi, perché pone tre limiti stringenti ai motivi di ricorso in cassazione, limiti non previsti dalla legge e di pura creazione giurisprudenziale, asserendo che sarebbero necessari per evitare che il giudizio di legittimità si trasformi in un terzo grado di merito, volto a una nuova e diversa valutazione dei fatti e delle prove.

3. Il primo limite al ricorso: il divieto di reiterazione dei motivi d’appello.

Si afferma spesso la genericità del ricorso che si limiti ad una reiterazione dei motivi già dedotti in appello, motivando che il giudice d’appello li aveva già esaminati e puntualmente disattesi, per cui, per la Corte di cassazione, un ricorso così formulato sarebbe privo di specificità, in quanto non si confronterebbe criticamente con le ragioni esposte nella sentenza impugnata, ma si limiterebbe a riproporre le stesse doglianze. Ma è facile obiettare che, se la sentenza d’appello conferma la motivazione di quella di primo grado, senza aggiungerne altre, è evidente che le doglianze in diritto sul vizio di motivazione non possono essere che le stesse proposte contro la sentenza di primo grado. Viene spontaneo osservare come mai sia possibile che il giudice d’appello possa ribadire le stesse ragioni, senza uno sforzo motivazionale proprio, sebbene imposto dall’art. 111, comma 6, Cost., e il ricorrente non possa ripetere le medesime critiche *ex* art. 606 c.p.p. alle medesime argomentazioni.

4. Il secondo limite al ricorso: la prova travisata deve essere stata assunta in appello.

La giurisprudenza, in caso di doppia conforme, pone limiti alla deduzione del vizio di travisamento della prova, cioè l’utilizzazione di una prova inesistente o l’omessa valutazione di una prova decisiva. In tal caso, secondo la giurisprudenza, il vizio di travisamento della prova potrebbe essere dedotto in cassazione solo se il ricorrente

dimostri, con una deduzione specifica, che la prova asseritamente travisata è stata introdotta per la prima volta come oggetto di valutazione nella motivazione della sentenza di secondo grado. Si tratta di un forte limite al ricorso in cassazione, "inventato" dalla giurisprudenza che, in questo modo, non solo oblitera l'obbligo costituzionale di motivazione del giudice d'appello, ma vieta pure il ricorso sulla prova travisata eventualmente sfuggita allo stesso giudice d'appello. Facile osservare che tale interpretazione si risolve nella negazione del diritto al ricorso in cassazione e pertanto nella violazione del diritto di difesa.

5. Il terzo limite al ricorso: la decisività dell'errore denunciato.

Infine, la giurisprudenza della Corte di cassazione, in caso di doppia conforme, esige la decisività dell'errore denunciato, sottolineando che un vizio di motivazione è rilevante solo se l'errore accertato è così grave da "disarticolare l'intero ragionamento probatorio", rendendolo così manifestamente illogico. Se, invece, le censure sollevate dal ricorrente si risolvono nell'evidenziare "minime incongruenze" che non incidono sulla completezza e linearità complessiva della sentenza impugnata, tali errori non sono considerati decisivi ai fini del giudizio di colpevolezza. Anche tale limite al ricorso non è presente nella legge ed è di creazione giurisprudenziale, e tanto basterebbe per non ammetterlo. Ma esso appare anche irragionevole dal momento che il compito del giudice di legittimità è quello di verificare la ragionevolezza della motivazione rispetto ai criteri legali e, se ravvisa un errore nella motivazione, deve annullare la sentenza senza poter pesare la maggiore o minore gravità dell'errore riconosciuto.

6. Conclusioni.

Come si vede, in presenza di una "doppia conforme", gli spazi per un ricorso basato su vizi di motivazione sono notevolmente e irragionevolmente ristretti dalla giurisprudenza, in assenza di alcuna disposizione di legge, anzi in contrasto con l'art. 111 Cost. e con le disposizioni del codice di procedura penale.

È evidente che una tale interpretazione è motivata soltanto dall'esigenza, da una parte, di consentire al giudice d'appello di ridurre il proprio onere motivazionale e, dall'altra, ridurre il carico giudiziario in cassazione mediante una più agevole declaratoria di inammissibilità dei ricorsi.

IL D.LGS. 231/2001: LINEE EVOLUTIVE E CONSIDERAZIONI *DE IURE CONDENDO*

Paolo Maria Gemelli*

Sommario: 1. L'evoluzione costituzionalmente orientata del d.lgs. 231/2001 ed il rispetto dei diritti del "metaindividuo". – **2.** Il principio di tassatività e determinatezza e quello della riserva di legge. Linee evolutive e considerazioni *de jure condendo*. – **3.** Ulteriori proposte di riforma. Il c.d. "microcodice di procedura penale". – **4.** Obbligatorietà dell'azione penale a carico dell'ente e controllo giurisdizionale.

1. L'evoluzione costituzionalmente orientata del d.lgs. 231/2001 ed il rispetto dei diritti del "metaindividuo".

Carlo Enrico Paliero, in merito all'introduzione in Italia di una responsabilità penale delle persone giuridiche, osservava come questo fosse l'unico caso in cui l'orientamento costituzionale del sistema italiano ha svolto un ruolo frenante e conservatore, anziché progressista[1] (*La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2000, 466 ss.).

La citazione richiamata ci offre il pretesto per entrare direttamente *in medias res*: l'evoluzione giurisprudenziale, prima, le tanto reclamizzate (quanto ancora inattuate) modifiche legislative del d.lgs. 231 del 2001, oggi, hanno, come spesso accade, una comune matrice: il rispetto dei principi costituzionali in materia penale.

Per questo motivo, alcune considerazioni sulla responsabilità da reato dell'ente si impongono, in attesa delle modifiche al Decreto che dovrebbero intervenire a seguito della presentazione di un Disegno di Legge (ad opera del Deputato Jacopo Morrone, DDL-C2632) e della conclusione dei lavori del Tavolo Tecnico istituito a tal fine presso il Ministero della Giustizia, anche attraverso una consultazione ampia tra gli operatori del diritto, le imprese e le associazioni di categoria. Il tavolo tecnico è stato istituito con decreto del Ministero della Giustizia 7 febbraio 2023, ed è composto da magistrati, accademici e professionisti esperti della materia[2].

* Avvocato del Foro di Roma.

1 C.E. Paliero, *La fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la «Parte Generale» di un Codice penale dell'Unione Europea*, in *Riv. it. Dir. proc. pen.*, 2000, 466 ss.

2 In data 4 agosto 2026, il Consiglio dei Ministri ha approvato lo schema di disegno di legge recante la revisione della disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231. Il testo è, naturalmente, ancora passibile di modifiche nel corso dell'iter parlamentare.

Una normativa complessa ed innovativa, con previsioni di natura sostanziale e processuale di rilevanza pubblicistica come il d.lgs. 231/2001, merita, infatti, molta attenzione, un'attenzione senz'altro maggiore di quella fin ad oggi le è stata riservata in relazione al rispetto dei principi di rilievo costituzionale che la sua finalità coinvolge.

Voglio fare riferimento al principio di colpevolezza, a quello del giusto processo, al principio di tassatività e determinatezza, al principio della riserva di legge, al principio di materialità ed offensività ed a quello della finalità rieducativa della pena.

Che il d.lgs. 231/2001 appartenga a quello che comunemente viene definito 'diritto punitivo' non è dato dubitare. Sulla qualifica di "responsabilità amministrativa" si è a lungo discusso, ma che tale responsabilità discenda dalla commissione di un reato e che la sua concreta applicazione avvenga nell'ambito di un procedimento penale, costituiscono dati di fatto che non possono essere messi in discussione, essendo intrinseci alla sua stessa previsione legislativa.

Esso, tuttavia, non contiene nuove norme incriminatrici ma coinvolge nella vicenda punitiva un soggetto giuridico diverso (l'ente) dalla persona fisica autrice del fatto criminoso. Tanto basta (e ci mancherebbe altro) per ritenere che i medesimi principi costituzionali che garantiscono la posizione giuridica della persona fisica autrice del delitto presupposto debbano garantire anche quella della persona giuridica: non si rinviene alcun motivo per cui si dovrebbe utilizzare un parametro diverso.

2. Il principio di tassatività e determinatezza e quello della riserva di legge. Linee evolutive e considerazioni *de jure condendo*.

L'art. 25 comma 2 della Costituzione, che racchiude il principio di legalità, prevede implicitamente i principi di determinatezza e tassatività del reato. La sentenza della Corte costituzionale n. 327 del 2008 stabilisce, con riferimento al principio di determinatezza, come i "due obiettivi fondamentali ad esso sottesi consistono, per un verso nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta"[3].

Ma come si conciliano tali previsioni con il fatto che il d.lgs. 231/2001 non contiene norme incriminatrici? O meglio, per dirla con le parole di Schunemann: "è dogmaticamente sostenibile, e ragionevole sul piano politico-criminale, la previsione di un'autentica responsabilità penale dell'impresa?"[4], così come avviene in Francia dall'ormai

[3] Sentenza 327/2008 (ECLI: IT: COST: 2008: 327) - giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale - presidente: BILE, relatore: Flick - decisione del 30/07/2008 - deposito del 01/08/2008; pubblicazione in G.U, 06/08/2008 n. 33. Norma impugnata: art. 434 c.p.

[4] Per approfondire il pensiero dello studioso tedesco, vedi: B. Schünemann, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979; B. Schünemann, *L'evoluzione della teoria della colpevolezza nella Repubblica federale tedesca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 3; B. Schünemann, *Ist eine direkte strafrechtliche Haftung von Wirtschaftsunternehmen zulässig und erforderlich?*, in *The Taiwan/ROC Chapter*, International Association of Penal Law (Hrsg.), *International Conference on Environmental Criminal Law*, Taipei, 1992, 433.

lontano 1994, attraverso l'introduzione di una responsabilità penale diretta e concorrente delle *personnes morales*.

Dopo l'entrata in vigore di tale responsabilità, la Corte Costituzionale francese ha ribadito la piena compatibilità con i principi costituzionali di una responsabilità autenticamente penale delle persone giuridiche.

Come ho detto in precedenza, "l'attrazione" verso la materia penale è dovuta a più fattori, tutti convergenti verso una qualificazione sostanziale della responsabilità solo in parte aderente alla qualifica formale: l'ente cui viene contestato (*i*) un illecito amministrativo dipendente da reato (*ii*) può assumere il ruolo di parte nel procedimento penale, intervenendovi in posizione assimilata a quella dell'indagato in quanto alle garanzie, dipendendo oltretutto tale evenienza da una scelta del Pubblico Ministero che gli contesta l'illecito amministrativo.

Ma veniamo ora ad un punto centrale, qualificante la responsabilità amministrativa da reato dell'ente: la colpa organizzativa.

Sul piano della colpevolezza, il criterio soggettivo costituzionalmente accettabile, così come risultante dalla recente evoluzione giurisprudenziale, è rappresentato dall'esigibilità dell'adozione di un Modello organizzativo idoneo, cioè di uno specifico "comportamento" aziendale finalisticamente orientato a prevenire una determinata categoria di atti/eventi illeciti: per cui la prova della sussistenza della colpa organizzativa richiede la dimostrazione della correlazione funzionale tra il *deficit* organizzativo ed il reato verificatosi.

Di seguito alcune considerazioni *de jure condendo* che, traendo spunto dalle argomentazioni si cui prima mi sono soffermato con particolare riferimento alla certezza del diritto in materia di regole cautelari, ritengo possano quanto meno avvicinare la vicenda punitiva dell'ente al rispetto dei principi costituzionali in materia penale.

Senza tanti giri di parole.

Con riferimento al potenziamento della certezza del diritto in materia di previsione delle forme e dei contenuti del Modello Organizzativo – dalla cui idoneità e concreta applicazione discende, come è noto, la deresponsabilizzazione dell'ente – invece di affidarsi alle linee guida predisposte da Confindustria o dalle varie associazioni rappresentative degli interessi di categoria, sulla falsariga del PNA, Piano Nazionale Anticorruzione, si potrebbe affidare all'ANAC il compito di redigere annualmente una sorta di Modello Organizzativo "madre" o generale, che funga da guida per la redazione dei vari documenti da parte dei singoli enti.

Tale Modello, così come già avviene per il PNA, potrebbe costituire un modello generale da aggiornare annualmente da parte di ANAC, con vari *focus*, diversi ogni anno, che facciano riferimento alle molteplici realtà aziendali relativamente a: 1) oggetto sociale e *core business*; 2) dimensioni: numero di dipendenti e fatturato; 3) funzioni aziendali; 4) famiglie di reato; 5) esistenza di una specifica normativa di settore; 6) nazionalità dell'ente.

Tale Modello generale emanato dall'ANAC servirebbe da riferimento per la redazione dei singoli MOGC da parte delle singole società, rappresentando il suo contenuto la struttura, le componenti minime e le finalità che dovranno rinvenirsi in tutti i MOGC affinché non possa essere contestata la mancanza di organizzazione. Ogni Modello, in più, dovrà essere calibrato sulle singole realtà, sempre sulla base dei parametri contenuti nel Modello generale.

Le società che lo riterranno opportuno potranno ogni anno inviare all'ANAC, entro una data prestabilita, le proprie considerazioni sul Modello generale dell'anno precedente e le proposte per quello dell'anno successivo. Anche le decisioni giudiziarie di merito e di legittimità entreranno a far parte del patrimonio conoscitivo, che consentirà di arricchire il Modello generale di contenuti.

Tale percorso consentirebbe sia alle Società sia all'Autorità Giudiziaria di basarsi su specifici parametri di riferimento destinati a rappresentare dei veri e propri capisaldi per il riconoscimento/accertamento della colpa organizzativa.

Al fine di rendere tali modalità più operative possibile, si potrebbe pensare ad un potere ispettivo dell'ANAC anche con riferimento alle società private, con effetti attestativi e non sanzionatori (se non nei limiti in cui una mancata attestazione di idoneità possa essere considerata sanzionatoria), limitandone però l'operatività nei confronti delle sole società munite di determinati requisiti dimensionali ovvero di quelle che siano risultate destinatarie, nei tre anni precedenti, di sentenze di condanna o di decisioni applicative di misure di prevenzione antimafia.

L'attività di verifica consentirebbe di arricchire ulteriormente il patrimonio conoscitivo dell'ANAC e di stimolare le società e gli ODV a tenere un comportamento proattivo nei confronti di un aggiornamento e miglioramento costante e continuo dell'organizzazione.

Inoltre, l'Organismo di Vigilanza potrebbe costituire il soggetto con cui l'ANAC si interfaccia per l'acquisizione di informazioni afferenti ai contenuti del Modello, il rispetto dello stesso da parte dell'ente e la verifica dell'attività di vigilanza. Ciò servirebbe da sprone agli ODV "pigri".

Si potrebbe anche pensare di costituire, presso l'ANAC, un albo nazionale degli ODV, al fine di garantire una professionalità che troppo spesso in questi anni è mancata.

3. Ulteriori proposte di riforma. Il c.d. "microcodice di procedura penale".

Ritengo che il MOGC sia principalmente uno strumento processuale, e questo lo prova anche la norma più importante del d.lgs. 231 del 2001, cioè l'art. 6, che, infatti, disegna la struttura *imputativa* della responsabilità amministrativa da reato all'ente. Si è parlato, con riferimento all'incipit della norma – "*l'ente non risponde se* ***prova*** *che*" – di inversione dell'onere della prova. Io ritengo che ci troviamo di fronte alla estrinsecazione normativa del fatto che la vicenda punitiva dell'ente trova nell'ambito del processo penale la sua espressione più caratteristica e qualificante, assumendo alcuni aspetti sostanziali anche un connotato processuale.

Di seguito, alcune ipotesi di lavoro.

1. Art. 6. La prima proposta di modifica potrebbe riguardare una norma che si trova al di fuori della parte del decreto riservata alle norme processuali, cioè l'art. 6, al fine di fugare qualsiasi dubbio sull'inesistenza di un'inversione dell'onere probatorio, come già adeguatamente chiarito dalla giurisprudenza di legittimità.

2. L'esercizio dell'azione penale a carico dell'ente. Conosciamo tutti la prassi da parte dei P.M. di rinunciare all'annotazione degli illeciti a carico degli enti. Bisognerebbe, quindi, regolamentare la discrezionalità del p.m. In questo caso ci trovia-

mo nell'ambito **dell'art. 55 del Decreto**, il quale, al contrario, è molto chiaro quando afferma che il p.m. che acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente, annota immediatamente, nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. il reato da cui dipende l'illecito. Tale annotazione è obbligatoria

3. Questo intervento andrebbe coordinato con la **revisione dell'art. 58,** che non prevede alcun controllo sull'inazione del p.m., il quale può procedere in autonomia all'archiviazione, con il solo eventuale intervento del Procuratore Generale; previsione questa che ha indotto alcuni commentatori a sollevare dubbi circa la sua compatibilità con il principio di obbligatorietà dell'azione penale. Ma anche se si trattasse di azione amministrativa, si lascia comunque al p.m. la possibilità di scegliere gli illeciti da perseguire. Si potrebbe, quindi, rafforzare il presidio di controllo giurisdizionale.

4. Obbligatorietà dell'azione penale a carico dell'ente e controllo giurisdizionale.

Premessa. L'obbligatorietà dell'azione penale è punto di convergenza di plurimi diritti costituzionali: legalità e uguaglianza, su tutti. Tuttavia, l'obbligatorietà – oggi temperata dall'introduzione dei criteri di priorità, vedremo con quali risultati – è un principio in perenne crisi, la cui esigibilità si scontra con evidenti carenze organizzative del sistema giustizia. Perseguire obbligatoriamente, indistintamente e indiscriminatamente la mastodontica mole di notizie di reato che pervengono negli uffici di procura è compito arduo ai limiti del possibile. Nonostante ciò, nella misura in cui l'azione penale è esercitata nei confronti della persona fisica autore di un reato presupposto della responsabilità amministrativa dell'ente, non si vede perché la "condotta" dell'ente non debba seguire la via parallela.

L'attuale dato normativo. Persona fisica: ai sensi dell'art. 335 c.p.p. il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice.

Per la persona giuridica a norma dell'art. 55 D.lgs. 231/2001 il pubblico ministero che acquisisce la notizia dell'illecito amministrativo dipendente da reato commesso dall'ente annota immediatamente, nel registro di cui all'art. 335 del c.p.p., gli elementi identificativi dell'ente unitamente, ove possibile, alle generalità del suo legale rappresentante nonché il reato da cui dipende l'illecito.

L'art. 335 prevede l'obbligatorietà per il PM di iscrivere nel registro delle notizie di reato il nominativo della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini.

È ormai ampiamente noto come nella prassi emerga una tendenza consolidata da parte delle Procure, quella di non procedere all'annotazione formale degli illeciti amministrativi a carico degli enti, pur in presenza di notizie di reato presupposto che lascerebbero quantomeno profilare la responsabilità dell'ente ai sensi del D.lgs. 231/2001. Tale prassi solleva importanti questioni sia di ordine giuridico che sistematico, poiché rischia di compromettere l'effettività del sistema di responsabilità degli enti.

L'art. 55 del D.lgs. 231/2001 sul punto non lascia spazio a interpretazioni ambigue: dispone in modo esplicito che "il pubblico ministero che acquisisce la notizia dell'il-

lecito amministrativo dipendente da reato commesso da una persona fisica nell'interesse o a vantaggio dell'ente, annota immediatamente nel registro di cui all'articolo 335 del codice di procedura penale il reato da cui dipende l'illecito stesso". Dunque, non si tratta di una facoltà, ma di un obbligo di legge a carico del pubblico ministero, strettamente connesso ai principi di legalità e obbligatorietà dell'azione penale.

L'obbligo in parola riguarda non l'iscrizione dell'ente come parte del registro degli indagati, bensì l'annotazione del reato presupposto, quale fondamento dell'illecito amministrativo dell'ente, ai fini dell'attivazione di un procedimento che, per quanto autonomo, è pur sempre parallelo e collegato a quello a carico della persona fisica.

La prassi di omettere questa annotazione finisce per introdurre un'inammissibile discrezionalità nella fase iniziale del procedimento. Una tale prassi, in contrasto con l'impianto normativo, produce un *vulnus* al principio di obbligatorietà dell'azione penale *ex* art. 112 Cost., laddove l'ente, pur teoricamente responsabile, non viene mai formalmente attinto dal procedimento.

L'esigenza di assicurare effettività al principio di obbligatorietà dell'azione penale nel contesto della responsabilità da reato degli enti impone un'attenta riflessione non solo sull'attuazione dell'art. 55 D.lgs. 231/2001, ma anche su un necessario coordinamento sistematico con l'art. 58 dello stesso decreto. Quest'ultima disposizione, infatti, disciplina la fase dell'archiviazione del procedimento a carico dell'ente ma lo fa in modo tale da lasciare ampi margini di autonomia al pubblico ministero, in assenza di un controllo giurisdizionale pienamente effettivo.

In particolare, l'art. 58 prevede che, qualora il pubblico ministero ritenga di non dover esercitare l'azione nei confronti dell'ente, ne informi il Procuratore Generale, che può eventualmente svolgere gli accertamenti indispensabili e, qualora ritenga ne ricorrano le condizioni, contesta all'ente le violazioni amministrative conseguenti al reato entro sei mesi dalla comunicazione. Tuttavia, non è previsto alcun vaglio da parte del giudice per le indagini preliminari né un meccanismo analogo a quello contemplato dall'art. 408 c.p.p. per l'archiviazione nei confronti della persona fisica.

Questa asimmetria procedimentale ha suscitato, in dottrina e in giurisprudenza, rilevanti dubbi circa la reale vincolatività del principio di obbligatorietà dell'azione penale in materia di illeciti 231. La possibilità per il pubblico ministero di procedere all'archiviazione in totale autonomia, con il solo eventuale intervento del Procuratore Generale (intervento che, nella prassi, resta spesso meramente formale), lascia spazio a scelte selettive e discrezionali circa quali enti perseguire, senza che vi sia una reale possibilità per l'ente stesso o per la persona offesa di contestare l'inerzia dell'organo requirente.

Anche qualora si optasse per una qualificazione dell'azione nei confronti dell'ente in termini amministrativi e non penalistici in senso stretto, permane comunque una criticità evidente: si consente al pubblico ministero, quale soggetto titolare dell'azione, di operare una selezione discrezionale tra illeciti ugualmente astrattamente rilevanti, in assenza di un sistema di garanzie processuali effettive.

Ne consegue che una revisione dell'art. 58 D.lgs. 231/2001 risulta opportuna e necessaria, nella prospettiva di rafforzare il presidio di controllo giurisdizionale sull'operato del pubblico ministero.

Profilo valutativo/ argomentativo – caso pratico. L'obbligatorietà dell'azione penale implica l'obbligatorietà dell'iscrizione della notizia di reato, da cui consegue ulteriormente l'obbligo di indagare, al fine di verificare la sussistenza o meno dei presupposti per decidere tra azione e inazione. Come detto, anche sotto tale ultimo profilo si

registra un doppio binario: per la persona fisica l'inazione è soggetto al controllo del giudice; per la persona giuridica la scelta di non agire – quando il p.m. arbitrariamente decide di iscrivere – è prerogativa esclusiva dell'organo investigativo.

A titolo esemplificativo, il sistema così delineato genera alcuni casi paradossali: il p.m. iscrive nei confronti dell'autore del reato presupposto e dell'ente. Decide poi di archiviare per insussistenza del fatto, lo stesso che ha determinato anche la responsabilità dell'ente. Ebbene, per la persona fisica dovrà chiedere l'archiviazione al giudice per le indagini preliminari; mentre, per l'ente potrà procedere ad archiviare autonomamente. In questa ipotesi, è possibile che il giudice per le indagini preliminari emetta un provvedimento di imputazione coatta perché ritiene che il fatto sussista, con il conseguente obbligo per il p.m. di esercizio dell'azione penale nei confronti della persona fisica. Nelle more, il procedimento nei confronti dell'ente viene archiviato dal p.m., benché sullo stesso fatto sia stato emesso un provvedimento del giudice per le indagini preliminari che riconosce – sotto il profilo della ragionevole previsione di condanna – la sussistenza del reato presupposto.

Nella prassi, per ovviare a tale ipotesi, gli uffici di procura richiedono l'archiviazione nei confronti della persona fisica, attendendo l'esito della richiesta prima di procedere autonomamente all'archiviazione nei confronti dell'ente.

Si tratta all'evidenza di un sistema che, così congegnato, in sostanza rimette all'incontrollata discrezionalità e arbitrarietà del pubblico ministero la decisione in merito alla scelta di iscrivere, perseguire o archiviare nei confronti dell'ente.

Profili *de iure condendo*. Quanto al profilo della discrezionalità dell'azione nei confronti dell'ente, si ritiene che l'art. 55 cit. sia già sufficientemente chiaro: l'uso dell'indicativo presente è eloquente nel senso che l'iscrizione nei registri di cui all'art. 335 c.p.p. è atto dovuto da parte del pubblico ministero. Tuttavia, la cogenza della norma 231 è vanificata dall'assenza di un principio costituzionale analogo a quello dell'obbligatorietà dell'azione penale contenuto nell'art. 112 cost. Ne consegue che una proposta *de jure condendo* non può prescindere da una revisione costituzionale, attraverso un'espressa estensione del principio di obbligatorietà all'azione amministrativa a carico dell'ente esercitata nel processo penale ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Quanto al diverso e concorrente profilo del controllo giurisdizionale, si ritiene che l'eventuale estensione dell'obbligatorietà dell'azione anche nei confronti dell'ente implichi necessariamente un vaglio da parte del giudice penale sulla scelta del pubblico ministero di non agire. La soluzione potrebbe quindi essere quella di modificare l'art. 58, prevedendo un richiamo *tout court* alla disciplina di cui agli artt. 408 ss.

4. Con riferimento al c.d. **Modello *post delictum***, si potrebbe pensare ad un istituto, sulla **falsa riga dell'art. 49**, che preveda la sospensione del procedimento, consentendo all'ente di adattarsi a quelle che sono le prescrizioni eventualmente imposte e le relative conseguenze processuali. Si dovrebbe, quindi, consentire all'ente, di presentare una domanda di *probation* corredata da un progetto di riorganizzazione;

5. La causa di **non punibilità della particolare tenuità del fatto**.

Le riforme intervenute negli ultimi anni nel sistema codicistico in materia di non punibilità per le persone fisiche non hanno interessato il *corpus* normativo della responsabilità *ex crimine* degli enti, comportando il mancato coordinamento tra le due discipline con i rilevanti problemi interpretativi che ne derivano.

Il primo riferimento è alla causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto di cui all'articolo 131-*bis* del codice penale introdotta con il d.lgs. 16 marzo 2015 n. 28,

in attuazione della legge delega 28 aprile 2014 n. 67, al fine di deflazionare l'ingente carico giudiziario che affligge le nostre Corti. La finalità deflattiva concerne tutti quei fatti criminosi che, nonostante configurino fattispecie tipiche, non si connotato di un disvalore tale da «giustificare l'interesse dell'ordinamento all'emissione della sanzione». In tal senso, in dottrina è stato sottolineato che «la particolare tenuità del fatto è diretta a dare piena attuazione ai principi di *extrema ratio* e proporzione della pena, vale a dire ad escludere la pena rispetto a fatti che in ragione del loro scarso disvalore in concreto non la meritano»[5].

A norma dell'articolo 131-*bis*, primo comma, «nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel minimo a due anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, anche in considerazione della condotta susseguente al reato, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale».

L'attuale dato normativo. Il consolidato filone interpretativo è orientato ad escludere l'estensione di tale causa di non punibilità all'ente, alla luce dell'ostacolo normativo previsto all'articolo 8 del d.lgs. n. 231/2001. A fronte del vuoto normativo in materia, la Suprema Corte ha ritenuto che, in caso di proscioglimento della persona fisica, autrice del reato-presupposto, *ex* articolo 131-*bis* del codice penale «l'accertamento della responsabilità amministrativa della società nel cui interesse o per il cui vantaggio il reato è stato commesso può e deve proseguire attraverso un percorso processuale autonomo», escludendo la possibilità di trasferire automaticamente l'applicazione della particolare tenuità del fatto nei confronti della persona fisica al processo *contra societatem*.

Sulla base di tale orientamento, ne deriva che la responsabilità dell'ente dovrà essere autonomamente accertata, sia in positivo che in negativo, a nulla rilevando l'operatività della particolare tenuità del fatto di reato nei confronti della persona fisica.

La giurisprudenza di legittimità, che si è espressa in materia, perviene alla conclusione di escludere l'applicabilità della causa di non punibilità all'ente valorizzando non il dato letterale dell'articolo 8 del d.lgs. n. 231/2001, bensì attraverso una ricostruzione «in chiave teleologica, mettendone in risalto la *ratio* ispiratrice».

Peraltro, la non operatività della causa di non punibilità agli enti viene fatta discendere dall'assunto secondo il quale l'articolo 131-*bis* del codice penale non prevede una causa di estinzione del reato né di esclusione del reato ma concerne piuttosto il versante sanzionatorio-punitivo, in quanto si tratta pur sempre di un reato che è completo nei suoi elementi costitutivi, e l'unica conseguenza che deriva dal riconoscimento della causa di non punibilità in questione, è quella di considerare non meritevole l'irrogazione della pena a fronte dell'attenuato disvalore penale rivestito dal fatto. Pertanto, la sentenza che riconosce la particolare tenuità del fatto rappresenta una "cripto-condanna" ossia «esprime un'affermazione di responsabilità, pur senza condanna, e pertanto non può assimilarsi ad una sentenza di assoluzione, ma lascia intatto il reato nella sua esistenza, sia storica che giuridica»[6].

[5] Cfr. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659.

[6] Cfr. Cass. pen., Sez. III, 17 novembre 2017, P.G. in proc. Ficule, in *C.E.D. Cass.*, n. 272447.

Ancora, tale esclusione troverebbe un avallo anche nell'articolo 651-*bis* del codice di procedura penale laddove prevede che la sentenza irrevocabile di proscioglimento, pronunciata per particolare tenuità del fatto, abbia efficacia di giudicato – relativamente all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso – esclusivamente nel giudizio civile o amministrativo di danno, non menzionando invece il giudizio nei confronti dell'ente.

A sostegno della non estensibilità della causa di non punibilità viene, poi, invocata la Relazione ministeriale al d.lgs. n. 231/2001, la quale afferma che «le cause di estinzione della pena (emblematici i casi di grazia o di indulto), al pari delle eventuali cause di non punibilità e, in generale, alle vicende che ineriscono a quest'ultima, non reagiscono in alcun modo sulla configurazione della responsabilità in capo all'ente, non escludendo la sussistenza di un reato».

Profilo valutativo/ argomentativo – caso pratico. Di contro, è stato rilevato come una simile interpretazione comporterebbe un contrasto con il principio di legalità e una applicazione analogica in *malam partem* in quanto dalla *littera legis* dell'articolo 8 del decreto 231 si evince che l'autonomia della responsabilità dell'ente sia inerente alle sole cause di estinzione del reato, e non alle cause di non punibilità e dunque la particolare tenuità del fatto non rientrerebbe nel raggio operativo del principio di autonomia.

Inoltre, l'orientamento della giurisprudenza favorevole alla non operatività dell'articolo 131-*bis* all'ente sembra «trascurare il fatto che nell'attuale impostazione del sistema della responsabilità degli enti questi ultimi sono puniti non soltanto (e non tanto) in ragione delle proprie carenze organizzative, ma esclusivamente a seguito della commissione di un fatto di reato che, ancorché costituente uno degli elementi dell'illecito amministrativo, continua comunque a svolgere un ruolo di primo piano nella giustificazione della risposta sanzionatoria»[7].

Peraltro, se la finalità dell'introduzione dell'istituto di cui all'articolo 131-*bis* è quella di deflazionare il carico processuale non si riscontrerebbero motivazioni ragionevoli per continuare a perseguire, invece, la condotta illecita tenuta dal soggetto collettivo, rendendo incongrua e sproporzionata un'eventuale risposta sanzionatoria a carico di quest'ultimo.

Profili *de iure condendo*. A favore dell'estensione della tenuità del fatto nei confronti dell'ente si registrano le Linee guida delineate dalla Procura di Palermo, nelle quali viene disposto che, alla luce del mancato riferimento nell'articolo 8 del d.lgs. n. 231/2001 alle cause di non punibilità «l'archiviazione per la causa di non punibilità in esame riguardante la persona fisica si estende senza dubbio anche a quella giuridica».

In assenza di un intervento di riforma da parte del legislatore, in dottrina è stata prospettata la soluzione di delineare una specifica causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto sulle peculiarità della disciplina 231, ossia che prenda in considerazione la condotta dell'ente, l'entità del vantaggio che ha ottenuto dalla commissione del reato, che dovrà rivelarsi non significativo, la colpa di organizzazione, la quale non dovrà assumere particolare spessore, nonché le attività in senso *compliant*

[7] Cfr. Scaroina, *Prospettive di razionalizzazione della disciplina dell'oblazione nel sistema della responsabilità da reato degli enti tra premialità e non punibilità*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 2, 199.

predisposte dal soggetto collettivo, quale l'adozione del modello di organizzazione e gestione.

In particolare, è stato rilevato come sarebbe preferibile «che un'eventuale previsione normativa di una autonoma causa di non punibilità per tenuità del fatto a beneficio dell'ente richieda anche di poter escludere, nel caso concreto, profili di – quanto meno rilevante – "addebito" o "rimproverabilità" a carico dell'ente stesso, proprio con riferimento all'inadeguata predisposizione ed attuazione del modello di organizzazione e gestione. In questo senso appare possibile ancorare la tenuità del fatto all'esistenza di un modello di organizzazione e gestione (la totale mancanza dello stesso difficilmente potrebbe condurre ad un giudizio di scarsa offensività) nel quale sia comunque prevista l'istituzione di un autonomo OdV, ma che si sia rivelato, in concreto, inefficace per prevenire reati come quello commesso o che non sia stato seguito da un sufficiente esercizio della dovuta vigilanza da parte dell'Organismo a tanto deputato, o comunque non sia stato fraudolentemente eluso»[8].

6. La causa di improcedibilità di cui all'art. 344-*bis*: estensione all'ente e coordinamento con **l'art. 37 del Decreto**.

Estensione dell'art. 344-*bis* cpp

Premessa. La Legge 27 settembre 2021, n. 134, mediante l'introduzione dell'art. 344-*bis* del codice di procedura penale, ha previsto un nuovo istituto processuale: l'improcedibilità dell'azione penale per il superamento dei termini massimi di durata del giudizio di impugnazione.

Tuttavia, nell'ambito della cosiddetta "Riforma Cartabia", il legislatore non ha contemplato espresse disposizioni di coordinamento tra tale nuova causa di improcedibilità e il procedimento penale a carico degli enti collettivi disciplinato dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Ne consegue che una delle questioni interpretative più rilevanti emerse all'indomani dell'entrata in vigore della norma concerne la sua eventuale estensione al processo de quo, in assenza di un'esplicita esclusione normativa.

In conclusione, l'estensione dell'istituto dell'improcedibilità per superamento dei termini di durata del giudizio d'impugnazione al procedimento per l'accertamento della responsabilità dell'ente *ex* D.lgs. 231/2001 si presenta non solo coerente con il quadro normativo vigente, ma altresì giustificabile sul piano sistematico, in ragione del vincolo di interdipendenza tra la procedibilità dell'illecito amministrativo e quella del reato presupposto.

L'attuale dato normativo. Sebbene il legislatore non abbia fornito chiarimenti in merito, la questione riveste particolare rilevanza, atteso il crescente interesse della giurisprudenza, della dottrina e dello stesso legislatore per la responsabilità da reato degli enti. In assenza di una norma derogatoria che limiti espressamente l'operatività dell'art. 344-*bis* c.p.p. al solo processo penale in senso stretto, nulla osta, in linea di principio, all'applicazione del suddetto istituto anche nel procedimento previsto dal D.lgs. 231/2001, considerando che tale procedimento resta di natura penale, in quanto funzionale all'accertamento dell'illecito amministrativo da reato.

In tale direzione si è espresso anche l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, il quale, pur in mancanza di un orientamento consolidato della giurispru-

[8] Cfr. De Falco, *A vent'anni dal d.lgs. 231/2001 riflessioni su un possibile ritocco in punto di collaborazione dell'ente e di tenuità del fatto*, in *Riv. 231*, 2022, 453.

denza di legittimità, ha prospettato una lettura costituzionalmente orientata della normativa, secondo cui la causa di improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione dovrebbe ritenersi applicabile anche al processo a carico dell'ente. In tal caso, qualora il giudizio d'impugnazione non possa proseguire per decorrenza dei termini, anche il procedimento nei confronti dell'ente dovrebbe cessare.

Ulteriore conferma di tale impostazione si rinviene nell'art. 34 del D.lgs. 231/2001, il quale sancisce che, salvo incompatibilità, al procedimento contro l'ente si applicano le norme del codice di procedura penale. L'art. 344-*bis* c.p.p., in quanto norma processuale generale, deve pertanto ritenersi applicabile anche ai procedimenti *ex* D.lgs. 231/2001, salvo si dimostri un'incompatibilità oggettiva o sistematica con la disciplina speciale prevista dal decreto.

Inoltre, si osserva una coerenza sistematica con quanto disposto dall'art. 37 dello stesso D.lgs. 231/2001, che prevede l'improcedibilità dell'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente nel caso in cui l'azione penale non possa essere esercitata o proseguita nei confronti dell'autore del reato per mancanza di una condizione di procedibilità. Tale norma appare suscettibile di interpretazione estensiva, includendo tra le cause di improcedibilità anche quelle derivanti dall'art. 344-*bis* c.p.p., trattandosi di impedimenti processuali che ostano a una pronuncia di merito.

Profili *de iure condendo*. La soluzione potrebbe semplicemente essere rinvenuta nell'introduzione di una norma *ad hoc* che richiami la disciplina di cui all'art. 344 bis c.p.p. anche per l'ente, non rilevandosi particolari criticità applicative.

7. Modifica dell'art. 53 del decreto che disciplina il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, prevedendo tra i suoi presupposti la probabile condanna dell'ente;

8. Possibile **sospensione del processo all'ente** in attesa della definizione della procedura concorsuale che potrebbe portare alla dichiarazione di liquidazione giudiziale dell'ente imputato;

9. Art. 39. Rappresentanza dell'ente. La problematica sottesa a questo articolo è stata in parte risolta dalla giurisprudenza di legittimità, che consente la rappresentanza dell'ente indagato sottoposto a misura cautelare senza la previa costituzione in giudizio disciplinata dal secondo comma del medesimo articolo al fine di proporre impugnazione. Sarebbe utile intervenire prevedendo espressamente un *numerus clausus* di situazioni in cui non sia necessario per l'ente indagato intervenire nel procedimento penale senza le formalità richieste ma con il deposito di una semplice nomina del difensore di fiducia da parte di un soggetto legittimato a farlo.

Rappresentanza dell'ente, art. 39 d.lgs. 231/2001

Premessa. L'art. 39 del D.lgs. 231/2001 disciplina le modalità di partecipazione dell'ente, quale soggetto giuridico collettivo, al procedimento penale instaurato a suo carico, prevedendo che tale partecipazione avvenga per il tramite del legale rappresentante, salvo che questi sia indagato o imputato del reato presupposto, ipotesi in cui opera una causa di incompatibilità assoluta che preclude l'esercizio della rappresentanza.

Il secondo comma della disposizione in esame individua le formalità necessarie per la costituzione in giudizio dell'ente, tra cui figurano, a pena di inammissibilità, la nomina del difensore, il conferimento della relativa procura nelle forme di cui all'art. 100, comma 1, c.p.p., nonché la dichiarazione o elezione di domicilio.

Tale assetto normativo risponde all'esigenza di adattare le regole del processo penale alla natura metaindividuale dell'ente, la cui struttura organizzativa impone modalità più articolate di espressione della volontà processuale rispetto a quelle previste per la persona fisica, garantendo in tal modo l'effettività del diritto di difesa.

Un nodo interpretativo concerne la legittimazione dell'ente non costituito a esercitare diritti difensivi, ed in particolare la possibilità di proporre impugnazioni – ad esempio contro misure cautelari reali – mediante difensore di fiducia nominato ai sensi dell'art. 96 c.p.p., in assenza di formale costituzione.

L'attuale dato normativo. Su tale tema si sono contrapposti due orientamenti giurisprudenziali:

Uno estensivo, secondo cui la nomina del difensore, se regolarmente effettuata, legittima l'esercizio dei poteri difensivi anche in assenza della dichiarazione di costituzione[9].

Uno restrittivo, che subordina qualsiasi attività difensiva all'adempimento formale previsto dall'art. 39, comma 2, del D.Lgs. 231/2001[10].

Il contrasto è stato composto dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione[11], che hanno optato per un'interpretazione sistematica: in presenza di atti caratterizzati da urgenza o sorpresa – in particolare nella fase delle indagini preliminari – è ammesso l'esercizio di facoltà difensive da parte del difensore di fiducia, pur in assenza della costituzione formale. Tuttavia, una volta notificata l'informazione di garanzia *ex* art. 57 D.lgs. 231/2001, l'ente può esercitare i propri diritti esclusivamente previa costituzione in giudizio, pena l'inammissibilità degli atti difensivi proposti.

Il divieto di rappresentanza da parte di soggetto incompatibile – previsto al comma 1 dell'art. 39 – ha carattere imperativo e assoluto, operando sin dalla fase investigativa e determinando l'invalidità *ex lege* di ogni atto, compresa la nomina del difensore, effettuato da soggetto indagato o imputato per il reato presupposto.

Tali principi sono stati confermati anche dalla giurisprudenza di legittimità successiva[12], la quale ha ribadito che, in casi urgenti, il difensore può agire in nome dell'ente, ma che, decorso tale stato e ricevuta l'informazione di garanzia, l'ente è tenuto a costituirsi formalmente per conservare la legittimazione processuale. In difetto, ogni atto propulsivo sarà da considerarsi inammissibile, a norma dell'art. 591 c.p.p.

Profili *de iure condendo*. Sarebbe utile intervenire prevedendo espressamente un *numerus clausus* di situazioni in cui non sia necessario per l'ente indagato intervenire nel procedimento penale senza le formalità richieste ma con il deposito di una semplice nomina del difensore di fiducia da parte di un soggetto legittimato a farlo.

9 Cass., Sez. VI, 5 novembre 2007, Quisqueyama S.p.a., in *C.E.D. Cass.*, n. 238322
10 Cass., Sez. VI,5 febbraio 2008, soc. A.R.I. International, in *C.E.D. Cass.,* n. 241011
11 Cass., Sez. un., 28 maggio 2015, Gabrielloni, in *C.E.D. Cass.*, n. 264313
12 Cass., Sez. II, 20 giugno 2019, n. 27542/2019, inedita.

MISURE DI PREVENZIONE PATRIMONIALE E (DIS)ORIENTAMENTI DELLA CORTE EDU

Carlo Pasquariello*

Sommario: 1. Prevenzione e sicurezza tra limiti di garanzia e politiche efficientistiche. – **2.** I 'modelli europei' di confisca. – **2.1.** (segue): le decisioni quadro del Consiglio UE. – **2.2.** (segue): la direttiva 2014/42/UE. – **2.3.** (segue): il regolamento UE 2018/1805. – **2.4.** (segue): la direttiva 2024/1260/UE. – **3.** La compatibilità 'convenzionale' della confisca di prevenzione. – **4.** Le ricadute della sentenza 'De Tommaso c. Italia' sul sistema delle misure di prevenzione patrimoniale. – **5.** La vicenda 'Cavallotti e riuniti c. Italia' e gli interrogativi aperti dalla Corte Edu. – **5.1.** (segue): l'intervento dell'Unione delle Camere penali. – **6.** La sentenza 'Garofalo e altri c. Italia' e l'affermazione del carattere ripristinatorio della confisca di prevenzione. – **7.** La Corte Edu tra interrogativi in sospeso e questioni 'di principio'. – **7.1.** (segue): La (possibile) nuova strada dopo la 'sentenza Cavallotti'. – **7.2.** (segue): "*The preventive, and not punitive, nature of confiscation*": tra funzione ripristinatoria e giustizia riparativa.

ABSTRACT

La riconferma dell'orientamento espresso dalla Corte Edu nella sentenza del 13 febbraio 2025 *Garofalo and others v. Italia*, in evidente distonìa con i quesiti sollevati pochi mesi prima nei ricorsi *Cavallotti and others v. Italy*, mantiene sostanzialmente inalterata la questione del conflitto della confisca di prevenzione con la normativa interna, dove il banco di prova e di confronto deve essere individuato nella Costituzione, a meno di non voler perpetuare e legittimare l'inversione metodologica che caratterizza il diritto penale contemporaneo, subordinando i principi fondamentali ai bisogni di tutela e di efficienza.

The reaffirmation of the jurisprudential orientation expressed by the ECtHR decision of February 13, 2025, Garofalo and Others v. Italy, which is clearly at odds with the questions raised only a few months earlier in the Cavallotti and Others v. Italy applications, essentially leaves unchanged the issue of the conflict between preventive confiscation and domestic law. The benchmark for this assessment must be found in the Constitution, unless one intends to perpetuate and legitimise the methodological inversion that characterises contemporary criminal law, whereby fundamental principles are subordinated to the needs of protection and efficiency.

* Vicario del Questore di Prato – Dottore di ricerca presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

1. Prevenzione e sicurezza tra limiti di garanzia e politiche efficientistiche.

La prevenzione, intesa come categoria concettuale, accompagna diacronicamente il percorso evolutivo della società civile.

La sua essenza è evidentemente correlata all'idea del rischio, ossia all'eventualità di subire un danno in relazione a circostanze più o meno prevedibili, ma è probabilmente affrettato e fuorviante un approccio dogmatico che si limiti ad inquadrarne la prospettiva nei modelli di società del rischio (*Risikogesellschaft)*[1] descritti negli ultimi anni del secolo scorso, spiegandone la deriva.

Se da un lato si riconosce correttamente che le plurime metodologie e prassi, in cui si declina la prevenzione nei vari campi di afferenza, assumono solo a partire dal XX secolo una propria organicità e sistematicità[2], dall'altro questa stessa idea di prevenzione è senza dubbio ben più risalente e caratterizza molteplici ambiti settoriali, che interagiscono con il campo giuridico e richiedono la definizione di misure e procedure per il raggiungimento di uno scopo.

La palingenesi delle misure di prevenzione, sia personali che patrimoniali, si inscrive più correttamente nella risalente dialettica filosofica tra autorità – declinata anche nell'accezione di sicurezza – e libertà[3], che viene in sostanza riproposta sul piano giuridico nel rapporto tra efficienza e garantismo.

[1] Nell'ambito di una letteratura particolarmente nutrita si segnalano Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, trad.it. R. Marchisio-S.L. Neirotti, Bologna, 1999; C. Prittwitz, *Società del rischio e diritto penale*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Milano, 2004, 373 ss.; N. Luhmann, *Sociologia del rischio*, trad. it. di *Soziologie Des Risikos* (1991), Milano, 1996; U. Beck, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, trad. it. di *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (1986), Roma, 2000; F. Herzog, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolamentazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in Aa.Vv., *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, a cura di L. Stortoni e L. Foffani, Milano, 2004, 357 ss.; C. Perini, *Il concetto di rischio*, Milano, 2010 spec. 175 ss.; M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004; M.G. Galantino, *La società della sicurezza*, Milano, 2020, *passim*; T. Weigend, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, trad. R. Orlandi, in *Criminalia*, 2014, 84.

[2] Cfr. G. Linares-D. Mainenti, *Sicurezza, pericolosità e prevenzione nella società del rischio*, Milano, 2022, 10; B. Zanobio, *Analisi storica del termine 'prevenzione*, in Aa.Vv., *Per una storiografia italiana della prevenzione occupazionale e ambientale*, a cura di A. Grieco-P.A. Bertazzi, Milano, 1997, 20.

[3] Cfr. G. Thibon, *Autorità e libertà*, Intervento al primo incontro romano della Fondazione Gioacchino Volpe, svoltosi a Roma (9-11 aprile 1973) sul tema "*L'autorità quale garanzia di libertà*", Roma, 1974, 267-274. La riflessione sui rapporti tra autorità e libertà determina, nelle prime righe del *Contratto sociale* di Rousseau, l'obiettivo di comporre la grande antinomia che tutta la cultura borghese della sua epoca avverte ed elude ad un tempo. Il potere coercitivo è conferito dai cittadini allo Stato affinché l'autorità garantisca le condizioni di una convivenza pacifica, per salvaguardare i diritti naturali di libertà da azioni socialmente dannose. La nascita dell'io comune costituisce la sintesi tra le volontà individuali e la volontà generale che si fonda non sulla ma sulla: cfr. J.J. Rousseau, *Contratto sociale*, I, 6, trad. it. R. Mondolfo, in *Opere*, a cura di P. Rossi, Firenze, 1972, 285. In Hobbes la legittimazione dell'ordine giuridico è l'effetto dell'attribuzione all'autori-

La prevenzione nasce con una proiezione negativa (adottare tutte le precauzioni necessarie perché un evento dannoso non si verifichi o quantomeno, al suo verificarsi, possa essere contenuto nei suoi effetti), benché finalizzata a migliorare le condizioni della nostra esistenza e a rendere più sicuri i luoghi nei quali operiamo. In tal senso, misure definibili con buona approssimazione come "preventive", ossia adottabili prima della realizzazione del fatto che esse mirano ad impedire, sono individuabili sia nella legislazione delle πόλεις in Grecia[4] che in quella romana[5], e di qui vengono riproposte come strumenti di controllo sociale per tutto il medioevo e nel diritto premoderno in genere[6].

tà pubblica del potere di disporre o di limitare molti diritti dei singoli, con l'individuo che cede diritti naturali in cambio della sicurezza: cfr. T. Hobbes, *Leviatano* (*Leviathan*, 1651), a cura di E. Lunani, Lama di Sangiustino 1997, XIII, 47 ss. e XVII, 81 ss. "La sicurezza è il fine per cui gli uomini si sottomettono agli altri (...) E non si deve ritenere che un uomo sia obbligato ad alcunché (...) prima che si sia provveduto alla sua sicurezza": cfr. T. Hobbes, *Elementi filosofici sul cittadino* (*De cive*, 1642), a cura di N. Bobbio, Milano, 1994, § VI, 155. Qui il concetto di sicurezza viene usato in senso amplissimo e molto generico: "Non definisce un interesse specifico né specifiche esigenze o di tutela o modalità d'intervento, ma riassume in sé qualsiasi esigenza di tutela che possa essere accampata dai singoli che si riuniscono in una società giuridicamente organizzata": cfr. D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2009, II, 547 e in Aa.Vv., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini e M. Pavarini, Bologna, 2011, 122 ss. Il pensiero giuridico di Locke affianca al volto securitario un modello contrattualistico di matrice liberale, in cui i consociati si accordano per la limitazione reciproca delle libertà in nome di una sicurezza 'attraverso lo Stato' e 'di fronte allo Stato', che non può porsi in contrasto con alcuni diritti primari degli individui, "i quali conservano la facoltà di revocare il potere legislativo in caso di necessità di tutela di quella legge di autoconservazione in nome della quale i singoli conferiscono allo Stato il suo potere legislativo": J. Locke, *Two Treaties of Government* (1689), London, 1764, II, §§ 95-96, 123-131, 149, 197 ss. e 209, cit. in M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, X, 3558.

4 Per un'accurata ricostruzione in materia cfr. N. D'Argento, *Misure di prevenzione*, Napoli, 1979, 4 ss., a giudizio del quale una prima forma di controllo della vita pubblica e privata dei cittadini e dei regnanti va rintracciata nell'istituzione dell'eforato spartano risalente alla prima metà dell'VIII secolo a.C. Agli èfori, eletti tra cittadini di pieno diritto e destinati a rimanere in carica per un solo anno, era affidato un potere di polizia che si sostanziava, in particolare, nel controllo e nell'educazione dei giovani, oltre che nella vigilanza sul corretto comportamento nella vita pubblica e privata da parte dei cittadini. Un modello del genere viene riproposto in Atene con l'introduzione delle sanzioni che possono emesse nei confronti di soggetti empi, libertini, oziosi e, più in generale, di tutti i cittadini inutili alla πόλις.

5 Il riferimento è all'*animadversio censoria* o *iudicium de moribus*, strumento con il quale i censori sanzionavano tutti quegli atti o quei comportamenti ritenuti non conformi ai *boni mores* o alla legge romana. La contestazione dell'atto biasimevole, *probrum*, dava luogo ad giudizio all'esito del quale, in caso di positivo riscontro del comportamento disdicevole, il soggetto veniva colpito da *ignominia*, "espressa in una nota che veniva registrata nell'elenco dei cittadini, dei cavalieri o dei senatori e che produceva i suoi effetti per una durata massima di cinque anni": cfr. B. Siclari, *Le misure di prevenzione*, Milano, 1974, 14. L'istituto "si caratterizza per il suo marcato bifrontismo: da una parte, sanzione vera e propria, in quanto determinava un'infamia dalla quale ci si poteva riabilitare soltanto dopo aver dimostrato di essere tornati sulla 'retta' via; dall'altra, sanzione *sui generis* o – se si vuole – misura di sicurezza sociale, ma pur sempre connessa alla commissione di un fatto, ancorché non rientrante nella giuridica illiceità": così N. D'Argento, *Misure di prevenzione*, cit., 5.

6 Per ulteriori approfondimenti sugli strumenti di prevenzione utilizzati nel Medioevo e in età moderna v. A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazio-*

Nell'ambito di quelle che potremmo definire le linee di sviluppo dell'illecito, che dal diritto romano si dipanano fino al XVIII secolo, una prima direttrice, *legale,* sancisce l'esigenza di rispettare la legge e pertanto condanna l'atto contrario, cioè il reato; una seconda, *sociale,* sanziona la violazione dell'ordine mediante atti perturbatori, ancorché non previsti dalla legge come reato[7].

Quest'ultimo percorso, chiaramente ancora sganciato anche dalla mera percezione di esigenze di legalità o di offensività, nell'ambito di una nozione premoderna del diritto penale, proietta la necessità di una tutela sui beni collettivi attraverso strumenti che prescindono dall'accertamento di un fatto-reato: in altri termini, prima ancora dell'affermarsi dell'idea di un diritto penale che protegge beni giuridici, è già presente una dimensione sociale di illecito che consente di anticipare l'intervento repressivo per contrastare qualsivoglia perturbazione della *quies pubblica*.

È naturale che sin da questi primi sviluppi le misure a carattere preventivo interessino una categoria ampia ma anche ben definita di destinatari, che hanno in comune lo stigma di rappresentare una minaccia per le classi sociali dominanti (prima gli aristocratici, poi la borghesia), per il solo fatto di essere privi di dimora, di lavoro e di mezzi di sostentamento: vagabondi, mendicanti, oziosi e nullafacenti, zingari, delinquenti abituali e recidivi[8].

L'evoluzione 'moderna' di questo approccio è il ricorso a fattispecie preventive (solo) ove necessario per contrastare quei comportamenti in grado di aggredire "certe leggi fondamentali, che attengono alla vita dello Stato (...) all'incolumità dei cittadini, alla salvaguardia dei beni pubblici e privati"[9]: un'aggressione che non può riferirsi ad ogni tipo di reato ma che va rapportata esclusivamente a "quei reati che incidono sulle basi fondamentali della vita associata"[10] e che ledono o mettono in pericolo beni collettivi.

La sicurezza (o il bisogno di sicurezza), altro caposaldo di riferimento per delineare l'adozione di un'organica serie di provvedimenti capaci di difendere i consociati da mali futuri e quindi di impedire danni o anche solo pericoli, è la stella polare che

---

ne, vol. V (*Storia del diritto penale*), Padova 1877, 311 ss.; P. Del Giudice, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in Aa.Vv., *Enciclopedia del diritto penale italiano,* a cura di E. Pessina, Milano, 1905, 431 ss.; D. Schiappoli, *Diritto penale canonico*, *ivi*, 828 ss.

7 Cfr. in proposito C. Calisse, *Svolgimento storico del diritto penale in Italia*, in Aa.Vv., *Enciclopedia del diritto penale italiano,* a cura di E. Pessina, II, Milano, 1906, 167.

8 Si legge nella *Relazione introduttiva alla legge del 1852* presentata dal Ministro degli Interni Galvagno: "L'ozio e il vagabondaggio, quando non sono energicamente repressi dalla legge sono l'origine di gravissimi mali. L'ozioso e il vagabondo possono considerarsi in permanente reato. Frodano la società della parte che da ogni cittadino si deve e non si può concepire, privi quali sono di mezzi, esistere senza supporre una continua sequela di truffe, di ladronecci e simili reati (...) Se propongo una disposizione eccezionale egli è perché qui si tratta di un delitto eccezionale, il quale, come ho già detto, è occasione e fonte di tutti gli altri reati e crimini", passo riportato da I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in Aa.Vv., *Le misure di prevenzione. Atti del convegno di Alghero*, Milano, 1975, 197-198. Sull'argomento, cfr. altresì A. Manna-F.P. Lasalvia, *Le "pene senza delitto": sull'inaccettabile "truffa delle etichette"*, in *Arch. pen.*, 2017, 6.

9 Cfr. P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 632.

10 Cfr. P. Nuvolone, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, loc. cit.

orienta le scelte politico-criminali di carattere preventivo già in epoca antecedente all'affermarsi di un modello di diritto penale basato sulla protezione dei beni giuridici.

Il progressivo passaggio da uno Stato di diritto, sostanzialmente separato ed avulso dalla società civile, allo Stato sociale "impegnato - obbligato" a soddisfare gli interessi della collettività[11], fino alla più matura forma di "stato sociale di diritto", che costituisce, oggi, la risultante di una felice "sintesi di componenti liberali e solidaristiche"[12], in linea con la Costituzione, ha accompagnato, in Italia, un approccio dottrinale sempre più diffidente nei confronti delle misure di prevenzione in genere[13] ed anche di quelle patrimoniali, ritenute sproporzionate[14], inutili, non necessarie, illegittime[15], inefficaci[16], "intrusive nella libertà del cittadino oltre i limiti consentiti dalla rilevanza degli interessi che si intendono proteggere"[17], espressione di un processo di "inquisizione preventiva (...) puntellato di micro-garanzie", eccezione normalizzata al sistema penale con perenne vocazione emergenziale[18], misure non già *ante delictum*

[11] Il modello di "stato sociale" nasce in Germania, con la delicata questione della redistribuzione della ricchezza, come un progetto tipicamente riformista legato ad un miglioramento dello *status quo*, attraverso un'azione regolativa. Si comincia a pensare, per parlare di stato sociale, non più in termini di autodeterminazione dell'individuo, ma di socialità. Due sono i punti fondamentali attorno a cui si gioca la "credibilità" di uno stato sociale: la solidarietà e la sussidiarietà. Il principio di sussidiarietà è molto chiaramente esposto in Germania, nell'ambito della dottrina giuspubblicistica degli anni '30 del XX secolo, da un giurista tedesco: "Qualsiasi uomo vive un'intera vita in uno stato di giustizia, nessuno può vivere nemmeno un minuto senza una buona amministrazione" (H. Heller, *Rechtsstaat oder Diktatür?*, Tübingen, 1930, 9, cit. in S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992, 28, nota 33). Si tratta di una prospettiva dirompente, secondo la quale i cittadini devono essere portati, dallo Stato, verso l'uguaglianza. L'uguaglianza non è più, quindi, per uno stato sociale, punto di partenza, ma diventa una "prestazione", un momento di civiltà che si costruisce nella pratica amministrativa prima ancora che nei principi costituzionali formulati nel nostro Paese alla fine della seconda guerra mondiale.

[12] Così S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed. Napoli, 1997, 1.

[13] "La sanzione più problematica che un ordinamento ispirato ai principi garantistici dello stato sociale di diritto possa avere": cfr. Moccia S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 48 e bibliografia *ivi* menzionata. Una ferma condanna dell'intero impianto delle misure di prevenzione è rinvenibile, tra gli altri, in L. Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 17 ss. e in F. Bricola, *Forme di tutela 'ante-delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, in Aa.Vv., *Le misure di prevenzione (Atti del convegno di Alghero)*, Milano, 1975, 36: "Sembra che tutto il congegno delle misure di prevenzione sia fatto per trasformare una sfuggente asocialità in reato, ovvero per trasformare il sospetto in prova effettiva sia pure di reati diversi da quelli sospettati."

[14] Sull''eccedenza prevenzionistica' del legislatore, considerata effetto di una generale 'eccedenza sanzionatoria' delle più recenti riforme, cfr. G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, 2019, 13; M. Di Lello Finuoli, *La confisca* ante delictum *e il principio di proporzione*, Torino, 2021, 6.

[15] Cfr. A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019, 209.

[16] Cfr. F. Consulich, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *Leg. pen.*, 2019, III, 18, che ne ribadisce l'inefficacia preventiva anche in epoca attuale.

[17] Cfr. M. Petrini, *La natura giuridica delle misure di prevenzione*, in *Quaderni del CSM*, 1998 104, 21. Di "indiscriminata aggressività" delle misure di prevenzione patrimoniale parla S. Astarita, *Presupposti e tipologia delle misure applicabili*, in Aa.Vv., *Misure di prevenzione*, a cura di S. Furfaro, Torino, 2013, 380.

[18] Cfr. A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, Torino, 2022, 1 ss., che sul punto richiama l'inclusione delle misure di prevenzione in un

ma *praeter probationem delicti*[19] in quanto portatrici del 'sospetto' della commissione di un reato, dal carattere "repressivo, afflittivo e retributivo"[20], "immagine di un congegno che macina materiali probatori instabili, insicuri, polisemici"[21], "orientato verso una sanzione vicaria, non meno afflittiva o costrittiva di quella penale"[22], "densa ed oscura nebulosa che non emette alcuna luce"[23].

In effetti, non sembra potersi dubitare che, "data l'incidenza delle misure di prevenzione su diritti fondamentali della persona, esse risultano gravemente sospette di illegittimità costituzionale, da un lato perché sanzioni così invasive, sostanzialmente penali, conseguono non a fatti offensivi di beni giuridici, ma a meri 'elementi di fatto' indizianti; dall'altro, perché alla provenienza criminosa dei proventi viene sostituito, quale presupposto di una confisca potenzialmente generale dei beni, il mero indizio della 'sproporzione' in rapporto al reddito o all'attività leciti"[24].

Nel contesto di un acceso dibattito, che tuttavia procede per compartimenti stagni, senza apparenti prospettive di effettivi e costruttivi confronti, troviamo da un lato la dottrina, che postula un approccio costituzionalmente orientato e conforme ai principi dello stato sociale di diritto, evocato, per parte sua, anche dall'avvocatura

"sotto-sistema penale di eccezione" come descritto da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Bari, 1989, 844, ove l'eccezione, a differenza della semplice deroga, esprime non una semplice diversità, ma una vera e propria contrarietà alla regola. In proposito, v. altresì il richiamo a D. Modugno, *Norme singolari, speciali, eccezionali*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 514-515.

19 Cfr. L. Filippi-M.F. Cortesi, *Il codice delle misure di prevenzione*, Torino, 2011, 12.

20 Cfr. G. Civello, *La confisca di prevenzione come "nuova pena"*, in Aa.Vv., *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, Torino, 2015, 248. L'espressione tecnicamente più corretta per le misure di prevenzione – *praeter delictum* o *extra delictum* (o extradelittuali) – si presta a ricomprendere anche i casi in cui un reato è stato commesso, ma si prescinde dal suo accertamento, mentre la locuzione *sine delicto* sta ad indicare la radicale assenza di un reato; l'espressione *ante delictum*, d'altro canto, risulta impropria poiché ogni misura di prevenzione, anche quelle applicabili a seguito dell'accertamento di un reato già perpetrato, è intrinsecamente *ante delictum*: sul punto cfr. F. Bricola, *Forme di tutela 'ante-delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, cit., 33.

21 Cfr. A. Cisterna, *I nuovi protocolli processuali delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, VI, 713, cit. in G. Linares-G. Annicchiarico-F. Messina, *La confisca di prevenzione: tra finalità preventive, effetti neutralizzatori ed esigenze ripristinatorie*, in *Sist. pen.*, 2020, 61.

22 Cfr. A. Cisterna, *Prevenzione personale e patrimoniale (prassi giudiziarie e riforma normativa)*, in *Dig. disc. pen.*, X agg., Torino, 2018, 530.

23 Così R. Guerrini-L. Mazza-S. Riondato, *Le misure di prevenzione*, II ed., Padova, 2004, 1. Nel contesto di una ricerca dell'immagine forse più evocativa, proposta in materia, è stato osservato che "le misure di prevenzione sono in qualche modo, per il sistema punitivo, quel che i fiumi carsici sono rispetto all'idrografia di superficie. Attraversano lo stesso terreno, ma non si vedono. Appaiono, si inabissano nelle cavità delle rocce, riemergono e poi scompaiono. Insomma sono per così dire una presenza nell'ombra, sono l'altra faccia della Luna, la trama nascosta, il tarlo – se volete – che corrode il sontuoso mobilio costituito dai principi del diritto penale": cfr. T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2015, 196.

24 Cfr. A. Cavaliere, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen.* 2023, II, 21-22. L'A. evidenzia che "tutto ciò confligge con un diritto penale del fatto, nonché con la presunzione di non colpevolezza, costituzionalmente sancita, in considerazione dell'inversione dell'onere della prova. Riconoscere apertamente l'appartenenza delle misure di prevenzione alla materia penale significa superare l'ennesima frode delle etichette ed assoggettarle ai principi costituzionali del diritto e del procedimento penale".

innanzi agli organi di giustizia ordinaria ed amministrativa, per utilitaristiche quanto comprensibili logiche di parte; dall'altro, i rappresentanti delle istituzioni più direttamente impegnati nell'attività di contrasto alla criminalità comune ed organizzata, che auspicano il mantenimento – se non il rafforzamento – degli strumenti attualmente disponibili; in mezzo, per così dire, il mondo politico, chiamato ad individuare soluzioni legislative che siano al contempo efficaci per il contrasto alle mafie e conformi ai principi della Carta costituzionale.

In realtà, come evidenziano autorevoli giuristi, l'antinomia tra garanzia ed efficienza è solo apparente, nella misura in cui si riconosca a questi essenziali aspetti di riferimento il compito di perseguire legittime istanze di controllo sociale: "ciò significa, in termini di politica criminale, l'adozione di strategie di controllo di fatti socialmente dannosi che, nell'assoluto rispetto di prerogative di libertà e dignità della persona, risulti ispirata, contestualmente, a criteri di razionalità ed efficienza"[25].

Negli ultimi anni alcune tematiche di particolare rilievo, dalla devianza minorile alla lotta alla mafia, passando per la violenza di genere e la prevenzione dei femminicidi, hanno trovato una risposta legislativa con l'introduzione di nuove misure di prevenzione personali; oggi se ne contano almeno una quindicina, all'interno di un sistema che vede al suo centro la figura del questore quale autorità provinciale di pubblica sicurezza.

Basti il richiamo agli interventi legislativi più recenti, che ripropongono una tecnica di ampliamento delle fattispecie e di inasprimento sanzionatorio '*a rilascio progressivo*', in linea con le 'variazioni sul tema' intervenute negli ultimi anni, attraverso i vari pacchetti sicurezza che, da un lato, hanno allargato il novero dei destinatari delle misure e, dall'altro, hanno previsto sanzioni sempre più afflittive in caso di violazione.

In particolare, il d.l. 15 settembre 2023 n. 123, conv., con modif., dalla l. 13 novembre 2023 n. 159, novellando gli artt. 2, 3, 4 e 76 d.lgs. n. 159/2011, e gli artt. 10, 13 e 13-*bis* d.l. n. 14/2017, ha inasprito le sanzioni in materia di 'da.spo.' urbano e modificato la struttura delle misure di prevenzione personali, tipiche ed atipiche, oltre ad introdurre due nuove fattispecie di ammonimento destinate ai soggetti minorenni.

Analogamente, la l. 24 novembre 2023 n. 168, recante "*disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica*", ha esteso i presupposti per l'applicazione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e dell'ammonimento per *stalking* e per violenza domestica ad ulteriori condotte che possono assumere valenza sintomatica rispetto a situazioni di pericolo per l'integrità psico-fisica delle persone, nel contesto delle relazioni familiari e affettive, con ulteriori effetti sul piano sostanziale e procedurale in caso di violazione della misura[26].

---

[25] Cfr. S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., 237: "Se dal singolo si pretende un'azione corretta, rispettosa delle regole alla base del comune vivere civile, altrettanto è da pretendersi nella loro azione da parte degli organi deputati al controllo sociale".

[26] Sembra, così, avverarsi la previsione formulata da Thomas Weigend in merito alle tendenze evolutive del diritto penale nel XXI secolo, nel quale i membri della società del rischio "sono disposti ad accettare limitazioni alla loro di libertà, per averne in cambio protezione a fronte delle molteplici insicurezze e dei pericoli che incontrano nella loro vita" (T. Weigend, *Dove va il diritto penale? Problemi e tendenze evolutive nel XXI secolo*, cit., 75 ss.): "Se la mia previsione è corretta, ci dobbiamo aspettare una estensione quantitativa del diritto penale in diversi ambiti (della vita

Per il contrasto alle organizzazioni mafiose si è inteso valorizzare soprattutto l'ablazione dei patrimoni illecitamente accumulati nel corso degli anni grazie all'agire mafioso, indebolendo l'organizzazione e la sua capacità di riemergere[27].

Ciò è stato possibile nel contesto di una legislazione emergenziale e, per natura intrinseca, temporanea ed eccezionale, legata a stagioni di particolare allarme sociale, ma che tuttavia ha assunto connotazioni strutturali permanenti.

La stratificazione normativa ha indubbiamente contribuito ad alimentare la confusione ed i giudizi negativi che accompagnano, oggi, nel suo complesso, il 'sistema prevenzione', ma non nella stessa misura in ambito europeo.

Qui le garanzie richieste si riassumono nella legalità della previsione e nella necessità e proporzione del provvedimento limitativo rispetto allo scopo di uno Stato democratico[28] e quindi, in termini anche più diretti di quanto si registri nel panorama legislativo interno, il recupero delle misure di prevenzione viene operato sul piano dei contenuti e di una premessa secondo cui, trattandosi di misure non reattive e non privative della libertà personale, esse "non attengono alla materia penale e pertanto rientrano sotto le garanzie valide per la libertà di circolazione e il diritto di proprietà"[29].

La funzione preventiva di concreto e immediato impedimento della commissione del reato consente di giustificare, in termini di proporzione e nell'ottica di questo pur semplicistico approccio, la scelta del singolo Stato di limitare la libertà con misure personali.

Su questa scia, l'idea stessa di prevenzione ha progressivamente cambiato significato: "Non più attività intesa ad impedire in via diretta e immediata la commissione dei reati, ma impegno solidaristico e reale volto ad assicurare lo sviluppo della per-

associata) che non necessariamente saranno interessati da un coevo miglioramento qualitativo delle rispettive funzionalità. Sono potenzialmente sotto attacco i limiti che tradizionalmente il potere statale si impone a tutela del cittadino. La circostanza che le linee di politica criminale sono elaborate al livello sovranazionale dell'Unione europea e meno a livello nazionale – benché sul punto non sia qui possibile dilungarsi – dà ulteriore avallo a questa prognosi pessimistica. Ci stiamo probabilmente muovendo in un mondo dove l'armonia conta più della libertà. In questo contesto il diritto penale è chiamato ad assicurare un'armonia libera da fattori di disturbo, nel rispetto reciproco fra le persone, attraverso una serie di regole di comportamento penalmente sanzionate, volte alla preservazione dell'ordine economico e alla conservazione di una società complessivamente sana. Come ogni "nuovo mondo" (nel senso del *Brave new world*) anche questo ha la duplice potenzialità di evolversi nel senso sia dell'utopia pacifica, sia della distruttiva distopia di un'asfissiante tirannia delle opinioni. Comunque sia, il diritto penale è destinato a mutare il proprio volto: non sarà più un padre severo che punisce duramente alcune infrazioni, lasciando per il resto una certa libertà nella scelta dello stile di vita; sarà piuttosto come una madre premurosa, disposta ad accompagnare e ad ammonire costantemente il proprio figlio".

[27] Sin dalle origini, peraltro, l'ablazione dei patrimoni di provenienza illecita non è rimasta confinata all'ambito della criminalità di tipo mafioso, ma – per effetto del rinvio (ritenuto "mobile" dalla giurisprudenza prevalente) contenuto nell'art. 19 l. n. 152/1975, che stabiliva l'applicabilità di tutte le disposizioni della l. n. 575/1965 a talune delle fattispecie previste dall'art. 1 l. n. 1423/1956 – fu subito ritenuta estesa ai soggetti indicati quali destinatari di misure di prevenzione personali ai sensi delle fattispecie di 'pericolosità generica' previste dalla l. n. 1423/1956.

[28] Cfr. F.C. Palazzo, *Corso di diritto penale*, VIII ed., Torino, 2021, 618.

[29] Sul punto, cfr. F.C. Palazzo, *Corso di diritto penale*, loc. cit., che richiama i contenuti del 4° e del 1° Protocollo addizionale alla CEDU rispettivamente per le misure personali e per quelle patrimoniali.

sona e a prevenire in via indiretta e mediata il reato attraverso la rimozione delle sue cause sia di natura sociale e ambientale, sia soggettive, in quanto connesse a disturbi e debolezze della personalità individuale"[30].

Lo stesso requisito della necessità/proporzione si è affievolito in rapporto alle misure patrimoniali, in considerazione di un largo 'margine di apprezzamento' riconosciuto agli Stati ed in particolare all'Italia a causa "dell'esistenza delle caratteristiche di una estesa e virulenta criminalità organizzata soprattutto di stampo mafioso"[31].

Si sono aperti, in tal modo, e in forza dell'ultrattività di queste misure dopo la morte del proposto e dell'applicabilità in forma disgiunta rispetto a quelle personali, nuovi scenari per il procedimento patrimoniale di prevenzione, non più diretto a colpire la persona, ma il patrimonio (*rectius*: il suo utilizzo) in quanto tale, senza che ciò debba necessariamente comportare l'automatico effetto del venir meno delle garanzie costituzionali poste a tutela della proprietà e della libertà d'impresa[32].

Più di recente, il fragile equilibrio di legittimità delle misure di prevenzione patrimoniali sul piano dei principi costituzionali e sovranazionali è stato confermato dalla pendenza di numerosi ricorsi alla Corte Edu e dall'inevitabile inquadramento delle misure in una prospettiva *ante delictum*, che genera forti perplessità sui limiti di garanzia del diritto penale del fatto.

Gli sviluppi ed i profili strutturali e funzionali delle misure di prevenzione patrimoniali, che attraversano modelli preventivi, sanzionatori, ripristinatori o riparatori, consentono di evidenziare la natura proteiforme del sequestro e della confisca di prevenzione, la cui compatibilità con i principi costituzionali ed i trattati internazionali che tutelano i diritti fondamentali può, tuttavia, essere argomentata solo continuando a collocarla al di fuori della *matière pénale*, ma con le inevitabili aporie già efficacemente segnalate dalla più accorta dottrina[33].

---

[30] Così G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 826, con richiamo alle argomentazioni di F. Bricola, *Forme di tutela 'ante-delictum' e profili costituzionali della prevenzione*, cit., 51.

[31] Cfr. F.C. Palazzo, *Corso di diritto penale*, loc. cit.

[32] L'iniziativa economica privata assurge da libertà del singolo a principio ordinatore del sistema economico, anche alla luce delle dinamiche concorrenziali del mercato eurounitario. Osserva in proposito A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, spec. 345, che "l'intervento tende, prima che a prevenire la pericolosità sociale, ad ostacolare l'accumulazione del prodotto economico-patrimoniale delle attività illecite, per impedire che tali profitti, ormai divenuti eccessivi per limitarsi a finanziare le mere attività illecite, inquinino il tessuto economico".

[33] Per tutti, cfr. S. Moccia, *La confisca quale mezzo di contrasto alla criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di V. Patalano, Torino 2003, 382. L'illustre A. sottolinea la necessità di un profondo ripensamento dell'istituto, riconoscendogli un'unica natura sanzionatoria e dunque sottoponendone l'applicazione "agli ordinari principi che regolano l'inflizione delle sanzioni penali"; A. Cavaliere, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, cit., 48, a giudizio del quale l'espediente concettuale del riconoscimento di una funzione o finalità ripristinatoria alla confisca di prevenzione, utilizzato dalla Corte Edu, "tende a due obiettivi connessi: essa vuole, da un lato, sminuire l'afflittività dell'ablazione patrimoniale, affermando che si tratti di beni che, fin dall'inizio, non spetterebbero al prevenuto o al condannato, e, dall'altro, intende sostenere, in realtà, che si tratti – pur sempre – di una sanzione, ma non penale".

2. I 'modelli europei' di confisca.

L'Unione europea ha manifestato un'attenzione sempre crescente nei confronti delle misure della confisca[34] e del congelamento[35] dei beni, come dimostrano le decisioni quadro 2003/577/GAI e 2005/212/GAI del Consiglio d'Europa[36], la direttiva 2014/42/UE, il regolamento 2018/1805 e la più recente direttiva 2024/1260/UE.

In realtà, la cooperazione giudiziaria finalizzata all'esecuzione dei provvedimenti di confisca è stata perseguita già a partire dalla Convenzione di Vienna del 1988 contro il narcotraffico, che "sollecitava l'introduzione di meccanismi di inversione dell'onere della prova circa l'origine dei profitti o degli altri beni da confiscare al fine di garantire un'applicazione efficace della confisca"[37] e dalla Convenzione di Strasburgo n.141 del 1990 sul riciclaggio e la confisca dei proventi di reato, che prevedeva "la cooperazione giudiziaria in materia di indagini, sequestro e confisca di proventi illeciti provenienti da qualunque crimine e non solo dal traffico di stupefacenti", individuando meccanismi più incisivi di quelli previsti dalla Convenzione di Vienna[38].

2.1. (segue): le decisioni quadro del Consiglio UE.

L'avvio del processo di armonizzazione normativa in ambito europeo si concretizza nell'Azione comune n. 98/699/GAI del 3 dicembre 1998 sul riciclaggio di denaro

[34] La confisca in ambito eurounitario si configura come una misura irrevocabile, una "*sanzione o misura definitiva imposta da un organo giurisdizionale a seguito di un procedimento connesso a un reato, che provoca la privazione definitiva di un bene di una persona fisica o giuridica*" (art. 2 Reg. UE/2018/1805 e d.lgs. 7 dicembre 2023 n. 203, recante *Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Regolamento UE 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, consultabile in *www.normattiva.it*.

[35] Il termine "congelamento" (*freezing* o *seizure*) va inteso quale provvedimento ablatorio provvisorio da assumere in vista dell'eventuale successiva confisca, come tale sussumibile nella nozione di sequestro finalizzato alla confisca, sebbene si attagli anche al sequestro probatorio.

[36] La decisione quadro 2005/212/GAI è consultabile in *Gazz.Uff. U.E.* 68/51 del 15 marzo 2005. Tra gli strumenti precedentemente adottati (e comunque poco utilizzati) in materia di mutuo riconoscimento dei provvedimenti di sequestro e confisca vanno menzionate anche la Decisione quadro 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, e la Decisione quadro 2006/783/GAI (cui è stata data attuazione in Italia con il d.lgs. n. 137/2015) in relazione alla confisca.

[37] Cfr. A.M. Maugeri, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, II, 180 ss.

[38] Cfr. A.M. Maugeri, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, loc. cit. L'A. ricorda che anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2002 prevedeva l'inversione dell'onere della prova circa l'origine dei profitti. Nel 1998 è stata adottata dal Consiglio l'Azione comune 98/699/GAI sul riciclaggio di denaro e l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, "con l'obiettivo di potenziare la lotta contro la criminalità organizzata, in complementarietà con quanto già predisposto dal Consiglio d'Europa con la Convenzione di Strasburgo del 1990 n. 141". A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'azione comune del 1998 è stata sostituita nel 2001 con la decisione quadro n.2001/500/GA.

e sull'individuazione, il tracciamento, il congelamento e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, a cui fa seguito, nell'ottobre del 1999, l'approvazione di una serie di priorità e orientamenti programmatici, tra i quali assume particolare importanza il rafforzamento del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, incluse quelle in tema di sequestro e confisca dei beni[39].

Le determinazioni assunte trovano una prima enunciazione nella decisione quadro 2001/500/GAI concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il tracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, che richiede agli Stati membri di individuare i reati da assoggettare alle misure ablatorie e di adottare misure efficaci per combattere la criminalità da profitto e più in generale la criminalità mafiosa.

La decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti provvisori di blocco dei beni o di sequestro probatorio, dispone il reciproco riconoscimento delle decisioni di sequestro probatorio, emanate dall'autorità giudiziaria in base al diritto interno, per prevenire qualsiasi operazione volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero rilevare sul piano probatorio o essere oggetto di confisca.

La decisione quadro del 2005/212//GAI, sebbene influenzata dalla tendenza – progressivamente affermatasi nei singoli Stati membri – ad introdurre "nuove forme di confisca caratterizzate dall'espansione dell'oggetto, dalla sintomaticità dei presupposti e dalla semplificazione dell'onere probatorio"[40], muove da un impianto apparentemente garantista, subordinando il riconoscimento e l'esecuzione del provvedimento ablatorio alla condizione che i fatti su cui si fonda la decisione costituiscano un reato che, ai sensi della legislazione dello Stato di esecuzione, permetta di procedere alla confisca.

Così formulata, la direttiva non avrebbe dovuto fare riferimento a quei procedimenti *in rem*, previsti in alcuni ordinamenti, che consentono l'applicazione di forme di confisca allargata a prescindere dalla pronuncia di una condanna[41]; anche il sistema italiano delle misure di prevenzione patrimoniale avrebbe dovuto esorbitare dai limiti delineati dalla decisione quadro (salvo che nelle ipotesi in cui sia stata pronunciata contro il preposto una condanna in un parallelo procedimento penale, per i reati da cui derivano i proventi illeciti).

Una riprova è data dalla mancata previsione, nella decisione quadro, dell'inversione dell'onere della prova per facilitare l'applicazione dei poteri estesi di confisca, richiedendosi, "pur prescindendo dalla prova del nesso pertinenziale tra ciascun bene

---

39 Per ulteriori approfondimenti cfr. Cimmino A., *Le misure di prevenzione patrimoniali antimafia. Tra norme interne e prospettive sovranazionali*, Milano, 2019, 144; G. Furciniti-D. Frustagli, *Il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti nell'Unione europea*, Padova, 2016, spec. 83 ss.

40 Cfr. M. Pelissero, *Le misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità organizzata. Efficienza e garanzie nella prospettiva sovranazionale*, in Aa.Vv., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone-F. Schiaffo e A. Sessa, Napoli, 2017, 681.

41 Sul punto, cfr. A.M. Maugeri, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, cit., 182, che menziona a titolo esemplificativo il *civil forfeiture* inglese, irlandese, statunitense e australiano.

e uno specifico reato", il pieno convincimento del giudice, "sulla base di fatti circostanziati, dell'origine illecita del bene"[42].

In realtà, la carente descrizione dello *standard* minimo di garanzie irrinunciabili, su cui si dovrebbe fondare il principio del reciproco riconoscimento, ha lasciato spazio alle legislazioni nazionali che prevedono poteri di confisca più estesi, con possibili ricadute sul piano dei diritti fondamentali e della presunzione d'innocenza.

In effetti, la disciplina dell'Unione europea lascia ampi margini di operatività a due tipi di provvedimento ablatorio: "quello che segue ad una condanna penale e che richiede un nesso di derivazione dal reato provato, nesso provato o, nelle ipotesi di c.d. *confisca allargata*, fondato su presunzioni. Ai due modelli corrispondono, nel nostro ordinamento, rispettivamente l'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992 e le misure di prevenzione patrimoniali"[43].

Con la decisione quadro 2006/783/GAI è stato introdotto il principio del reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca, allo scopo di facilitare la cooperazione tra gli Stati membri per l'esecuzione delle decisioni di confisca dei proventi, "in modo che uno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca pronunciate da un tribunale competente in materia penale di un altro Stato membro". In essa è consentita l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento anche in relazione a provvedimenti assunti con ulteriori poteri di confisca, che possono prescindere dalle garanzie riconosciute dalla decisione precedente.

La decisione 2007/845/GAI del Consiglio ha, infine, riguardato la cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi, prevedendo l'istituzione o la designazione di "un ufficio nazionale per il recupero dei beni incaricato di facilitare il reperimento e l'identificazione dei proventi di reato e altri beni connessi con

[42] V. ancora A.M.Maugeri, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni*, loc. cit., 182, secondo cui l'uso del termine 'fatto circostanziato' "sembrerebbe escludere la possibilità di fondare la confisca sulla base di meri sospetti (mera congettura ipotetica), che non assumono per lo meno la dignità di indizi ('una forma del ragionamento attraverso il quale da un fatto noto, attraverso l'applicazione di un medio rappresentato da una regola scientifica, tecnica o dell'esperienza, è possibile indurre l'esperienza di un fatto ignoto'), se non di una vera e propria prova. L'accusa, quindi, deve riuscire a provare l'origine illecita del bene, anche attraverso una prova indiziaria (indizi gravi, precisi e concordanti) e non può accontentarsi di mere presunzioni o sospetti. Ciò non vuol dire provare i crimini dai quali provengono i beni, ma fornire sufficienti elementi (fatti circostanziati) dai quali emerga che i beni non siano stati acquistati in maniera lecita".

[43] Cfr. M. Pelissero, *Le misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità organizzata. Efficienza e garanzie nella prospettiva sovranazionale*, cit., 681. L'A. precisa che tanto la decisione quadro 212/2005/GAI che la direttiva 2014/42/UE si conformano al primo modello, prevedendo che in caso di condanna per un reato, "compreso tra quelli indicati all'art. 3 e suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico", si possano confiscare al soggetto condannato, oltre ai beni provento del reato (confisca diretta), anche altri beni che l'autorità giudiziaria ritenga derivanti dall'attività criminosa (confisca allargata). In realtà, come l'illustre A. riconosce nel prosieguo della trattazione in riferimento alla direttiva 2014/42/UE, "la direttiva fissa norme minime in tema di congelamento e confisca dei beni, lasciando liberi di Stati membri di *introdurre norme più incisive* (il corsivo è dell'A.) rispetto al *minimum* indicato dalla decisione quadro", ragion per cui "le fonti dell'Unione europea, (...) non escludono, di per sé, la prevenzione patrimoniale *ante delictum*, anche se non la disciplinano".

reati che possono essere oggetto di un provvedimento di congelamento, sequestro, ovvero confisca, emanato dall'autorità giudiziaria competente nel corso di un procedimento penale o, per quanto possibile nel rispetto del diritto nazionale dello Stato membro interessato, di un procedimento civile".

2.2. (segue): la direttiva 2014/42/UE.

Con la direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'U.E., il legislatore europeo cerca una maggiore armonizzazione in materia di confisca, sempre in bilico tra efficienza e garanzie, promuovendo nella prima direzione la confisca per equivalente degli strumenti del reato[44] e, nella seconda, la clausola dell'eccessiva onerosità, volta a garantire il rispetto del principio di proporzione[45].

La base giuridica del provvedimento è contenuta nel *Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea* (art. 82 § 2 e art. 83 § 1), che autorizza il Parlamento ed il Consiglio a definire le norme per agevolare il riconoscimento reciproco e la cooperazione penale, in riferimento a reati particolarmente gravi.

---

[44] "Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, compresi i fatti specifici e gli elementi di prova disponibili, come il fatto che il valore dei beni è sproporzionato rispetto al reddito legittimo della persona condannata, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose": art. 5 della direttiva, testo consultabile in *Gazz. uff. Un. eur.* del 29 aprile 2014 e in *https://eur-lex.europa.eu*. L'art. 6 'estende' la confisca a carico dei terzi che erano o che avrebbero dovuto essere a conoscenza della provenienza illecita dei beni.

[45] Il provvedimento è giustificato come effetto della crescente espansione della criminalità organizzata transfrontaliera, il cui motore principale è il profitto economico. In questo ambito, uno strumento particolarmente efficace per combattere il fenomeno è costituito proprio dal congelamento e dalla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato. "Nell'attuazione della presente direttiva con riguardo alla confisca di beni di valore corrispondente ai beni strumentali al reato, le pertinenti disposizioni potrebbero essere applicate se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati. Gli Stati membri possono anche considerare se, e in che misura, il condannato sia responsabile di rendere impossibile la confisca dei beni strumentali": considerando n.17 della direttiva. "Nell'attuazione della presente direttiva, gli Stati membri possono prevedere che, in circostanze eccezionali, la confisca non sia ordinata qualora, conformemente al diritto nazionale, essa rappresenti una privazione eccessiva per l'interessato, sulla base delle circostanze del singolo caso, che dovrebbero essere determinanti. È opportuno che gli Stati membri facciano un ricorso molto limitato a questa possibilità e abbiano la possibilità di non ordinare la confisca solo quando essa determinerebbe per l'interessato una situazione critica di sussistenza": considerando n.18 della direttiva. Per un'approfondita disamina si rinvia a cfr. A.M. Maugeri, *La direttiva 2014/42/UE relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'unione europea tra garanzia ed efficienza: un "work in progress"*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, I, 300 ss.; Id., *La direttiva 2014/42/UE come strumento di armonizzazione della disciplina della confisca nel diritto comparato*, in Aa.Vv., *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo e C. Grandi, Napoli, 2021, 13.

In forza del principio di reciproca fiducia, definito dalla Corte come la *raison d'être* dell'Unione, i provvedimenti di congelamento o di confisca emessi in uno Stato membro devono, in linea generale, essere riconosciuti ed eseguiti negli altri Stati membri, alle cui autorità vengono trasmessi con un certificato, 'senza ulteriori formalità'.

La direttiva, inoltre, considera espressamente legittimo il ricorso alle presunzioni, ai fini dell'individuazione dell'origine illecita dei beni, "in quanto ciò che assicura la tenuta del sistema e la sua conformità ai principi dell'ordinamento sovranazionale è il riconoscimento al soggetto inciso della facoltà di prova contraria, che rende quella presunzione meramente relativa (*iuris tantum*)"[46].

Queste opzioni hanno indotto a riconoscere nella direttiva una sorta di recepimento e di 'europeizzazione' del modello italiano di prevenzione, soprattutto per la previsione di modelli estesi di confisca non aderenti alle formulazioni dell'*actio in rem* proposte dai Paesi anglosassoni, ma comunque strutturati anche in assenza di condanna su di un percorso di giurisdizionalizzazione[47].

In particolare, il considerando n. 19 ravvisa l'opportunità che in determinate ipotesi, allorché ricorra lo scopo di contrastare efficacemente le attività della criminalità organizzata, alla condanna penale consegua non solo la confisca dei beni associati ad un determinato reato per il quale si procede, ma anche la confisca degli ulteriori beni che, in base ad una valutazione giudiziale, si ritenga costituiscano provento di altri reati.

L'intervento ablatorio proposto non si discosta dal modello italiano neanche per quel che concerne la possibilità di aggredire il bene trasferito a terzi e la definizione delle procedure susseguenti alla confisca, per quanto concerne la gestione, l'amministrazione, la vendita ed il riutilizzo sociale dei beni sequestrati e confiscati.

Le successive proposte di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relative al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea, fino al più recente provvedimento del 2024, che ha di fatto sostituito la direttiva 2014/12, sottolineano l'esigenza che confische senza condanna, come la confisca di prevenzione o altri similari strumenti che operano negli ordinamenti europei, rientrino nell'alveo delle garanzie riconosciute dalla CEDU "non solo al diritto penale in senso stretto ma anche a tutte le misure aventi carattere afflittivo, che perseguono finalità di prevenzione generale e speciale"[48].

---

[46] Così F. Brizzi, *Il procedimento di prevenzione: prospettive* de jure condendo, in *Arch. pen.*, 2015, III, 4.

[47] Cfr. A. Cimmino, *Le misure di prevenzione patrimoniali antimafia. Tra norme interne e prospettive sovranazionali*, cit., 151.

[48] Cfr. A.M. Maugeri, *La resa dei conti: alle sezioni unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio dirretroattività. Osservazioni a margine di Cass. Sez. VI, ord. 30 gennaio 2014*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*. La proposta formulata dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, A7-0178/2013 del 20 maggio 2013, è consultabile in *www.europarl.europa.eu/sides/get*. Il richiamo è ai parametri elaborati a partire dalla sentenza Engel dell'8 giugno 1976: qualificazione giuridico-formale sancita dal diritto nazionale, secondo la quale "occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale, disciplinare o entrambi assieme"; natura dell'illecito e funzione del conseguente provvedimento previsto, che deve essere applicabile in modo generale e avere scopo preventivo e repressivo; in ultimo, gravità della sanzione, che non deve necessariamente essere privativa della libertà

2.3. (segue): il regolamento UE 2018/1805.

L'esigenza di contrastare con misure più efficaci ed incisive la proiezione internazionale di fenomeni criminali lucrogenetici ha determinato, in ambito europeo, un rafforzamento degli strumenti di cooperazione tra gli Stati attraverso il Regolamento (UE) 2018/1805, approvato dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 14 novembre 2018.

Il Regolamento, entrato in vigore il 19 dicembre 2020 in sostituzione della direttiva quadro 2003/577/GAI e della decisione quadro 2006/783/GAI (art. 39), disciplina il riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento[49] e di confisca[50] emessi da un altro Stato membro nel quadro di un procedimento in materia penale, imponendo l'esecuzione di tali provvedimenti nel proprio territorio (considerando n.12).

Il regolamento riguarda, quindi, anche la confisca senza condanna (c.d. "di prevenzione") disciplinata dal d.lgs. 159/2011, che invece non era contemplata dalla direttiva 2014/42/UE[51].

Sul piano procedurale, è previsto che i provvedimenti di congelamento e di confisca sono trasmessi dall'autorità di emissione mediante la compilazione, rispettivamente, di un certificato di congelamento (art. 6) e di confisca (art. 17) – allegati al Regolamento – secondo le modalità indicate agli artt. 4 e 14. In ambedue i casi, l'autorità di emissione provvede a trasmettere il certificato direttamente all'autorità di esecuzione o, se del caso, all'autorità centrale designata dallo Stato membro, di cui all'art. 24 § 2, "con qualsiasi mezzo che consenta di conservare una traccia scritta

personale, come confermato in successive sentenze. V. altresì Corte Edu, sez. II, 4 marzo 2014 su ricorso n. 18640/10, Grande Stevens e altri c. Italia, in *www.giustizia.it*. Per un differente approccio cfr. A. Cavaliere, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, cit., spec. 10 e 37 ss., ove l'A. rimarca la distinzione tra scopi preventivi e scopi punitivi-repressivi operata dalla Corte Edu ed al contempo critica l'impostazione, desunta dal secondo 'criterio Engel', in forza della quale sarebbe la gravità, la natura o qualità, la struttura intrinseca dell'illecito a qualificare il diritto penale, potendo di fatto ritenersi sufficiente ad escludere dalla materia penale e, dunque, dalle garanzie convenzionali del diritto e del procedimento penale, sanzioni privative di diritti fondamentali "sulla base dell'argomento costituito dalla loro finalità di prevenzione della pericolosità".

[49] Art. 2.1: per provvedimento di congelamento si intende una "decisione emessa o convalidata da un'autorità di emissione al fine di impedire la distruzione, la trasformazione, la rimozione, il trasferimento o l'alienazione di beni in vista della loro confisca".

[50] Art. 2.2: per provvedimento di confisca si intende una "sanzione o misura definitiva imposta da un organo giurisdizionale a seguito di un procedimento connesso a un reato, che provoca la privazione definitiva di un bene di una persona fisica o giuridica".

[51] Sul punto, cfr. circ. prot. 2079 del 12 gennaio 2021 del Ministero dell'Interno, Dipartimento della P.S. - Direzione Centrale Anticrimine, che richiama l'attenzione sulle potenzialità degli strumenti di cooperazione tra gli Stati in materia di sequestro e confisca e invita le articolazioni territoriali ad adottare le opportune disposizioni volte a rendere possibile, in collaborazione con le autorità giudiziarie, l'esecuzione di misure di congelamento e confisca di beni all'estero, secondo quanto previsto dal regolamento europeo. Le disposizioni attuative del Regolamento per gli Uffici Giudiziari sono state illustrate, altresì, da apposita circolare del Dipartimento per gli Affari di Giustizia, Direzione Generale degli Affari Internazionali e della Cooperazione giudiziaria, datata 18 febbraio 2021.

in condizioni che permettano all'autorità di esecuzione di stabilire l'autenticità del certificato".

Ove non sussistano motivi di rifiuto o di rinvio, l'autorità di esecuzione procede senza ritardo all'esecuzione (artt. 7 e 18), la quale ha luogo secondo la legge dello Stato richiesto (art. 23), al pari della gestione dei beni sottoposti a congelamento o a confisca (art. 28).

Nello specifico, per l'emissione di un certificato di congelamento è competente "il pubblico ministero o il giudice che nell'ambito di un procedimento in materia penale ha emesso un provvedimento di congelamento" (art. 2 § 8 lett. *a*). Per l'emissione di un certificato di confisca, invece, è competente il pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione o il pubblico ministero presso il tribunale o la corte di appello che ha disposto i provvedimenti di confisca previsti dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.

Il Ministero della Giustizia è stato designato quale autorità centrale responsabile della trasmissione e della ricezione amministrativa dei certificati di congelamento e di confisca, nonché dell'assistenza alle proprie autorità competenti (art. 24 § 2).

L'Italia ha adeguato con il d.lgs. 7 dicembre 2023, n. 203, la disciplina interna al Regolamento UE 2018/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 novembre 2018 relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca[52].

In forza del principio di stretta legalità, il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti stranieri avviene a condizione che i fatti che hanno dato luogo all'adozione dei provvedimenti di sequestro o confisca siano previsti come reato dalla legge italiana, indipendentemente dagli elementi costitutivi o dalla qualifica ad essi attribuita nell'ordinamento giuridico dello Stato di emissione.

Ai certificati di sequestro o di confisca trasmessi all'Italia per il riconoscimento e l'esecuzione è sempre allegata una copia autentica del provvedimento di sequestro o di confisca, che viene trasmesso altresì al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, se essi si riferiscono ai procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p., e al Procuratore generale presso la Corte di appello, se essi si riferiscono ai procedimenti per i delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. a) c.p.p.

La competenza per l'esecuzione di un provvedimento di congelamento è rimessa al p.m. presso il tribunale del luogo nel quale si trova il bene, che a tal fine presenta le

[52] Il regolamento, direttamente applicabile sin dal 19 dicembre 2020, ha sostituito l'articolata disciplina previgente, costituita dalla decisione 2007/845/GAI del Consiglio sul reperimento dei beni, dalla decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, dalla direttiva 2014/42/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, dalla decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, e dalla decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, queste ultime due tuttora applicabili nei confronti degli Stati membri non vincolati dal regolamento (Danimarca e Irlanda), cui avevano fatto seguito il d.lgs. 15 febbraio 2016 n. 35 e il d.lgs. 7 agosto 2015, n. 137. Per un approfondimento sul tema cfr. L. Della Ragione, *D.Lgs. 203/2023: l'Italia si adegua alla normativa europea in tema di congelamento e confisca*, in *www.altalex.it*, 9 gennaio 2024, 2.

proprie richieste al giudice per le indagini preliminari. Quando un provvedimento di congelamento riguarda più beni che si trovano in diversi circondari, per l'esecuzione è competente il pubblico ministero presso il tribunale del circondario nel quale si trova il maggior numero di beni.

Per l'esecuzione di un provvedimento di confisca è competente la Corte d'appello del luogo nel quale si trova il bene o, qualora la decisione di confisca concerna una somma di denaro, quella del luogo dove la persona dispone di beni o di un reddito. Se tale luogo non è noto, è competente la Corte d'appello del luogo dove la persona nei cui confronti è stata emessa la decisione di confisca risiede o, nel caso di persona giuridica, ha la propria sede sociale. Se più sono i beni, dislocati in più luoghi, si fa riferimento al luogo dove si trova il bene di maggior valore. Se la competenza non può essere così determinata, è competente la Corte d'appello di Roma.

L'esecuzione del sequestro è invece rimessa alla competenza del giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale del capoluogo del distretto del luogo in cui si trova il bene e, quando si tratta di un credito, del luogo in cui si trova il debitore.

La questione inerente alle tipologie di confisca da ricomprendere all'interno della disciplina in esame è più complessa di quanto a prima vista non sembri.

Se, infatti, pochi dubbi sussistono in relazione alla confisca diretta *ex* art. 240 c.p., alla confisca urbanistica[53] *ex* art. 44 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e a quella disposta in caso di prescrizione del reato dopo la condanna di primo grado[54], maggiori interrogativi solleva l'inclusione della confisca 'allargata' *ex* art. 240-*bis* c.p.[55] e soprattutto della confisca di prevenzione.

---

[53] Sul tema, cfr. Corte cost., 25 marzo 2015 n. 49, in *www.giurcost.org*, ove si richiede un pieno accertamento della responsabilità dell'imputato e della malafede del terzo eventualmente colpito dalla confisca, pur non considerato precluso nel caso di proscioglimento dovuto a prescrizione, potendo di fatto la pronuncia contenere l'accertamento del fatto illecito, ai soli fini della confisca del bene lottizzato. In altri termini, "ai fini della confisca urbanistica rileva non la forma della pronuncia, ma la sostanza dell'accertamento" In dottrina, cfr. A. Scarcella, *La confisca urbanistica tra interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata: possibile la quadratura del cerchio? in* Aa.Vv., *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, cit., 129 ss.

[54] Cfr. Cass. pen., sez. un. 26 giugno 2015 n. 31617, consultabile in *www.cortedicassazione.it*, in linea con la giurisprudenza della Corte Edu.

[55] Sebbene assimilabile all'ipotesi di cui all'art. 5 della direttiva 2014/42/GAI, che qualifica espressamente la circostanza della sproporzione come uno degli "elementi di prova" di cui il giudice può disporre per convincersi che i beni derivino da condotte criminose, lo *standard* probatorio di questa tipologia di confisca si fonda su un meccanismo presuntivo a diverso e "più ristretto ambito" (Corte cost., 21 febbraio 2018 n.33, loc. cit.). Sul punto, cfr. L. Della Ragione, *D.lgs. 203/2023: l'Italia si adegua alla normativa europea in tema di congelamento e confisca*, cit., 3, a parere del quale la differenza dello *standard* probatorio evidenziata dalla Consulta sarebbe solo 'quantitativa', senza affatto negare la qualità processuale del concetto di sproporzione, che rimane appunto 'elemento di prova' e che, proprio in quanto unico elemento, va sottoposto a un rigoroso accertamento in concreto circa la sua pregnanza nel caso di specie. L'ipotesi di confisca, disciplinata dall'art. 240-*bis* c.p., dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione del Regolamento anche nel momento in cui venga prevista in un procedimento di esecuzione, in forza di quanto previsto dall'art. 676 c.p.p. Quest'aspetto – prosegue l'A. – è stato oggetto di contrasti giurisprudenziali, "incentrati sull'assenza del rispetto del diritto di difesa, conflitti poi risolti dalla giurisprudenza di legittimità: secondo le Sezioni unite, infatti, non vi è una violazione del diritto

Per quest'ultima, si è osservato che il richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo permetterebbe, nel determinare l'ambito di applicazione del Regolamento UE 2018/1805, l'ingresso della nozione di *matière pénale*, elaborata dalla Corte stessa ma da cui andrebbero esclusi gli strumenti di prevenzione personale e patrimoniale, proprio perché considerati, sulla base dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo, estranei alla materia penale.

Gli esiti interpretativi scaturiti dalla sentenza della Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia e soprattutto dalla sentenza della Corte Costituzionale del 27 febbraio 2019 n. 24 hanno ulteriormente complicato lo scenario, per via del riconoscimento alla confisca prevista *ex* art.24 d.lgs. n. 159/2011 di una funzione meramente ripristinatoria e non sanzionatorio-punitiva, che di conseguenza porterebbe ad escludere l'applicazione dello 'statuto costituzionale e convenzionale delle pene'.

La riconduzione della confisca di prevenzione disciplinata dal d.lgs. n. 159/2011 nell'ambito di applicazione del Regolamento 1805/2018 cui è dato adeguamento parrebbe molto incerta, trattandosi di una misura che, in quanto ritenuta 'non penale', non dovrebbe sottostare alle 'garanzie della materia penale' "richieste diffusamente dallo stesso testo regolamentare"[56], sebbene le più recenti decisioni della Corte Edu parrebbero indicare esiti diversi[57].

alla difesa, costituzionalmente garantito dall'art. 24, comma 2, Cost., 'perché tale diritto non è da intendersi in senso assoluto, ma va modulato secondo l'oggetto' (Cass. pen., sez. un., 17 luglio 2001 n. 29022, in *www.cortedicassazione.it*). Questa possibilità, ad oggi, è anche confermata a seguito dell'introduzione del comma 1 dell'art. 183-*quater* del d.lgs. n. 271/1989 ad opera del d.lgs. n.21/2018, trattandosi, in ogni caso, di un 'procedimento in materia penale', nell'accezione conforme al significato specificato al considerando n. 13 del regolamento".

[56] Così L. Della Ragione, *D.Lgs. 203/2023: l'Italia si adegua alla normativa europea in tema di congelamento e confisca*, loc. cit. Basti pensare al "complesso reticolo di garanzie costituzionali della materia penale" e in primo luogo al principio di stretta legalità, inteso "sia come esistenza di una base legale, sia come direttiva per il legislatore di uso di elevati standard di qualità della legge, esigendosi che la stessa sia sufficientemente precisa, accessibile e prevedibile, sia come sinonimo di divieto inderogabile di applicazione retroattiva sfavorevole al reo". Vengono, altresì, in rilievo le istanze di necessità e ragionevolezza della misura di prevenzione, a fronte del ricorso sempre più ampio e generalizzato agli "strumenti più estremi della politica criminale", nonché di proporzione, quale garanzia del *ne bis in idem*, della giusta misura in termini sanzionatori e della "stretta connessione tra tipologia dei destinatari, contenuto delle misure e finalità dalle stesse".

[57] Ci si riferisce, in particolare, al provvedimento della Corte Edu adottato nella vicenda Cavallotti (Corte Edu, sez. I, 28 agosto 2023, appl. n. 29614/16, in *www.giustizia.it*), esaminata più avanti, "da cui emerge una nuova sensibilità, nel contesto delle misure di prevenzione, verso i principi liberal-garantisti del modello di diritto penale ad orientamento costituzionale: in particolare, viene in rilievo il necessario rispetto della presunzione d'innocenza, ovvero la surrettizia qualifica della confisca di prevenzione quale sanzione non penale, come tale violativa, in sostanza, dell'art. 7 della Convenzione europea, nonché dei principi di proporzione e necessità in caso di sentenza di assoluzione in sede penale. Su queste basi, anche alla luce della nuova opzione della Corte Edu, sarebbe possibile superare la nozione di 'pena del sospetto' e osservare che le misure di prevenzione in generale, e conseguentemente anche la confisca di prevenzione, meriterebbero di essere considerate sanzioni penali proprio alla stregua dei noti Engel criteria": cfr. L. Della Ragione, *D.Lgs. 203/2023: l'Italia si adegua alla normativa europea in tema di congelamento e confisca*, loc.cit. Sull'argomento, con un diverso approccio interpretativo, cfr. altresì S. Finocchiaro, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso 'Cavallotti'*, in *Sist. pen.*, 2023, XI, 77 ss.

In altri termini, il riconoscimento di una natura non penale alla confisca in esame provocherebbe "l'espunzione della misura dal novero dei provvedimenti rientranti nell'obbligo di mutuo riconoscimento operante nel quadro della cooperazione giudiziaria in materia penale" [58].

D'altro canto, non può non riconoscersi che l'ambito di applicazione oggettivo dell'atto normativo è segnato dal considerando n. 13, a mente del quale "il presente regolamento dovrebbe applicarsi a tutti i provvedimenti di congelamento e a tutti i provvedimenti di confisca emessi nel quadro di un procedimento penale"[59], concetto autonomo del diritto dell'Unione idoneo a contemplare tutti i tipi di provvedimenti di congelamento e di confisca emessi a seguito di procedimenti connessi ad un reato e non solo i provvedimenti che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/42 UE.

Poiché vi sono ricompresi 'gli altri tipi di provvedimenti emessi in assenza di una condanna definitiva', si tende a ritenere pacifica l'inclusione dei provvedimenti di sequestro e confisca di prevenzione emessi nell'ambito dei procedimenti disciplinati dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, presupponendo essi una valutazione di pericolosità sociale, fondata sulla sussistenza di indizi della commissione di reati, e un accertamento della provenienza illecita dei beni[60].

[58] Cfr. C. Grandi, *Il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca alla luce del regolamento (UE) 2018/2015*, in Aa.Vv., *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, cit., 99.

[59] Si tratta di un esito fortemente voluto dalla rappresentanza italiana, che "ha sollecitato un ampliamento dell'ambito di applicazione del regolamento anche in relazione a provvedimenti di confisca senza condanna pronunciati in un procedimento di stampo civilistico o amministrativo, richiamando la nozione di "materia penale" adottata nella direttiva 2011/99 del 13 dicembre 2011 sull'Ordine di Protezione Europeo delle Vittime (per consentire il riconoscimento a ordini di protezione delle vittime di reato assunti da un'autorità giudiziaria non solo penale, ma anche civile o amministrativa)": cfr. A.M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2019, I, 45. L'A. evidenzia che nella versione originale si prevedeva il mutuo riconoscimento dei provvedimenti emanati in un processo penale (*criminal proceeding*), mentre nella versione ultima ci si riferisce ad un "procedimento in materia penale".

[60] Sul punto, cfr. A.M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, cit., 34 ss., secondo cui il problema di fondo che rimane è "stabilire cosa si intenda con *procedimento in materia penale*, se cioè vi possa rientrare qualunque procedimento volto all'applicazione di forme di confisca di proventi o strumenti del reato, indipendentemente dalla qualificazione interna del procedimento in questione e dalla relativa disciplina impiegata negli Stati membri. In particolare, nell'ambito della categoria dei provvedimenti ibridi che caratterizza l'adozione di forme di confisca allargate e senza condanna, sussistono dei procedimenti definiti dal legislatore interno 'civili' o 'amministrativi' o destinati all'adozione di forme di confisca incluse 'nella materia civile o amministrativa', ma che rientrano perfettamente nella definizione di 'procedimenti connessi ad un reato' in quanto riguardano i profitti o gli strumenti del reato, come ad esempio il procedimento volto ad applicare il *civil recovery* britannico o, anche se l'Irlanda non aderisce al Regolamento, il *civil forfeiture* irlandese".

2.4. (segue): la direttiva 2024/1260/UE.

La direttiva (UE) 2024/1260 del 24 aprile 2024 per il recupero e la confisca dei beni opera un ulteriore balzo in avanti attraverso l'introduzione di norme minime per il reperimento e l'identificazione, il congelamento, la confisca e la gestione di beni nel quadro di un procedimento in materia penale[61].

L'intervento normativo trova la sua base giuridica nell'art. 83 TFUE, che permette di tracciare in ambito europeo le norme minime per la definizione delle sanzioni applicabili per il contrasto a forme di criminalità particolarmente gravi e connotate da una dimensione transnazionale. L'art. 2, in tal senso, elenca i cc.dd. *reati presupposto* per i quali si applica la direttiva in esame, tra i quali figurano la tratta di esseri umani e reati in materia di terrorismo, traffico di stupefacenti, corruzione, riciclaggio, falsificazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica, traffico di armi, criminalità ambientale, ecc.

La *ratio* del provvedimento, destinato a sostituire tutti i precedenti strumenti in materia di confisca, tra cui la direttiva 2014/42/UE, viene rinvenuta nella necessità di implementare e rafforzare le capacità delle autorità competenti di identificare, congelare e gestire i beni attraverso lo strumento della confisca, pur contenendo l'ambito di applicazione ai procedimenti in materia penale, mentre viene lasciata impregiudicata la facoltà di iniziativa dei singoli Stati membri per le confische disposte in materia civile o amministrativa (considerando n. 35 e art. 1 § 2).

Oltre a prevedere che ciascuno Stato membro istituisca almeno un ufficio per il recupero dei beni per agevolare la cooperazione transfrontaliera in relazione alle indagini volte a tale scopo, la direttiva affianca, in particolare, alle tradizionali forme di confisca classica[62] ed estesa[63], una duplice tipologia di confisca non basata sulla condanna, stabilendo, in primo luogo, che "gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere (...) alla confisca di beni strumentali, proventi o beni di cui all'articolo 12, o di proventi o beni trasferiti a terzi (...), nei casi in cui un procedimento penale sia stato avviato ma non sia stato possibile farlo proseguire a causa di una o più delle circostanze seguenti:

a) malattia dell'indagato o imputato;

b) fuga dell'indagato o imputato;

---

[61] Il testo della direttiva è consultabile in *http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1260/oj* e, tradotta, su *https://eur-lex.europa.eu/* e sulla Gazzetta Ufficiale europea del 2 maggio 2024.

[62] L'art. 12, che riecheggia l'art. 240 c.p. italiano, si riferisce alla confisca che segue ad una sentenza di condanna ed è finalizzata all'apprensione – anche per equivalente – di beni strumentali e dei proventi del reato commesso.

[63] L'art. 14 descrive una misura 'estesa', che mira all'apprensione dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato dal quale possano derivare vantaggi economici. Analogamente a quanto previsto dall'art. 240-*bis* c.p. (c.d. *confisca allargata*), la confisca estesa presuppone una sentenza di condanna intervenuta per un reato lucrogenetico, che si assume rivelatore di una sottostante attività criminosa che abbia prodotto una serie di vantaggi economici. Risulta, pertanto, legittima l'apprensione dei beni, a condizione che la loro derivazione criminosa si fondi su fatti specifici ed elementi di prova, tra cui rileva il dato della sproporzione tra il valore dei cespiti e il reddito legittimamente dichiarato dalla persona condannata. Tale confisca, ai sensi dell'art. 14 § 2, si applica "almeno alle figure elencate nell'art. 2 paragrafi da 1 a 3, qualora tali reati siano punibili con una pena privativa della libertà di durata massima non inferiore a quattro anni".

c) decesso dell'indagato o imputato;

d) i termini di prescrizione per il reato in questione, stabiliti dal diritto nazionale, sono inferiori a 15 anni e sono scaduti dopo l'avvio del procedimento penale"[64].

La concreta applicabilità della confisca in esame viene altresì subordinata alla condizione (sostanziale) che "il procedimento penale pertinente avrebbe potuto portare a una condanna penale perlomeno per i reati che possono produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole" e che l'organo giudicante sia convinto "che i beni strumentali, i proventi o i beni da confiscare derivino dal reato in questione o siano ad esso connessi direttamente o indirettamente" (art. 15 § 2). Non è sufficiente, quindi, attestare la sussistenza di una delle circostanze (qualificate) che impediscono al processo penale di pervenire al proprio naturale esito, ma occorre, altresì, una valutazione prognostica e virtuale da parte del giudice in ordine a quella che sarebbe stata la sorte del procedimento.

Il convincimento del giudice deve, a tal fine, appuntarsi su un duplice elemento: la colpevolezza dell'imputato e la derivazione, diretta o indiretta, dei beni da confiscare dal reato addebitato.

Si tratta, evidentemente, di meccanismi di semplificazione probatoria – propri del modello di prevenzione patrimoniale e delle direttive UE – più prossimi allo *standard* civilistico ed amministrativistico del 'più probabile che non', riconfermati anche all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, nell'esperienza italiana, "dall'estromissione delle (...) misure di prevenzione dai principi e dalle garanzie riconosciute in relazione all'essere 'punito', art. 25 co. 2 Cost., alla 'responsabilità penale', art. 27 co. 1 Cost. ed alle 'pene', art. 27 co. 3 Cost. – ma anche dalla garanzia della presunzione di non 'colpevolezza' fino alla 'condanna' definitiva, art. 27 co. 2 Cost." con l'effetto di collocare al di fuori del diritto penale "le misure di sicurezza e di prevenzione, in quanto funzionali alla prevenzione della pericolosità"[65].

La convenienza (apparente) dello scopo prevale sulla conformità al diritto dei mezzi adoperati, legittimando, in tal modo, le preoccupazioni della dottrina più attenta, da sempre fortemente critica sul mantenimento in essere del c.d. *diritto della prevenzione*[66].

---

[64] L'art. 15 propone una tipologia alquanto peculiare di confisca, che non trova diretta corrispondenza nel sistema italiano: a differenza della confisca tradizionale (art. 240 c.p.) e della confisca allargata (art. 240-*bis* c.p.), essa prescinde da una sentenza di condanna (ma non anche dal processo penale) e, diversamente da quanto avviene per la confisca di prevenzione, ha ad oggetto non solo i proventi illeciti, ma anche i beni strumentali alla commissione del reato, risultando pur sempre riconnessa ad un processo penale, la cui instaurazione ne costituisce il presupposto formale.

[65] Cfr. A. Cavaliere, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, cit., 17.

[66] Per tutti, cfr. L. Monaco, *Le risposte del sistema sanzionatorio ai fatti di criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli, 1999, 255-256: "la maggior efficienza che si ottiene attraverso le risposte ordinamentali che si sviluppano sul piano della prevenzione, e quindi la miglior tutela delle esigenze di difesa sociale, vengono anche qui pagate ad un altissimo costo, che è quello della civiltà del diritto. Non può infatti negarsi che sul piano delle misure preventive venga reso centrale il ruolo dell'indizio di mafiosità, l'indizio di appartenenza all'associazione criminale. Su questo piano viene però anche affievolita la logica della prova. Il sistema, a ben vedere, disimpara la logica della

A questo affermato modello di confisca senza condanna, già previsto dall'art. 4 § 2 della direttiva 2014/42, ne viene affiancato uno per così dire residuale e di chiusura, applicabile ove l'acquisizione dei beni non sia possibile attraverso le altre forme di confisca (artt. 12-15).

Esso mira all'apprensione di beni identificati nel contesto di un'indagine su un reato, a condizione che l'organo giurisdizionale nazionale sia convinto che i suddetti beni derivino da condotte criminose commesse nel quadro di un'organizzazione criminale e tali condotte possano produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico considerevole[67].

La fattispecie di cui all'art. 16 della direttiva, così delineata, esprime l'esigenza – sempre più avvertita in ambito europeo – di svincolare la confisca da una pronuncia di condanna e corrisponde al modello originariamente introdotto in Italia dalla legge 13 settembre 1982 n. 646, nella misura in cui esprime l'esigenza di approntare uno strumento in grado di recuperare gli arricchimenti illeciti anche quando, "data la natura intrinsecamente opaca della criminalità organizzata, non è sempre possibile collegare i beni derivanti da attività criminali a uno specifico reato e confiscare i beni"[68]: anche per questo è stata qualificata come una 'legge Rognoni-La Torre europea'[69].

prova, per apprendere quella degli indizi. Non va taciuto che quella degli indizi è, in realtà, una strada ben nota ai sistemi del diritto processuale penale, sistemi che non a caso si sono ovunque preoccupati di rafforzarla con opportune garanzie. L'indizio per aver valore probante deve essere un indizio grave e preciso. E non basta. Un solo indizio non è infatti sufficiente a sostituire la prova. Occorre una pluralità di indizi che siano, tra di loro, concordanti. Ciò differenzia l'indizio dalla prova, che può anche essere unica e venire raggiunta attraverso una serie di mere concatenazioni logiche. Ma sul piano delle misure di prevenzione anche questo sembra essere troppo: il sistema penale abbandona il sistema delle prove e degli indizi, e tende pericolosamente ad accontentarsi della logica dei sospetti". Sull'argomento, cfr. A. Occhipinti, *La confisca di prevenzione a quarant'anni dalla legge Rognoni-La Torre*, in *Giur. pen.*, 2022, IX, consultabile in *www.giurisprudenzapenale.com*; Id., *Sul diritto penale della prevenzione: nuovi orizzonti e limiti applicativi*, *ivi*, 2019, XII.

[67] La norma prevede, altresì, che nel determinare se tali beni debbano essere confiscati si tiene conto di "tutte le circostanze del caso, compresi gli elementi di prova disponibili e i fatti specifici che possono comprendere: a) il fatto che il valore dei beni è considerevolmente sproporzionato rispetto al reddito legittimo dell'interessato; b) il fatto che non vi è una fonte lecita plausibile di beni; c) il fatto che l'interessato è collegato a persone connesse a un'organizzazione criminale".

[68] Cfr. *Considerando* n. 28 della *Proposta di direttiva*, sottoposta al vaglio del Parlamento nel maggio 2023, consultabile su *https://eur-lex.europa.eu*. Sul punto, cfr. A.M. Maugeri, *La proposta di una nuova direttiva per la confisca dei beni: l'armonizzazione e l'*actio in rem *contro il crimine organizzato e l'illecito arricchimento*, in *Sist. pen.*, 2024, IV, 3; S. Finocchiaro, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso "Cavallotti"*, loc. cit.

[69] In tal senso, cfr. A. Balsamo, *L'impatto sulla normativa nazionale antimafia della Direttiva (UE) 2024/1260 del 24 aprile 2024, riguardante il recupero e la confisca dei beni*, in *www.sistemapenale.it*, 2024, XI, 5, il quale evidenzia come le disposizioni della Direttiva 2024/1260 e del Regolamento 2018/1805, lette congiuntamente, realizzano il comune progetto di "consentire agli Stati europei di reagire alla globalizzazione della criminalità con una risposta altrettanto globale, in cui i profili di efficienza e di garanzia si rafforzano a vicenda". Sull'argomento, per ulteriori approfondimenti, cfr. S. Finocchiaro, *La nuova direttiva dell'Unione europea in materia di sequestro e confisca*, in *Sist. pen.*, 2024, VI, 105 ss.

Di fatto, l'accento è posto sull'entità dei reati a carattere lucrogenetico piuttosto che sul dato della sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito legittimo, "considerato come un mero indicatore probatorio dell'origine illecita dei beni e non come un autonomo presupposto della confisca di prevenzione"[70]. Viene, inoltre, in rilievo una nozione di criminalità organizzata particolarmente ampia e senza dubbio esorbitante gli ordinari limiti tipici dell'associazione di tipo mafioso e della stessa associazione per delinquere 'semplice'[71].

A contenimento degli effetti potenzialmente dirompenti di questa forma di ablazione patrimoniale e dei suoi vasti ambiti applicativi vengono richiamati i limiti di proporzionalità e di ragionevolezza temporale: "Nell'applicare le norme nazionali di attuazione della presente direttiva, le autorità competenti nazionali possono scegliere di non ordinare o eseguire la confisca di patrimonio ingiustificato qualora, nel caso in questione, l'applicazione delle norme stabilite nella presente direttiva sia manifestamente irragionevole o sproporzionata. Gli Stati membri possono inoltre fissare un periodo di tempo entro il quale si può ritenere che i beni siano derivati da tali condotte criminose. Gli Stati membri dovrebbero garantire il rispetto degli adeguati diritti procedurali dell'interessato. È opportuno che i diritti dei terzi in buona fede siano tutelati conformemente al diritto nazionale" (considerando n. 33).

Per la confisca nei confronti di terzi (art. 13) è previsto che "gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di proventi da reato, o di altri beni di valore corrispondente a detti proventi, che sono stati trasferiti, direttamente o indirettamente, da un indagato o un imputato a terzi, o che sono stati da terzi acquisiti da un indagato o imputato".

"La confisca dei proventi o altri beni (...) è possibile qualora un organo giurisdizionale nazionale abbia accertato, sulla base dei fatti e delle circostanze concreti di un caso, che i terzi interessati sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione aveva lo scopo di evitare la confisca. Tali fatti e circostanze includono:

a) il fatto che il trasferimento o l'acquisizione siano stati effettuati a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo palesemente sproporzionato rispetto al valore di mercato del bene;

b) il bene è stato trasferito a parti strettamente collegate all'indagato o imputato, rimanendo sotto il suo controllo effettivo".

---

[70] Così A. Balsamo, *L'impatto sulla normativa nazionale antimafia della Direttiva (UE) 2024/1260 del 24 aprile 2024, riguardante il recupero e la confisca dei beni*, cit., 2.

[71] Sul punto, v. ancora A. Balsamo, *L'impatto sulla normativa nazionale antimafia della Direttiva (UE) 2024/1260 del 24 aprile 2024, riguardante il recupero e la confisca dei beni*, cit., 4, a parere del quale essa si identifica con la fattispecie delineata dall'art.1, punto 1), della Decisione quadro 2008/841/GAI ("un'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà [...] non inferiore a quattro anni [...] per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale"), la quale, a sua volta, rispecchia la definizione di "gruppo criminale organizzato" contenuta nella Convenzione ONU di Palermo del 2000".

3. La compatibilità 'convenzionale' della confisca di prevenzione.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, nel ritenere legittima l'interferenza dello Stato nel godimento del diritto di proprietà in presenza dei presupposti dell'adeguatezza di una base legale e della proporzionalità dell'intervento ablativo rispetto ai fini dichiarati dall'ordinamento nazionale, ha sempre considerato compatibile la confisca antimafia ed il procedimento di prevenzione con l'art. 6 § 1 della Convenzione ed al contempo ha escluso, relativamente alla presunzione di innocenza di cui al successivo § 2 dell'art. 6, che le misure di prevenzione patrimoniali costituiscano 'materia penale', trattandosi di provvedimenti che, pur disposti dall'autorità giudiziaria, non fanno seguito ad una sentenza di condanna, ma rispondono a finalità di carattere preventivo[72].

Analogo giudizio è stato espresso in riferimento ad altre forme di confisca senza condanna, non ancorate ad un giudizio di responsabilità penale del reo (si pensi alla *civil forfeiture* inglese), ferma restando, anche in relazione all'art. 6 § 2, l'utilizzabilità delle presunzioni di fatto e di diritto, purché siano garantiti i diritti della difesa[73].

Sulla base di tale qualificazione giuridica, che non può non proiettare i suoi effetti sul piano delle garanzie da applicare, i giudici di Strasburgo, almeno fino ai più recenti arresti, non hanno ritenuto di per sé incompatibile la confisca di prevenzione con i principi della CEDU, in quanto si tratterebbe, appunto, di misura di prevenzione e non di sanzione penale.

Secondo questo ragionamento, non ravvisandosi equiparazione tra confisca di prevenzione e pena e tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, la Corte di Strasburgo ha sottolineato che la misura della confisca di prevenzione è coerente con lo statuto convenzionale[74] ed ha natura e funzioni ben distinte dalla

[72] Tra le numerose decisioni assunte in materia dalla Corte di Strasburgo cfr. Corte Edu 5 gennaio 2010, Bongiorno ed altri c. Italia, in *www.giustizia.it*; Corte Edu 27 maggio 2004, Licata c. Italia, Corte Edu, 20 giugno 2002, Andersson c. Italia ed in particolare Corte Edu 4 settembre 2001, Riela c. Italia, ric. n. 52439/99, in *https://eur-lex.europa.eu,* che tra le prime ha esaminato la confisca disciplinata dall'art.2-*ter* della legge n. 575 del 1965, "sussumendola nell'ambito civile di cui all'art. 6, § 1 CEDU, tra l'altro richiamando la sentenza 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia", in *Cass. pen.*, 1994, 2252 e in *Riv. dir. um.*, 1994, 95 ss. Sul punto, cfr. F. Brizzi, *Il procedimento di prevenzione: prospettive* de jure condendo, loc. cit.

[73] Cfr. A.M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, cit., 46: "La Corte europea dei diritti dell'uomo esprime un generale orientamento di particolare favore nei confronti di forme di confisca senza condanna, non solo perché se ne conferma sempre la sostanziale compatibilità con i principi della C.e.d.u. sottraendo tali misure ai principi della materia penale, ma in quanto si evidenzia un più generale orientamento sovrannazionale favorevole al riconoscimento della validità dell'utilizzo del *civil forfeiture* come strategia di politica criminale contro gravi fenomeni criminali".

[74] Cfr. Corte Edu, sez. IV, 12 maggio 2015 n. 36862/05 (Gogitidze e altri c. Georgia), in *www.anptes.org/cedu/sentenza/?id=1577*. Nel caso concreto i giudici, pronunciandosi in relazione ad un'ipotesi di confisca senza condanna simile a quella di prevenzione, una confisca civile *in rem* diretta a colpire ricchezze di sospetta pronenienza illecita, nella disponibilità di pubblici ufficiali accusati di reati contro la pubblica amministrazione, hanno escluso collegamenti con la *matière pénale* e sottolineato la funzione sia general-preventiva che compensatoria della misura, 'riportando' il destinatario alla situazione patrimoniale in cui si trovava prima del verificarsi dell'ingiusto arricchimento e restituendo al legittimo proprietario (o, in sua mancanza, allo Stato) i beni acquisiti in modo illecito. Per un commento su questa pronuncia cfr. S. Finocchiaro, *La confisca*

sanzione in quanto non presuppone un reato, ma tende a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi e a regolamentare l'uso dei beni in conformità all'interesse generale, sulla base della previsione di cui all'art. 1 § 2 Prot. add. n. 1 CEDU. Essa non richiede, pertanto, un previo accertamento del fatto di reato e della colpevolezza del soggetto imputato attraverso le garanzie di difesa e di acquisizione della prova tipiche del processo penale.

Non è ritenuto pertinente il richiamo alla presunzione di innocenza o al *ne bis in idem*[75], sebbene si applichino le garanzie dell'art. 6 sul giusto processo[76], né opera la previsione dell'art. 7 sull'irretroattività della legge penale: le garanzie processuali, non essendo la confisca di prevenzione considerata come una sanzione penale[77], possono

---

"civile" dei proventi da reato. Misura di prevenzione e civil forfeiture: verso un nuovo modello di non-conviction based confiscation, Milano, 2018, 282 ss.; A.M. Maugeri, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalla Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte EDU sul civili forfeiture*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 960 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in Aa.Vv., *La pena, ancora: fra attualità e tradizione, Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero-F. Viganò-F Basile-G.L. Gatta, Milano, 2018, II, 886 ss.

[75] Cfr. Corte Edu, 17 maggio 2011 su ricorso n. 24920/07 (Capitani e Campanella c. Italia), cit. in A.M. Maugeri, *La resa dei conti: alle sezioni unite la questione sulla natura della confisca antimafia e sull'applicazione del principio di irretroattività*, cit., 12, secondo la quale "le misure di prevenzione previste dalle leggi italiane che non importano un giudizio di colpevolezza, ma hanno lo scopo di impedire il compimento di atti criminali, non possono essere paragonate ad una pena". Va osservato, tuttavia, che se da un lato il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea "non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni, una combinazione di sanzioni amministrative e penali, al fine di tutelare gli interessi dell'Unione", dall'altro "altrettanto vero è che il giudice nazionale ha l'obbligo di verificare che le sanzioni non abbiano, in concreto (...) natura sostanzialmente penale, per evitare una duplicazione": cfr. A. De Lia, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch. pen.*, 2017, I, 24 e giurisprudenza comunitaria ivi menzionata (in particolare, Corte Edu, 10 febbraio 2015, Kiiveri c. Finlandia; Corte Edu, 27 novembre 2014, Lucky Dev c. Svezia, in *www.italgiure.giustizia.it*, da cui si evince il costante riconoscimento della natura punitiva per tutti "quei provvedimenti che, seppur irrogati dall'autorità amministrativa, impongano delle apprezzabili limitazioni della libertà personale e che abbiano un carattere di particolare afflittività".

[76] La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato più volte che le regole del giusto processo rilevano anche per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali: cfr. Corte Edu, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, in *https://eur-lex.europa.eu*; 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, cit.; 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, 2657; 8 luglio 2008, Pierre ed altri c. Italia; 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, cit. In dottrina, cfr. A. Mangione, *Le misure di prevenzione antimafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art.111 Cost.*, in Aa.Vv., *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, a cura di F. Cassano, Roma, 2009, 29 ss.

[77] Un diverso approccio si registra per le misure di sicurezza personali, avendo la Corte di Strasburgo inequivocabilmente censurato la violazione dell'art. 7 CEDU e in particolare del divieto di irretroattività dei reati e delle pene nei casi in cui l'utilizzo di uno strumento sanzionatorio che ha lo stesso contenuto della pena (ad esempio, nel caso della privazione della libertà personale), nonché la stessa afflittività e funzione repressiva, non venga formalmente qualificato come pena, bensì come sanzione amministrativa o, appunto, misura di sicurezza, al fine di eludere l'obbligo di rispettare le garanzie costituzionali dell'irretroattività e della determinatezza, consentendone una durata tendenzialmente indeterminata nel massimo: cfr. Corte Edu, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org.*, con nota di F. Mazzacuva, *La confisca di-*

risultare meno intense, ove lo scopo dello Stato membro sia quello di garantire la prevenzione della criminalità e la neutralizzazione della pericolosità sociale, che in questi casi è immanente nei beni materiali oggetto di confisca[78].

La restrizione dei diritti di proprietà di cui all'art. 1 Prot. add. CEDU[79] risulta, in cotal guisa, nei limiti previsti dalla legge e in quanto necessaria in uno Stato di diritto, conforme ai parametri della legalità, poiché subordinata ad una previsione di legge che consente ai destinatari "di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure", essendo "la persona potenzialmente destinataria delle misure limitative del diritto in condizioni di poter ragionevolmente prevedere l'applicazione delle misure stesse"[80].

sposta in assenza di condanna viola l'art.7 Cedu. Qui la Corte di Strasburgo, relativamente ad un caso di applicazione della confisca urbanistica nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato, guarda in termini sostanzialistici alle nozioni di reato e di pena, prescindendo dalle qualificazioni formali offerte dagli ordinamenti interni e ritenendo applicabili le garanzie della materia penale non solo alle sanzioni che sono letteralmente definite 'pene' nel diritto interno, ma anche a tutte le altre misure (ad esempio, 'sottoposizione a misura di sicurezza a seguito di condanna penale' e 'misura di sicurezza quale reazione al reato') che in concreto hanno la natura e la funzione – afflittiva e di prevenzione generale – tipica delle pene. Per ulteriori approfondimenti sul tema v. V. Masarone, *Le misure di sicurezza detentive alla luce della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo: dal sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali ulteriori argomenti in favore del superamento del 'doppio binario'*, in Aa.Vv., *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, a cura di S. Moccia e A. Cavaliere, Napoli, 2023, 101 ss.; Id., *Misure di sicurezza detentive e CEDU*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, I, 369 ss.

[78] Per una condivisibile critica a questo modello, tra gli altri, cfr. A.M. Maugeri-P. De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. Cost. 24/2019)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, III, 127; F. Di Paola, *La natura ripristinatoria della confisca di prevenzione: l'ultima frode delle etichette?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 373 ss.; G. Grasso, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 2020, 23, secondo il quale "sottrarre le misure di prevenzione dallo statuto della pena (o comunque della sanzione punitiva) significa (...) incorrere in una pesante, evidente ed eclatante frode delle etichette"; A. Cavaliere, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, cit., 53, a parere del quale "un concetto sostanziale di materia penale, funzionale ad evitare frodi delle etichette volte ad escludere l'applicazione dei principi costituzionali del diritto e del procedimento penale, deve fondarsi sulla gravità della sanzione".

[79] L'art. 1 recita, al riguardo, che "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni, Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

[80] Cfr. Corte cost., 24 gennaio - 27 febbraio 2019 n.24, pubblicata in *Gazz. Uff.* 6 marzo 2019 n.10. Per un commento – anche fortemente critico – in dottrina, tra gli altri, F. Basile-E. Mariani, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abitualmente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in *DiScrimen*, 2019, VI, 10; V. Maiello, *La prevenzione* ante delictum *da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, 2019, 322 ss.; N. Pisani, *Misure di prevenzione e pericolosità "generica", tra tassatività sostanziale e tassatività processuale*, *ivi*, 332 ss. Sull'argomento, v. altresì S. Finocchiaro, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, III, 4; F. Mazzacuva, *L'uno-due della Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: pun-*

L'ingerenza nel godimento dei beni persegue uno scopo che corrisponde all'interesse generale[81], in quanto atta ad impedire un uso illecito e pericoloso dei beni, la cui provenienza lecita non risulta dimostrata, il tutto in conformità ad uno scopo che corrisponde all'interesse generale[82] ed in tal senso assicura anche il rispetto del principio di proporzionalità.

La Corte europea sottolinea, inoltre, i profili di effettivo contrasto della criminalità mafiosa ascrivibili alla confisca di prevenzione, in rapporto e in ragione delle dimensioni estese della criminalità organizzata, raggiunte in Italia anche e soprattutto da un punto di vista economico[83], ove le associazioni di tipo mafioso si sono sviluppate a tal punto che, in certe zone, il controllo dello Stato si trova gravemente compromesso. I profitti smisurati che le associazioni mafiose conseguono dalle loro attività illecite conferiscono un potere la cui esistenza rimette in discussione la preminenza del diritto all'interno dello Stato[84].

Di qui la legittimità di un provvedimento che "si iscrive nel quadro di una politica di prevenzione criminale e considera che, nella messa in opera di una tale politica, il legislatore deve avere un'ampia discrezionalità per pronunciare tanto sulla sussistenza di un interesse pubblico ad una certa disciplina quanto sulla scelta delle modalità di applicazione della stessa"[85].

to di arrivo o principio di un ricollocamento su binari costituzionali?, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 987 ss.; A.M. Maugeri-P. De Albuquerque, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. Cost. 24/2019)*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2019, III, 90, in *Sist. pen.*, 2019, XI, 29; M. Cerfeda, *La prevedibilità ai confini della materia penale: la sentenza n.24/2019 della Corte Costituzionale e la sorte delle "misure di polizia"*, in *Arch. pen.*, 2019, II, 1 ss.; M. Picchi, *Principio di legalità e misure di prevenzione nella ricostruzione dialogica fra Corte EDU, Corte costituzionale e Corte di cassazione. Gli sforzi "tassativizzanti" della giurisprudenza di legittimità possono sopperire alla cattiva qualità della legge*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2019, I, 1 ss.; E. Aprile, *Osservazioni*, in *Cass. pen.*, 2019, 1886 ss.

[81] La dottrina ha evidenziato che l'art. 1 § 2 Prot. add., pur facendo riferimento all'interesse generale, non ne chiarisce il contenuto specifico, sicché appare oggi ragionevole ritenere che il riferimento all'interesse pubblico perseguito dalla misura ablatoria debba necessariamente ricomprendere non solo il riferimento all'interesse generale, ma anche il concetto di pubblica utilità espresso dall'art.1 § 1 Prot. add.: cfr. A. Cimmino, *Le misure di prevenzione patrimoniali antimafia. Tra norme interne e prospettive sovranazionali*, cit., 134.

[82] Cfr. Corte Edu, 17 giugno 2014, Cacucci e Sabatelli c. Italia e Corte Edu, 5 luglio 2001 - ricorso n. 52024/99, Arcuri e altri c. Italia, entrambe in *www.giustizia.it*; Corte Edu, 4 settembre 2021, - ricorso n. 52439/99 Riela e altri c. Italia, cit.

[83] Tra le varie pronunce cfr. Corte Edu, 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, cit.; 4 settembre 2001, Riela c. Italia, cit.; 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia, cit.; 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, cit.; 2 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, cit. ("grazie alle sue attività illegali, in particolare il traffico di stupefacenti, ed ai suoi legami internazionali, questa organizzazione prepara delle enormi quantità di denaro investito poi, tra altri, nel settore immobiliare. Destinata a bloccare tali movimenti dei capitali sospetti, la confisca costituisce un'arma efficace e necessaria per combattere il flagello. Appare proporzionata all'obiettivo ricercato dunque, tanto più che non comporta in realtà nessuna restrizione addizionale rispetto al sequestro. Infine, il carattere preventivo della confisca ne giustifica l'applicazione immediata nonostante ogni ricorso").

[84] Cfr. Corte Edu, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, cit.

[85] Cfr. Corte Edu, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, cit.

In questi casi, la Corte Edu ha ritenuto la confisca uno strumento *effettivo*, *proporzionato* e *necessario*, ai fini della tutela del rilevante interesse generale di evitare che capitali di sospetta provenienza possano procurare vantaggi a organizzazioni criminose o a soggetti 'sospettati di appartenervi', a detrimento della collettività[86].

Ciò da un lato permette di avvalersi delle presunzioni per individuare l'origine illecita dei beni[87], in linea con quanto previsto dalla richiamata direttiva 2014/42/UE, dall'altro porta ad escludere che la confisca di prevenzione costituisca una sanzione indeterminata, sproporzionata e contraria all'art.1 del Protocollo 1 della Convenzione, in considerazione delle dimensioni, davvero preoccupanti, raggiunte dal fenomeno della criminalità organizzata in Italia, la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato[88].

Il riconoscimento del diritto di proprietà non pregiudica il "diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende"[89].

"Ne consegue che i mezzi adottati per combattere questo potere economico, ed in particolare quello della confisca in esame, possono risultare indispensabili per combattere efficacemente tali associazioni"[90].

Anche in relazione alla tutela della concorrenza e della libera iniziativa economica, così come nel rispetto del generale principio di prevenzione e di sicurezza sociale di cui agli artt. 13, 16 e 17 Cost., è possibile scorgere le basi di legittimazione del potenziamento dei meccanismi delle misure di prevenzione patrimoniali: "L'iniziativa economica privata cessa di essere considerata un semplice diritto fondamentale del singolo per assurgere, nel quadro del moderno diritto comunitario, al ruolo di elemento

86 Cfr. Corte Edu, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, cit.

87 Cfr. Corte Edu, 17 giugno 2014, Cacucci e Sabatelli c. Italia, loc. cit.

88 Cfr. Corte Edu, 5 luglio 2001 - ricorso n. 52024/99, Arcuri e altri c. Italia, cit., § 51: "Il fenomeno della criminalità organizzata ha raggiunto in Italia proporzioni davvero preoccupanti. I profitti smisurati che le associazioni di stampo mafioso traggono dalle loro attività illecite conferiscono loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Così, i mezzi utilizzati per contrastare questo potere economico – quali la confisca denunciata nel caso di specie – possono risultare indispensabili per contrastare efficacemente tali associazioni. Di conseguenza, la Corte non può ignorare le circostanze specifiche che hanno guidato l'intervento del legislatore italiano".

89 Art. 1 § 2 del Protocollo 1 della Convenzione. Sull'argomento, cfr. altresì M. Pelissero, *Le misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità organizzata. Efficienza e garanzie nella prospettiva sovranazionale*, cit., 682: "Anche i limiti al diritto di proprietà sottostanno al principio di necessità e di proporzione rispetto al perseguimento dell'interesse generale alla prevenzione della criminalità organizzata; per la Corte europea, la disciplina italiana sulla misura di prevenzione della confisca rispetta il margine di apprezzamento, che va rapportato alle 'difficoltà incontrate dallo Stato italiano nella lotta contro la mafia'; in questa prospettiva, la confisca, quale strumento di contrasto alle illecite accumulazioni costituisce un'arma efficace e necessaria per combattere tale flagello. Essa appare dunque proporzionata all'obiettivo perseguito (v. Corte Edu, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia)".

90 Cfr. Corte Edu, 5 gennaio 2010 - ricorso n. 4514/07 - Bongiorno e altri c. Italia, cit.; 4 settembre 2001, Riela c. Italia, cit.; 5 luglio 2001 - ricorso n. 52024/99, Arcuri e altri c. Italia, cit.; 22 febbraio 1994 - Raimondo c. Italia, cit.

ordinatore dell'intero sistema economico, capace di incidere fortemente sull'organizzazione sociale degli Stati membri a salvaguardia delle libertà individuali"[91].

La Corte Edu ha, poi, espressamente consentito il ricorso a presunzioni di fatto o di diritto, a condizione di vedere assicurata una garanzia giurisdizionale effettiva e lasciando, quindi, un margine di discrezione agli Stati quando disciplinano l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale, in particolare nel quadro di una politica di contrasto alla grande criminalità, sia essa di matrice mafiosa o di tipo corruttivo[92].

Più recentemente, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha ribadito che il diritto dell'Unione non osta a una normativa nazionale che autorizzi il giudice a disporre la confisca di beni acquisiti illecitamente, senza che tale procedimento sia subordinato alla constatazione di un reato o alla condanna dei presunti autori dell'illecito penale"[93].

La confisca di prevenzione, all'esito della riconosciuta pubblicità dell'udienza in primo e secondo grado, resta, così, soggetta ai principi dell'equo processo di cui all'art. 6 § 1 CEDU e non anche alle previsioni dei successivi paragrafi 2 e 3 della stessa norma, relativi alla presunzione di innocenza e ai diritti dell'accusato[94].

---

[91] Così Pompeo V., *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Milano 2013, p.29.

[92] Cfr. Corte Edu, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, cit., ove si osserva che le presunzioni di fatto o di legge sono impiegate in molti Stati e non sono in linea di principio contrarie alle norme della Convenzione; Corte Edu, 12 maggio 2015, Gogitidze e altri c. Georgia, loc. cit., ove si evidenzia anche uno scopo deterrente e di prevenzione generale, che consiste nel prevenire l'ingiustificato arricchimento per mezzo della corruzione come tale, con l'invio di un segnale chiaro ai funzionari pubblici già coinvolti in fatti di corruzione che dovranno tenere conto del fatto che i loro atti criminali, anche se riusciranno a sottrarsi al sistema di giustizia penale, non procureranno né a loro né ai loro familiari alcun beneficio. Sull'argomento, cfr. A.M. Maugeri, *Il regolamento (UE) 2018/1805 per il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, cit., 48; A. Caputo, *La confisca di prevenzione tra principi costituzionali e sovranazionali: il caso italiano*, in *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 2020, 134.

[93] Cfr. CGUE, sez. III, 19 marzo 2020 n. 234/18, cit. in G. Linares-G. Annicchiarico-F. Messina, *La confisca di prevenzione: tra finalità preventive, effetti neutralizzatori ed esigenze ripristinatorie*, cit., 45. Per un commento critico cfr. G. Ranaldi, *Il diritto U.E. non vieta la previsione di un procedimento civile di confisca che sia indipendente dall'accertamento di un reato: dal congelamento dei beni alla confisca dei diritti?*, in *Arch. pen.*, 2020, 1.

[94] Cfr. Corte Edu, 5 gennaio 2010 - ric. n. 4514/07 - Bongiorno e altri c. Italia, cit., ove i giudici di Strasburgo, richiamando gli analoghi precedenti Bocellari e Rizza c. Italia del 2007 e Pierre c. Italia del 2008, hanno constatato la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, nel caso in cui non venga assicurata alle parti la possibilità di chiedere e di ottenere una pubblica udienza dinanzi alle sezioni specializzate dei tribunali e delle corti d'appello. A seguito della pronuncia in esame, la Consulta, con la sentenza n. 93 dell'8 marzo 2010 (in *Giur. cost.* 2010, 1062 e in *www.giurcost.org*), ha riconosciuto l'illegittimità delle norme che non consentivano di richiedere l'udienza pubblica in primo e secondo grado nel procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione. La stessa Corte costituzionale ha peraltro precisato, nel corpo della motivazione, che in conformità alle indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, "resta fermo il potere del giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto, che facciano emergere esigenze di tutela di valori contrapposti, nei limiti in cui, a norma dell'art. 472 c.p.p., è legittimato lo svolgimento del dibattimento penale a porte chiuse".

4. Le ricadute della sentenza 'De Tommaso c. Italia' sul sistema delle misure di prevenzione patrimoniale.

La natura preventiva della confisca, ribadita dalla Suprema Corte, ha rischiato di essere messa nuovamente in discussione dalla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 febbraio 2017.

Le censure al sistema italiano espresse dalla Corte Edu con la sentenza *De Tommaso c. Italia*[95] in riferimento alle misure di prevenzione e in ragione di una formulazione in termini vaghi ed eccessivamente ampi, al punto da non rispettare il criterio della prevedibilità, hanno riacceso il dibattito sulla natura della confisca di prevenzione.

Alcuni commentatori vi hanno riconosciuto la conferma di un contenuto afflittivo mascherato da una vocazione preventiva e addirittura l'intento dei giudici della Corte di Strasburgo di sradicare "vecchi arnesi dello strumentario preunitario di Polizia, di cui l'ordinamento nazionale non solo non è riuscito a sbarazzarsi ma ha finanche propiziato una nuova stagione di intenso impiego"[96].

[95] Cfr. Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017. Il testo della sentenza è consultabile in *Dir. pen. cont.* 2017, III, 370 ss., con nota di F. Viganò, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali.* In dottrina, cfr. altresì A.M. Maugeri, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera, ivi*, 15; F. Menditto, *La sentenza de Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, ivi, 4; V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, *ivi*, 1039 ss.; M. Fattore, *Così lontani così vicini: il diritto penale e le misure di prevenzione*, *ivi*, IX, 4; S. Finocchiaro, *Le misure di prevenzione italiane sul banco degli imputati a Strasburgo,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 881 ss.; G. Biondi-E. Rizzato, *Sulle misure di prevenzione personali la Corte Europea dubita della conformità alla Cedu della pericolosità generica: è violazione strutturale?* in *Cass. pen.*, 2017, 2071 ss.

[96] In questi termini V. Maiello, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. pen. proc.* 2017, 8, 1039, per il quale la sentenza in esame era "destinata a spostare in avanti i confini delle garanzie individuali nell'ambito di una materia storicamente ipotecata da una legalità di secondo livello o (se si preferisce l'eufemismo) di differente modulazione". Evidenziano i caratteri di 'pena mascherata' o 'pena del sospetto' del provvedimento ablatorio di prevenzione, tra gli altri, M. Pelissero, *Le misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità organizzata. Efficienza e garanzie nella prospettiva sovranazionale*, in Aa.Vv., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, a cura di A. Cavaliere-C. Longobardo-V. Masarone-F. Schiaffo e A. Sessa, Napoli, 2017, 680; V. Maiello, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite: natura e garanzie*, cit., 725; Id., *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.* 2012, III-IV, 53; F. Mazzacuva, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2015, IV, 231 ss., 242; P. Comucci, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 100 ss.; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007, 191; T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., 321 ss.; A. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 390 ss.; V.N. D'Ascola, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità "patrimoniale"*, in Aa.Vv., *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. Bargi-A. Cisterna, Torino, 2011, 127; G. Grasso, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *www.sistemapenale.it*, 2020, 23; G. Civello, *La*

In realtà, non sembra che la Corte Edu si sia spinta in questa direzione, quasi a voler determinare un effetto demolitorio 'a catena' sull'intera struttura del sistema di prevenzione; essa, piuttosto, ha affermato che l'abrogata legge n. 1423/1956 viola l'art. 2 prot. 4 della Convenzione perché non contiene disposizioni sufficientemente chiare e determinate rispetto alle condotte tipiche che si ritiene costituiscano un pericolo per la società.

Tale indeterminatezza normativa, "ascrivibile alla tecnica redazionale del periodo in cui sono stati concepiti, che risentiva delle condizioni sociali del tempo e della cultura giuridica allora in voga"[97], riverbera i suoi effetti nell'eccessiva discrezionalità attribuita ai magistrati giudicanti, mentre impedisce ai potenziali destinatari di riflettere consapevolmente sulle conseguenze delle proprie azioni, esponendoli a misure per effetto di condotte non sufficientemente tipizzate.

La Corte europea ha, quindi, stabilito che la legislazione italiana in materia di misure di prevenzione fondate sulla c.d. *pericolosità generica*, limitatamente ai precetti del "vivere onestamente e rispettare le leggi" e di "non dare ragione alcuna ai sospetti", appare formulata in termini molto generici e che il suo contenuto è vago e indeterminato; ma ciò non ha determinato, almeno nell'immediato, ulteriori incrinature sui profili di compatibilità con l'ordinamento convenzionale e di legittimità costituzionale per le misure di prevenzione patrimoniale[98] anche se eventualmente ancorate a meri profili di pericolosità generica[99], né tantomeno ha investito la categoria della c.d. *pericolosità qualificata*.

Resta fermo l'assunto secondo cui le misure in argomento non violano ma anzi rafforzano il diritto alla libertà e alla sicurezza di cui all'art. 5 CEDU[100], né l'enuncia-

confisca di prevenzione come "nuova pena", cit., 201; A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, cit., 150; V. Manes, *La confisca "punitiva tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, II, 585; M. Di Lello Finuoli, *La confisca* ante delictum *e il principio di proporzione*, cit., 214 ss.

97 Cfr. G. Linares-G. Annicchiarico-F. Messina, *La confisca di prevenzione: tra finalità preventive, effetti neutralizzatori ed esigenze ripristinatorie*, cit., 78.

98 La Corte ha, sul punto, riconosciuto che la confisca antimafia rientra tra quelle misure necessarie ed adeguate alla protezione dell'interesse pubblico. Per ulteriori approfondimenti cfr. F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, cit., 49 ss.

99 Sull'argomento, v. Cass. pen., sez. I, 15 giugno 2017 (dep. 9 gennaio 2018) n. 349, cit., e, in dottrina, F. Menditto, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, loc. cit., secondo il quale la sentenza De Tommaso c. Italia rappresenterebbe un'occasione per costruire un unico, moderno processo al patrimonio fondato su tre pilastri: codificazione del giusto processo patrimoniale, definitiva scissione tra misure personali e patrimoniali e introduzione di nuovi presupposti soggettivi per l'applicazione della confisca.

100 La Corte ricorda che l'art. 5 riguarda la privazione della libertà fisica di una persona e non concerne invece restrizioni alla libertà di movimento che sono disciplinate dall'art. 2 del Protocollo n. 4; riconosce anche che la differenza tra privazione e restrizione è solo di intensità e non di essenza e deve essere valutata tenendo conto dello specifico contesto in cui le misure sono comminate; sottolinea che solo nel caso Guzzanti c. Italia ha riconosciuto una violazione dell'art. 5 in virtù della prescrizione di misure di prevenzione, ma ha altresì precisato che, nel caso di specie, le circostanze erano particolarmente significative, dal momento che il ricorrente aveva un obbligo di risiedere su un'isola di minuscole dimensioni ed era assoggettato ad una supervisione pressoché permanente,

zione normativa contrasta con i canoni di legittimità e prevedibilità di cui all'art. 2 del Protocollo n. 4.

Quanto alla connotazione della confisca di prevenzione come pena patrimoniale, soprattutto in ragione del medesimo grado di severità della risposta punitiva rispetto alla confisca penale *tout court* (art. 240-*bis* c.p.), di fatto registrandosi in entrambi i casi una spoliazione statale di valori e capitali, la Grande Camera ha riconosciuto l'anno successivo che le "misure di confisca costituiscono delle 'pene' ai sensi dell'articolo 7 della Convenzione: tale conclusione, che è il risultato dell'interpretazione autonoma della nozione di 'pena' ai sensi dell'articolo 7, comporta l'applicabilità di questa disposizione, anche in assenza di un procedimento penale ai sensi dell'articolo 6"[101].

5. La vicenda 'Cavallotti e riuniti c. Italia' e gli interrogativi aperti dalla Corte Edu.

Un diverso approdo sembrerebbe profilarsi a partire dall'ordinanza resa dalla Corte Edu nel caso Cavallotti e riuniti c. Italia[102], che pone una serie di interrogativi riferibili non soltanto alla vicenda da cui è scaturito il ricorso, ma anche all'impiego stesso dell'istituto di prevenzione patrimoniale in assenza di condanna.

I quesiti prospettati dalla Corte possono essere così compendiati:

1) se l'applicazione della confisca, in assenza di un accertamento formale di colpevolezza e dopo che i destinatari della misura erano stati assolti in sede penale

---

mentre in tutti gli altri casi concernenti l'imposizione di misure di prevenzione non ha mai ravvisato una privazione di libertà *ex* art.5 della Convenzione, ma li ha piuttosto ricondotti all'art. 2 del Protocollo n. 4. Sull'attuale e distorto impiego del concetto di sicurezza quale "entità onnicomprensiva da tutelare mediante l'intervento punitivo", cfr. A. Cavaliere, *Punire per ottenere 'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, cit., spec. 94, ove l'A. ne sottolinea il carattere di "*super-ratio* dell'intero sistema penale e parapenale, ovvero di un equivalente del concetto di ordine pubblico, dotato, però, apparentemente di maggior pregnanza e presa emotiva, orientato com'è alla rassicurazione collettiva: che si tratti di contrastare il terrorismo, la criminalità organizzata di tipo mafioso o comune, le aggressioni alla persona, i reati contro il patrimonio o il mero degrado urbano, si può sempre invocare più 'sicurezza'".

[101] Cfr. Corte Edu, Grande Camera 28 giugno 2018, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, § 233, in *www.echr.coe.int.*

[102] Cfr. Corte Edu, sez. I, 28 agosto 2023, appl. n. 29614/16, cit. I ricorrenti, imputati per partecipazione ad un'associazione a delinquere di stampo mafioso ai sensi dell'art. 416-*bis* c.p. erano stati assolti in primo grado, condannati in appello e infine, a seguito di pronuncia di annullamento con rinvio della Cassazione, definitivamente assolti nel merito dalla Corte d'Appello di Palermo in sede di rinvio nel dicembre 2010. Parallelamente, era stato avviato un procedimento di prevenzione patrimoniale nei confronti dei medesimi soggetti, in quanto indiziati di appartenenza a un'organizzazione criminale di tipo mafioso, fattispecie di c.d. "pericolosità qualificata" legittimante l'applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali. All'esito di tale procedimento di prevenzione, conclusosi nel 2016, sono stati confiscati a tali soggetti un gran numero di beni, tra cui diverse società intestate a loro o ai loro familiari. Il provvedimento di confisca si era fondato sul valore ingiustificatamente sproporzionato dei beni rispetto ai redditi lecitamente dichiarati e sugli indizi della loro 'appartenenza' all'associazione mafiosa 'Cosa Nostra', oltre che sull'attribuzione della natura di impresa mafiosa o collusa con la mafia. Per approfondimenti, cfr. S. Finocchiaro, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso 'Cavallotti'*, cit., 82 ss.

dall'accusa di partecipazione all'associazione mafiosa, integri una violazione della presunzione di innocenza, garantita dall'art. 6 § 2 CEDU;

2) quale sia la natura giuridica della confisca di prevenzione e, in particolare, se essa, in quanto risposta a un comportamento considerato socialmente dannoso anche in assenza di una condanna penale definitiva, non manifesti i caratteri veri e propri di una "sanzione penale" ai sensi dell'art. 7 § 1 CEDU, con le correlate implicazioni in ottica di garanzie sostanziali (rispetto dei principi di legalità, prevedibilità e proporzionalità) e processuali (diritto di essere informati dell'accusa, di difendersi e di essere giudicati da un tribunale indipendente ed imparziale). In caso affermativo, se vi sia stata una violazione dell'art. 7 della Convenzione in ragione del fatto che la confisca è stata disposta nonostante l'assoluzione nel processo penale;

3) se vi sia compatibilità della confisca di prevenzione con l'art. 1 Prot. add. CEDU[103] e se l'interferenza nel diritto di proprietà risulti fondata su una base legale sufficientemente precisa e rispettosa del parametro della prevedibilità (art.7 CEDU), oltre che necessaria e proporzionata, in particolare affrontando i seguenti cinque aspetti:

a) se, alla luce dell'assoluzione del primo gruppo di ricorrenti dall'accusa di partecipazione a un'organizzazione criminale di stampo mafioso, l'accertamento della particolare pericolosità e la conseguente confisca dei beni fossero giustificati;

b) se le autorità nazionali abbiano dimostrato che i beni formalmente di proprietà del secondo gruppo di ricorrenti appartenevano in realtà al primo gruppo di ricorrenti in modo motivato, sulla base di una valutazione obiettiva delle prove fattuali, e senza basarsi su un mero sospetto;

c) se le autorità nazionali abbiano dimostrato che i beni confiscati potessero avere un'origine illecita attraverso una motivazione adeguata, sulla base di una valutazione obiettiva delle prove fattuali e senza basarsi su un mero sospetto, tenendo altresì conto del periodo di tempo in cui quei beni sono stati acquistati[104];

d) se l'inversione dell'onere della prova sull'origine lecita dei beni acquisiti molti anni prima abbia imposto un onere eccessivo ai ricorrenti;

e) se ai ricorrenti sia stata concessa una ragionevole opportunità di esporre le proprie argomentazioni dinanzi ai giudici nazionali e se questi ultimi abbiano debitamente esaminato le prove presentate dai ricorrenti (art.6 § 1 CEDU).

I quesiti in argomento testimoniano un mutamento di sensibilità della Corte di Strasburgo, a fronte di una serie di problemi finora sbrigativamente 'risolti' considerando la confisca di prevenzione italiana alla stregua di un intervento statale limitativo del diritto di proprietà privata, conforme ai requisiti dell'art.1 Prot. add. CEDU e pertanto non soggetto all'applicazione delle norme proprie della materia penale.

In particolare, muovendo da una qualificazione in termini extrapenali della confisca di prevenzione, basata su una funzione preventiva e non sanzionatoria, risultava coerente il riconoscimento non soltanto di un'idonea base legale, ma anche di altri

[103] Nel caso concreto, se la confisca di tutti i beni dei ricorrenti fosse proporzionata rispetto al loro reddito legale (art. 1 Protocollo n. 1 CEDU).

[104] Oltre alla necessità di una valutazione individualizzata della sproporzione tra beni e redditi (Cass. pen., 3 luglio 1996 n. 18; 8 gennaio 2006 n. 57; 17 maggio 2013 n. 39204 e 2 febbraio 2015 n. 4880, consultabili in *www.cortedicassazione.it*. *Contra*, v. Cass. pen., 25 marzo 2013 n. 14044, ivi) occorre, evidentemente, una dimostrazione motivata dell'appartenenza dei beni ai ricorrenti (Corte Edu, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, n. 43395/09, cit.).

principi di garanzia, come la ragionevolezza, la personalità e la proporzione rispetto all'interesse pubblico perseguito, da individuarsi non già nella punizione per un fatto, ma nell'obiettivo di impedirne la commissione in futuro.

L'argomento è parso ancor più funzionale "nel quadro di politiche criminali volte a combattere il fenomeno della grande criminalità organizzata"[105], in particolare di stampo mafioso, rispetto alla quale la confisca è sembrata "*effective and necessary weapon in the combat against this cancer*"[106].

Proprio in ragione delle suesposte finalità ed in attuazione del principio del libero convincimento del giudice è stata finora riconosciuta, per soggetti indiziati *ex* art. 51 co. 3-*bis* c.p.p., pure assolti dal giudice penale per non essere stata raggiunta certezza della loro responsabilità penale, la possibilità di applicare misure di prevenzione, sul presupposto che "la pericolosità sociale può essere desunta anche da indizi che, pur non essendo idonei a sfociare in una sentenza di condanna per un determinato reato, possono comunque essere utilizzati, unitamente ad altri indizi, al fine della formazione del convincimento in ordine alla sussistenza della pericolosità; invero, il quadro indiziario ben può ritenersi sussistente anche se non ha superato la soglia della concludenza e non ha quindi consentito di pervenire ad un giudizio di certezza sulla responsabilità penale"[107].

Ora, tuttavia, la formulazione stessa dei quesiti lascerebbe presupporre un mutamento di prospettiva rispetto alla confisca di prevenzione, non più ritenuta avulsa dalla materia penale bensì parte integrante di essa, sebbene nella forma di sanzione penale ("*criminal sanction*") e comunque di 'pena' vera e propria. Infatti, il richiamo alla possibile violazione di principi tipici della 'materia penale' (la presunzione di innocenza di cui al primo quesito e le garanzie sostanziali – legalità, prevedibilità e proporzionalità – e processuali – diritto di essere informati dell'accusa, di difendersi e di essere giudicati da un tribunale indipendente ed imparziale – di cui al secondo quesito) consente di ipotizzare la riconduzione della misura in questione al novero delle sanzioni penali.

Il terzo quesito, ove non superato con solide argomentazioni, rischia di rappresentare per le misure di prevenzione patrimoniale ciò che la sentenza De Tommaso ha comportato per le misure di prevenzione personali, venendo qui in discussione "non solo il rispetto dei canoni di precisione e determinatezza, ma l'intera ragionevolezza (proporzionalità) dell'impianto applicativo: le regole probatorie, i rapporti con il processo penale, le garanzie processuali e difensive, la tutela dei terzi"[108].

[105] Cfr. Corte Edu, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, § 30, cit. in S. Finocchiaro, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso 'Cavallotti'*, cit., 84.

[106] Per questo richiamo cfr. Corte Edu, 23 febbraio 2017 De Tommaso c. Italia, cit.

[107] Cfr. Cass. pen., sez. I, 7 aprile 1994 n. 1575 (rv. 197678), in *www.cortedicassazione.it.*

[108] Così S. Finocchiaro, *La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso 'Cavallotti'*, cit., 85.

5.1. (segue): l'intervento dell'Unione delle Camere penali.

L'Unione delle Camere Penali Italiane è stata autorizzata ad intervenire come terza parte nel caso Cavallotti e riuniti *vs* Italia, oltre che nei 28 diversi procedimenti pendenti e concernenti la possibile violazione degli artt. 6 § 1, 7 e 1 Prot. 1 CEDU in materia di prevenzione, personale e patrimoniale.

Le osservazioni fornite sintetizzano una posizione consolidata nell'evidenziare il contrasto con i principi costituzionali e convenzionali posti a presidio della presunzione di innocenza, del diritto di difesa, della protezione della proprietà privata[109] e del giusto processo, a proposito del quale è stato ribadito che "l'attestarsi del procedimento di prevenzione su oggetti e modalità operative differenti rispetto al 'classico' procedimento penale non lo mette al riparo dal confronto con tutti i parametri dettati dall'art.111 della Carta costituzionale"[110].

In merito al primo quesito, il presupposto applicativo della misura di prevenzione risulta "giuridicamente e logicamente inconciliabile con l'assoluzione, intervenuta nel processo penale, tenuto conto che il fatto addebitato (appartenenza attuale/partecipazione a una associazione mafiosa) è il medesimo nei due contesti. Rivalutare la posizione del soggetto assolto in via definitiva dall'accusa di partecipazione alla associazione mafiosa, al fine di stabilire se possa essere comunque considerato indiziato di appartenenza al medesimo sodalizio, comporta inevitabilmente la violazione della presunzione d'innocenza, così come è stata delinea dalla giurisprudenza CEDU"[111].

In merito al secondo quesito si osserva che la confisca di prevenzione estesa all'intero patrimonio, prevista dall'art. 24 d.lgs. n. 159/2011, ha natura marcatamente afflittiva e rientra a pieno titolo nelle nozioni autonome di materia penale e di pena (art. 6 e 7 CEDU).

Nella giurisprudenza interna, la stessa Corte costituzionale, pur mantenendo ferma l'impostazione formalistica per cui le misure di prevenzione patrimoniali non sarebbero di natura penale, ne ammette tuttavia la natura afflittiva, con il corollario di ritenere applicabile anche a questa materia il generale principio, tipico del diritto penale sostanziale, di tassatività e determinatezza dei contenuti della fattispecie astratta. Anche la giurisprudenza della Suprema Corte considera necessario estendere al procedimento applicativo delle misure di prevenzione tutte le garanzie giurisdizionali

---

[109] Si vedano l'intervento dell'UCPI alla Corte Edu nel *leading case* Cavallotti e riuniti vs. Italia, (21 maggio 2024), in *www.camerepenali.it* e in particolare F. Petrelli, *Osservazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane quale terzo autorizzato sul ricorso Rugolo e altri vs. Italia (n.10846/14) e 5 altri ricorsi (2 maggio 2024)*, *ivi*, 1 ss.

[110] Cfr. F. Vergine, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale,* in Aa.Vv., *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, a cura di L. Della Ragione-A. Marandola-A. Zampaglione, Milano, 2022, 477; A. Bargi, *Il procedimento di prevenzione e i principi del giusto processo*, in Aa.Vv., *Misure di prevenzione*, cit., 66, a parere del quale "la differenza dell'oggetto dell'accertamento può giustificare la ritenuta erronea autonomia dei relativi procedimenti, sancita anche dal legislatore, sul piano dell'attività d'indagine e di raccolta del materiale investigativo, ma perde consistenza dimostrativa con riguardo alla tutela dei diritti fondamentali della situazione soggettiva del proposto per una misura di prevenzione e delle regole del procedimento probatorio e del giudizio, poste a presidio di una decisione giusta".

[111] Cfr. F. Petrelli, *Osservazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane quale terzo autorizzato sul ricorso Rugolo e altri vs. Italia (n.10846/14) e 5 altri ricorsi (2 maggio 2024)*, cit., 2.

penali proprio in ragione delle ricadute su diritti fondamentali della persona. La giurisprudenza interna riconosce, dunque, sia pure non dichiarandola esplicitamente, la natura schiettamente sanzionatoria e punitiva delle misure di prevenzione, in particolare di quelle patrimoniali.

Una conferma sembra potersi, altresì, desumere dall'analisi del diritto interno, considerando, in particolare, che la confisca di prevenzione (art. 24 d.lgs. n.159/2011) e la confisca penale estesa all'intero patrimonio di cui all'art. 240-*bis* c.p. sono perfettamente coincidenti quanto ad estensione (intero patrimonio) e presupposti (accertamento di responsabilità per un fatto di reato, sia pure con diversi standard probatori, sproporzione patrimoniale, mancata giustificazione della provenienza lecita).

Dunque, se nell'ordinamento penale italiano la confisca-misura di sicurezza patrimoniale (art. 240-*bis* c.p.) appartiene *pleno iure* al sistema penale (doppio binario sanzionatorio, pena e misura di sicurezza), una misura del tutto equivalente quanto a presupposti e afflittività, come la confisca di prevenzione patrimoniale, non può non essere catalogata, a sua volta, nel sistema penale.

Anche il presupposto della c.d. pericolosità qualificata, da cui dipende la confisca patrimoniale di prevenzione, rientra nella nozione autonoma di materia penale enucleata dalla giurisprudenza europea a partire dalla nota sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi (§§ 82-83). In conclusione, sulla base di questi snodi argomentativi, la confisca di prevenzione, fondata sulla pericolosità qualificata *ex* art. 4 d.lgs. n. 159/2011 e applicata dopo l'assoluzione definitiva dall'accusa di associazione di tipo mafioso, determina una palese violazione dell'art. 7 CEDU, trattandosi proprio di quella pena patrimoniale che all'esito del processo penale non poteva essere più irrogata in ragione dell'assoluzione degli imputati (art. 240-*bis* c.p.).

In merito al terzo quesito, il meccanismo applicativo dell'art. 24 d.lgs. n. 159/2011 prevede una palese inversione dell'onere della prova fondata su una presunzione (di fatto assoluta) di illecito arricchimento. Tale presunzione, tuttavia, potrebbe trovare una qualche giustificazione nel caso in cui il soggetto sia stato precedentemente condannato per il reato di associazione mafiosa, mentre risulta del tutto arbitraria nel momento in cui il procedimento di prevenzione segue l'assoluzione per il delitto previsto dall'art. 416-*bis* c.p.

Anche sul tema della proporzione/sproporzione si registra un'inversione dell'onere della prova, essendo l'interessato chiamato a dimostrare la congruità del suo patrimonio rispetto all'attività economica svolta.

Infine, sul presupposto presuntivo della sproporzione, ossia della accumulazione illecita pregressa, spetta al proposto dimostrare che ogni singolo acquisto è stato giustificato dall'impiego di risorse finanziarie di natura lecita. Si tratta di una *probatio diabolica*, dato che i confini della ragionevolezza temporale degli acquisti da giustificare non sono stabiliti dal legislatore.

Il procedimento applicativo delle misure di prevenzione (art. 7 d.lgs. n. 159/2011), peraltro, non risponde agli *standard* minimi del giusto processo, poiché, mancando il pieno riconoscimento del diritto alla prova, rinvia il procedimento di prevenzione alla disciplina del procedimento camerale di cui all'art. 666 c.p.p., con cui si giudicano gli incidenti d'esecuzione. Non vi sono, quindi, basi procedurali adeguate a garantire il rispetto degli standard minimi del processo equo, presupposto indefettibile per l'applicazione di sanzioni penali.

L'accoglimento di queste linee interpretative da parte dei giudici di Strasburgo determinerebbe, evidentemente, il pieno recepimento del complesso reticolo di garanzie costituzionali della materia penale.

Con la massima esemplificazione, in primo luogo viene in rilievo il principio di stretta legalità, intesa sia come esistenza di una base legale, sia come direttiva per il legislatore di uso di elevati standard di qualità della legge, esigendo che la stessa sia sufficientemente precisa, accessibile e prevedibile, sia come sinonimo di divieto inderogabile di applicazione retroattiva sfavorevole al reo. La legittimità del potere preventivo, come emerge anche dalla giurisprudenza costituzionale, risulterebbe condizionata a una verifica stringente della stretta connessione tra tipologia dei destinatari, contenuto delle misure e finalità dalle stesse perseguite sotto il profilo garantistico della proporzione, della necessità e della ragionevolezza della misura di prevenzione a fronte del ricorso sempre più ampio e generalizzato agli "strumenti più estremi della politica criminale", dovendosi altresì assicurare la stretta osservanza del principio del *ne bis in idem*, in presenza di un giudizio penale di assoluzione[112].

6. La sentenza 'Garofalo e altri c. Italia' e l'affermazione del carattere ripristinatorio della confisca di prevenzione.

Mentre in Italia va sempre più delineandosi, ancorché sulla base di un indirizzo nomofilattico, il principio per cui nessuna misura di prevenzione può essere imposta a chi è assolto in sede penale[113], la Corte di Strasburgo ha, più di recente, confermato che le misure di prevenzione non rivestono natura penale e non violano la presunzione di innocenza né il principio del *ne bis in idem*, aggiungendo in termini espliciti che si è in presenza di una misura caratterizzata da finalità ripristinatoria[114].

Nel caso di specie, una prima novità è rappresentata dalla riconosciuta operatività di questo principio non solo per l'aggressione ai patrimoni della criminalità di stampo mafioso, ma anche in presenza di fatti confermativi di una pericolosità generica, desunta ai sensi dell'art. 1 d.lgs. n. 159/2011 e riferibile ad un ingiustificato arricchimento conseguente ad una serie di delitti lucrogenetici, determinanti la disponibilità diretta o indiretta di beni sproporzionati rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta dal proposto.

Oltre a legittimare, di fatto, il modello italiano di confisca senza condanna, sostanzialmente ripreso nella direttiva 2024/1260/UE che estende (art. 16) l'operatività dello strumento ablatorio alle forme di criminalità comune, i giudici di Strasburgo operano un più esplicito riconoscimento della 'natura ripristinatoria' della confisca, in

[112] Cfr. F. Petrelli, *Osservazioni dell'Unione delle Camere Penali Italiane quale terzo autorizzato sul ricorso Rugolo e altri vs. Italia (n.10846/14) e 5 altri ricorsi (2 maggio 2024)*, cit., 2.

[113] Cfr. Cass. pen., sez.VI, 30 ottobre 2024 (dep. 10 dicembre 2024) n.45280, consultabile in *www.processopenaleegiustizia.it*. Per un commento in dottrina v. L. Filippi, *Nessuna misura di prevenzione può essere imposta a chi è assolto in sede penale*, in *Giur. pen.*, 2025, I, 2 ss.

[114] Cfr. Corte Edu, sez. I, 13 febbraio 2025, n.47269/18 (Garofalo e altri c. Italia), in *Sist. pen.*, 2025, II, 24, con nota di S. Finocchiaro, *Garofalo e altri c. Italia": la Corte Edu afferma la legittimità della confisca di prevenzione e ne riconosce, per la prima volta, la natura ripristinatoria.*

quanto provvedimento finalizzato a garantire che il crimine non paghi e a prevenire l'ingiusto arricchimento[115].

La logica dello scopo sembra nuovamente prevalere rispetto al mezzo utilizzato, soprattutto nella parte in cui si ravvisano elementi confermativi di una misura ritenuta comparabile agli strumenti civilistici volti ad impedire l'ingiustificato arricchimento piuttosto che alle sanzioni di natura penale.

7. La Corte Edu tra interrogativi in sospeso e questioni 'di principio'.

Fino al pronunciamento del 28 agosto 2023, relativo al caso Cavallotti e riuniti c. Italia[116], la Corte Edu non aveva mai messo in discussione il carattere preventivo e non sanzionatorio della misura ablatoria contenuta nel d.lgs. n. 159/2011. Con i quesiti formulati, i giudici di Strasburgo lasciano trasparire il possibile conflitto con l'esito assolutorio per non aver commesso il fatto (riconosciuto in un giudizio ordinario) e pertanto con il principio del *ne bis in idem*, oltre che più in generale con il diritto alla prova ed il diritto alla difesa, salvo, tuttavia, ribadire, a distanza di poco più di un anno[117], che la confisca di prevenzione non ha natura penale ai sensi dell'art. 7 CEDU e che pertanto non sussiste alcuna violazione del diritto alla presunzione di innocenza (art. 6 § 2 CEDU) e del *ne bis in idem* (art. 4, prot. VII CEDU).

7.1. (segue): la (possibile) nuova strada dopo la 'sentenza Cavallotti'.

L'atteggiamento ondivago dei giudici di Strasburgo discende, probabilmente, dalla consapevolezza, o dalla sopravvenuta 'presa d'atto', che l'affermazione del carattere punitivo della misura, pur anche descritta come ripristinatoria[118], muterebbe decisa-

[115] Cfr. A. Scarcella, Per la CEDU la confisca di prevenzione non ha natura penale ma riparatoria: Italia assolta, in QG 21 febbraio 2025, 7 ss.; S. Finocchiaro, *Garofalo e altri c. Italia": la Corte Edu afferma la legittimità della confisca di prevenzione e ne riconosce, per la prima volta, la natura ripristinatoria*, loc. cit., il quale sottolinea il portato orientativo esercitato dalla sentenza della Consulta n.24 del 2019, espressamente richiamata ai §§ 110 e 54: "The Constitutional Court, which focused on the unlawful origin of the confiscated assets, held that the measure had a 'merely restorative nature' (carattere meramente ripristinatorio)".

[116] Cfr. Corte Edu, sez.I, 28 agosto 2023, appl. n.29614/16, cit..

[117] Cfr. Corte Edu, sez.I, 13 febbraio 2025, n.47269/18, Garofalo e a. c. Italia, cit.

[118] Cfr. S. Moccia, *Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino, 2020, 601 ss. e in *Dir. pen. proc.*, 2021, consultabile in *www.penaledp.it*; A. Cavaliere, *Qualche considerazione sul tema "diseguaglianze e penalità"*, in Aa.Vv., *Diseguaglianze e penalità*, a cura di F. Curi e E. Valentini, Pisa, 2024, 49 ss., spec. 51, ove si evidenzia come, in ragione della gravità dell'incidenza sui diritti fondamentali, anche le misure limitative del diritto di proprietà possano rientrare nella materia penale; Id., *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Arch. pen.*, 2023, II, 50, in merito all'insostenibile contrapposizione tra finalità ripristinatoria e punitiva: "Da un lato, la confisca, quale sanzione 'ripristinatoria' dello *status quo ante*, realizza una privazione di beni di entità anche ingente, che può giungere nella confisca 'presuntiva' fino all'intero patrimonio di cui taluno disponga, e dunque ha valenza indubbiamente afflittiva/invasiva. Dall'altro lato, non diversamente da qualunque sanzione penale, il 'ripristino' mediante l'ablazione patrimoniale ha un'indubbia funzione preventiva, sia in termini di prevenzione generale che speciale, in quanto comunica il messaggio secondo

mente lo scenario, ma potrebbe anche determinare in ambito europeo un cortocircuito, nella misura in cui, proprio dal modello prevenzionale di confisca del legislatore italiano, è stato desunto uno dei tipi di confisca confluiti nella recente direttiva 2024/1260/UE e precisamente nell'art.16, ove il riferimento all'entità dei reati a carattere lucrogenetico, piuttosto che al dato della sproporzione del valore dei beni rispetto al reddito legittimo, permette di estendere l'ambito operativo dello strumento ablatorio anche a modelli associativi non necessariamente di tipo mafioso, purché si evidenzi la realizzazione di pregressi reati lucrogenetici, come tali richiedenti anche una mera pericolosità generica, sia pur nel rispetto dei limiti di proporzionalità e di ragionevolezza temporale, con ampia garanzia del rispetto degli diritti procedurali dell'interessato e dei terzi.

In effetti, i maggiori problemi di tenuta per le misure fondate sulla pericolosità 'generica' o 'qualificata' (per le quali il riferimento al mero indiziato di reato, soprattutto nel caso di soggetti privi di precedenti penali, collide inevitabilmente con la presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU[119]) potrebbero essere arginati attraverso l'ancoraggio, per espresso richiamo legislativo, al presupposto di plurime condanne per reati lucrogenetici[120].

Una sorta di 'mediazione' tra le questioni messe sul tappeto dalla Corte Edu e le opzioni legislative percorse dalla Commissione e dal Parlamento europeo potrebbe essere offerta dall'orientare le strategie di congelamento e di confisca ai patrimoni di maggiore entità derivanti dalla pregressa commissione di reati lucrogenetici, già oggetto di un accertamento penale culminato in una sentenza di condanna almeno in primo grado, comunque nel pieno rispetto delle garanzie convenzionali offerte, in particolare, dagli art. 6 e 7 CEDU nonché dall'art. 1 Prot. add. n. 1, che lascia il margine a limitate semplificazioni probatorie sull'accertamento della provenienza illecita dei beni.

Tale opzione normativa, per quanto destinata a modificare radicalmente i presupposti delle misure di prevenzione patrimoniale, permetterebbe di superare e risolvere in termini affermativi la questione sollevata nel primo dei quesiti formulati nella 'sentenza Cavallotti', in merito alla possibilità di disporre una misura ablativa a seguito di

cui *crime does not pay*: eventuali profitti illeciti vengono confiscati, e ciò vale come controspinta alla spinta criminosa, secondo la più classica formulazione delle teorie dell'intimidazione o deterrenza, che è, quantomeno dall'Illuminismo ad oggi, una giustificazione della sanzione penale".

[119] Tale presunzione, nel diritto convenzionale, ha un'accezione più ampia rispetto all'analoga disposizione costituzionale (art.27 Cost.), che fissa quella di ' non colpevolezza'. Infatti, "la norma nazionale si riferisce alla figura 'dell'imputato', cioè di colui nei cui confronti sia stata esercitata l'azione penale, che viene considerato non colpevole sino a sentenza definitiva di condanna. La disposizione convenzionale, invece, si riferisce alla figura 'dell'accusato' di un reato, che si presume innocente sino a che la sua colpevolezza 'non sia legalmente accertata'. Mentre l'art.27 della Costituzione si riferisce, dunque, soltanto al sistema processuale penale, l'art.6 § 2 della Convenzione attiene a qualsiasi accusa di un reato, anche estranea ad una accusa penale e persino ad un procedimento giurisdizionale": cfr. F. Costarella-C. Palumbo, *Procedimento di prevenzione e presunzione di innocenza,* in *www.camerepenali.it*, 22 luglio 2024.

[120] Va evidenziato che i giudici di Strasburgo non si sono limitati a chiedere se fosse possibile irrogare una confisca di prevenzione in presenza di una sentenza di assoluzione nel giudizio ordinario, tematica che avrebbe riguardato la *vexata questio* dei rapporti tra procedimento penale e procedimento di prevenzione, ma hanno più in profondità sollevato la questione dell'applicabilità o meno di una misura di prevenzione patrimoniale in assenza di una formale condanna, con i possibili risvolti di una violazione, nel primo caso, del principio di innocenza di cui all'art.6 § 2 CEDU.

sentenza di condanna[121] e più in generale di non procedere con lo strumento prevenzionistico di ablazione patrimoniale in presenza di una sentenza di assoluzione.

In questa direzione sembrano muovere alcuni disegni di legge tuttora pendenti ed orientati ad un percorso (senz'altro meno difforme) di legalità.

Con la proposta di introduzione di un comma 1-*bis* nell'art. 29 d.lgs. n. 159/2011, volta a conferire alla sentenza di proscioglimento o di assoluzione ovvero al decreto di archiviazione l'autorità di cosa giudicata nel procedimento di prevenzione per quanto attiene all'accertamento dei fatti materiali che furono oggetto di giudizio penale, è stata considerata la possibilità di determinare la revoca *ex tunc* della misura nei casi di sentenza penale di proscioglimento, di sentenza assolutoria o anche di sentenza di condanna nella quale siano accertati fatti che escludono i presupposti per l'applicazione della misura[122].

L'obiettivo è evidentemente quello di evitare che il procedimento di prevenzione costituisca una modalità per aggirare l'esito assolutorio in sede penale, determinando *in facto* una violazione del *ne bis in idem*.

D'altro canto, nella prospettiva di una ricorrente logica di contrappesi, la riforma Cartabia ha previsto l'introduzione dell'art. 578-*bis* c.p.p., che tra le altre 'confische senza condanna' include anche la fattispecie 'allargata di cui all'art. 240-*bis* c.p.

La norma sembra recepire l'orientamento per il quale il riconoscimento della natura punitiva di una fattispecie ablatoria non osta di per sé alla sua applicazione in assenza di una formale pronuncia di condanna, purché sia idonea a configurare una condanna in senso sostanziale[123].

È stata, altresì, disciplinata l'ipotesi in cui si renda necessaria una decisione in materia di confisca quando si verifichi la causa di improcedibilità sopravvenuta dovuta al decorso dei termini, per la conclusione dei giudizi di impugnazione: in particolare, i commi 2 e 3 della norma prevedono che "se vi sono beni in sequestro di cui è stata disposta confisca, il giudice di appello o la Corte di Cassazione, nel dichiarare l'azione penale improcedibile ai sensi dell'articolo 344-*bis*, dispongono con ordinanza la trasmissione degli atti al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto o al procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo competenti a proporre le misure patrimoniali di cui al titolo II del Libro I del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159".

---

[121] Per una diversa prospettiva di costruzione di un 'processo al patrimonio' "che unifichi, per quanto possibile, i diversi attuali istituti dispersi tra confische penali, misure di sicurezza e misure di prevenzione" cfr. F. Menditto, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, cit., 46, ove l'A. suggerisce una scissione definitiva rispetto alle misure di prevenzione personali, "eliminando o attenuando il riferimento al contenimento della pericolosità sociale" e "l'individuazione della connotazione soggettiva sufficiente per disporre la confisca nella gravità indiziaria della commissione di specifiche fattispecie di reato che evidenzino l'illecita accumulazione patrimoniale".

[122] Cfr. *Disegno di legge Senato 6 luglio 2017 n. 2134, recante "Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, in materia di misure di prevenzione patrimoniale"*, 10, in *www.senato.it*. In dottrina, tra gli altri, cfr. R. Borgogno, *L'ablazione dei beni "marchiati di infamia". (Prime osservazioni su alcuni recenti interventi giurisprudenziali in tema di "confisca allargata" e di "confisca senza condanna")*, in *Arch. pen.*, 2015, I, 48.

[123] Così A. Costantini, *La confisca nel diritto della prevenzione. Ibridazione di modelli e limiti di legittimità*, cit., 367.

Se alla base dell'esigenza di prevedere apposite regole sulla sorte dei beni sequestrati o confiscati vi è quella di evitarne la dispersione, consentendo che cose intrinsecamente pericolose restino in circolazione o che l'imputato possa fruire e trarre vantaggi dal profitto o dal prodotto del reato, è altrettanto vero che l'esigenza di una pronuncia sull'esistenza del reato e sulla sua riferibilità soggettiva, anche in senso sostanziale, è il presupposto indefettibile per il mantenimento di ipotesi di confisca aventi natura sanzionatoria e di alcune tipologie aventi carattere di misura di sicurezza per le quali è espressamente richiesta una condanna, mentre nel caso della pronuncia *ex* art. 344-*bis* c.p.p. (improcedibilità sopravvenuta dell'azione penale nel caso di superamento dei termini, ivi stabiliti, per la durata dei giudizi di impugnazione) non vi sarebbe spazio per alcuna verifica formale o sostanziale sul *thema decidendum*.

Per l'intestazione fittizia dei beni (art. 26 d.lgs. n.159/2011) è stato ipotizzato un rigido ancoraggio alle previsioni di cui all'art. 192 c.p.p., con elementi indiziari idonei a costruire una prova maggiormente strutturata in termini critico-rappresentativi, a fronte di un procedimento, laddove, allo stato attuale, continua ad essere ritenuto sufficiente un determinato contesto indiziario che non necessariamente deve risultare assistito dalle caratteristiche di gravità, precisione e concordanza[124].

Un'ulteriore garanzia potrebbe essere costituita dall'introduzione di un criterio temporale per l'indagine patrimoniale oltre il quale l'azione di prevenzione non può essere esercitata, a pena di inutilizzabilità degli elementi raccolti in caso di violazione.

In Italia, la giurisprudenza di merito, a tale riguardo, si è già da tempo orientata ad escludere dal materiale probatorio legittimamente acquisito nel procedimento di prevenzione "tutti gli atti affetti da inutilizzabilità patologica: si tratta degli atti probatori assunti *contra legem*, la cui utilizzabilità è vietata in modo assoluto non solo nel dibattimento, ma in tutte le fasi del procedimento, comprese quelle delle indagini preliminari e dell'udienza preliminare, nonché le procedure incidentali cautelari e quelle negoziali di merito"[125].

Sempre nell'ottica del consolidamento di basi meno fragili per l'istituto in una dimensione costituzionalmente orientata, si è proposto di orientarne la disciplina al principio di temporaneità/reversibilità, assicurando, sul piano della proporzione, un maggiore equilibrio "tra il sacrificio imposto al prevenuto e l'utilità sociale che se ne intende ricavare"[126].

---

[124] Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 maggio 1997 n. 2148, cit., ove si legge che "in tema di misure di prevenzione il giudice non deve raggiungere la prova dell'appartenenza ad un'associazione mafiosa, ma raccogliere un contesto indiziario univoco sufficientemente indicativo della pericolosità del soggetto". La differente 'portata' dello *standard* probatorio richiesto si evince dall'enunciato della sufficienza indiziaria, richiamato nell'art. 20 e non più riproposto nell'art. 24 d.lgs. n. 159 del 2011, a conferma di una fattispecie probatoria 'a formazione progressiva' che dalla sufficienza indiziaria approda (perlomeno) alla prova indiziaria di cui all'art. 192 c.p.p.: sul punto, cfr. A. Cimmino, *Le misure di prevenzione patrimoniali antimafia. Tra norme interne e prospettive sovranazionali*, cit., 79.

[125] Cfr. A. Balsamo-C, Maltese, *Il codice antimafia*, Milano, 2011, 40 e giurisprudenza di legittimità *ivi* richiamata (Cass. pen., sez. V, 27 ottobre 2010 n. 3687) riguardo alla ritenuta illegittimità di una misura di prevenzione applicata sulla base di una prognosi di pericolosità qualificata e desunta da dichiarazioni accusatorie indirette, rese in violazione dell'art. 195 co. 7 c.p.p., non essendo, la fonte conoscitiva delle stesse, identificata né identificabile.

[126] In tal senso, cfr. L. Della Ragione, *Le misure di prevenzione nello specchio dei principi costituzionali e convenzionali*, in Aa.Vv., *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*,

In altri termini, per le misure patrimoniali incentrate sulla pericolosità del soggetto, l'esclusione del carattere definitivo avrebbe il pregio di recuperarne le finalità in una dimensione preventiva e non punitiva, laddove una riconfigurazione dell'istituto, che sarebbe comunque possibile "secondo modelli propri del diritto comparato, ovvero in linea con quelli elaborati nell'ambito delle politiche europee di contrasto ad alcune gravi forme di criminalità"[127], consentirebbe il ricorso al modello ablatorio definitivo qualora, a prescindere dall'accertamento della pericolosità sociale del proposto, risultasse accertata la sussistenza dell'origine illecita dei beni e l'idoneità degli stessi a contaminare il mercato legale di riferimento"[128].

In questo ambito, andrebbe anche revisionato l'attuale modello organizzativo e gestionale dei complessi aziendali sottoposti a confisca di prevenzione, per garantire un effettivo riutilizzo sociale dei beni sottratti alla criminalità organizzata ed evitarne la dispersione attraverso amministrazioni deficitarie, che troppo spesso hanno determinato il fallimento dell'impresa[129].

Riveste un ruolo cruciale la preliminare fase di ricognizione diretta a verificare la concreta possibilità di proseguire l'attività imprenditoriale con una nuova compagine societaria ovvero la necessità di avviare una procedura di liquidazione. Qui si richiede, in capo all'amministratore giudiziario, la capacità di selezionare le aziende che possano rispondere efficacemente ad un piano industriale di bonifica e garantire un rilancio secondo criteri di competitività ed economicità.

A tal fine, soprattutto per i complessi di maggiori dimensioni, risulta opportuno diversificare le competenze ed affiancare all'amministratore giudiziario un *manager* dell'azienda esperto per lo specifico settore di interesse[130] ed evitare l'assegnazione

---

cit., 39. L'A. esclude il rischio di una sovrapposizione con l'ambito di operatività delle misure cautelari poiché queste ultime presuppongono la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza (art.273 c.p.p.) nell'ottica di un giudizio rivolto al passato, laddove quello di pericolosità guarda necessariamente al futuro, allo scopo di evitare la commissione di nuovi reati.

[127] Cfr. L. Della Ragione, *Le misure di prevenzione nello specchio dei principi costituzionali e convenzionali*, cit., 40.

[128] Cfr. E. Squillaci, *La prevenzione illusoria. Uno studio sui rapporti tra diritto penale e diritto penale 'reale'*, cit., 459.

[129] Cfr. A. Barbano, *L'inganno. Antimafia. Usi e soprusi dei professionisti del bene*, Venezia, 2022, 39, a giudizio del quale alla lotta al crimine è venuta ad affiancarsi, "fino a sostituirsi, una macchina repressiva che fagocita patrimoni e sviluppa di pari passo un sistema parassitario pubblico in continua espansione. A costituirlo convergono tre interessi diversi. Il primo riguarda le ambizioni delle forze di polizia giudiziaria impegnate nelle indagini: sequestrare trenta milioni, anziché cinque o uno, può garantire una conferenza stampa e una visibilità sui media su cui si costruiscono ambite carriere. Il secondo è l'interesse economico dei professionisti e consulenti chiamati dal tribunale ad amministrare, rappresentare, o più semplicemente analizzare le imprese e i beni sequestrati. Gli amministratori giudiziari assumono grazie al Codice antimafia uno *status* professionale inedito e unico in Europa. Il terzo interesse riguarda il potere che i tribunali di prevenzione e i loro vertici esercitano e consolidano nella gestione dell'intera architettura giudiziaria e burocratica".

[130] In tal senso, v. il disegno di legge n.2134 del 20 novembre 2015, approvato alla Camera dei Deputati il 20 novembre 2015, recante *modifiche al Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione*, in Gazz. Uff. 4 novembre 2017 n. 258, 26 ss. ed il commento di A.M. Maugeri, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. n.161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. pen.* 2018, suppl. al n. 1 *La giustizia penale riformata*, spec. 365.

di incarichi plurimi, nonché procedere alla modifica della responsabilità civile per gli amministratori giudiziari, che attualmente è limitata al dolo e alla colpa grave, prevedendone l'estensione alla colpa non grave e conseguente obbligo di assicurazione.

7.2. (segue): "*The preventive, and not punitive, nature of confiscation*": tra funzione ripristinatoria e giustizia riparativa.

I principi contenuti nella recente direttiva 2024/1260/UE e la riconferma dell'orientamento espresso dalla Corte Edu nella sentenza del 13 febbraio 2025 *Garofalo e altri c. Italia* non lasciano ipotizzare mutamenti di rotta in ambito europeo relativamente alla valorizzazione dei profili preventivi e riparativi o ripristinatori della confisca, nell'ottica di eliminare o quanto meno attenuare il male che la trasgressione della norma ha prodotto nella società.

Può osservarsi, incidentalmente, che la terminologia impiegata dai giudici di Strasburgo si presta a differenti interpretazioni, potendo l'espressione '*restorative measure*' riferirsi tanto alla natura 'ripristinatoria' della confisca, per come richiamata nella sentenza della Consulta n. 24/2019 e intesa letteralmente come *reductio in pristinum*, ossia rimessione del patrimonio del proposto nella situazione preesistente all'illecito arricchimento, quanto al modello di giustizia riparativa o rigenerativa (*restorative justice*) che impone all'autore del reato di rimediare, per il tramite dell'ablazione patrimoniale che subisce, alle conseguenze lesive della condotta.

In questa prospettiva, ove costituisse effetto conseguente ad una condanna penale, la misura riparatoria presenterebbe i caratteri funzionali dell'obbligo alla restituzione ed al risarcimento, sul modello dell'art.185 c.p., sebbene la struttura delineata nella sentenza in esame sia quella di una misura dichiaratamente non penale, anzi ritenuta maggiormente assimilabile agli istituti civilistici, come è possibile desumere da altro recente pronunciamento della Corte Edu in materia di confisca, "in quel caso non 'di prevenzione', bensì disposta in sede penale e avente ad oggetto il profitto del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex* art.640-*bis* c.p."[131].

La questione del possibile conflitto di queste tipologie di confisca con il dettato costituzionale è destinata a permanere, atteso il carattere interposto – nel sistema giurisdizionale italiano – delle norme CEDU come interpretate dalla Corte Edu, le cui sentenze prevalgono nei confronti dei pronunciamenti del giudice penale nazionale, ma non anche delle sentenze della Corte costituzionale.

Ed anche quando si avverte un sostanziale allineamento interpretativo, come nel caso della valutazione strutturale e funzionale della confisca di prevenzione, non va dimenticata la collocazione mediana e non sovraordinata del diritto comunitario, che ha rango supralegislativo e infracostituzionale: in altri termini, il banco di prova e di

[131] Cfr. Corte Edu, sez. I, 19 dicembre 2024, ric. n. 47284/16 e n. 84604/17 *Episcopo e Bassani c. Italia*, § 74: "*the Court further observes that the measure in question has certain elements that render it more comparable to the restitution of unjustified enrichment under civil law than to a fine under criminal law*", cit. in S. Finocchiaro, "*Garofalo e altri c. Italia*": *la Corte Edu afferma la legittimità della confisca di prevenzione e ne riconosce, per la prima volta, la natura ripristinatoria*, loc. cit. Nella vicenda, tuttavia, la Corte ha ravvisato la violazione dell'art.6 § 2 CEDU per la comminatoria della misura ablatoria nei confronti di un soggetto destinatario di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato.

confronto, anche per una materia articolata come quella che riguarda l'intero complesso delle misure di prevenzione patrimoniale, continua a dover essere individuato nella Costituzione[132], a meno di non voler perpetuare e legittimare quell'inversione metodologica che caratterizza il diritto penale contemporaneo, subordinando i principi fondamentali ai bisogni di tutela e di efficienza e così rinnegando il canone delimitativo dell'*extrema ratio*[133].

[132] Sul punto, limpidamente A. Cavaliere, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, cit., 34: "Se da un lato è auspicabile che la Corte EDU modifichi i propri criteri di individuazione della materia penale, dall'altro va ribadito che il concetto costituzionale di materia penale è sovraordinato in rapporto a quello convenzionale: anche qualora la Corte EDU escluda dalle garanzie proprie della materia penale alcuni illeciti e sanzioni, ciò non può comportare automaticamente che tali illeciti e sanzioni siano sottratti ai principi costituzionali del diritto e del processo penale. Detto in altri termini: se una legge penale è contraria alla CEDU quale complesso di norme interposte, essa è contraria anche a Costituzione *ex* art. 117 Cost., ma, all'inverso, il fatto che una legge penale sia conforme alla CEDU non significa che essa sia pure conforme alla Costituzione, che ha rango sovraordinato rispetto alla CEDU e contiene principi e garanzie che la CEDU, come interpretata dalla Corte EDU, non prevede".

[133] Cfr. G. Fiandaca, *Legislatore e dottrina penalistica: è ancora possibile un dialogo?*, in *Criminalia* 2015, 17 ss. Sull'argomento, v. altresì F. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, a cura di L. Eusebi, Milano, 2015, 101, che immagina "il vecchio diritto penale liberale" aggirarsi per l'Europa ormai come uno "spettro"; F. Muñoz Conde, *La relazione conflittuale tra politica criminale e diritto penale*, trad. it. V. Mongillo, in *www.criminaljusticenetwork.eu*, a parere del quale "il diritto penale, lungi dall'essere – come proponeva Franz von Liszt, in modo non del tutto coerente con altre sue idee – 'la barriera invalicabile della politica criminale', è in realtà lo strumento preferito dal potere per convertire il suo programma politico o la sua ideologia in norme giuridiche di grande impatto sulla regolazione della vita sociale dei cittadini".

Osservatorio Corte Costituzionale

a cura di Ottavia Murro

PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO E DELITTO DI ESTORSIONE TENTATA

C. Cost., 31 marzo 2026 (ud. 23 febbraio 2026), n. 44, Pres., G. Amoroso; Red., F. S. Marini.

La questione.

Il GIP di Pavia e il Tribunale di Cassino hanno sollevato, in via incidentale, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 131-*bis*, terzo comma, n. 3), cod. pen., nella parte in cui la norma esclude in ogni caso l'applicazione della causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto ai delitti, consumati o tentati, di estorsione *ex* art. 629 cod. pen.

In entrambi i procedimenti si è proceduto per tentata estorsione non aggravata, in contesti connotati da modesto disvalore ed entrambi i giudici hanno ritenuto sussistenti i presupposti oggettivi e soggettivi dell'art. 131-*bis* cod. pen., tuttavia, la clausola ostativa riferita all'art. 629 cod. pen. ha impedito di dichiarare la non punibilità.

Entrambi i remittenti hanno, altresì, denunciato violazione dell'art. 3 Cost., per disparità di trattamento rispetto al delitto di rapina non aggravata *ex* art. 628, commi 1 e 2, cod. pen., per il quale la particolare tenuità del fatto è ammessa, essendo esclusa solo nelle ipotesi aggravate di cui al terzo comma.

Il Tribunale di Cassino ha, infine, evocato anche l'art. 27, commi 1 e 3, Cost., ritenendo che l'automatica preclusione alla valutazione di tenuità impedisca l'individualizzazione della risposta punitiva e conduca a sanzionare fatti di scarsissima offensività, in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale e con la funzione rieducativa della pena.

Le argomentazioni.

La Corte, riuniti i giudizi, ha delimitato l'oggetto al solo delitto tentato di estorsione semplice (art. 629, primo comma, cod. pen.), dichiarando inammissibili le questioni riferite all'estorsione consumata, poiché nei giudizi *a quibus* si procede unicamente per il tentativo, figura autonoma di reato.

Richiamata l'evoluzione dell'art. 131-bis cod. pen., la Corte ha ricordato come il d.lgs. n. 150 del 2022 abbia spostato il limite edittale dal massimo al minimo di pena (non superiore a due anni) e introdotto un catalogo di esclusioni "nominative" nel terzo comma, tra cui l'estorsione, ampliando, nel contempo, l'area applicativa dell'istituto. In questo quadro, le eccezioni vanno sottoposte a sindacato di ragionevolezza "in senso stretto", come già avvenuto per i delitti *ex* artt. 336 e 337 cod. pen. (sent. n. 172 del 2025) e per l'incendio boschivo colposo (art. 423-*bis*, secondo comma, cod.

---

* Ricercatore diritto processuale penale – Università Telematica Pegaso

pen., sent. n. 5 del 2026), dove la Corte ha rimosso esclusioni manifestamente incoerenti rispetto a fattispecie più gravi che restavano, invece, coperte dall'art. 131-*bis*.

Applicando il medesimo criterio, la Corte ha confrontato l'estorsione (art. 629) e la rapina (art. 628). Entrambe rientrano tra i delitti contro il patrimonio commessi con violenza alle cose o alle persone, sono plurioffensive e condividono l'uso di violenza o minaccia per conseguire un ingiusto profitto. Il discrimine è nel tipo di coazione: "*vis compulsiva*" nell'estorsione (coazione relativa), "*vis absoluta*" nella rapina (annullamento della capacità di autodeterminarsi), il che rende in astratto più grave la rapina.

Nonostante ciò, il legislatore ha parificato i minimi edittali (reclusione da cinque a dieci anni per entrambe), segnalando un giudizio di omogeneità quanto all'offensività astratta; identico è l'elenco delle aggravanti speciali, richiamate dall'art. 629, secondo comma, cod. pen., e per entrambe è esclusa la causa di non punibilità di cui all'art. 649 cod. pen.

Sul piano processuale, rapina ed estorsione condividono arresto obbligatorio in flagranza (art. 380, comma 2, lett. f, cod. proc. pen.) e disciplina delle indagini preliminari e dei benefici penitenziari nelle forme aggravate (art. 407, comma 2, n. 2, cod. proc. pen.; art. 4-*bis*, comma 1-*ter*, ord. penit.). In entrambe le fattispecie, poi, la Corte ha già introdotto l'attenuante del fatto di lieve entità (sentt. nn. 120 del 2023 per l'estorsione e 86 del 2024 per la rapina), proprio per creare una "valvola di sicurezza" rispetto a un minimo edittale di "notevole asprezza" applicabile a condotte di disvalore molto eterogeneo.

Alla luce di tale sostanziale omogeneità strutturale e sanzionatoria, la Corte ha ritenuto manifestamente irragionevole che la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto sia esclusa, in blocco, per l'estorsione (anche tentata e non aggravata), mentre per la rapina l'esclusione opera solo per le ipotesi aggravate *ex* art. 628, terzo comma, cod. pen.

Il diverso trattamento non trova giustificazione né nella maggiore gravità astratta della rapina, né nel parallelismo con il regime dei benefici penitenziari: i lavori preparatori del d.lgs. n. 150 del 2022 mostrano che proprio tale parallelismo è stato invocato per escludere la rapina aggravata dall'art. 131-*bis*, ma nulla spiega perché l'estorsione semplice debba essere colpita da una preclusione più ampia.

La Corte ha ribadito, infine, che la discrezionalità legislativa nel delimitare l'ambito oggettivo dell'istituto incontra il limite della manifesta irragionevolezza: qui superato, poiché due fattispecie omogenee sotto tutti i profili rilevanti vengono trattate in modo opposto, rendendo non punibile, in astratto, una rapina semplice di lieve tenuità e sempre punibile, invece, una tentata estorsione semplice con offesa ancora più contenuta.

La censura *ex* art. 27 Cost., proposta solo da Cassino, è assorbita dall'accoglimento sul parametro dell'art. 3 Cost.

La soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-bis, terzo comma, n. 3), cod. pen., nella parte in cui prevede che l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per il delitto tentato di estorsione semplice ex art. 629, primo comma, cod. pen.

Le questioni riferite all'estorsione consumata sono state dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza.

CONVERSIONE DELLA PENA PECUNIARIA E PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA

C. Cost., 17 aprile 2026 (ud. 9 febbraio 2026), n. 54, Pres., G. Amoroso; Red., M. Luciani.

La questione.

Il Magistrato di sorveglianza di Bologna è stato chiamato a convertire pene pecuniarie non pagate, in due procedimenti *ex* art. 660 cod. proc. pen., nei confronti di un condannato a reclusione e multa per reati gravi (stupefacenti, resistenza, lesioni) e di un condannato ad ammenda per porto abusivo d'arma. Accertata l'"insolvenza colpevole" (redditi adeguati ma mancato pagamento e mancata richiesta di rateizzazione), il giudice, in base all'art. 102 l. n. 689/1981, avrebbe dovuto convertire la pena pecuniaria principale nella sola semilibertà sostitutiva, con obbligo di permanere in carcere per alcune ore al giorno.

Di contro, come noto, per le pene pecuniarie sostitutive delle pene detentive brevi, l'art. 71 l. n. 689/1981 consente, in caso di insolvenza, la scelta tra semilibertà sostitutiva e detenzione domiciliare sostitutiva.

Ciò posto, i rimettenti hanno denunciato, in via principale, l'eccessiva afflittività della sola semilibertà rispetto alla finalità di garantire l'effettività della pena pecuniaria, e, in via subordinata (e nell'altro procedimento in via esclusiva), l'irragionevole disparità di trattamento tra insolventi per pene pecuniarie "originarie" e insolventi per pene pecuniarie "sostitutive", a parità di mancato pagamento colpevole.

Sono stati evocati, così, gli artt. 3, secondo comma, 13 e 27, terzo comma, Cost., lamentando un automatismo sanzionatorio che non consente al magistrato di sorveglianza di graduare la risposta tra misura più grave (semilibertà) e meno afflittiva (detenzione domiciliare sostitutiva).

Le argomentazioni.

La Corte, riuniti i giudizi, ha dichiarato inammissibili le censure fondate sull'art. 13 Cost., per totale assenza di motivazione specifica sul parametro, e ha respinto, nel merito, la questione principale che chiedeva di sostituire in generale la semilibertà con la detenzione domiciliare quale "misura principe" per l'insolvenza: si tratterebbe, infatti, di una scelta di politica criminale, rimessa alla discrezionalità del legislatore, che ha inteso usare la minaccia di una misura detentiva come strumento di pressione per rendere effettivo il pagamento delle pene pecuniarie.

Ricostruita l'evoluzione normativa (dalla sentenza n. 131 del 1979, che colpiva la "sanzione per la povertà", alla riforma del d.lgs. n. 150/2022, che ha rafforzato l'effettività della riscossione distinguendo tra "insolvibilità incolpevole" e "insolvenza colpevole"), la Corte ha ritenuto non manifestamente sproporzionata, in sé, la scelta della semilibertà per l'insolvenza, anche alla luce di modelli comparati e della decisione quadro 2005/214/GAI che ammette sanzioni alternative detentive in caso di mancata esecuzione delle pene pecuniarie.

Diverso esito ha la questione subordinata (e quella parallela del secondo procedimento), incentrata sulla disparità di trattamento tra pene pecuniarie principali e pene pecuniarie sostitutive, entrambe non pagate per insolvenza colpevole.

La Corte ha applicato il giudizio di eguaglianza "in senso stretto", individuando come *tertium comparationis* la disciplina dell'art. 71 l. n. 689/1981, che, per l'insolvenza

relativa alle pene pecuniarie sostitutive, prevede l'alternativa tra semilibertà e detenzione domiciliare sostitutiva.

Nel dettaglio, richiamato l'art. 57, ultimo comma, l. n. 689/1981, che qualifica tutte le pene pecuniarie, anche se sostitutive, come unitarie quanto a natura e funzione, è stato ritenuto irrilevante, ai fini del giudizio di eguaglianza, che la pena sia "originariamente" pecuniaria o derivi dalla sostituzione di una pena detentiva. Ne deriva che, rispetto all'interesse costituzionale all'effettività della sanzione penale (collegato alla certezza del diritto e alla funzione rieducativa dell'art. 27 Cost.), le due situazioni – mancato pagamento colpevole di pene pecuniarie principali e sostitutive – sono pienamente comparabili: la riprovevolezza della condotta insolvente è identica.

In questo quadro, la previsione, per le sole pene pecuniarie principali, della conversione esclusiva in semilibertà sostitutiva, a fronte della possibilità di scelta tra semilibertà e detenzione domiciliare per le pene pecuniarie sostitutive, è apparsa priva di giustificazione ragionevole, infatti, una pena originariamente pecuniaria può tradursi in una misura "qualitativamente carceraria", mentre una pena originariamente detentiva può sfociare in una mera detenzione domiciliare.

Tale asimmetria integra, per la Consulta, una violazione dell'art. 3, primo comma, Cost., per disparità di trattamento tra situazioni eguali; le ulteriori censure fondate sull'art. 27, terzo comma, sono ritenute assorbite, poiché la lesione dell'eguaglianza è sufficiente a fondare la declaratoria di illegittimità.

La soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 102 l. 24 novembre 1981, n. 689, e 660, comma 3, cod. proc. pen., nella parte in cui, in caso di insolvenza nel pagamento delle pene pecuniarie principali, non prevedono la conversione anche nella detenzione domiciliare sostitutiva, oltre che nella semilibertà sostitutiva.

ORDINAMENTO PENITENZIARIO, ESECUZIONE PENA E MISURE ALTERNATIVE

C. Cost., 5 maggio 2026 (ud. 9 febbraio 2026), n. 68, Pres., G. Amoroso; Red., F. Patroni Griffi.

La questione.

Il Tribunale ordinario di Catanzaro è stato investito dell'istanza del pubblico ministero volta a ottenere la sospensione dell'ordine di esecuzione di una pena detentiva pari a un anno, un mese e dieci giorni di reclusione inflitta, con sentenza definitiva, per il delitto di atti sessuali con minorenne *ex* art. 609-*quater* cod. pen., riconosciuto nella forma attenuata di cui al sesto comma (minore gravità del fatto). La condotta, come ricostruita nel giudizio di merito, si sarebbe concretizzata in baci e abbracci tra un ventenne e una tredicenne, legati da un rapporto affettivo.

A giudizio del rimettente, l'art. 656, comma 9, lett. a), cod. proc. pen. – in combinato disposto con l'art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, ord. penit. – impedisce al pubblico ministero di sospendere l'esecuzione della pena quando il titolo del reato rientra tra quelli elencati nella disciplina ostativa, tra cui appunto l'art. 609-*quater* cod. pen. In parallelo, l'art. 4-*bis*, comma 1-quater, subordina l'accesso ai benefici penitenziari per i condannati per tale delitto al previo svolgimento di un'osservazione scientifica collegiale della personalità per almeno un anno di detenzione intramuraria, con la partecipazione degli esperti di cui all'art. 80 ord. penit.

Il giudice dell'esecuzione ha ritenuto, così, integrata una lesione dell'art. 3 Cost. sussistendo, nella specie, una disparità di trattamento rispetto al delitto di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis* cod. pen., per il quale – in presenza della circostanza attenuante ad effetto speciale della minore gravità – la stessa disciplina dell'art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, prevede espressamente la non applicazione dell'obbligo di osservazione intramuraria annuale, consentendo quindi la sospensione dell'ordine di esecuzione; dall'altro, rispetto a varie altre fattispecie (artt. 287, 375, terzo comma, 579, 629, terzo comma, cod. pen.) considerate in astratto più o almeno parimenti gravi, per le quali non è previsto un simile automatismo preclusivo.

In aggiunta, il rimettente ha denunciato anche la violazione dell'art. 27, terzo comma, Cost., osservando che l'imposizione di un periodo minimo di carcerazione di un anno, anche in presenza di un fatto qualificato come di minore gravità e di una pena complessiva modesta, si tradurrebbe in un sacrificio inutile e sproporzionato rispetto alla funzione rieducativa della pena.

Le argomentazioni.

La giurisprudenza costituzionale ha, già da tempo, affermato l'esistenza di un "parallelismo tendenziale" tra la possibilità di accesso alle misure alternative – in astratto desumibile dal *quantum* di pena – e il dovere del pubblico ministero di sospendere l'ordine di esecuzione: parallelismo che costituisce un "punto di equilibrio ottimale" rispetto ai principi di eguaglianza-ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di rieducazione (art. 27, terzo comma, Cost.), poiché evita la rottura dei legami familiari, sociali e lavorativi del condannato e scongiura che l'eventuale decisione favorevole del giudice di sorveglianza intervenga quando la pena sia ormai in gran parte espiata.

Pur riconoscendo che il legislatore può, in via eccezionale, derogare a tale parallelismo per specifiche categorie di reati, in presenza di ragioni ostative particolarmente incisive (ad esempio per titoli di reato che esprimano una pericolosità intrinseca elevata o rendano l'accesso ai benefici un'eventualità meramente residuale), la Corte ha ribadito che tali deroghe, in quanto eccezioni al "punto di equilibrio ottimale", sono soggette a uno scrutinio di costituzionalità "particolarmente stretto".

Nel caso in esame, la disciplina combinata degli artt. 656, comma 9, lett. a), cod. proc. pen. e 4-*bis*, comma 1-*quater*, ord. penit. si spinge oltre la mera rottura del parallelismo, poiché non solo vieta al pubblico ministero di sospendere l'esecuzione, ma preclude anche al condannato per atti sessuali con minorenne – pur nella forma attenuata di minore gravità – la possibilità stessa di chiedere misure alternative per l'intero primo anno di detenzione.

Si tratta, dunque, di un automatismo particolarmente rigido, che impedisce qualsiasi apprezzamento individuale da parte della magistratura di sorveglianza per un periodo temporalmente significativo, in contrasto con l'orientamento consolidato della Corte volto a escludere automatismi preclusivi in materia di benefici penitenziari.

La Consulta ha sottolineato poi l'intrinseca irragionevolezza di un sistema che, da un lato, riconosce all'art. 609-*quater*, sesto comma, cod. pen. una circostanza attenuante ad effetto speciale capace di ridurre la pena fino a due terzi, proprio per tener conto dell'estrema eterogeneità delle condotte astrattamente riconducibili alla fattispecie e della loro diversa gravità concreta, e, dall'altro, presume comunque, in via assoluta, che il condannato sia sempre così pericoloso da richiedere un anno pieno di detenzione intramuraria prima di qualunque apertura a percorsi alternativi.

Sotto il profilo comparativo, la Corte ha rilevato inoltre l'ingiustificata disparità di trattamento rispetto al delitto di violenza sessuale *ex* art. 609-*bis* cod. pen., per il quale, in presenza della corrispondente attenuante della minore gravità, l'art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, secondo periodo, esclude espressamente l'obbligo di osservazione intramuraria annuale, consentendo quindi la sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen.

Da ultimo, la Corte ha richiamato il parametro dell'art. 27, terzo comma, Cost.: una disciplina che impone, in modo rigido e automatico, un anno di detenzione carceraria anche in presenza di fatti qualificati come di minore gravità e pene brevi realizza un sacrificio "del tutto inutile" rispetto alla funzione rieducativa, finendo per ostacolare, anziché favorire, il percorso di risocializzazione del condannato.

La soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-*bis*, comma 1-*quater*, della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui si applica ai condannati per il delitto di atti sessuali con minorenne *ex* art. 609-*quater* cod. pen. cui sia stata riconosciuta la circostanza attenuante ad effetto speciale della minore gravità di cui al sesto comma del medesimo articolo.

In concreto, per i condannati per atti sessuali con minorenne nella forma attenuata, la pena potrà ora essere oggetto di sospensione dell'ordine di esecuzione, consentendo loro di presentare, in stato di libertà, istanza di accesso alle misure alternative alla detenzione.

Spetterà al tribunale di sorveglianza effettuare una valutazione individualizzata, fondata sulle caratteristiche del fatto (ad esempio il divario di età e la concreta incidenza sullo sviluppo della libertà sessuale del minore), sul comportamento successivo del condannato e sui risultati dell'osservazione della personalità svolta dall'ufficio di esecuzione penale esterna.

BILANCIAMENTO TRA RECIDIVA E ATTENUANTI

C. Cost., 12 maggio 2026 (ud. 24 febbraio 2026), n. 72, Pres., G. Amoroso; Red., E. Navarretta.

La questione.

Il Tribunale ordinario di Ragusa, sezione penale monocratica, è stato chiamato a giudicare, con rito abbreviato, un'imputata accusata di furto in abitazione ai sensi dell'art. 624-*bis* cod. pen., commesso introducendosi con l'inganno in casa di due coniugi e sottraendo 3.500 euro. L'imputata ha ammesso il fatto e, prima del giudizio abbreviato, ha restituito integralmente la somma, sicché il giudice ha ritenuto integrata l'attenuante di cui all'art. 62, n. 6, prima parte, cod. pen., oltre alle generiche.

È stata però contestata l'aggravante della recidiva reiterata *ex* art. 99, quarto comma, cod. pen., in ragione di numerose pregresse condanne. Tuttavia, l'art. 69, quarto comma, cod. pen. vieta di far prevalere le attenuanti sulla recidiva reiterata, imponendo almeno l'equivalenza e costringendo il giudice a muoversi nella cornice base (reclusione da quattro a sette anni), sicchè il Tribunale ha denunciato la violazione degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., per irragionevole disparità rispetto all'attenuante del danno di speciale tenuità (art. 62, n. 4, già sottratta al divieto con sent. n. 141 del 2023) e per sproporzione della pena rispetto a un fatto interamente riparato.

Le argomentazioni.

In rito, la Corte ha esaminato le eccezioni di inammissibilità sollevate dall'Avvocatura dello Stato. Quest'ultima ha sostenuto, da un lato, il difetto di rilevanza, ritenendo che nel giudizio principale non ricorrano i presupposti dell'attenuante di cui all'art. 62, n. 6, cod. pen., poiché l'imputata si sarebbe limitata alla mera restituzione della refurtiva; dall'altro, una carenza di motivazione sulla non manifesta infondatezza, specie in relazione al parametro dell'art. 111 Cost.

La Corte ha respinto l'eccezione di difetto di rilevanza, ricordando che spetta al giudice *a quo* accertare in concreto l'integralità della riparazione del danno, sia nell'*an* che nel *quantum*, e che il controllo della Corte su tale valutazione è meramente esterno, limitato alla non implausibilità. Nel caso di specie, il Tribunale ha espressamente affermato che l'imputata ha "integralmente risarcito le persone offese del danno cagionato" mediante corresponsione della stessa somma sottratta, prima dell'ammissione al rito abbreviato e ciò consente di ritenere non implausibile la configurabilità dell'attenuante, a prescindere dagli orientamenti giurisprudenziali di legittimità richiamati dall'Avvocatura.

Diversamente, la Corte ha accolto l'eccezione di inammissibilità limitatamente al parametro dell'art. 111 Cost., rilevando l'assoluta carenza di motivazione sull'asserita violazione del giusto processo.

Resta invece ammissibile il riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., essendo la motivazione, pur sintetica, sufficiente a rendere intelligibile il nucleo delle censure: disparità di trattamento rispetto all'attenuante di cui all'art. 62, n. 4, cod. pen., già sottratta al divieto di prevalenza dalla sentenza n. 141 del 2023, e sproporzione della pena minima risultante dall'applicazione del divieto rispetto alla concreta offensività del fatto.

Nel merito, la Corte ha collocato la questione nel solco di una ormai ampia giurisprudenza che, a partire dalla sentenza n. 251 del 2012 e fino alle recenti pronunce nn. 151 e 117 del 2025, ha più volte dichiarato l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. in relazione a diverse attenuanti, per contrasto con il principio di proporzionalità e con la finalità rieducativa della pena.

Si è ribadito, infatti, che pur essendo legittimo, in astratto, un trattamento più severo per il recidivo reiterato tale scelta non può spingersi fino a sovvertire gli equilibri costituzionali nella strutturazione della responsabilità penale, impedendo al giudice di valorizzare, mediante il bilanciamento, elementi decisivi per l'individualizzazione della pena.

La Corte ha richiamato la "triplice direttrice" lungo la quale si è mossa la propria giurisprudenza: i) mantenere un adeguato equilibrio tra pena e disvalore oggettivo del fatto; ii) assicurare la coerenza della pena con il grado di rimproverabilità soggettiva; iii) riconoscere il ruolo delle condotte *post delictum* di collaborazione o ravvedimento, che possono incidere sulla valutazione della pericolosità e sulla funzione rieducativa.

In questo quadro, sono state via via espunte dal divieto di prevalenza attenuanti che, per la loro struttura, risultavano determinanti nel garantire la proporzionalità della risposta sanzionatoria (tra cui, da ultimo, le attenuanti generiche e l'attenuante della speciale tenuità del danno).

Venendo all'attenuante della riparazione integrale del danno, la Corte ne ha ricostruito natura e funzione. A ben vedere, la riparazione presuppone che, prima del giu-

dizio, siano interamente adempiute le obbligazioni restitutorie e risarcitorie derivanti dal reato, con estinzione di tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali, eventualmente anche tramite soggetti civilmente responsabili diversi dal reo, purché l'intervento sia riferibile a quest'ultimo. Tale attenuante ha una dimensione innanzitutto oggettiva, in quanto mira a ristabilire integralmente la posizione della vittima, riducendo *ex post* il *vulnus* arrecato al bene giuridico protetto; al contempo, la condotta risarcitoria può esprimere un ravvedimento significativo, traducendosi in un indice di minore pericolosità sociale.

Da qui la conclusione che la riparazione integrale del danno incide su entrambi i versanti rilevanti ai fini dell'art. 27, terzo comma, Cost.: da un lato, riduce l'offensività complessiva del fatto; dall'altro, può rivelare un mutamento nell'atteggiamento dell'agente, in linea con le esigenze di rieducazione e reinserimento sociale. Il divieto assoluto di prevalenza dell'attenuante sulla recidiva reiterata attribuisce invece un peso eccessivo e "abnorme" alla recidiva, impedendo al giudice di modulare la pena in funzione della concreta riduzione del danno e del comportamento collaborativo del reo, e finendo così per scoraggiare la stessa scelta riparatoria che il legislatore intende incentivare.

La Corte ha così sottolineato che un ordinamento che valorizza sempre più le condotte riparatorie, sino a prevederne, in taluni casi, l'efficacia estintiva del reato (art. 162-*ter* cod. pen.), non può tollerare che un meccanismo rigido come quello dell'art. 69, quarto comma, cod. pen. svuoti di effettività il "favor" per la riparazione integrale del danno, relegandola a un ruolo marginale nella commisurazione della pena quando si confronti con la recidiva reiterata.

La soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 69, quarto comma, cod. pen., nella parte in cui prevede il divieto di prevalenza della circostanza attenuante della riparazione integrale del danno di cui all'art. 62, n. 6, prima parte, cod. pen., sulla recidiva reiterata di cui all'art. 99, quarto comma, cod. pen. In tal modo, il giudice torna a poter effettuare un bilanciamento pieno tra attenuante e aggravante, riconoscendo, ove ne ricorrano i presupposti, la prevalenza della riparazione integrale del danno sulla recidiva reiterata, con la conseguente applicazione delle sole diminuzioni di pena previste per le attenuanti.

La questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. è dichiarata assorbita, mentre quella proposta in relazione all'art. 111 Cost. è dichiarata inammissibile per difetto di motivazione.

Osservatorio Sezioni Unite

a cura di
Guido Colaiacovo*
Luigi Ludovici**

Misure di prevenzione

Sez. un., 10 luglio 2025 (dep. 22 gennaio 2026), n. 2648, Cassano, Presidente, Casa, Relatore, Piccirillo, P.m. (concl. conf.)

La revoca della confisca di prevenzione a norma dell'art. 7, legge 27 dicembre 1956, n. 1423 non può essere disposta sulla base di elementi preesistenti alla definizione del procedimento di prevenzione che, sebbene astrattamente deducibili in tale sede, non siano stati però dedotti in assenza di cause di forza maggiore.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per completare il percorso interpretativo avviato da Sez. un., 26 maggio 2022, n. 43668, in *Cass. pen.*, 2023, p. 75, finalizzato alla definizione del concetto di prova nuova rilevante ai fini della revoca della confisca di prevenzione ai sensi dell'art. 7, comma 2, l. 27 dicembre 1956, n. 1423. Più precisamente, il quesito verteva sulla possibilità di adottare la *regula iuris* enunciata in tema di revisione da Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1952, e, quindi, di considerare alla stregua di prove nuove le prove preesistenti alla definizione del procedimento che, sebbene astrattamente deducibili in tale sede, non siano state dedotte e valutate.

Tale intervento si è reso necessario poiché la precedente decisione delle Sezioni unite, per ragioni di diritto intertemporale, aveva ad oggetto esclusivamente il perimetro applicativo dell'affine istituto della revocazione, disciplinata dall'art. 28 del cosiddetto "codice antimafia" (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159) e applicabile, ai sensi dell'art. 117, comma 1, del medesimo codice, esclusivamente per le proposte di applicazione di misure di prevenzione formulate dopo il 13 ottobre 2011.

I contrapposti orientamenti.

Nella giurisprudenza di legittimità sul concetto di prova nuova rilevante ai fini della revoca della confisca di prevenzione si erano consolidati due contrapposti orientamenti.

* Professore associato di diritto processuale penale - Università di Foggia.
** Professore associato di diritto processuale penale - Università degli Studi "Guglielmo Marconi".

Un primo indirizzo accoglieva una accezione ampia, sulla falsariga della revisione penale e dei principi enunciati da Cass., sez. un., 26 settembre 2001, n. 624, cit., e riteneva quindi che la revoca della confisca di prevenzione per difetto genetico dei suoi presupposti di adozione potesse essere disposta in presenza di "elementi nuovi", ma non necessariamente sopravvenuti, purché risultassero mai valutati, neppure implicitamente, nel corso del procedimento applicativo di prevenzione (*ex plurimis*, Sez. I, 14 maggio 2008, n. 21369, in *C.E.D. Cass.*, n. 240094, e Sez. VI, 17 settembre 2004, n. 46449, *ivi*, n. 230646, nonché, dopo l'entrata in vigore del codice antimafia, Sez. VI, 15 gennaio 2016, n. 3943, *ivi*, n. 267016).

L'altro indirizzo enunciava una lettura più restrittiva, ritenendo apprezzabili soltanto le prove sopravvenute alla conclusione del procedimento di prevenzione ed escludendo, pertanto, quelle deducibili, ma, per qualsiasi motivo, non dedotte (*ex plurimis*, Sez. I, 28 settembre 2021, n. 1649, in *C.E.D. Cass.*, n. 282485, e Sez. VI, 18 maggio 2021, n. 27689, *ivi*, n. 281692).

La soluzione.

Nel risolvere il quesito, le Sezioni unite hanno innanzitutto ricostruito il più ampio quadro entro il quale si inserisce la questione.

Il punto di partenza è la decisione con la quale le Sezioni unite, al fine di colmare la lacuna normativa che caratterizzava la disciplina contenuta nella l. 1435 del 1956, stabilirono che il rimedio esperibile per rimuovere la misura di prevenzione personale per insussistenza originaria dei presupposti applicativi doveva essere individuato nella revoca regolata dall'art. 7. Tale strumento poteva così essere utilizzato sia per ottenere la revoca della misura *ex nunc*, per sopravvenuta cessazione della pericolosità del proposto, sia per ottenere la revoca *ex tunc*, nei casi di accertamento dell'insussistenza originaria della pericolosità anche per motivi emersi dopo l'applicazione della misura (Cass., sez. un., 10 ottobre 1997, n. 18, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1931).

Il passaggio successivo su questo percorso fu compiuto da Cass., sez. un., 19 dicembre 2006, n. 57, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1429), che estese l'applicabilità dell'istituto della revoca anche alle misure di prevenzione patrimoniali, al fine di porre rimedio a quelle situazioni nelle quali la confisca fosse stata disposta in difetto originario dei presupposti.

Tuttavia, rimarcano le Sezioni unite, tale ultimo arresto fu bersaglio delle critiche della dottrina e della stessa giurisprudenza proprio a causa di una nozione eccessivamente lata e ambigua del concetto di "prova nuova", che ha determinato negli anni successivi l'insorgere del contrasto tra l'indirizzo estensivo e quello restrittivo.

Posta tale premessa, le Sezioni unite ritengono di non poter dar seguito all'indirizzo estensivo, anche in ragione delle evoluzioni della giurisprudenza costituzionale, convenzionale e di legittimità.

In questa ottica, rimarcano, innanzitutto, la natura della confisca di prevenzione, che non ha natura penale e deve ancora essere considerata, anche a seguito dell'entrata in vigore del codice antimafia, alla stregua di una sanzione amministrativa (in questo senso, Cass., sez. un., 3 luglio 1996, n. 18, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3609; Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880, *ivi*, 2015, p. 3520; Cass., sez. un., 16 dicembre 2021, n. 3513, *ivi*, 2022, p. 1346), come del resto ha affermato la Corte costituzionale condividendo l'indirizzo della Suprema Corte (C. cost., 24 gennaio 2019, n. 24, in *Giur. cost.*, 2019, p. 292). Un approccio esegetico che, peraltro, appare coerente con le decisioni

dei Giudici dei diritti fondamentali, secondo le quali la confisca di prevenzione non ha natura sanzionatoria, ma ripristinatoria rispetto all'arricchimento ingiustificato, e non rientra nel campo di applicazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (C. eur. dir. uomo, 21 gennaio 2025, in *Cass. pen.*, 2025, p. 1718).

Tale connotazione della confisca impedisce di assimilare l'istituto della revoca alla revisione, con quanto ne consegue sul versante del diritto alla prova.

Ma ulteriori argomenti a sostegno di tale tesi sono tratti dalla Cass., sez. un., 26 maggio 2022, n. 43668, cit., che, come accennato, in relazione all'istituto della revocazione della confisca *ex* art. 28 del codice antimafia, ha accolto la nozione restrittiva di prova nuova. Si valorizza, innanzitutto, la diversità dei diritti attinti dal giudicato penale (la libertà personale) e dalla confisca di prevenzione (il patrimonio) che giustifica una differente disciplina in materia di prova e preclude una assimilazione della revoca alla revisione. Nella medesima ottica, si evidenziano le diversità strutturali del procedimento penale rispetto al procedimento di prevenzione, soprattutto per quanto concerne l'oggetto dell'accertamento, gli strumenti di verifica e la finalità della procedura.

D'altro canto, il richiamo alla decisione sulla revocazione è utilizzato anche per escludere l'opportunità di un diverso approccio interpretativo in materia di revoca. Entrambi i rimedi, infatti, devono essere compresi nel generale istituto della caducazione *ex tunc* della confisca di prevenzione, di talché sarebbe irragionevole una disparità di disciplina sul versante probatorio, peraltro determinata esclusivamente dal momento temporale di inizio del procedimento di prevenzione.

E quindi le Sezioni unite ritengono di aderire all'indirizzo restrittivo, introducendo, tuttavia, una mitigazione del suo rigore nei casi in cui le prove deducibili non sia state dedotte per causa di forza di maggiore.

(G.C.)

Giustizia riparativa

Sez. un., 30 ottobre 2025 (dep. 9 febbraio 2026), n. 5166, Montagni, Presidente, Scordamaglia, Relatore, Romano - Balsamo, P.m. (concl. conf.)

Il provvedimento del giudice di merito di rigetto della richiesta di invio al Centro per la giustizia riparativa per l'avvio di un programma di giustizia riparativa è impugnabile con l'appello o con il ricorso per cassazione unitamente alla sentenza conclusiva del relativo grado e indipendentemente dal regime di procedibilità del reato.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per chiarire se sia ricorribile per cassazione il provvedimento del giudice di merito di rigetto della richiesta di invio al Centro per la giustizia riparativa per l'avvio di un programma di giustizia riparativa e, nell'ipotesi affermativa, in quali casi e per quali motivi.

I contrapposti orientamenti.

Secondo un primo orientamento, è inammissibile il ricorso per cassazione avverso il provvedimento con cui il giudice nega al richiedente l'accesso ai programmi di giustizia riparativa ai sensi dell'art. 129-*bis* c.p.p. Quattro gli argomenti posti a so-

stegno di tale conclusione: l'assenza dell'espressa previsione di impugnabilità dei provvedimenti che negano l'accesso ai programmi di giustizia riparativa, in forza del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione *ex* art. 568, comma 1, c.p.p.; la non riconducibilità di tali provvedimenti al novero di quelli che, incidendo sulla libertà personale, sono sempre ricorribili per cassazione *ex* art. 111, comma 7, Cost.; la natura non giurisdizionale del procedimento riparativo, che, consistendo in un "servizio pubblico di cura relazionale tra persone", è estraneo al processo penale e sfugge alle sue regole; la discrezionalità della decisione di invio al Centro per la giustizia riparativa, non sussistendo in capo al giudice alcun obbligo in tal senso. (Cass., sez. II, 12 dicembre 2023, n. 6595, in *C.E.D. Cass.*, n. 285930; Cass., sez. II, 14 febbraio 2025, n. 9220, non mass.; Cass., sez. VII, 10 ottobre 2024, n. 41046, non mass.). Secondo un diverso orientamento, l'ordinanza reiettiva della richiesta di accesso ai programmi di giustizia riparativa emessa dal giudice del dibattimento può essere impugnata congiuntamente alla sentenza *ex* art. 586, comma 1, c.p.p., a condizione, però, che la richiesta risulti avanzata dall'imputato e riguardi reati procedibili a querela suscettibile di remissione. L'impugnabilità alle sole condizioni indicate si giustificherebbe per il fatto che, attraverso il diniego, il giudice precluderebbe all'imputato la possibilità di ottenere la sospensione del procedimento e, conseguentemente, la remissione tacita della querela prevista, *ex* art. 152, comma 3, n. 2, c.p., in caso di esito positivo del percorso di giustizia riparativa intrapreso; precludendo la possibilità dell'esito proscioglitivo, il provvedimento di diniego *de quo* assumerebbe pertanto influenza giuridicamente rilevante che, invece, non è riscontrabile quando il reato oggetto del procedimento sia procedibile d'ufficio o a querela non rimettibile, posto che le determinazioni favorevoli che il giudice potrebbe adottare in conseguenza dell'esito positivo del percorso riparativo (i.e., riduzione della pena *ex* art. 61, n. 6, c.p.; concessione della sospensione condizionale della pena *ex* art. 163, comma 4 ult. per., c.p.) si inserirebbero, in questi casi, in una fattispecie più complessa, integrata solo al verificarsi di ulteriori fatti, del tutto estranei ed indipendenti dal procedimento penale e dal suo svolgimento (Cass., sez. III, 7 giugno 2024, n. 33152, in *C.E.D. Cass.*, n. 286841; Cass., sez. I, 4 aprile 2025, n. 19339, *ivi*, n. 288068; Cass., Sez. V, 18 dicembre 2024, n. 7266, *ivi*, n. 287533). Secondo un terzo ed ultimo orientamento, l'impugnabilità del provvedimento di diniego, assicurata dal meccanismo dell'impugnazione differita delle ordinanze dibattimentali e predibattimentali previsto in via generale dall'art. 586, comma 1, c.p.p., non subirebbe, peraltro, alcun condizionamento dal regime di procedibilità dei reati, stante gli effetti favorevoli che l'esito positivo del percorso riparativo è comunque in grado di produrre, se non altro sul piano del trattamento sanzionatorio da applicare all'imputato. Né varrebbe a dimostrare il contrario il fatto che solo in presenza di reati procedibili a querela rimettibile, il procedimento penale potrebbe essere sospeso per attendere l'esito della procedura riparativa; tale previsione, infatti, sarebbe indice soltanto del favore accordato dall'ordinamento all'effetto estintivo del reato e ai vantaggi deflattivi ad esso correlati, e non sarebbe quindi valorizzabile quale dato da cui trarre ragione per escludere la rilevanza nel processo penale degli effetti sostanziali della positiva conclusione del programma di giustizia riparativa sul trattamento sanzionatorio contemplati in relazione a tutti gli altri reati (cfr. Cass., sez. V, 26 novembre 2024, n. 131, in *C.E.D. Cass.*, n. 287434; Cass., sez. III, 26 febbraio 2025, n. 24149, *ivi*, n. 288263; Cass., sez. VI, 29 gennaio 2025, n. 14338, *ivi*, n. 287925)

La soluzione.

Le Sezioni Unite aderiscono all'ultimo degli orientamenti prospettati sulla base di un articolato *iter* argomentativo che ha il suo momento culminante nel riconoscimento della natura giurisdizionale del provvedimento che decide sulla richiesta di invio degli interessati al Centro per la giustizia riparativa. Ad avviso del *plenum*, militano in favore di questa ricostruzione due elementi, il fatto che, prima di pronunciarsi, il giudice sia tenuto a garantire l'instaurazione del contraddittorio in relazione alla verifica dei requisiti di ammissibilità previsti dall'art. 129-*bis*, comma 3, c.p.p. (l'utilità per la risoluzione delle questioni derivanti dal fatto per cui si procede e l'assenza di un pericolo concreto per gli interessati e per l'accertamento dei fatti), e la circostanza che la relativa decisione debba assumere la forma dell'ordinanza, con conseguente obbligo di motivazione in ossequio alla regola generale di cui all'art. 125, comma 3, c.p.p. Alla natura giurisdizionale del provvedimento il *plenum* fa seguire l'affermazione della sua impugnabilità, per escludere la quale non può certamente invocarsi il principio di tassatività *ex* art. 568, comma 1, c.p.p. Infatti, quello della mancanza di una previsione *ad hoc* si rivela, in realtà, un falso problema stante la regola generale di cui all'art. 586, comma 1, c.p.p., a mente della quale tutte le ordinanze adottate *in limine* o nel corso del dibattimento possono essere impugnate congiuntamente alla sentenza conclusiva del giudizio e con il mezzo per la stessa previsto. Non vale a dimostrare il contrario neppure il fatto che gli interessati, in caso di rigetto, abbiano sempre la possibilità di chiedere nuovamente al giudice l'invio al Centro per la giustizia riparativa. Osserva, infatti, il Supremo Consesso che la riproponibilità della richiesta di accesso alla giustizia riparativa in ogni momento dell'*iter* processuale non interferisce con l'impugnabilità del rigetto posto che la prima tiene conto del fatto che le condizioni per l'incontro tra autore e vittima del reato possono maturare in qualsiasi momento mentre la seconda si fonda sulla consapevolezza che quelle stesse condizioni, ove non valorizzate nel momento precipuo in cui siano venute ad esistenza, potrebbero disperdersi definitivamente. Quanto poi alla tesi che circoscrive l'impugnabilità del provvedimento di rigetto nei soli casi in cui il reato oggetto di accertamento processuale sia procedibile a querela, il *plenum* chiarisce come la stessa non sia condivisibile fondandosi sull'errata premessa che, al di fuori dei casi in cui il reato sia suscettibile di estinzione per remissione tacita di querela, il provvedimento in materia di invio al Centro per la giustizia riparativa sia priva di influenza giuridica; tale prospettazione non considera infatti che l'esito positivo del percorso riparativo è comunque in grado di spiegare significative ricadute di natura sostanziale incidenti sulla concreta determinazione del trattamento sanzionatorio da applicare all'imputato vuoi in applicazione della nuova circostanza attenuante di cui all'art. 62, n. 6, c.p. vuoi in punto di valutazione della condotta contemporanea o conseguente al reato *ex* art. 133 c. 2 c.p., senza contare l'ampliata possibilità di accesso al beneficio della sospensione condizionale della penale riconosciuta dal novellato art. 163, comma 4, c.p. A conclusione del ragionamento svolto, il Supremo Consesso si sofferma ulteriormente sul tema dell'interesse ad impugnare – già risultato decisivo nella definizione dei rapporti tra impugnabilità e regime di procedibilità del reato – specificando che è onere dell'interessato illustrare precipuamente le ragioni denotanti l'interesse ad impugnare il provvedimento reiettivo, dovendo, in particolare, dimostrare la concreta incidenza, sia pure potenziale (della partecipazione ad un programma) sulla procedibilità del reato e sul trattamento sanzionatorio, pena l'inammissibilità della censura.

Quanto poi alle conseguenze discendenti dall'accoglimento del ricorso per cassazione proposto avverso il diniego di accesso alla giustizia riparativa, il *plenum* chiarisce che sono due i possibili scenari: nel caso in cui il buon esito del percorso riparativo possa portare a una valida remissione di querela, la sentenza d'appello dovrà essere annullata *in toto*, rientrando l'esito estintivo tra le possibilità "aperte" dal provvedimento ammissivo; nel caso, invece, in cui l'esito estintivo non sia astrattamente prospettabile, la decisione impugnata dovrà essere annullata solo sul punto relativo al trattamento sanzionatorio, essendo questo l'unico suscettibile di essere condizionato dalla positiva definizione del percorso riparatorio.

(L.L.)

Rapina impropria e nesso teleologico.

Sez. un., 27 novembre 2025 (dep. 4 maggio 2026), n. 16114, Beltrani, Presidente, Siani, Relatore, Ceniccola, P.m., (concl. parz. diff.)

Nel caso in cui la violenza che integra il reato di rapina c.d. "impropria" tentata o consumata, abbia cagionato la morte della persona offesa, è configurabile, in riferimento al reato di omicidio volontario, la circostanza aggravante del nesso conseguenziale di cui agli artt. 576, comma 1, n. 1, e 61, comma 1, n. 2, c.p.

La questione.

Le Sezioni unite si sono pronunciate sul delitto di rapina impropria, previsto e punito dall'art. 628, comma 2, c.p., statuendo l'applicabilità dell'aggravante del cosiddetto nesso teleologico (art. 61, comma 1, n. 2 c.p.) qualora la condotta violenta cagioni altresì la morte della persona offesa.

La questione ha avuto origine da una sentenza della Corte d'assise di appello di Torino che, riformando la sentenza di prime cure aveva escluso la suddetta aggravante, riconosciuta con riferimento al reato di omicidio volontario aggravato, concorrente con quello di rapina impropria.

Avverso tale decisione sono state elevate diverse censure. Tra queste spicca quella dell'Avvocato generale presso la Corte d'appello di Torino che ha tacciato la decisione di erronea applicazione della legge penale, data l'esclusione della suddetta aggravante, richiamata con riferimento al delitto di omicidio dall'art. 576, comma 1, n. 1 c.p. In particolare, oltre alla non condivisibilità del richiamo al principio di specialità, è stato sottolineato che l'applicazione dei principî generali dell'ordinamento penale escludono l'assorbimento del fatto più grave in una disposizione più mite sul versante sanzionatorio.

Tali rilievi hanno reso necessario interpellare le Sezioni unite che, dopo aver ricostruito i fatti e l'*iter* processuale, hanno sciolto il nodo interpretativo.

I contrapposti orientamenti.

Il quesito sottoposto alle Sezioni unite è sintetizzato in due orientamenti contrapposti.

Secondo l'indirizzo maggioritario, la violenza omicidiaria esorbiterebbe da quella idonea a integrare il delitto di rapina impropria, facendo discendere che quest'ultimo e l'aggravante teleologica non sarebbero incompatibili ove la violenza sfoci nell'o-

micidio. In tal senso, non si darebbe luogo a una duplice valutazione delle condotte criminose se nel contesto della cosiddetta rapina impropria (caratterizzata da «violenza o minaccia immediatamente dopo la sottrazione, per assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta, o per procurare a sé o ad altri l'impunità») sussista l'aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 2 c.p., relativamente all'omicidio della vittima. Ciò in quanto la violenza omicidiaria differisce da quella riferita alla rapina: essa assurge a elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 628 c.p. qualora non ecceda le percosse, dovendosi escludere l'assorbimento qualora superi tale soglia. In quest'ultima eventualità, concorreranno con la rapina – in base al tipo di evento conseguente all'azione violenta – i delitti di lesione personale, tentato omicidio, od omicidio aggravati dal nesso teleologico, poiché l'aggravante (recando un maggior disvalore) evidenzia e valorizza la connessione tra due fattispecie autonome e non sovrapponibili (in questo senso, Cass., sez. I, 5 febbraio 2019, n. 21730, in *C.E.D. Cass.*, n. 276333; Cass., sez. I, 21 marzo 2017, n. 18116, *ivi*, 270703).

Sulla medesima linea interpretativa, Cass., sez. II, 5 marzo 2019, n. 21458, in *C.E.D. Cass.*, n. 276543 sottolinea come «quando la violenza, esercitata immediatamente dopo la sottrazione, abbia cagionato lesioni personali, tale autonomo reato concorre con quello di rapina e si configura la circostanza aggravante del nesso teleologico tra i due reati, non incompatibile con l'elemento soggettivo del delitto di rapina».

Si precisa, insomma, che, sebbene il delitto di rapina impropria e quello di lesione personale condividano la condotta materiale, permane la distinzione: la violenza necessaria per configurare le lesioni è infatti più intensa rispetto a quella (non eccedente le percosse) richiesta per la rapina impropria e pertanto non ne resta assorbita. La pronuncia in esame (quella delle Sezioni unite? O quella da ultimo citata? In genere, in una nota, quando si parla di pronuncia in esame, in rassegna et cetera ci si riferisce a quella annotata) ricostruisce quindi il rapporto tra le due fattispecie attraverso la lente della circostanza aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 2 c.p., che prevede un aumento di pena per «aver commesso il reato 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». La contestazione di tale circostanza non comporterebbe quindi una duplicazione processuale circa la valutazione della violenza; viceversa, essa svolgerebbe una funzione esterna, legando due autonome fattispecie non sovrapponibili (così Cass., sez. I, 25 maggio 2022, n. 46869, in *C.E.D. Cass.*, n. 284038; Cass., sez. II, 22 gennaio 2021, n. 9865, *ivi*, 280688; Cass., sez. I, 22 settembre 2011, n. 36901, *ivi*, n. 251124).

Il filone interpretativo di segno contrario, ripreso dalla Corte d'assise di appello, esclude invece la configurabilità dell'aggravante del nesso teleologico in tema di delitto violento contro la persona (lesione personale, tentato omicidio od omicidio) conseguente alla rapina impropria. Ciò in applicazione del principio di specialità, in quanto essa resterebbe assorbita nel delitto di cui all'art. 628, comma 2, c.p. dato che la volontà dell'agente di assicurarsi con violenza sulla persona il prodotto (il bene sottratto) o l'impunità assurgerebbe già di per sé a elemento costitutivo. In quest'ottica, configurare un omicidio aggravato *ex* art. 61, comma 1, n. 2 c.p. si tradurrebbe in una violazione del divieto di duplice valutazione di uno stesso elemento fattuale, che rileverebbe sia come elemento costitutivo del reato che come circostanza aggravante. Sarebbe pertanto più coerente con la *ratio* dell'aggravante teleologica – vòlta a censurare la maggiore riprovevolezza etica e pericolosità sociale del soggetto agente

– ritenere che, una volta interpretata la condotta violenta come elemento costitutivo della rapina impropria, questa non possa essere nuovamente valutata con riferimento a un ulteriore delitto violento commesso contestualmente (sul punto Cass., sez. I, 4 aprile 2023, n. 3707, in *C.E.D. Cass.*, n. 285247; Cass., sez. I, 11 maggio 2022, n. 33117, *ivi*, n. 283507; Cass., sez. I, 21 giugno 2017, n. 5145, *ivi*, n. 271593; Cass., sez. I, 16 novembre 2006, n. 42371, *ivi*, n. 235570; Cass., sez. I, 25 maggio 1996, n. 5189, *ivi*, n. 204666; Cass., sez. I, 1° giugno 1990, n. 12359, *ivi*, n. 185315).

Tra le sentenze che compongono tale indirizzo, Cass., sez. I, 4 aprile 2023, Magno, cit. distingue inoltre tra le diverse ipotesi di rapina, in quanto – fermo quanto asserito con riferimento alla rapina impropria – sancisce che «l'aggravante del nesso finalistico tra omicidio e rapina va mantenuta in ipotesi di rapina "propria", commessa immediatamente dopo l'omicidio, posto che in tal caso il delitto di omicidio si configura come reato-mezzo e viene commesso "per eseguire" la rapina a esso posteriore. In simile evenienza, l'unico profilo di potenziale "assorbimento" riguarda una delle modalità commissive (la violenza, ricorrente nel caso concreto in modo ambivalente), ma ciò che rileva ai fini dell'aggravante è essenzialmente il profilo soggettivo (l'aver previamente deliberato l'omicidio a scopo di rapina) e la coincidenza di modalità commissive non è di tale entità da determinare un reale fenomeno di assorbimento dell'aggravante».

La soluzione.

Le Sezioni Unite hanno dato seguito all'orientamento maggioritario e, per giungere a tale conclusione, si sono soffermate *in primis* sul delitto di rapina, per poi esaminare la circostanza aggravante di cui all'art. 61, comma 1, n. 2, c.p. e il concorso apparente di norme.

Con riferimento al primo profilo, dopo una minuziosa disamina, è stato innanzitutto sottolineato che «ancorché incluso nel titolo XIII del secondo libro del codice penale, relativo ai delitti contro il patrimonio, [il reato di rapina] ha in genere natura plurioffensiva, in quanto il danno che ne deriva [...] comprende anche gli aspetti lesivi della libertà fisica o psichica della persona offesa» (così Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34952, in *Cass. pen.*, 2013, p. 594 con nota di Brunelli, *Tentativo della rapina impropria: le Sezioni unite liquidano sul nascere i segnali di* enforcement *del precedente*). Ai sensi dell'art. 84 c.p., la rapina costituisce – in entrambe le sue connotazioni (cosiddette propria e impropria) – un reato complesso, risultante dalla «commistione del reato di furto con il corrispondente reato relativo al tipo di violenza di volta in volta esercitata» (Cass., Sez. un., 19 aprile 2012, n. 34952, cit.). In quest'ottica, fino a quando il delitto-componente si arresta alla minaccia, alla violenza privata o alle percosse, è configurabile il solo delitto di rapina, rimanendo i singoli illeciti assorbiti; di converso, tale assorbimento – con riferimento ai delitti contro la persona – non può verificarsi nei casi in cui la condotta ecceda la soglia di tipicità desumibile dall'art. 628 c.p.

Riguardo alla circostanza aggravante c.d. del nesso teleologico, ne è stata evidenziata la natura soggettiva (Cass., sez. V, 26 settembre 2000, n. 11497, in *C.E.D. Cass.*, n. 217977), come anche l'eventualità per cui, ai sensi dell'art. 118 c.p., essa può estendersi al concorrente nel reato, qualora i motivi a delinquere del soggetto attivo rientrino nella rappresentazione e volizione, anche sotto il profilo del dolo eventuale (Cass., sez. I, 2 febbraio 2018, n. 20756, in *C.E.D. Cass.*, n. 273125). In tal senso, sebbene la connessione cui la norma attribuisce rilevanza venga sempre definita "teleologica",

l'art. 61, comma 1, n. 2, c.p. prevede due ipotesi di connessione. La prima (c.d. teleologica in senso stretto) ricorre quando un reato costituisce il mezzo per commettere un altro reato o per occultare uno ancora da commettere. La seconda (cosiddetta consequenziale), rilevante nel caso in esame, si ha quando l'ulteriore reato costituisce il mezzo per occultarne un altro, per garantirsi l'impunità, o assicurare e sé o ad altri il prodotto, il profitto o il prezzo del reato già commesso. L'ultima ipotesi trova la sua *ratio* nella maggiore insensibilità etica e pericolosità sociale dall'agente che non esita a compiere un altro reato per gli scopi evidenziati.

Emerge quindi un problema di concorso apparente di norme, disciplinato dagli artt. 15, 68 e 84 c.p. Nel caso concreto risulta tuttavia applicabile solo la prima disposizione che stabilisce come, quando più leggi penali o disposizioni della medesima legge penale regolano la stessa materia, opera – salvo che sia diversamente stabilito – il principio di specialità (*lex specialis derogat legi generali*). Ad ogni modo, tale principio consente una deroga solo qualora le diverse disposizioni penali regolino la «stessa materia» (espressione che evoca la medesimezza delle fattispecie astratte ovvero del fatto tipico; sul punto Cass., Sez. un., 12 settembre 2017, n. 41588, in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 2017, p. 173 con nota di Serra, *Le Sezioni Unite e il concorso apparente di norme, tra considerazioni tradizionali e nuovi spunti interpretativi*; Cass., Sez. un., 21 gennaio 2011, n. 1963, in *Cass. pen.*, 2011, 3844 con nota di Giacona, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni Unite: due pronunzie ambigue*). La norma speciale deve dunque contenere tutti gli elementi costitutivi di quella generale, in aggiunta a uno o più requisiti con funzione specializzante, con una struttura tale che, qualora la norma speciale mancasse, troverebbe applicazione quella generale (Cass., Sez. un., 12 settembre 2017, n. 41588, cit.). Il criterio di specialità va applicato in senso logico-formale: la convergenza di norme, necessaria per l'applicazione dell'art. 15 c.p. può ritenersi integrata solo in presenza di un rapporto di continenza tra fattispecie «alla cui verifica deve procedersi attraverso il confronto strutturale tra le norme incriminatrici astrattamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie di reato» (così, *ex pluribus*, Cass., Sez. un., 22 luglio 2024, n. 30016, in *Cass. pen.*, 2024, p. 3610 con nota di Giacona, *I rapporti tra le fattispecie di turbativa d'asta ed estorsione in una recente sentenza delle Sezioni unite della Cassazione: le tessere sovrapposte di un mosaico bizantino*; Cass., Sez. un., 12 settembre 2017, n. 41588, cit.; Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, cit.). Sul punto, come riconosciuto anche dalla Corte costituzionale, l'interesse tutelato dalle norme incriminatrici non ha immediata rilevanza (così, C. cost., 21 luglio 2016, n. 200, in *Proc. pen. giust.*, 2016, p. 27 con nota di Nocerino, *Concorso formale di reati. L'impossibilità di escludere il divieto di* bis in idem *nell'ipotesi di "*idem factum*"*).

Sulla scorta di quanto evidenziato, il Supremo Consesso ha escluso che la circostanza aggravante del nesso teleologico "consequenziale", accedente all'omicidio, possa essere assorbita nella rapina impropria.

Il dolo specifico del delitto di cui all'art. 628, comma 2, c.p. si identifica nello scopo di assicurare a sé o ad altri il possesso della cosa sottratta o l'impunità mediante una violenza non eccedente le percosse, mentre la circostanza aggravante dell'omicidio è sorretta dal dolo proprio di tale delitto e relativo a una condotta ulteriore necessaria per la sua commissione. Questa conclusione non confligge con la parte iniziale dell'art. 61, comma 1, c.p. che esclude la contestabilità di una circostanza aggravante

comune quando l'elemento che la integra sia costitutivo del reato che dovrebbe aggravare: tale disposizione non può, infatti, applicarsi al rapporto fra rapina impropria e omicidio aggravato dal nesso consequenziale, data l'eterogeneità delle condotte violente e il diverso oggetto del dolo.

D'altro canto, l'orientamento minoritario, oltre a essere privo di base legale (impropriamente individuata nell'art. 15 c.p.), propone l'assorbimento non di una intera fattispecie astratta, bensì di un segmento comune della fattispecie più grave (con configurabilità, in concorso, dei reati di omicidio non aggravato *ex* art. 61, comma 1, n. 2, c.p. e rapina impropria), senza spiegare perché non sarebbe esplorabile l'opzione contraria (l'assorbimento del segmento comune della fattispecie meno grave in quella più grave con configurabilità, in concorso, dei reati di omicidio aggravato *ex* art. 61, comma 1, n. 2, c.p. e furto). Trattasi in entrambi i casi, di operazioni interpretative improponibili, in assenza di un ancoraggio legislativo che le legittimi, essendo un caso di specialità bilaterale o reciproca per aggiunta, inidonea a determinare la deroga di una delle disposizioni astratte in oggetto ad opera dell'altra.

Viene infine puntualizzato che la soluzione non confligge con il divieto di *bis in idem* sostanziale (la cui nozione concerne il rapporto tra norme incriminatrici astratte e prescinde dal raffronto con il fatto storico: Cass., sez. V, 28 settembre 2021, n. 663, in *C.E.D. Cass.*, n. 282529) e neanche, pur essendo sfavorevole per l'imputato, con l'art. 7 CEDU. Questo, come interpretato dalla Corte EDU, non consente l'applicazione retroattiva dell'interpretazione giurisprudenziale di una norma allorquando il risultato interpretativo non era ragionevolmente prevedibile al momento della violazione (Cass., sez. III, 23 novembre 2021, n. 46184, in *C.E.D. Cass.*, n. 282238; Cass., sez. II, 18 febbraio 2016, n. 21596, *ivi*, 267164): alla data di commissione dei fatti, il contrasto tra gli opposti orientamenti (oggi superato) era già insorto e non era stato ancora risolto, il che rendeva ragionevolmente prevedibile l'interpretazione della norma incriminatrice nel senso meno favorevole all'imputato.

(Vincenzo Di Terlizzi - dottore di ricerca nell'Università di Foggia)

LA CONFISCA DEL PRODOTTO DEL REATO DI RICICLAGGIO IN (DIS)APPLICAZIONE DEI PRINCÌPI AFFERMATI DALLE SEZIONI UNITE

Cass. pen. Sez. II, 3.6.2025 (dep. 17.6.2025) – Pellegrino, Presidente, Pardo, Relatore

Lorena Puccetti*

Sommario: 1. La questione decisa. – **2.** L'orientamento giurisprudenziale in relazione all'art. 648-*quater* c.p. – **3.** La nozione di prodotto nelle fonti internazionali. – **4.** I princìpi contenuti nella pronuncia delle Sezioni unite n. 13783/2025. – **5.** La proporzionalità della confisca nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – **6.** Osservazioni conclusive.

ABSTRACT

La Corte di Cassazione, dopo aver ribadito che in base all'art. 648-*quater* c.p. la confisca si estende al prodotto del reato di riciclaggio che coincide con le utilità economiche provenienti dal delitto presupposto, ha precisato che i princìpi affermati dalla pronuncia delle Sezioni unite n. 13783 del 2025 riguardano solo la confisca del profitto e del prezzo del reato e non quella del prodotto.

The Court of Cassation, after reiterating that pursuant to art. 648-quater of the Criminal Code, confiscation extends to the proceeds of the crime of money laundering, which coincide with the economic benefits deriving from the predicate crime, clarified that the principles affirmed by the ruling of the United Sections no. 13783 of 2025 concern only the confiscation of the profits and price of the crime and not that of the product.

1. La questione decisa.

Con sentenza del 28 gennaio 2025, il Giudice dell'udienza preliminare presso il Tribunale di Napoli aveva applicato la pena su richiesta delle parti a tre imputati ai quali erano stati contestati vari reati, fra i quali il concorso nel riciclaggio di somme derivanti dal risparmio ottenuto da reati fiscali.

Con la medesima sentenza, il Giudice aveva disposto a carico degli imputati, in diversa misura per ciascuno in relazione ai contestati reati di riciclaggio, la confisca *ex* art. 648-*quater* c.p. «*delle ulteriori somme fino alla concorrenza del profitto del reato*». Il profitto, ed è questo il punto meritevole di analisi, veniva calcolato facendo riferimento all'intero ammontare delle somme retrocesse dagli imputati a seguito delle varie operazioni di riciclaggio indicate nei capi di imputazione.

* Avvocato del Foro di Vicenza e Componente dell'Osservatorio Misure Patrimoniali e di Prevenzione UCPI.

Concentrando l'attenzione sulla questione di diritto che costituirà l'oggetto di questa analisi, i ricorrenti nei motivi di doglianza avevano rilevato che il Giudice di primo grado era incorso in violazione dell'art. 648-*quater* c.p. E ciò perché, come sostenuto nei ricorsi, anziché limitare la confisca al profitto dei reati di cui all'art. 648-*bis* c.p. da identificarsi, nella tesi difensiva, con le commissioni ottenute da ciascun imputato per le specifiche operazioni di riciclaggio, il Giudice aveva esteso il provvedimento ablativo alla totalità delle somme derivate dai reati presupposto ed oggetto delle contestate condotte di riciclaggio.

A sostegno delle proprie argomentazioni, tutti i ricorrenti avevano argomentato che estendere la confisca alle utilità derivanti dalle operazioni poste in essere dall'autore del reato presupposto anziché circoscriverla all'effettivo vantaggio patrimoniale ottenuto da ciascuno dei riciclatori, costituiva una lettura dell'art. 648-*quater* c.p. in contrasto con i princìpi espressi dalla pronuncia a Sezioni Unite n. 13783/2025.

La pronuncia ha respinto i ricorsi precisando, in primo luogo, che le somme derivanti dal delitto presupposto non rappresentano il profitto bensì il prodotto del riciclaggio. Pertanto, posto che l'art. 648-*quater* c.p. prevede la confisca obbligatoria dei beni che costituiscono il prodotto del reato di riciclaggio, la pronuncia ha ritenuto legittima l'ablazione in capo agli imputati dell'ammontare delle utilità economiche provenienti dal reato presupposto. Infine, a fronte del richiamo da parte delle difese ai princìpi espressi dalle Sezioni unite n. 13783/2025, la pronuncia ha escluso che tali princìpi si attaglino all'ipotesi della confisca del prodotto del reato di riciclaggio.

2. L'orientamento giurisprudenziale in relazione all'art. 648-*quater* c.p.

La questione decisa dalla pronuncia in commento attiene alla delimitazione dell'oggetto della confisca del reato di riciclaggio prevista dall'art. 648-*quater* c.p., disposizione introdotta dal d.lgs. 21 novembre 2007 n. 231 con l'obiettivo di predisporre un più rigoroso contrasto alle diverse forme di criminalità economica e di reprimere le associazioni ad essa dedite[1].

Tale disposizione, oltre alla confisca obbligatoria del profitto e del prezzo, dispone altresì l'ablazione in forma diretta o per equivalente del prodotto del reato. Precisamente, l'art. 648-*quater* c.p. prevede due diverse modalità di confisca obbligatoria. Nel primo comma la norma dispone la confisca diretta del prodotto o del profitto mentre nel secondo comma, in modo non simmetrico, la misura ablativa è prevista in forma per equivalente per il valore corrispondente non solo al prodotto e al profitto ma anche al prezzo del reato[2].

[1] Si tratta del decreto legislativo che, su delega della legge 25 gennaio 2006 n. 29, ha provveduto a dare organica attuazione alla Direttiva 2005/60/CE e del Consiglio del 26 ottobre 2005 relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo.

[2] Si è osservato che si tratta di una evidente incongruenza poiché la confisca per equivalente del prezzo risulta subordinata all'impossibilità di confiscare in via diretta solo il prodotto e il profitto del reato. Sul punto si veda T. Padovani, *Codice penale* vol. II (Artt. 361-734-*bis*), Milano, 2019, 4764. In pratica, l'art. 648-*quater* c.p. da un lato ha inserito un'ipotesi speciale di confisca diretta del prodotto e del profitto caratterizzata, rispetto all'art. 240 c.p. dalla sua obbligatorietà, ed al

Ciò premesso, si registrano due orientamenti giurisprudenziali con riguardo all'estensione dell'oggetto della confisca applicabile in capo all'autore del reato di riciclaggio.

Secondo un primo indirizzo interpretativo, la confisca conseguente al reato di riciclaggio deve apprendere esclusivamente il prezzo ottenuto dall'autore del reato o il profitto inteso come il vantaggio patrimoniale effettivamente conseguito dal riciclatore e non l'intera entità dei proventi che sono derivati dal reato presupposto[3].

Diversamente, in base all'orientamento attualmente predominante, la confisca per il reato di riciclaggio non si limita al vantaggio concretamente ottenuto dal reo ma deve contemplare l'intero ammontare delle somme oggetto delle operazioni dirette ad ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa[4].

Appare necessario analizzare le argomentazioni poste a sostegno di questo secondo orientamento al fine di verificarne la fondatezza alla luce dell'attuale assetto normativo in tema di confisca.

In primo luogo, va ricordato che in alcune pronunce meno recenti si era fatto ricorso, sia pure impropriamente, all'applicazione del principio solidaristico in forza del quale in caso di pluralità di concorrenti la confisca del relativo profitto può essere disposta per l'intero nei confronti di ciascuno dei correi. Al riguardo, si era osservato che ancorché non possa essere invocato il principio solidaristico in senso stretto per giustificare la confisca dell'intera somma, tuttavia guardando al fenomeno criminale nel suo complesso deve riconoscersi che «*sussiste un concorso nell'illecito complessivo fra il responsabile del delitto presupposto ed il riciclatore*»[5].

Oltre al rilievo che proprio la mancanza di un concorso tra il riciclatore e l'autore del reato desumibile dalla clausola di riserva di cui all'art. 648-*bis* c.p. dovrebbe escludere l'applicazione del principio solidaristico, va comunque ricordato che la dottrina

---

contempo ha previsto, sempre obbligatoriamente, la misura anche nella forma per equivalente. Sulla genesi di tale disposizione normativa si veda, fra gli altri, S. Boris in *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, a cura di D. Castronuovo-C. Grandi, Napoli, 2021, 343 ss.

[3] Cfr. Cass. pen., Sez. II, 26 aprile 2022 n. 21820 in *Cass. pen.* 2022, 12, 4294; Cass. pen., Sez. II, 12 aprile 2022 n. 19561 in *C.E.D. Cass. pen.* 2022; Cass. pen., Sez. II, 26 novembre 2021 n. 2879, in *C.E.D. Cass. pen.* 2022; Cass. pen., Sez. II, 17 aprile 2018 n. 34266.

[4] Cfr. Cass. pen., Sez. V, 8 maggio 2024 n. 32176 in *C.E.D. Cass. pen.* 2024; Cass. pen., Sez. II, 28 febbraio 2024 n. 18184 in *Rivista Dottori Commercialisti,* 2024, 3, 510*;* Cass. pen., Sez. II, 23 gennaio 2024 n. 10218, in *C.E.D. Cass. pen.* 2024; Cass. pen., Sez. II, 2 marzo 2022 n. 7053, in *Foro it.*, 2022, con nota di G. De Marzo, *La nozione di profitto nel delitto di riciclaggio e l'estensione della confisca. Maturi i tempi per un intervento delle sezioni unite?* Per una panoramica relativa alle pronunce emesse in tema di confisca del profitto di riciclaggio si rinvia a F. Di Vizio, *Il prodotto "dimenticato" dei reati di riciclaggio*, in *disCrimen*, 10 gennaio 2019.

[5] In particolare, si vedano Cass. pen., Sez. II, 7 dicembre 2021 n. 7503 e Cass. pen., Sez. II, 2 marzo 2022 n. 7053, cit. Peraltro, in senso esattamente contrario, anche il diverso indirizzo interpretativo ha spesso fatto leva sul fatto che in base alla clausola di salvaguardia prevista dall'art. 648-*bis* c.p., il delitto di riciclaggio è configurabile soltanto fuori dai casi di concorso nel reato presupposto. Quindi, in assenza di un concorso nel medesimo reato fra l'autore del reato presupposto ed il riciclatore, non è consentita l'applicazione del principio solidaristico. In tal senso, si vedano Cass. pen., Sez. II, 26 aprile 2022 n. 21820 in *Cass. pen.* 2022, 12, 4294; Cass. pen., Sez. II, 12 aprile 2022 n. 19561; Cass. pen., Sez. II, 26 novembre 2879.

ha sempre espresso critiche all'applicazione indistinta della confisca per equivalente ai concorrenti nel reato[6].

L'argomento fondato sul principio solidaristico è stato destituito di ogni fondamento dalla pronuncia a Sezioni unite n. 13783/2025 la quale, risolvendo un annoso contrasto giurisprudenziale, ha escluso ogni forma di solidarietà passiva nell'applicazione della confisca ai concorrenti nel reato[7].

Si approfondirà a breve l'impatto dei princìpi affermati dalla predetta pronuncia a Sezioni unite nella questione oggetto di questa analisi.

In secondo luogo, e si tratta dell'argomentazione ritenuta decisiva, l'indirizzo maggioritario fa leva su un dato di natura letterale ovvero che l'art. 648-*quater* c.p. contempla quale oggetto della confisca non solo il profitto e il prezzo ma anche il prodotto del reato[8].

E le utilità economiche provenienti dal reato presupposto si devono considerare prodotto della condotta delittuosa di cui all'art. 648-*bis* c.p. posto che attraverso l'attività di riciclaggio le somme vengono trasferite, in modo da ostacolare l'identificazione della loro provenienza delittuosa, e poi nuovamente immesse nel circuito economico. Si osserva che con riferimento a questo argomento, non sono mancate critiche in dottrina volte a sottolineare che attribuire la qualifica di prodotto, concetto che ha una intrinseca connotazione materiale ed empirica, a somme di denaro provenienti dal delitto presupposto per il solo fatto di essere state impiegate illecitamente, appare un'interpretazione estensiva[9].

[6] Fra gli altri, si vedano G. Civello, *Confisca per equivalente e concorso di persone: responsabilità individuale e "principio solidaristico"*, in *Arch. pen. web*, 2024, 2024, 1; R. Romanelli, *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato, in Dir. pen. proc.* 2008, 856; M. Bianchi, *Confisca e correità. Responsabilità in solido o per quote concorsuali?*, in *Sist. pen. web*, 25 settembre 2024; A. Gaito, *Sequestro e confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2065; D. Fondaroli, *La strana coppia: sequestro e confisca per equivalente, c.d. solidarietà passiva tra correi*, in *Arch. pen. web*, 2011, 2, 2; P. Troncone, *Alla ricerca di uno statuto normativo di coerenza sistematica nel conflitto tra confisca e istanza risarcitoria nel processo penale*, in *Arch. pen.*, 2023, 3.

[7] 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 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 *Sist. pen. web*, 15 aprile 2025.

[8] In via generale, in assenza di specificazioni normative l'elaborazione giurisprudenziale sviluppatasi in relazione alla tradizionale misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., ha operato le seguenti distinzioni. Il prodotto costituisce il risultato empirico del reato ed è costituito dalle cose create, trasformate, adulterate, acquistate o ottenute direttamente dal colpevole attraverso la sua attività illecita, il prezzo rappresenta il compenso dato o promesso ad un soggetto quale corrispettivo per determinarlo a commettere il reato ed il profitto è il vantaggio economico derivante dal reato. Sulle definizioni delle diverse categorie di cose confiscabili si vedano, fra gli altri, A. Diddi *Il sequestro a fini di confisca*, in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, 170; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche,* Bologna, 2007, 53 ss.; M. Maugeri *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo,* Milano, 2001, 112 ss.

[9] In tal senso, G. Civello, *Disorientamenti giurisprudenziali sulla confisca nel riciclaggio*, in *Sist. pen. web*, 25 novembre 2024, 9.

Peraltro, come reiteratamente sostenuto dalle pronunce che seguono l'orientamento prevalente compresa la sentenza in esame, l'argomento testuale desumibile dall'art. 648-*quater* c.p. troverebbe conferma nelle fonti internazionali le quali, nel delimitare l'oggetto della confisca delle utilità derivanti dalle attività criminali, fanno riferimento al concetto di "proventi".

Ma come si vedrà di seguito, la nozione di proventi dei reati non impone affatto la confisca delle utilità economiche derivanti dal delitto presupposto a quello di riciclaggio.

3. La nozione di prodotto nelle fonti internazionali.

Posto che nelle fonti internazionali si fa costante riferimento alla confisca non dei profitti bensì dei proventi dei reati, è necessario analizzare la legislazione sovranazionale per verificare l'esatto significato di tale termine.

In primo luogo, la pronuncia in commento ha richiamato la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale sottoscritta a Palermo nel dicembre 2000 nonché la cosiddetta Convenzione ONU di Merida contro la corruzione del 31 ottobre 2003, approvata dal Parlamento italiano con la legge n. 116 del 2009. In entrambe tali convenzioni, per delimitare l'oggetto della confisca si fa esplicito riferimento ai "*proceeds*" cioè ai proventi[10].

Inoltre, con specifico riferimento al diritto europeo in materia di riciclaggio, va considerata la Convenzione europea sul riciclaggio conclusa a Strasburgo nel 1990, e ratificata dall'Italia con la legge 9 agosto 1993 n. 328, la quale nel preambolo fa riferimento alla necessità di «*privare i criminali dei proventi dei reati*» e nell'art. 1 precisa che provento «*significa ogni vantaggio economico derivato da reati. Esso può consistere in qualsiasi valore patrimoniale*»[11].

E ancora, la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, conclusa a Varsavia il 16 maggio 2005 e ratificata con la legge 28 luglio 2016 n. 153, all'art. 1 specifica che «*provento significa ogni vantaggio economico derivato direttamente o indirettamente dal reato*»[12].

Vi è poi la Direttiva del Parlamento europeo del 3 aprile 2014 n. 42, relativa alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione europea, la quale all'art. 2, n. 1, chiarisce che per provento si intende «*ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati, esso può consistere in qualsiasi bene e*

[10] In tal senso, la pronuncia in esame nella motivazione precisa che la Convenzione contro il crimine organizzato di Palermo del 2000 e la Convenzione contro la corruzione di New York del 2003 *per «definire l'oggetto della confisca fanno riferimento ai proceeds cioè ai proventi, non ai profitti. Secondo tali Convenzioni, costituiscono proceeds anche i beni ottenuti o derivati direttamente o indirettamente dalla commissione di un reato».*

[11] È Cass. pen., Sez. II, 28 febbraio 2024 n. 18184 cit. a precisare che la Convenzione di Strasburgo del 1990 sottolinea che uno dei metodi per combattere la criminalità economica «*consiste nel privare i criminali dei proventi dei reati*».

[12] Sempre Cass. pen. 18184/2024 cit. argomenta che nella Convenzione di Varsavia la nozione di «*proventi (produits nel testo francese, proceeds nel testo inglese della Convenzione) è stata ulteriormente precisata come corrispondente a "tout avantage économique provenant directement ou indirectemente de la commission d'une infraction pénale*».

include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile»[13].

Infine, come ricordato dalla pronuncia in commento, l'art. 12 della Direttiva UE 2024/1260 del Parlamento europeo e del Consiglio, la quale dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 23 novembre 2026, impone la confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato[14].

In buona sostanza, secondo la lettura fatta propria dalla giurisprudenza interna, sarebbe il riferimento al concetto di provento, il quale è più ampio rispetto a quello di profitto, a richiedere che la confisca abbia ad oggetto non solo il profitto del riciclatore ma anche i vantaggi economici derivati dalla pregressa attività delittuosa. Tale interpretazione si fonda su un evidente fraintendimento della nozione di provento.

Secondo la definizione originariamente cristallizzatasi, per profitto doveva intendersi il beneficio patrimoniale direttamente derivante dal reato[15].

Il criterio selettivo per qualificare il vantaggio economico come profitto del reato si fonda dunque sull'esistenza di un nesso di pertinenzialità con l'illecito. Tuttavia, come è noto, tale nozione è stata ben presto ampliata dalla giurisprudenza mediante l'inclusione nella categoria del profitto dei cosiddetti "surrogati" ovvero i beni nei quali il profitto è stato investito. E può dirsi ormai consolidato l'orientamento secondo il quale il concetto di profitto confiscabile comprende non solo i benefici patrimoniali direttamente derivanti dal reato ma altresì tutti i cespiti patrimoniali che siano il frutto dell'investimento del profitto[16].

---

[13] Fa riferimento a tale Direttiva in particolare, Cass. pen. 18184/2024, cit. esplicitamente richiamata sul punto anche da Cass. pen., 13.3.2025, cit. e Cass. pen., 8.5.2024 n. 32176 cit.

[14] In particolare, come precisato dalla pronuncia in esame, l'art. 12 della nuova Direttiva impone agli Stati membri di adottare «*le misure necessarie per poter procedere alla confisca di beni di valore corrispondente a beni strumentali o proventi derivanti da un reato*».

[15] Va ricordato che il tradizionale orientamento formatosi in relazione all'art. 240 c.p., con riferimento alla persona fisica, ha definito il profitto quale vantaggio patrimoniale in rapporto di diretta derivazione causale con il reato. Sulla scorta di tale orientamento, può dirsi acquisita l'individuazione del profitto quale vantaggio economico avente due requisiti ovvero il fatto di costituire un effettivo incremento patrimoniale e quello di essere legato da un nesso di pertinenzialità con il reato. Tale definizione di profitto è stata recepita anche dalla giurisprudenza formatasi in tema di confisca del profitto nei confronti dell'ente ai sensi dell'art. 19 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, a partire dalla pronuncia emessa dalle Sezioni unite nel noto caso relativo alle società Impregilo-Fisia. Cass. pen. S.U., 27 marzo 2008 n. 26654, in *Cass. pen.*, 2008, 4544 con nota di L. Pistorelli *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite.* Con tale pronuncia, la Corte suprema ha chiarito che il profitto confiscabile è costituito da qualsiasi vantaggio economico di diretta ed immediata derivazione causale dal reato presupposto, con la precisazione che a tale espressione va attribuito il significato di «*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale a superamento dell'ambiguità che il termine vantaggio può ingenerare*».

[16] Questa interpretazione estensiva già in tempi risalenti è stata suggellata da Cass. pen., S.U., 25 ottobre 2007 n. 10280, in *Cass. pen.*, 2008, 3167. Sul punto si veda M. Maugeri, *La confisca per equivalente, - ex art. 322-ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 826 ss. Simile impostazione, portando ad una dilatazione della confisca diretta, ha reso ancora più enigmatici i confini tra la confisca diretta e quella per equivalente creando notevoli incertezze applicative tenuto conto dei diversi presupposti di applicazione delle due forme di provvedimento ablativo. In tal senso, si veda L. Puccetti, *La confisca per equivalente,* in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, 418 ss.

Va altresì precisato che anche le Sezioni unite con la già menzionata pronuncia n. 13783/2025 hanno confermato il principio in base al quale il profitto comprende anche il bene surrogato[17].

Trasferendoci in ambito internazionale, viene utilizzato il termine provento proprio perché esso include i beni i quali, pur non essendo di diretta ed immediata derivazione causale dal reato, rappresentano l'investimento del profitto in senso stretto. In definitiva, come si è sottolineato in dottrina, il termine provento è preferito a quello di profitto poiché evita ogni incertezza sul fatto che oggetto di confisca non è solo il profitto diretto ma qualunque vantaggio economico derivante dall'illecito[18].

Tuttavia, anche se il concetto di provento è più esteso di quello di profitto, esso si riferisce comunque ai vantaggi economici che derivano, in via diretta o indiretta, dallo specifico reato. E, quindi, con riferimento al reato di riciclaggio, proventi sono in senso lato tutti i vantaggi economici ricavati da tale reato ma non certo le utilità che provengono dal reato presupposto[19].

Pertanto, il riferimento presente nella normativa internazionale alla confisca dei proventi del reato, non offre alcun argomento a favore dell'estensione della misura ablativa alle utilità derivate dal delitto presupposto.

[17] Peraltro, al fine di limitare l'estensione della confisca diretta operata dalle Sezioni unite *Gubert*, la pronuncia in esame ha stabilito che la confisca del bene di investimento è diretta solo se vi è la «*prova che proprio "quel" denaro-profitto del reato sia stato utilizzato per acquistare il bene oggetto della ablazione*». Va ricordato che la pronuncia Cass. pen, Sez. Un. 30.1.2014 n. 10561, *Gubert*, in *Cass. pen.*, 2014, 9, 2797 aveva esteso la nozione di profitto sino a comprendere ogni utilità che l'autore del reato realizza «come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa».

[18] Come si è rilevato, la definizione di provento contenuta nell'art. 3, n. 1 della Direttiva UE /1260 /2024, la quale è sovrapponibile a quella della precedente direttiva, conferma la possibilità di estendere il profitto confiscabile ai surrogati dell'originario profitto, nonché alle ulteriori utilità. Per un approfondimento su tale aspetto si rinvia a M. Maugeri, *La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia,* in *Sist. pen. web*, 30 dicembre 2024. Si veda anche L. Pistorelli, *La confisca dei proventi della corruzione nelle convenzioni internazionali e nel diritto dell'unione europea,* in *www.masterpenaleimpresa.it*, dove con riferimento alla confisca dei proventi nell'ambito della corruzione, si precisa che con tale termine gli strumenti internazionali fanno riferimento all'ablazione di qualsiasi bene o vantaggio ritratto anche solo indirettamente dalla consumazione del reato, purché suscettibile di valutazione economica. L'intenzione è dunque quella di chiarire che il vincolo di derivazione non è interrotto dal fatto che i proventi della corruzione non siano più riconoscibili per essersi gli stessi confusi nel patrimonio del reo ovvero perché trasformati in beni di altro genere.

[19] Sul punto si veda G. Civello, *Disorientamenti giurisprudenziali*, cit., 11, ove si osserva che il sostantivo "provento" sta univocamente ad indicare una *res* che prima della commissione del reato – nella specie prima del riciclaggio – non esisteva e che proviene per l'appunto dal reato stesso. Seguendo invece la tesi espressa dalla giurisprudenza di legittimità si giungerebbe a qualificare come provento (e in particolare prodotto) di reato una somma di denaro che in realtà preesisteva alla condotta di riciclaggio, essendo stata generata dal reato presupposto.

4. I princìpi contenuti nella pronuncia delle Sezioni unite n. 13783/2025.

Come anticipato nella parte introduttiva, la pronuncia in esame ha escluso l'applicabilità dei princìpi di diritto espressi dalle Sezioni unite n. 13783/2025 alla vicenda processuale oggetto della decisione.

Si è già ricordato che tale pronuncia ha provveduto a risolvere il contrasto giurisprudenziale relativo all' applicabilità della confisca per equivalente per l'intero profitto del reato in capo a ciascuno dei concorrenti. Nell'argomentare il principio di diritto stabilito, ovvero che la misura ablativa deve essere disposta nei confronti del singolo concorrente limitatamente al vantaggio economico dal medesimo conseguito con esclusione di ogni forma di solidarietà passiva, la pronuncia ha dettato alcuni princìpi fondamentali in tema di confisca.

In particolare, limitandoci agli aspetti più significativi ai fini della presente analisi, le Sezioni unite hanno definito una nuova regola in base alla quale va definita la natura ripristinatoria oppure punitiva della confisca. Infatti, la pronuncia ha superato il tradizionale criterio secondo il quale il carattere punitivo della confisca deriva dall'esistenza o meno del nesso di pertinenzialità tra il bene appreso ed il reato[20].

[20] Va ricordato che sin dalle prime pronunce la Corte di cassazione aveva attribuito alla confisca per equivalente natura sanzionatoria. Fra le prime pronunce si ricorda, in ambito di reati tributari, Cass. pen., Sez. II, 5 giugno 2008 n. 28685, in *Riv. pen.*, 2008, 1142, nella quale si è espressamente affermata la «*natura eminentemente sanzionatoria dell'eccezionale istituto*». Tale approccio è rimasto a lungo immutato. In tal senso, anche di recente, Cass. pen., Sez. un., 29 settembre 2022 n. 4145, in *Cass. pen.*, 2023, 12, 4009, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 578-*bis* c.p.p. ai fatti posti in essere anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 6, co. 4, d.lgs. 1 marzo 2018, n. 21, che ha introdotto la suddetta disposizione, aveva affermato al punto 4.2. del *Considerato in diritto* che «*Il formante giurisprudenziale interno e sovranazionale si è assestato nel ritenere la connotazione sanzionatoria come componente tipica della confisca per equivalente. Ne consegue che la confisca di valore, oltre ad assolvere anche una funzione ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, risulta dunque parametrata al profitto od al prezzo dell'illecito solo dal punto di vista quantitativo poiché l'oggetto della ablazione finisce per essere rappresentato direttamente da una porzione del patrimonio il quale, in sé, non presenta alcun elemento di collegamento con il reato, il che consente di declinare la funzione della misura in chiave marcatamente sanzionatoria*». Del pari, secondo l'impostazione prevalente della dottrina, è l'assenza di una derivazione diretta del bene dal reato a rivelare la matrice sanzionatoria della confisca per equivalente. Sul punto, fra gli altri e senza pretesa di esaustività, si vedano, 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 E. Dolcini-C.E. Paliero, III, Milano, 2006, 2108; D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*. cit., 118; 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, Torino, 2011, 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; E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, 2022, Torino, 445; 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,

E ha invece affermato che, indipendentemente dalla forma diretta o per equivalente mediante la quale viene applicata la confisca, il provvedimento ablativo costituisce una pena se apprende beni in misura superiore a quella corrispondente al vantaggio economico conseguito con il reato[21].

In questa diversa prospettiva, la pronuncia ha chiarito che qualsiasi confisca è di per sé afflittiva poiché incide negativamente sulla sfera giuridica di chi la subisce. Tuttavia, la misura assume carattere punitivo soltanto qualora, sottraendo più dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito, determini in capo al trasgressore un peggioramento della situazione patrimoniale antecedente alla condotta[22].

Dopo aver impostato in questi termini la distinzione tra confisca recuperatoria o punitiva, la motivazione ha svolto importanti riflessioni sull'incidenza del principio di proporzionalità all'interno dell'ordinamento chiarendo che «*si tratta di un principio che trova applicazione in diversi ambiti e rappresenta un generale criterio applicativo per il giudice comune*».

In particolare, le Sezioni unite hanno precisato che in relazione alle misure ablative di natura preventiva o ripristinatoria la proporzionalità assume valenza "prospettica", ed è volta a verificare che la compromissione del diritto di proprietà sia necessaria e proporzionata rispetto alle finalità perseguite dalla norma. Invece, il sindacato di proporzionalità rispetto alle pene, fra le quali rientrano le confische punitive nel significato sopra precisato, deve esercitarsi in modo "retrospettivo". In questo caso, quindi, il controllo di proporzionalità deve verificare la «*proporzione della sanzione complessivamente irrogata rispetto alla gravità del singolo fatto*».

Svolte tali considerazioni, con riferimento alla confisca punitiva le Sezioni unite hanno precisato che la valutazione di proporzionalità dev'essere compiuta in relazione al vantaggio conseguito in concreto dal singolo correo e non al profitto complessivo generato dal reato[23].

Torino, 2011, 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, 2022, 569; A. Macchia, *La confisca per equivalente nei confronti degli enti e dei responsabili delle persone giuridiche*, in *Giust. pen.*, 2014, 197; V. Auriemma, *La confisca per equivalente*, in *Arch. pen. web*, 1, 14.

[21] Va ricordato che nelle più recenti riflessioni dottrinali, si era già posta in dubbio la sostanziale natura punitiva della confisca per equivalente e si era rilevato che questo strumento ha uno scopo principalmente compensativo-ripristinatorio connesso all'esigenza di eliminare gli effetti dell'ingiusto guadagno e di contrastare, quindi, la criminalità da profitto. In tal senso, si vedano A.M. Maugeri, *La nozione di profitto confiscabile e la natura della confisca: due inestricabili e sempre irrisolte questioni*, in *Leg. Pen.,* 2023, 1, 9 e S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *Sist. pen. web.*, 30 settembre 2020, 28.

[22] In tal senso, nel punto 9.2. della motivazione la pronuncia ha precisato che *«ogni ablazione patrimoniale è afflittiva perché incide negativamente sulla sfera giuridica di chi la subisce, limitando la sua proprietà personale».* Tuttavia, fintanto che la confisca elimina dal patrimonio del reo «*un bene che non sarebbe stato acquisito se non fosse stato commesso il reato, la misura mantiene un carattere afflittivo ma non assume anche contenuto punitivo*».

[23] Al riguardo, nel punto 30 della motivazione si è precisato che deve essere rivisitata l'impostazione basata sull'assunto «*che la valutazione di proporzionalità debba essere compiuta non con riferimento alla singola posizione personale…omissis…quanto piuttosto rispetto al profitto complessivo generato dal reato*».

E proprio dal canone di proporzionalità, definito come "trasversale al sistema" sia dell'ordinamento interno che di quello europeo, le Sezioni unite hanno tratto l'argomento decisivo per l'enunciazione dei princìpi di diritto indicati nella pronuncia. Infatti, la motivazione ha chiarito che la confisca "senza arricchimento" non è compatibile con «*il giudizio di proporzionalità*».

Sulla base di queste considerazioni, le Sezioni unite hanno stabilito che in caso di pluralità di concorrenti, ai fini della confisca avente ad oggetto denaro costituente prezzo o profitto del reato, è illegittima ogni forma di solidarietà passiva tra i correi.

Riportandoci alla pronuncia in esame, essa in un passaggio argomentativo che merita si essere approfondito, ha escluso che i princìpi affermati dalle Sezioni unite n. 13783/2025 possano trovare applicazione nel caso in esame. E ciò perché, come si legge nella motivazione, nella citata pronuncia le Sezioni unite avrebbero dettato il criterio in base al quale la confisca può essere disposta in capo a ciascun concorrente nei limiti della quota di arricchimento, con esclusivo riferimento al prezzo e al profitto del reato, tali essendo gli unici parametri dettati dall'art. 322-*ter* c.p. in tema di confisca diretta e per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione.

Pertanto, secondo la pronuncia *de quo*, i princìpi affermati dalle Sezioni unite non si potrebbero estendere alla confisca del prodotto[24].

Da un punto di vista formale, il principio di diritto espresso dalla pronuncia delle Sezioni unite effettivamente attiene ai criteri da seguire nella suddivisione della confisca fra concorrenti nel reato[25].

Tuttavia, tale pronuncia non si è limitata a rispondere al quesito formulato nell'ordinanza di rimessione ma nella complessa motivazione ha scardinato i princìpi che hanno governato a lungo la materia[26].

È evidente che i nuovi fondamenti, sui quali si basa la decisione delle Sezioni unite, ancorché non costituiscano i princìpi di diritto formulati come tali nella pronuncia, non possono essere ignorati [27].

---

[24] Segnatamente, nel punto 3.1 della motivazione si è affermato che deve essere escluso che i princìpi dettati dalla pronuncia delle Sezioni unite Massini «*secondo cui la confisca deve essere disposta nei confronti di ciascun concorrente limitatamente a quanto dal medesimo conseguito, e cioè nei limiti della quota di arricchimento, possano estendersi anche all'ipotesi della confisca del prodotto del reato prevista dall'art. 648-quater c.p. e ciò perché, con evidenza, le Sezioni unite in tale recente pronuncia hanno ragionato in termini esclusivi di prezzo e profitto del reato, tali essendo gli unici parametri dettati dall'art. 322-ter c.p. in tema di confisca diretta e per equivalente nei reati contro la pubblica amministrazione*».

[25] Per completezza, si precisa che i princìpi di diritto enucleati dalle Sezioni unite n. 13783/2025 hanno stabilito, nell'ordine di esposizione, «*che la confisca di somme di denaro ha natura diretta soltanto in presenza della prova della derivazione causale del bene rispetto al reato*». Inoltre, le Sezioni unite hanno affermato che «*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*».

[26] Sul punto, si veda C. Santoriello, *La confisca del profitto del reato secondo le Sezioni Unite: si riaprono i giochi ma l'esito è tutt'altro che chiaro*, in *Le Società*, 8-9/2025, 956 il quale ha precisato che per rispondere al quesito le Sezioni unite hanno ritenuto necessario «*porre in discussione acquisizioni e conclusioni della giurisprudenza che invece sembravano pacifiche*».

[27] Nel senso che la pronuncia a Sezioni unite costituisce un deciso cambio di rotta rispetto ad approdi giurisprudenziali sino ad oggi prevalenti si è espresso S. Finocchiaro, *L'attesa sentenza*

In particolare, il principio di proporzionalità, assunto dalla pronuncia come canone fondamentale dell'ordinamento, non rileva al solo fine di escludere il principio solidaristico in tema di confisca nel concorso di persone nel reato.

Infatti, il problema della confisca senza arricchimento, naturalmente al di fuori delle ipotesi in cui il provvedimento ablativo sia volto a sottrarre una *res* intrinsecamente pericolosa, si pone in numerose ipotesi e non solo in quella del concorso di persone nel reato.

E una delle ipotesi di confisca senza arricchimento, come si approfondirà, è costituita proprio dall'ablazione in capo al riciclatore delle utilità economiche derivate dal reato presupposto che non hanno accresciuto la sua sfera patrimoniale.

5. La proporzionalità della confisca nella giurisprudenza della Corte costituzionale.

La prospettiva adottata dalle Sezioni unite secondo la quale la confisca che sottrae beni in misura maggiore rispetto all'arricchimento deve considerarsi punitiva, è in linea con i princìpi affermati dalla Corte costituzionale.

Infatti, è stata la Corte Costituzionale, con le fondamentali pronunce n. 112 del 2019 e n. 7 del 2025 ad avviare un ripensamento su quali siano i tratti distintivi tra la confisca ripristinatoria e quella punitiva.

In base al consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, il carattere punitivo della confisca per equivalente è sempre stato tratto dall'assenza di un nesso di pertinenzialità fra il reato commesso e il bene appreso[28].

Questa assodata impostazione è stata capovolta dalla pronuncia n. 112 del 2019, 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[29]. Con tale pronuncia la Corte costituzionale ha

---

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, cit.

[28] In tal senso, la Corte Costituzionale con l'ordinanza 2.4.2009 n. 97, in *Giur. cost.*, 2009, 2, 984, aveva precisato che «*la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un rapporto di pertinenzialità (inteso come nesso diretto e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole così una natura eminentemente sanzionatoria*». E quindi, attesa la natura di sanzione penale della confisca per equivalente, è stata esclusa l'applicazione retroattiva dell'art. 322-*ter* c.p. ai reati tributari commessi precedentemente all'entrata in vigore della L. 244/2007. La Corte costituzionale si era espressa nei medesimi termini con la successiva ordinanza del 20 novembre 2009 n. 301 in *Giur. cost.*, 2009, 6, 4587.

[29] Cfr. Corte cost., 10 maggio 2019 n. 112 in *Foro it.*, 2019, 11, I, 3422. La vicenda riguardava l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-*bis* T.U.F. contestato in relazione all'abuso di informazioni privilegiate grazie alle quali l'agente aveva acquistato un pacchetto di azioni della società di cui egli era consigliere di amministrazione. All'esito del procedimento, la Consob aveva disposto una sanzione pecuniaria di € 200.000,00 oltre alla confisca per equivalente fino a concorrenza dell'importo di € 149.760,00, pari al valore delle azioni acquistate grazie al possesso dell'informazione privilegiata relativa all'imminente lancio di un'offerta pubblica di acquisto totalitaria da parte di un'altra società. Va precisato che per tale acquisto il trasgressore aveva investito la

riconosciuto che, per la loro onerosità, le sanzioni amministrative previste dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, hanno natura sostanzialmente penale. Posta tale premessa, la Corte costituzionale ha argomentato la declaratoria di incostituzionalità, 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.

Pertanto, la pronuncia ha chiarito che la confisca del profitto 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[30].

Sul presupposto del carattere punitivo della confisca del prodotto dell'illecito e dei beni strumentali, la pronuncia ha sottolineato che tale previsione, in aggiunta alle sanzioni pecuniarie previste per l'illecito, «*conduce a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati per eccesso rispetto alla gravità degli illeciti in questione*»[31].

---

cifra di € 123.175,00 con la conseguenza che il profitto, pari al risparmio sul prezzo che avrebbe dovuto corrispondere per acquistare i medesimi titoli al momento del lancio dell'offerta pubblica, corrispondeva a € 26.580,00. Tuttavia, come rilevato dal giudice amministrativo rimettente, il riferimento contenuto nell'art. 187-*sexies* T.U.F. alla confisca obbligatoria del prodotto imponeva l'apprensione degli strumenti finanziari acquistati dall'*insider trading* o dell'intero loro valore, e non semplicemente del vantaggio economico realizzato mediante l'operazione finanziaria.

[30] Nella pronuncia n. 112/2019 la Corte costituzionale ha precisato che la confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito ha natura punitiva a prescindere dalla forma, diretta o per equivalente, nella quale viene disposta. Riformando princìpi assodati, dunque, la pronuncia ha delineato un criterio interpretativo per stabilire la natura punitiva della confisca non più fondato sull'esistenza o meno del nesso di pertinenzialità tra il bene appreso ed il reato, bensì sul fatto che la confisca sia circoscritta al profitto dell'illecito oppure esorbiti da tale limite. Con riferimento a tale profilo si è sottolineato che si tratta di «*una lettura costituzionale assai densa che riconnette solo all'ablazione del profitto la natura di misura autenticamente ripristinatoria*» mentre qualifica in termini punitivi la confisca del prodotto o dei beni strumentali. In tal senso, F. Di Vizio, *Sequestri e confische degli illeciti di market abuse e dei delitti societari di infedeltà* informativa, in *disCrimen,* 7 giugno 2019, 79. Per un'analisi dello statuto costituzionale del principio di proporzionalità delle sanzioni alla luce della pronuncia 112/2019, si vedano 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; R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 197; V. Mongillo, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato,* in *Giur. cost.*, 2019, 3343.

[31] Nella sentenza 112/2019 il mancato rispetto del criterio della proporzionalità sanzionatoria è stato dunque preso in considerazione nel suo profilo intrinseco attinente alla congruità della risposta sanzionatoria, posto che la disposizione legislativa prevedeva una «*compressione del diritto di proprietà manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità dell'illecito commesso*». Con conseguente violazione degli artt. 3 e 42 Cost., oltre che dei parametri convenzionali e unionali di cui rispettivamente agli artt. 1 prot. 1 C.E.D.U. e art. 17 C.D.F.U.E. rilevanti nell'ordinamento nazionale tramite gli artt. 11 e 117, co. 1, Cost. 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 pronun-

Il cambio di prospettiva inaugurato con la pronuncia n. 112/2019 in relazione ad una confisca formalmente amministrativa anche se sostanzialmente penale, è stato confermato dalla Corte costituzionale anche in relazione alla confisca di cui all'art. 2641 c.c.

Con la pronuncia n. 7 del 2025 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*»[32]

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 essere assoggettata.

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 ac-

---

cia si rinvia anche a R. Acquaroli, *La confisca e il controllo di proporzionalità: una buona notizia dalla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 197 ss., cit.

[32] Cfr. Corte cost. 4 febbraio 2025 in *Guida dir.*, 2025, 6. La vicenda processuale era sorta dall'attività ispettiva posta in essere dalla Banca d'Italia e dalla Banca centrale europea nel corso della quale era stato contestato ad un Istituto di credito il fatto di aver provveduto sistematicamente a mettere a disposizione dei soci finanziamenti finalizzati all'acquisto di azioni proprie sia in sede di aumento di capitale sia nell'ambito del mercato secondario. Secondo la stima effettuata nel corso del processo, i finanziamenti erogati dall'Istituto di credito ammontavano alla somma complessiva di € 963 milioni. Tali condotte, poste in essere dai soggetti apicali dell'istituto, erano state qualificate come aggiotaggio manipolativo ed informativo nonché ostacolo alle funzioni di vigilanza, di cui rispettivamente agli artt. 2637 e 2638 c.c. Il Tribunale di primo grado, ritenuta la responsabilità di alcuni degli imputati, aveva provveduto a disporre nei loro confronti la confisca per equivalente per la somma di € 963 milioni in applicazione dell'art. 2641, co. 2 c.c. Successivamente la Corte d'appello, aveva revocato la confisca per equivalente disposta nei confronti degli imputati reputandola una misura punitiva di carattere sproporzionato. In tal senso, la Corte d'appello aveva ritenuto che l'art. 2641 c.c., nella parte in cui dispone la confisca per equivalente anche dei beni utilizzati per commettere il reato, fosse in contrasto con il principio di proporzionalità di cui agli artt. 3 e 27, co. 1 e 3, Cost., e dell'art. 49, § 3, C.D.F.U.E. Pertanto, nel solco della recente sentenza della Grande Sezione della Corte giust. UE 8 marzo 2022, nel procedimento C-205/20, la quale ha affermato che il principio di proporzionalità è diretto ed imperativo e dunque suscettibile di immediata applicazione, il giudice d'appello aveva disapplicato l'art. 2641 c.c. nella parte in cui dispone la confisca di valore per i beni utilizzati per commettere il reato. La Procura generale, lamentando la violazione dell'art. 2641 c.c. da parte della Corte d'appello, aveva chiesto che la Corte di cassazione provvedesse ad annullare la revoca della confisca per equivalente. All'esito dell'udienza, la Corte di cassazione aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 2641, co. 1 e 2, «*nella parte in cui assoggetta a confisca per equivalente anche i beni utilizzati per commettere i reati*». Per alcune riflessioni in relazione alla questione rimessa alla Corte costituzionale si rimanda a M. Arbotti, *La proporzionalità sanzionatoria al cospetto delle confische dei proventi: legalità della pena, vecchie geometrie, nuove vocazioni funzionali*, in *Diritto di difesa*, 26 giugno 2024.

quisita 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[33].

Di conseguenza, la confisca disposta su beni il cui valore eccede quello del profitto, costituendo una pena pecuniaria, deve rispettare il principio costituzionale di proporzionalità del trattamento sanzionatorio. Del resto, come affermato nella predetta pronuncia, il principio di proporzionalità è un requisito di sistema dell'ordinamento costituzionale italiano in relazione ad ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo.

Pertanto, la confisca avente funzione punitiva deve essere parametrata alla gravità oggettiva e soggettiva del reato posto in essere. Peraltro, condizione essenziale per garantire che il trattamento sanzionatorio sia individualizzato, è che il giudice disponga di un potere discrezionale rispetto alla commisurazione della pena senza essere condizionato da norme improntate ad un automatismo sanzionatorio.

Ne deriva che appare contraria ai princìpi costituzionali qualunque disposizione legislativa contenente la previsione obbligatoria di forme di confisca che sottraggano al reo beni di valore superiore al profitto per un ammontare che dipende da criteri fissi ed indipendenti dall'arricchimento ottenuto con la condotta delittuosa.

Una confisca applicata secondo tali modalità costituisce una pena che appare sproporzionata rispetto al disvalore del fatto e alle condizioni economiche del reo[34].

In definitiva, la sentenza n. 7/2025, proseguendo un percorso virtuoso volto ad affermare il valore costituzionale del canone della proporzionalità sanzionatoria, ha ribadito che per essere rispettosa dei princìpi attinenti alla personalità della pena e al suo finalismo rieducativo, anche la confisca punitiva, nell'accezione sopra precisata, deve essere applicata in modo proporzionato ed individualizzato.

[33] 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. In tal senso, al punto 3.1.2. la pronuncia ha espressamente richiamato la sentenza della Corte costituzionale 112/ 2019 nella parte in cui ha affermato «*che alla confisca obbligatoria dei beni strumentali deve riconoscersi natura autenticamente "punitiva"*». Pertanto, come successivamente precisato, laddove «*la confisca in parola sia disposta dal giudice penale, come nel caso, disciplinato dall'art. 2641, primo comma, c.c., nulla osta a riconoscere che essa debba essere qualificata come vera e propria pena di carattere patrimoniale che si aggiunge alle altre sanzioni principali previste in conseguenza della commissione di ciascun reato. Alle medesime conclusioni deve pervenirsi con riferimento alla confisca di beni o somme di valore equivalente ai beni utilizzati per commettere il reato*». Per una approfondita analisi della confisca degli strumenti del reato e della sopra citata pronuncia di illegittimità costituzionale, si rinvia a C.S. Thun Hoenstein Welsperg, *I tratti irrinunciabili della confisca degli strumenti del reato. L'esempio della confisca ex art. 2641 c.c. alla prova di Corte cost. 7/2025*, in *Arch pen.* n. 2/2025.

[34] Per inciso, con riferimento alla necessità che la pena sia adeguata alle condizioni economiche del reo, la Corte costituzionale con pronuncia del 1 febbraio 2022 n. 28 in *Cass. pen.*, 2022, 5, 1724, ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 53 della L. 24 novembre 1981 n. 689 nella parte in cui prevedeva un tasso di conversione delle pene detentive brevi in pene pecuniarie inidoneo a tenere adeguatamente conto delle condizioni patrimoniali del reo. Inoltre, in relazione alla possibilità di modulare la pena, con pronuncia del 5 dicembre 2018 n. 222 in *Cass. pen.*, 2019, 3, 991, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 216 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, nella parte in cui prevedeva in caso di condanna per il reato di bancarotta fraudolenta la relativa pena accessoria per la durata fissa di dieci anni e non «*sino a dieci anni*».

6. Osservazioni conclusive.

All'esito di questa analisi, si ritiene che la pronuncia oggetto di questa analisi non abbia fatto buon governo dei princìpi affermati dalle Sezioni unite n. 13783/2025 in tema di confisca.

Con la predetta sentenza le Sezioni unite, allineandosi ai princìpi già sanciti dalla Corte costituzionale, hanno ribadito che se la confisca esorbita rispetto ad una funzione ripristinatoria, essa assume carattere punitivo, ponendosi «*in forte tensione con il giudizio di proporzionalità e, più in generale, con il principio di colpevolezza*».

Alla luce di tale principio, l'orientamento giurisprudenziale del quale è espressione la pronuncia in commento, finisce per determinare l'applicazione di una pena non conforme ai canoni di adeguatezza sanzionatoria. Infatti, secondo tale orientamento, il prodotto confiscabile del reato di riciclaggio corrisponde *tout court* all'ammontare delle somme riciclate senza che rilevi il concreto arricchimento ottenuto dal riciclatore[35].

Ne consegue che la confisca del prodotto del riciclaggio, così inteso, si configura come una pena la quale, essendo calcolata in modo fisso, si pone in contrasto con il principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio desumibile dagli artt. 3 e 27, co. 1 e 3.

Va ricordato che nel tentativo di legittimare la confisca in capo al riciclatore non solo del profitto ma anche delle utilità derivanti dal reato presupposto, si è affermato che l'ablazione del prodotto sarebbe coerente con la gravità dell'apparato sanzionatorio previsto in tema di riciclaggio, sintomatica della volontà legislativa di reprimere duramente tale fenomeno criminale[36].

Tuttavia, proprio il principio di proporzionalità suggerisce di ragionare in modo esattamente contrario rispetto a quanto argomentato in detta pronuncia. È evidente, infatti, che una pena detentiva severa non potrebbe cumularsi con una pena pecu-

[35] Appare opportuno precisare che in capo all'autore del reato di riciclaggio, la confisca del prodotto, identificato con i cespiti patrimoniali derivanti dal reato presupposto, non può essere disposta né in forma diretta né per equivalente. Infatti, le Sezioni unite e la Corte costituzionale hanno chiarito che la confisca nei confronti del reo di beni in misura superiore al profitto, ha natura di pena indipendentemente dal fatto che sia applicata in forma diretta o per equivalente.

[36] In tal senso, si veda Cass. pen., Sez. V, 8 maggio 2024 n. 32176 cit., pronuncia nella quale si argomenta che «*indice della chiara volontà del legislatore di reprimere duramente il riciclaggio è la pena edittale stabilita per tale reato, particolarmente elevata, sia nel minimo che nel massimo: certamente ben più alta di molti dei reati presupposti alla conservazione dei cui proventi illeciti il delitto in questione è funzionale*». Sempre nel tentativo di legittimare la confisca anche del "prodotto", la pronuncia in esame ha puntualizzato che all'esito della modifica normativa «*oggetto della tutela giuridica del riciclaggio non è solo il patrimonio ma anche l'amministrazione della giustizia e l'ordine economico che verrebbe ad essere inquinato e destabilizzato dalle operazioni di riciclaggio*». Pertanto, confiscare soltanto il profitto del reato ovvero quanto ricevuto dal riciclatore a titolo di compenso per le operazioni di sostituzione, sarebbe in conflitto con l'individuazione del bene giuridico tutelato dal riciclaggio. Per una critica a tali argomentazioni si veda F. Consulich, *Il paradosso di Russell*, in *www.sistemapenale.it*, 25 maggio 2023, 9, ove si rileva che la giurisprudenza giustifica il rigore sanzionatorio impiegando *«il comodo clichè della plurioffensività».*

niaria altrettanto afflittiva perché in tal modo verrebbe meno la congruità della complessiva risposta sanzionatoria[37]

Si osserva altresì che la definizione del prodotto del riciclaggio, nei termini anzidetti, si pone in tensione non solo con i principi costituzionali ma anche con quelli unionali.

Posto che la sottrazione di ciò che esorbita dal profitto costituisce una misura punitiva, ne consegue che alla confisca del prodotto va applicato il principio di proporzionalità di cui all'art. 49, § 3 C.D.F.U.E. il quale stabilisce che «*Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato*».

Con riferimento a tale disposizione normativa va ricordato che la Corte di giustizia dell'U.E. si è espressa in modo inequivoco e categorico affermando che il principio di proporzionalità ha carattere diretto ed imperativo ed è dunque suscettibile di immediata applicazione da parte del giudice nazionale[38].

Ne deriva che, nell'ambito delle materie di interesse unionale fra le quali rientrano i reati di riciclaggio, il principio del primato dell'Unione impone alle autorità nazionali di disapplicare la normativa nazionale in contrasto con il principio della proporzionalità nei limiti di quanto necessario per evitare una sanzione sproporzionata[39].

In altri termini, se si ammettesse che dal riferimento dell'art. 648-*quater* c.p. all'ablazione del "prodotto" deriva l'obbligo di confiscare al riciclatore le utilità economiche del reato presupposto, il giudice italiano, trovandosi di fronte ad un caso di

[37] Né può condividersi la preoccupazione espressa nella pronuncia in esame la quale ha puntualizzato che confiscare soltanto il profitto del reato ovvero quanto ricevuto dal riciclatore a titolo di compenso per le operazioni di sostituzione porterebbe alla conclusione di «*lasciare liberamente circolare il prodotto del reato*». Al riguardo, ci si limita ad osservare che le utilità economiche provenienti dai delitti presupposti sono proventi illeciti ed in quanto tali saranno comunque passibili di confisca in base all'art. 240 c.p. o alle altre disposizioni speciali in tema di confisca. Ne deriva che ammettere la confiscabilità in capo al riciclatore delle somme riciclate condurrebbe sostanzialmente alla duplicazione della misura ablativa. In tal senso si veda G. Civello, *Riciclaggio e confisca per equivalente: un contrasto interpretativo ancora aperto*, in *Dir. pen. dell'economia*, 1-2/2025, 195.

[38] Cfr. Grande Sezione della Corte giust. U.E. 8 marzo 2022, nel procedimento C-205/20, ha affermato che il «*principio del primato del diritto dell'unione deve essere interpretato nel senso che esso impone alle autorità nazionali l'obbligo di disapplicare una normativa nazionale, parte della quale è contraria al requisito di proporzionalità delle sanzioni previsto all'articolo 20 della direttiva 2014/67, nei soli limiti necessari per consentire l'irrogazione di sanzioni proporzionate*». Per un esame di tale pronuncia si veda F. Viganò, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 2022; M. Pelissero, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1372 ss. e M. Lanotte, *La proporzionalità della sanzione: un principio ritrovato? Note a margine della sentenza NE*, in *Quaderni AISDUE*, 2023, 388 ss.

[39] Come già precisato nella nota 32, nella vicenda processuale che ha portato alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2641 c.c., prima che la Corte di cassazione sollecitasse l'intervento correttivo della Corte costituzionale, la Corte d'appello aveva adottato la via della diretta disapplicazione dell'art. 2641 c.c. «*nel solco della recentissima sentenza della Grande Sezione della Corte GUE 8.3.2022 nel procedimento C-205720*». Sul punto si veda anche C.S. Thun Hoenstein Welsperg, *I tratti irrinunciabili della confisca degli strumenti del reato*, cit., 49.

"doppia pregiudizialità", sarebbe necessariamente posto di fronte alla seguente alternativa. Ovvero, disapplicare parzialmente l'art. 648-*quater* c.p. in relazione al reato di riciclaggio, con riferimento alla confisca del "prodotto" oppure sollevare questione di legittimità costituzionale per contrasto della predetta disposizione normativa con il principio di proporzionalità[40].

In conclusione, nell'affermare che la sentenza n. 13783 del 2025 si attaglia solo al profitto e al prezzo ma non al prodotto del reato di riciclaggio, la pronuncia esaminata, oltre a disattendere i canoni costituzionali e unionali in tema di proporzionalità sanzionatoria, ha sostanzialmente disapplicato i princìpi elaborati dalle Sezioni unite.

[40] Va precisato che di fronte a casi di "doppia pregiudizialità", ovvero di disposizioni normative che appaiono in contrasto sia con una norma costituzionale sia con un principio del diritto dell'Unione europea, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, confermata anche dalla pronuncia n. 7/2025, il giudice nazionale rimane libero di scegliere il rimedio della disapplicazione oppure di sollevare questione di legittimità costituzionale, fermo restando che quest'ultima soluzione appare la via preferibile posto che la correzione della norma, avente efficacia *erga omnes*, ha un effetto di stabilizzazione dell'ordinamento. Sul punto, si veda P.F. Bresciani, *Doppia pregiudizialità in materia penale. il giudice resta libero di disapplicare le pene sproporzionate (ma la Corte preferirebbe di no)*, in *Rivista del contenzioso europeo, n. 1/2025.* Inoltre, con specifico riferimento al problema della doppia pregiudizialità nell'ambito del procedimento che ha portato alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2641 c.c. si veda M.D.L. Finuoli, *Illegittima la confisca obbligatoria dei beni strumentali: la Corte costituzionale consolida il principio di proporzionalità delle pene*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 6/2025, 744 ss.

LA VALIDITÀ DELLE NOTIFICAZIONI COME STRUMENTO DI DIFESA
Cass. pen., Sez. V, 11.7.2025, n. 25627 – Pres. Stanislao, relatore Scarlini

Maria Cristina Dinacci*

Sommario: 1. Premessa. – **2.** Il ruolo di garanzia delle nullità delle notificazioni. – **3.** Gli avvertimenti all'indagato: diritti "minori" da non trascurare – **4.** Nullità intermedia dell'avviso *ex* art. 415-*bis* c.p.p. e nullità assoluta dell'atto di citazione dell'imputato. – **5.** *Vocatio in iudicium* e dichiarazione di assenza. – **6.** Conclusioni.

ABSTRACT

La Corte nomofilattica affronta il tema della nullità delle notificazioni, soffermandosi sui rapporti tra elezione di domicilio, dichiarazione di residenza e notificazione presso il domicilio legale ai sensi dell'art. 161, co. 4 c.p.p. La decisione dà conferma della necessità di garantire la conoscenza sostanziale degli atti, mediante la rituale formazione degli stessi e l'effettività delle sanzioni processuali. In tal senso, il regime di nullità delle notificazioni si erge a presidio delle garanzie di difesa.

The Supreme Court addresses the issue of the invalidity of service of documents, focusing on the relationship between the election of domicile, the declaration of residence, and service at the legal domicile pursuant to Article 161(4) of the Italian Code of Criminal Procedure. The decision confirms the need to ensure effective knowledge of procedural acts through their proper execution and the effective enforcement of procedural sanctions. In this respect, the system governing the invalidity of service stands as safeguard of the right of defence.

1. Premessa.

Nel dichiarare fondato il ricorso proposto dall'imputato per *error in procedendo* sull'applicazione della disciplina delle nullità delle notificazioni, la Corte di cassazione ha disposto l'annullamento della sentenza impugnata affermando che, anche in presenza di un'originaria imprecisione dell'indicazione del luogo di domicilio che la renda inidonea, «prima di procedere alla notificazione *ex* art. 161, co. 4, c.p.p. a mani del difensore d'ufficio», deve «tenersi comunque conto della dichiarazione di residenza, che ha mantenuto integra la sua validità proprio perché resa contemporaneamente all'elezione di domicilio, di modo che la notificazione degli atti processuali, a partire

* Dottoranda di ricerca in diritto processuale penale - Università degli Studi "Tor Vergata".

dall'avviso di conclusione delle indagini, *ex* art. 415-*bis*, cod. proc. pen., avrebbe dovuto essere tentata presso il luogo di residenza dichiarato»[1].

La conclusione viene sostenuta in forza del «mutato "spirito dei tempi" che (...) privilegia l'effettiva conoscenza del processo da parte dell'imputato, rispetto alla rigida applicazione di meccanismi presuntivi»[2]; motivo per cui il Giudice di legittimità ha rilevato la nullità delle notificazioni che, così effettuate, hanno procurato un assoluto pregiudizio del diritto di difesa, dato che l'imputato non ha avuto alcuna conoscenza, neanche indiretta, del processo di primo grado. Ne deriva, dunque, un vizio irrimediabile per la celebrazione dell'udienza preliminare, per il decreto che dispone il giudizio e per ogni atto successivo.

Tuttavia, la nullità "assoluta ed insanabile" rilevata dalla pronuncia fa riferimento, evidentemente, alle notifiche relative all'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, all'atto di citazione in giudizio ed agli atti successivi dipendenti, sottoponendo a diverso regime di invalidità le notifiche contenenti l'avviso di conclusione delle indagini e la richiesta di rinvio a giudizio, riconducibili alla categoria delle nullità di natura intermedia.

Quindi la Corte, a fronte di una eccezione sollevata entro la deliberazione della sentenza di primo grado, ha predisposto il rinvio alla cognizione del giudice dell'udienza preliminare.

Ebbene la sentenza in commento, pur riguardando una fattispecie assoggettata alla disciplina previgente alla riforma c.d. Cartabia, esprime un principio rafforzato dalle evoluzioni della riforma in questione e, pertanto, induce a considerazioni tuttora attuali.

2. Il ruolo di garanzia delle nullità delle notificazioni.

Il principio enunciato dalla Corte regolatrice evidenzia l'essenzialità del primo momento di contatto che l'indagato ha con l'autorità giudiziaria, spesso rappresentata dagli organi di polizia nella fase investigativa; qui, infatti, si realizzano quelle attività che permettono alle notificazioni di essere effettivamente funzionali. E, per essere tali, il contenuto da veicolare dovrebbe caratterizzarsi per la minor incertezza possibile dei modelli di comunicazione "indiretti" rispetto a quelli della notifica a mani proprie del soggetto indagato.

Il problema è connaturato in tutti quei metodi di comunicazione in cui la certezza sull'invio da parte del mittente non corrisponde sempre, o con egual sicurezza, ad altrettanta certezza sulla ricezione da parte del destinatario; tale scarto di conoscenza è dunque ciò che porta alla distinzione tra una presunzione *iuris tantum* – legalmente accettata in quanto corrispondente alle forme prescritte –, rispetto ad un'effettiva e consapevole presa di cognizione da parte del ricevente.

Tuttavia, quest'ultima, ossia la conoscenza effettiva dell'atto, deve cedere in ragione di una conoscenza "solamente" legale: lì dove la notifica rispetti le modalità pre-

1 Così al punto 5.3 della motivazione.
2 *Ibidem*.

scritte, il dovere informativo dell'autorità giudiziaria è assolto e la notifica è in sé valida, anche se il destinatario non ha avuto effettiva conoscenza dell'atto a lui diretto[3].

Pertanto, se non osservate le forme indicate, l'atto è viziato ai sensi dell'art. 171 c.p.p.

La sanzione si giustifica nel momento in cui si guardi alle notificazioni quale procedimento mediante il quale vengono formalmente portati a conoscenza dei soggetti interessati gli atti recettizi del processo[4], con ciò avvalorandosi un profilo del sistema processuale accusatorio che si caratterizza per modelli di garanzia e di parità tra i soggetti del processo. Le notificazioni, quali atti di veicolo informativo recettizio, assumono un ruolo funzionale al rispetto di tali modelli.

Né tale funzione muta con l'evoluzione telematica del processo che ha, di fatto, solamente traslato le attività procedimentali da una modalità di attuazione ad un'altra. Sono, infatti, oggi richiesti adempimenti telematici per le notificazioni che assicurino «l'identità del mittente e del destinatario, l'integrità del documento trasmesso, nonché la certezza, anche temporale, dell'avvenuta trasmissione e ricezione», ai sensi dell'art. 148 c.p.p.; così affrontandosi le incertezze proprie del mondo digitale.

Le notificazioni svolgono, quindi, un ruolo servente che si ricava sia dalla strumentalità delle stesse a raggiungere ed informare tutti i soggetti processuali, sia dalla circostanza che la violazione delle medesime è apprezzabile in termini d'invalidità processuale. Quest'ultima, come noto, potrà atteggiarsi diversamente a seconda del tipo di atto la cui notificazione è omessa ovvero realizzata in maniera irrituale.

Si tratta di un criterio esegetico da tempo accolto in sede giudiziaria, soprattutto lì dove la Corte a Sezioni Unite ha chiaramente definito il perimetro tra notificazioni viziate e notificazioni omesse[5].

---

[3] Cass. pen., Sez. V, 3.4.2019, n. 14712, in *DeJure banca dati online***,** secondo cui la validità della notificazione non dipende dalla rinvenuta conoscenza effettiva dell'atto. Sul punto, da ultimo, Cass. pen., Sez. Un., 14.4.2022, n. 14573, in *DeJure banca dati online*, cui è stato demandato di verificare quando l'esito della notificazione effettuata tramite servizio postale ai sensi dell'art. 170 c.p.p. possa considerarsi valido in termini di soddisfazione delle forme prescritte per una conoscenza legale.

[4] G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis, *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, XI ed., Milano, 2023, p. 237. Si veda inoltre, con tonalità diverse, la definizione attribuita alle notificazioni come mezzi per rendere pubblicità del contenuto di un atto, così C. Morselli, *Il "render noto" nel processo penale*, Milano, 2012, 79.

[5] Si ricorda che il caso affrontato dalle Sezioni Unite Palumbo verteva su una notifica irregolare, in quanto l'atto di citazione in giudizio venne notificato presso il domicilio reale a mani della moglie convivente dell'imputato, nonostante quest'ultimo avesse eletto domicilio presso il difensore e, trattandosi di un atto che richiedeva la consegna diretta al destinatario, avrebbe dovuto essere stato notificato al domicilio eletto. Ritenne la Corte che, dal momento che l'imputato era intervenuto in udienza dimostrando di aver avuto comunque conoscenza della data del dibattimento, la citazione irregolare costituiva un'ipotesi di nullità intermedia ai sensi dell'art. 178 lett. *c)* c.p.p. Qualora, diversamente, l'errore dell'*iter* notificativo avesse comportato un difetto di conoscenza della citazione, l'atto sarebbe stato nullo ai sensi dell'art. 179, comma 1, c.p.p. per omessa citazione. Cfr. Cass., S.U. Palumbo, 27.10.2004, n. 1148, in *DeJure banca dati online*, nonché le considerazioni sul tema di F. Vergine, *Obbligo di reiterazione dell'eccezione di nullità a regime intermedio e lealtà processuale*, in *Cassazione Penale*, n. 7/8, 2014, 2554. La soluzione proposta dalle Sezioni Unite ha dato vita ad un percorso giurisprudenziale di progressiva valorizzazione del parametro della conoscenza effettiva, si veda sul punto in ordine cronologico: Cass. pen., S.U.

In tale contesto assume rilievo la categoria speciale e nominativa di nullità prevista dall'art. 171 c.p.p. la quale, però, di per sé non può escludere l'inquadramento del vizio in discorso dalla categoria delle nullità di ordine generale di cui all'art. 178, lett. *c*), c.p.p.[6].

Infatti, le ipotesi disciplinate dall'articolo 171 c.p.p. rappresentano una specificazione di dettaglio, in un'ottica "garantista", della macrocategoria sanzionatoria relativa all'intervento, all'assistenza e alla rappresentanza dell'imputato[7]. Ogni diversa opinione condurrebbe in via interpretativa, ed al di fuori del dettato normativo, ad escludere dal presidio delle ipotesi generali di nullità tutte quelle invalidità definite "speciali"[8].

Tale criterio di ragionamento non rispetta il significato del ricorso legislativo a contenitori generali; questi, infatti, hanno lo specifico fine di tutelare tutte quelle situazioni giuridiche rientranti nella previsione generale di legge e, quindi, pure in assenza di un'espressa previsione di nullità, laddove la fattispecie processuale può essere sussunta nello schema normativo dell'art. 178 c.p.p., troverà inevitabilmente tutela nella richiamata disposizione.

Il metodo da seguire non può, dunque, essere quello che si limita a constatare la mancata previsione o la previsione generica della nullità ma, viceversa, quello che in queste situazioni valuta se la medesima sia annoverabile nello schema giuridico delle nullità di ordine generale[9].

Clemenzi, 17.10.2006, n. 41280, in tema di notifica effettuata presso il domiciliatario, poi revocato; Cass. pen., S.U. Micciullo, 27.3.2008, n. 19602, dove l'omissione della notificazione dell'atto viene equiparata ad un *iter* viziato; Cass. pen., S.U. Tuppi, 29.12.2017, n. 58120, che propone soluzioni in termini semplificativi per le modalità di deduzione della nullità. Tutte reperibili in *DeJure banca dati online*.

6 Nel senso che le invalidità delle notificazioni si riferiscono solo alle ipotesi di cui all'art. 171 c.p.p. non beneficiando delle garanzie connesse all'art. 178 c.p.p., v. M. Scaparone, *Procedura Penale*, vol. I, Torino, 2011, 302.

7 Di questa opinione v., in particolare, A. Galati-D. Siracusano-E. Zappalà-G. Tranchina, *Atti*, in *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chiara-V. Patanè-F. Siracusano, Milano, 2018, 215; A. Trinci-V. Ventura, *Notificazioni e processo senza imputato*, Milano, 2015, 517; G.P. Voena, *Atti*, in M. Bargis, *Compendio di Procedura Penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, cit., 257.

8 L'art. 178 c.p.p. costituisce, in sostanza, passaggio obbligato nella verifica della sussistenza di una causa di nullità per cui, se il vizio è riconducibile alla disposizione richiamata, verrà individuato il corrispondente regime assoluto, intermedio o, per esclusione, relativo; se, diversamente, non è ad essa riconducibile, darà luogo ad una mera irregolarità. Tale criterio metodologico è, da tempo, pacificamente condiviso e, in questi termini, si rimanda, *ex multibus*, alle pronunce del Giudice di legittimità: Cass. pen., Sez. III, 17.9.2025, n. 35657; Cass. pen., Sez. III, 3.3.2022, n. 5234; Cass. pen., Sez. I, 16.5.2013, n. 13387; Cass. pen., Sez. I, 6.5.2008, n. 32851; Cass. pen., Sez. I, 14.7.2005, n. 39996, in *DeJure banca dati online*.

9 Si pensi, in maniera esemplificativa, ai seguenti casi di nullità speciale: l'omessa traduzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale secondo la combinata lettura degli articoli 143 e 292 c.p.p.; l'ipotesi di notificazioni "sempre" a mani proprie *ex* art. 156 c.p.p. all'imputato detenuto; l'ipotesi in cui non vengano messi a disposizione della difesa, a seguito di richiesta dalla stessa ritualmente formulata, i supporti contenenti le registrazioni delle conversazioni intercettate e poste a fondamento dell'ordinanza applicativa della misura custodiale secondo il disposto di cui all'art. 268, co. 8, c.p.p.; l'omesso deposito da parte del pubblico ministero dei verbali delle dichiarazioni già rese dalle persone da esaminare in incidente probatorio, secondo l'art. 398, co. 3, c.p.p.; l'omesso interrogatorio richiesto dall'indagato in seguito all'avviso di conclusione delle indagini ai sensi dell'art. 416 c.p.p.; il mancato consenso dell'imputato sulle modifiche apportate

In caso contrario, si verrebbe a determinare un criterio di differenziazione del vizio in base a mere suddivisioni di forma e che, nel caso specifico, si risolverebbe nella riconducibilità di una situazione giuridica all'art. 171 c.p.p., escludendo che la stessa possa essere sussunta anche nella disciplina di cui all'art. 178 c.p.p. Tuttavia si assiste, in tal modo, ad una prevalenza del canone esegetico sul comando normativo, non rispettando quella «situazione che la legge vuole che si determini»[10]. Ne conseguirebbe la riduzione dell'esplicazione della capacità di garanzia dell'art. 178, lett. *c)*, c.p.p., che attraverso l'effettività della sanzione, consente l'effettività della difesa[11].

Si esclude, allora, che il principio di tassatività che presidia la materia possa realizzarsi in termini diversificati, limitando la portata operativa dell'art. 178 c.p.p.[12], ma opera, piuttosto, nel senso che le ipotesi di notifiche difformi dai modelli prescritti rientrano nella fattispecie richiamata quale contenitore generale, la cui disciplina viene filtrata dai casi di cui all'art. 171 c.p.p. per poi riespandersi[13] una volta individuato il tipo d'imperfezione dell'atto.

3. Gli avvertimenti all'indagato: diritti "minori" da non trascurare.

L'art. 171 c.p.p. prevede una precisa elencazione delle ipotesi di nullità relative alle notifiche. Tra queste è, in particolare, quella di cui alla lett. *e)* che denota quell'esigenza di garantire la piena conoscenza da parte dell'indagato, perseguita anche[14] in que-

dal giudice al programma di trattamento *ex* art. 464-*quater* c.p.p.; il ribaltamento della sentenza assolutoria conseguente a una diversa valutazione delle prove dichiarative assunte in primo grado, ma non rinnovate ai sensi dell'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. in sede di giudizio di appello. Si segnala, inoltre, la questione recentemente rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, demandate a verificare a quale tipo di nullità risponda l'inosservanza delle norme sull'obbligo di interrogatorio preventivo nelle misure cautelari personali ai sensi dell'art. 291, co. 1-*quater*, c.p.p. Cfr. la sentenza di rimessione emessa da Cass. pen., Sez. V, 24.10.2025, n. 35613, in *DeJure banca dati online*.

[10] L'affermazione di S. Satta, *Diritto processuale civile*, IV ed., 1954, 186, fa riferimento al principio di irrilevanza dei fatti imperfetti in una logica processuale votata ad un "autocontrollo" degli episodi trascurabili di divergenza da modelli normativi. Sull'argomento si rimanda, anche, in generale, a G. Conso, *Il concetto e le specie d'invalidità*, Milano, 1972, 24 ss.

[11] Nel delineare il concetto d'"invalidità", G. Conso, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 13, sostiene sarebbe riduttivo inquadrarlo nella semplice sanzione, posto che «nessun contributo porta la costruzione della invalidità come pura e semplice sanzione, poiché, intendendo per sanzione la mancata produzione degli effetti, non si dice nulla che già non si dica parlando dell'inefficacia dipendente da imperfezione dell'atto», condividendo le opinioni di G. Codacci-Pisanelli, *L'invalidità come sanzione di norme non giuridiche*, Milano, 1940, 27.

[12] In questi termini N. Galantini, Sub *art. 171 c.p.p.*, in *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, a cura di E. Amodio-O. Dominioni, vol. II, Milano, 1989, 171.

[13] La logica è quella di non far dominare esigenze di efficienza processuale a discapito del principio di legalità posto che si dovrebbe procedere nell'equilibrio tra i due essenziali valori: «quello della legalità (che elimina ogni forma di arbitrio) e quello della speditezza (che si oppone ad ogni fuorviante strumentalizzazione dei congegni processuali)». U. Dinacci, *Il sistema penale tra garantismo e autoritarismo*, Napoli, 1984, 163. L'Autore, seppur in un diverso momento legislativo, auspicava una rielaborazione *ab imis* dell'assetto delle nullità attraverso un criterio esegetico tuttora, indubbiamente, stimolante a fronte degli odierni mutamenti normativi.

[14] La novella legislativa ha posto l'accento sulle lacune di sistema che non rassicuravano in termini di effettiva conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato, modificando

sta sede dalla riforma introdotta con d.lgs. 150/2022, laddove impone avvertimenti specifici; ed infatti si contempla la nullità della notifica nell'evenienza in cui «non sia [è] stato dato l'avvertimento nei casi previsti dagli articoli 157, comma 8-*ter*, e 161, commi 01, 1 e 3», e la notificazione sia stata eseguita mediante consegna al difensore.

Occorre però differenziare la funzione degli avvertimenti di cui agli artt. 157, co. 8-*ter*, e 161, co. 01, c.p.p. rispetto ai commi 1 e 3 del medesimo articolo 161.

I primi concretano la necessità di rendere edotto l'indagato sulla differente direzione che seguiranno le notifiche diverse da quelle riguardanti la citazione, a prescindere da una sua condotta più o meno diligente in termini di domiciliazione[15]. Contrariamente, i commi 1 e 3[16] dell'art. 161 c.p.p. mirano ad ottenere un comportamento da parte del destinatario della comunicazione, che consiste nell'elezione o dichiarazione di domicilio al fine di una sua corretta citazione e lo avvisano, inoltre, che in mancanza o inidoneità di un indirizzo di domiciliazione gli atti ordinariamente destinati alla sua persona[17] verranno eccezionalmente consegnati al difensore.

Sul punto, come si è visto, la pronuncia in commento afferma, *ratione temporis*[18], il principio secondo cui, a fronte di una domiciliazione invalida[19] che sia "surrogabile" da una contestuale e valida "dichiarazione di residenza"[20], è a quest'ultima che occorre far riferimento per una regolare notifica[21].

disposizioni in materia di avvertimenti, di prosecuzione del giudizio in assenza il cui nucleo si rinviene negli artt. 420-*bis* e ss. c.p.p., e di soluzioni per il recupero delle capacità difensive conseguente ad una comprovata assenza inconsapevole. Su quest'ultimo tema si rimanda a quanto specificato in nota 38.

15 Si precisa che la modalità analogica di notifica descritta all'art. 157 c.p.p. è in rapporto di sussidiarietà rispetto alla notifica digitale di cui all'art. 148, co. 1, c.p.p.: la prima, infatti, richiede un imputato a piede libero, che non abbia ricevuto gli avvertimenti di cui all'art. 161, c. 01, c.p.p. o comunque non abbia ancora eletto o dichiarato domicilio, e nei cui confronti non possa svolgersi una notifica digitale.

16 La differenza tra i due commi sta nella situazione giuridica rivestita dal soggetto interessato: indagato e libero al comma 1, imputato e detenuto al comma 3.

17 Ossia: l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, il decreto penale di condanna e la citazione a giudizio nei casi di rito direttissimo ai sensi dell'art. 450 c.p.p., giudizio immediato *ex* art. 456 c.p.p., citazione diretta innanzi al tribunale in composizione monocratica ai sensi dell'art. 552 c.p.p. e appello *ex* art. 601 c.p.p.

18 La formulazione dell'art. 161 c.p.p. precedente al d.lgs. 150 del 2022 prevedeva al comma 1: «Il giudice, il pubblico ministero o la polizia giudiziaria, nel primo atto compiuto con l'intervento della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato non detenuto né internato, lo invitano a dichiarare uno dei luoghi indicati nell'art. 157, comma 1 ovvero a eleggere domicilio per le notificazioni, avvertendolo che, nella sua qualità di persona sottoposta alle indagini o di imputato, ha l'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato o eletto e che in mancanza di tale comunicazione o nel caso di rifiuto di dichiarare o eleggere domicilio, le notificazioni verranno eseguite mediante consegna al difensore».

19 Un'invalidità del domicilio, originaria o sopravvenuta, che l'attuale formulazione dell'art. 161, co. 1, c.p.p. annovera tra le cause che determinano la notifica al difensore «già nominato o che è contestualmente nominato, anche d'ufficio». Si coglie come la normativa vigente si sia indirizzata, rispetto alla previgente previsione, in termini rafforzativi delle garanzie dell'imputato.

20 Così definita, nella sentenza in commento, l'indicazione comunicata dall'imputato sul proprio indirizzo di residenza.

21 È nota la differenza tra una dichiarazione ed un'elezione di domicilio, che aveva condotto la giurisprudenza a valorizzare l'elezione di domicilio come scelta di volontà, in astratto di valore

In caso contrario, il rischio che si corre è quello di realizzare delle violazioni dei diritti del destinatario le quali, ancorché minori, rilevano ai fini dell'invalidità dell'atto.

Infatti, è nell'ipotesi di mancato accertamento sull'idoneità della domiciliazione, nonché di omissione della notifica o degli avvertimenti richiesti dalla medesima, che si determina un vizio che invalida l'atto.

Si pensi al caso, esemplificativo, degli obblighi informativi dovuti alla persona indagata nel momento di primo contatto con l'autorità procedente ai sensi dell'art. 161, co. 01, c.p.p. [22]. Ebbene, un verbale di dichiarazione od elezione di domicilio nel quale o non si avverta l'indagato dell'obbligo di comunicare ogni mutamento del domicilio dichiarato, o non venga dato avviso del fatto che, in mancanza di tale comunicazione, le notificazioni saranno eseguite mediante consegna al difensore, è viziato.

Infatti, l'omissione di anche uno solo di questi avvertimenti, pur non determinando alcuna specifica invalidità del verbale di dichiarazione di domicilio, comporta la nullità delle successive notificazioni ai sensi dell'art. 171, lett. *e)*, c.p.p.[23]. D'altronde, è opportuno evidenziare quanto gli avvertimenti elencati nell'art. 161 c.p.p. siano interconnessi, soprattutto quando si pensi che l'avviso riguardante l'obbligo di comunicare ogni mutamento di domicilio resterebbe fine a se stesso ove non completato dal successivo avvertimento che, in caso di inoperosità nell'informare l'autorità competente su eventuali variazioni dello stesso, le notificazioni saranno effettuate presso il difensore.

Si tratta, invero, di un avvertimento complementare al primo e funzionale a permettere all'indagato di sapere dove poter in ogni caso reperire le comunicazioni che lo riguardano, nell'ottica di assicurare l'effettiva conoscenza del procedimento ed il conseguente esercizio delle garanzie difensive.

La circostanza è evidente anche nel caso affrontato dalla Suprema Corte qui in esame, ove si consideri che l'indicazione dell'indirizzo di residenza, ulteriore all'elezione di domicilio rilevatasi inidonea a posteriori, aveva determinato nell'imputato la convinzione che avrebbe ricevuto future ed eventuali comunicazioni di persona, e non presso il domicilio legale.

superiore rispetto alla dichiarazione, che si sostanzia in una mera indicazione. È, tuttavia, altrettanto logico che una dichiarazione successiva all'elezione di domicilio, seppur quest'ultima sia ancora in essere, renda inequivoca l'intenzione d'indirizzare le notificazioni all'ultimo domicilio indicato. V., per tutte, Cass. pen., S.U. Clemenzi, 18.12.2006, n. 41280, in *DeJure banca dati online.* E, allora, è ancor più evidente che in caso di invalidità dell'elezione di domicilio si ricorrerà ad un'alternativa dichiarazione, che costituisce una comunicazione comunque proveniente dall'indagato e non consente di prendere scorciatoie provocate dalla più facile reperibilità del difensore.

[22] Nello specifico, l'art. 161, co. 01, c.p.p. prescrive che, nel primo momento di contatto tra la polizia giudiziaria e l'indagato, la prima debba, ove possibile, informarlo delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto, dell'autorità giudiziaria procedente. Deve, inoltre, avvertirlo degli atti che gli verranno notificati direttamente e di quelli che verranno notificati al difensore scelto o nominato, avvisandolo quindi che ha l'onere di comunicare i propri recapiti, nonché l'eventuale mutamento di domicilio, al difensore.

[23] Sul punto, con specifico riferimento ad un'ipotesi di omissione degli avvertimenti in sede di domiciliazione che hanno determinato la nullità della notifica del decreto di citazione a giudizio, cfr. Cass. pen., Sez. II, 23.12.2016, n. 16630, in *DeJure banca dati online.* Si veda anche, nell'ambito delle decisioni di merito, Trib. pen. di Roma, Sez. I, ord. del 3.10.2025.

4. Nullità intermedia dell'avviso *ex* art. 415-*bis* c.p.p. e nullità assoluta dell'atto di citazione dell'imputato.

Poiché l'atto processuale "non vive isolato"[24], la dichiarazione di nullità delle notificazioni non limita gli effetti all'atto notificativo in sé invalido, ripercuotendosi anche sugli atti che dallo stesso dipendono[25].

Affrontando, dunque, la questione del regime di nullità in tema di notificazioni, a seconda degli atti veicolati, occorre guardare alla loro funzione.

In particolare, come rilevato dalla decisione in commento, differenti sono i risvolti determinati dalla nullità della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini rispetto alla nullità della notifica dell'atto di citazione, poiché diverso è il livello di tutela delle garanzie difensive.

Con riferimento al primo tipo di atto, l'approccio giurisprudenziale si è da tempo orientato «nel ricondurre detta nullità [l'omessa notifica dell'avviso previsto dall'art. 415-*bis* c.p.p.] nel novero di quelle a regime intermedio *ex* art. 178 c.p.p., comma 1, lett. *c)*, in quanto attinente all'intervento dell'imputato»[26].

Trattandosi di un atto che incide sulla partecipazione attiva e consapevole dell'imputato nell'espletamento dei diritti e poteri riconosciutigli, in termini di esercizio del diritto di difesa[27], lo stesso non può rientrare nella categoria della nullità assoluta[28].

Questa, occorre ricordare, per ciò che concerne l'imputato, si limita all'omissione dell'atto di citazione[29], in quanto è solo con un'accusa riportata in un provvedimento

---

[24] Espressione di G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, Vol. I, Napoli, 1961, 737.

[25] *Ibidem*, 739: «per gli atti successivi la nullità si estende per forza di legge, e senz'uopo di una declaratoria del giudice, a tutti quegli atti che si trovino nelle indicate condizioni di dipendenza causale». Si ricordano anche gli insegnamenti di U. Aloisi, *Manuale pratico di procedura penale*, vol. I, Milano, 1952, 254, quando si soffermava sul fatto che «l'atto dichiarato nullo è da considerare quale premessa logica e giuridica degli atti successivi, per modo che, cadendo tale premessa, deve necessariamente venire meno anche la validità degli atti che ne conseguono».

[26] In questi termini, Cass. pen., Sez. II, 9.11.2023, n. 49729. Si rimanda, tra le altre, a Cass. pen., Sez. II, 19.5.2023, n. 40330; Cass. pen., Sez. I, 10.5.2023, n. 32986; Cass. pen., Sez. V, 9.5.2023, n. 27840; Cass. pen., Sez. II, 2.10.2020, n. 4641; Cass. pen., Sez. II, 27.9.2018, n. 46763; Cass. pen., Sez. VI, 28.12.2017, n. 2382; Cass. pen., Sez. V, 20.3.2014, n. 21875. In *DeJure banca dati online*.

[27] Per osservazioni sempre attuali in termini di sussistenza dell'obbligo di consentire all'indagato l'accesso all'intero contenuto del fascicolo si confronti, in generale, C. Bonzano, *Avviso di conclusione delle indagini preliminari: l'effettività della* discovery *garantisce il sistema*, in *Dir. pen. e proc.*, 2009.

[28] Diversamente, l'avviso di conclusione delle indagini preliminari notificato al difensore di ufficio che però abbia rifiutato la domiciliazione viene inquadrato negli schemi della nullità assoluta, cfr., Cass. pen., Sez. V, 8.7.2025, n. 28903, in *DeJure banca dati online*. Esula, invece, dalla categoria dei vizi assoluti l'omessa notifica della richiesta di rinvio a giudizio, quale parte integrante del contenuto necessario dell'avviso di fissazione di udienza *ex* art. 419 c.p.p., configurandosi invece «come nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 178 lett. *c)* cod. proc. pen. afferendo all'intervento dell'imputato, quale partecipazione cosciente ed effettiva dello stesso, il cui regime è disciplinato dall'art. 180 cod. proc. pen.», Cass. pen., Sez. III, 2.7.2024, n. 39481, in *DeJure banca dati online*, 1.

[29] Si esprime chiaramente, sul punto, A. Marandola, commentando la decisione di Cass. pen., Sez. V, 8.7.2025, n. 28903, cit.: «deve dirsi che non poche perplessità sorgono quanto, invece, alla riconduzione della violazione nell'ambito delle nullità assolute: i vizi legati all'erronea notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari determinano una nullità intermedia».

formale di *vocatio in iudicium* che si può ritenere garantita la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato[30].

La notificazione dell'atto di citazione indirizzata al difensore *ex* art. 161, comma 4, c.p.p. non rispetta quindi il dato normativo[31] e la garanzia che esso tutela.

Non è infatti opinabile che «senza la previa verifica dell'insufficienza o dell'inidoneità della dichiarazione o elezione di domicilio dell'imputato, sia affetta da nullità assoluta e insanabile la notifica del decreto di citazione a giudizio eseguita presso il difensore, ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p. (...) In tale sistema la puntuale verifica della idoneità del luogo assume una rilevanza centrale, dato che solo ove tale controllo dia esito negativo diventa possibile attivare la notifica sostitutiva, mentre, ove tale verifica manchi, la notifica mediata non ha alcuna base legale e si risolve nella consegna dell'atto di citazione a persona "diversa" dall'imputato, ovvero in una omessa citazione»[32].

È, dunque, di fronte ad un'omessa citazione, ovvero ad una irregolarità ad essa assimilabile, che si manifesta una nullità assoluta ed insanabile la cui rilevazione in ogni stato e grado del procedimento[33] avrà portata dichiarativa[34].

Occorre, allora, considerare quali siano i perimetri del concetto di "citazione" ai fini della disciplina di cui all'art. 179 c.p.p., dal momento che, come è stato ritenuto dalla pronuncia qui in esame, sembrerebbe irragionevole escludervi l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare.

Si ponga mente, infatti, al principio da tempo affermato secondo cui il riferimento alla "citazione" contenuta nell'art. 179 c.p.p. esprima un «significato non già di formale ed espresso invito a comparire, ma di atto o meglio di insieme degli adempimenti a carico dell'ufficio con i quali l'imputato, l'indagato o il condannato vengono posti in condizione di partecipare ad una fase processuale che si conclude con una decisione, fase anche antecedente, successiva e diversa rispetto al giudizio in senso stretto, come pure incidentale rispetto al procedimento principale»[35].

[30] Il principio, seppur affermato in tema di rescissione del giudicato, ha assunto portata generale, come confermato anche dalla sentenza qui annotata, al punto 5.3. Inoltre si rimanda, *ex pluribus*, a Cass. pen., Sez. II, 12.2.2025, n. 10345, con riferimento ad un caso in cui la dichiarazione di domicilio avveniva quando il procedimento era ancora contro ignoti; Cass. pen., Sez. I, 12.11.2024, n. 47373; Cass. pen., Sez. VI, 18.6.2020, n. 21997. Tutte reperibili in *DeJure banca dati online*.

[31] La disciplina, così come modificata dal d.lgs. 150 del 2022, richiede che, ai sensi degli articoli 157-*bis*, co. 1, 157-*ter*, co. 1, 161, co. 01, e 164 c.p.p., la notificazione degli atti di citazione debba essere effettuata al domicilio dichiarato o eletto, e non presso il difensore. L'efficacia della dichiarazione o elezione di domicilio è stata, quindi, circoscritta ai soli atti di citazione a giudizio ai sensi dell'art. 164 c.p.p., dal momento che le successive notificazioni vengono effettuate al domicilio legale secondo le disposizioni degli artt. 157-*bis*, comma 1, e 161, comma 01, c.p.p.

[32] Così, al punto 5.3, la sentenza in commento. Negli stessi termini cfr., Cass. pen., Sez. II, 20.12.2022, n. 3967, in *DeJure banca dati online*.

[33] Caratteristica, questa della deducibilità in ogni stato e grado, che G. Conso, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 95 ss., afferma contraddistingua le nullità assolute.

[34] Per la dicotomia tra decisione dal carattere dichiarativo, come è quella che riguarda una nullità assoluta, rispetto ad una decisione dalla portata costitutiva, che riguarda le nullità, al tempo, solamente relative, cfr. F. Carnelutti, *Lezioni sul processo penale*, vol. III, Roma, 1947, 159.

[35] Così, Cass. Pen., S.U. Ferrara, 9.7.2003, n. 35358, in *DeJure banca dati online*, p. 4. La Corte sottolinea che nell'ambito dell'udienza preliminare, l'imputato svolge un ruolo fondamentale, sia

Infatti la Corte regolatrice, nel verificare se l'avviso di fissazione dell'udienza preliminare potesse rientrare nel concetto di "citazione", sì da ricondurne l'omissione al corrispondente regime d'invalidità, ha individuato in tale avviso «l'aspetto sostanziale e contenutistico di una citazione, essendo finalizzato a consentire la partecipazione della parte personalmente all'udienza con la possibilità di esplicare la propria difesa, anche nella forma diretta, in ordine agli addebiti a suo carico formulati»[36].

Ed inoltre, il dato lessicale dell'art. 179 c.p.p. permette di sostenere che se il legislatore avesse voluto limitare tale sanzione «alla sola citazione dell'imputato per il giudizio in senso stretto gli sarebbe stato facile precisarlo, mentre sarebbe stato molto difficile stilare l'elenco di tutte le ipotesi di convocazione del predetto (per l'udienza dibattimentale e per quelle camerali) da inserire nella previsione: di conseguenza il riferimento operato nell'art. 179 c.p.p. alla "omessa citazione" senza alcuna ulteriore specificazione non può ritenersi rivelatore della volontà di escludere le ipotesi di *vocatio* diverse da quella per il giudizio, ma piuttosto di un proposito volto a ricomprenderle»[37].

L'assunto risulta rafforzato ove si consideri la differente precisazione contenuta nell'art. 178, lett. *c)*, c.p.p.: qui, la citazione della persona offesa e del querelante è "in giudizio", rispetto alla citazione semplicemente "omessa" dell'imputato *ex* art. 179 c.p.p. Ciò porta, evidentemente, ad escludere un'esegesi riduttiva della norma.

Oltretutto, il ragionamento trova conferma ulteriore nella disposizione di cui all'art. 420 c.p.p., laddove si richiede che l'udienza camerale si svolga con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato. In questo caso il richiamo alla sanzione di cui all'art. 179, co. 1, c.p.p. è spontaneo dal momento che un'omessa notifica della fissazione dell'udienza preliminare comporterebbe l'assenza del difensore dell'imputato lì dove, invece, ne è obbligatoria la presenza.

Alla luce di tali considerazioni non si può, dunque, sottovalutare la volontà legislativa di garantire una citazione effettiva, reputando di poter escludere alcuni atti dall'*iter* prescritto per la convocazione dell'imputato.

come parte necessaria, sia come titolare del diritto all'autodifesa che si esplica, in particolare in tale sede, mediante la scelta personalissima dei riti alternativi. E non può rimanere indifferente, secondo il Giudice di legittimità, che «l'impostazione illustrata trovi conferma nella relazione al progetto preliminare la quale, affermando che l'omessa citazione sanzionata dall'art. 179 c.p.p. concerne anche l'udienza preliminare, espressamente individua nell'avviso e nella sua notifica una citazione, così fornendo un'interpretazione autentica della intenzione del legislatore la quale a norma dell'art. 12 delle preleggi costituisce, insieme al significato proprio delle parole usate, criterio fondamentale per l'interpretazione della legge».

[36] *Ibidem*. Nella pronuncia si argomenta, inoltre, sulla base della circostanza per cui «il comma 4, ultima parte, del cit. art. 419 c.p.p. contempla "la citazione del responsabile civile e della persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria" e pare impensabile, in quanto sarebbe privo di qualsiasi giustificazione, che si sia voluto distinguere tra la posizione di questi soggetti e quella dell'imputato, che verrebbe semplicemente notiziato: in realtà il termine "citazione" non è stato formalmente impiegato con riferimento all'imputato perché implicito negli adempimenti che devono essere posti in essere nei suoi confronti».

[37] Sempre, Cass. pen., S.U. Ferrara, 9.7.2003, n. 35358, cit., p. 8.

5. *Vocatio in iudicium* e dichiarazione di assenza.

Lo sforzo legislativo nell'assicurare una conoscenza del processo al soggetto contro cui si procede è stato, peraltro, perseguito ripetutamente[38] all'interno del codice di rito.

Basti pensare ai criteri delineati per poter procedere in assenza consapevole dell'imputato. In base all'art. 420-*bis* c.p.p., devono essere alternativamente integrate le condizioni di cui alle lettere *a)* e *b)* della norma in questione: la notifica di citazione a giudizio in «mani proprie» o «di persona da lui espressamente delegata», oppure l'espressa rinuncia a comparire dell'imputato. L'assenza di simili condizioni determina, per costante giurisprudenza della Suprema Corte, una invalidità rilevabile in ogni stato e grado di giudizio[39].

Sotto altro profilo, ai sensi del secondo comma dell'art. 420-*bis* c.p.p., al fine di verificare se l'imputato abbia avuto una effettiva conoscenza della pendenza del processo e se la sua assenza sia dovuta a una scelta volontaria e consapevole, occorre tener conto «delle modalità della notificazione, degli atti compiuti dall'imputato prima dell'udienza, della nomina di un difensore di fiducia e di ogni circostanza rilevante».

E, tra i suddetti parametri, il Giudice di legittimità ha ritenuto determinante il rapporto concretamente instauratosi tra assistito e difensore, per cui «nel giudizio in assenza, è affetta da nullità assoluta, deducibile in ogni stato e grado del procedimento, la notifica del decreto di citazione all'imputato eseguita presso il difensore d'ufficio domiciliatario, ove non sia stata accertata la sussistenza dell'effettiva instaurazione di un rapporto professionale tra il legale e l'imputato o di altri elementi idonei a far ritenere con certezza che quest'ultimo abbia avuto conoscenza del procedimento»[40].

L'accertamento sull'assenza consapevole dell'imputato rappresenta, dunque, l'ultimo tra gli adempimenti necessari per poter affermare che la citazione sia stata ri-

[38] Oltre alla disciplina specificamente prescritta per l'udienza preliminare e contenuta negli articoli 420-*bis* ss. c.p.p., che tuttavia opera anche in sede di comparizione predibattimentale giusto il richiamo operato dall'art. 554-*bis* c.p.p., i riferimenti normativi nel senso di garantire un imputato "consapevole" trovano ugualmente spazio applicativo in sede d'impugnazione. Inoltre, con riguardo alle ipotesi di assenza erroneamente dichiarata, il codice di rito prevede la restituzione nei termini per il ripristino delle capacità difensive dell'imputato agli articoli 175, co. 2.1, 420-*bis*, co. 7, 489, co. 2-*bis*, 604, commi 5-*bis* e 5-*ter*, 623 e 629-*bis* c.p.p.

[39] Cfr., in questi termini, Cass. pen., Sez. I, 12.12.2024, n. 9883, che afferma: «in tema di giudizio in assenza, è affetta da nullità assoluta la notifica del decreto di citazione a giudizio dell'imputato ove non si abbia certezza della conoscenza della pendenza del processo da parte sua ovvero della volontà del medesimo di sottrarsi a tale conoscenza». Ed anche, Cass. pen., Sez. III, 9.11.2022, n. 48376. Ambe reperibili in *DeJure banca dati online*.

[40] Cass. pen., Sez. V, 21.1.2021, n. 22752, in *DeJure banca dati online*, p. 3.2.2. Tra l'altro, la Corte di cassazione ha più volte ribadito come la notifica del decreto di citazione a giudizio sia affetta da nullità assoluta persino laddove il difensore d'ufficio risulti quale soggetto domiciliatario; sul punto cfr., tra le tante, Cass. pen., Sez. V, 10.5.2024, n. 29648, in *DeJure banca dati online.* L'orientamento della Corte si è dimostrato perseverante nel senso di ridurre al minimo l'operatività dei meccanismi processuali di natura presuntiva, che consentono di dare per acquisita tale conoscenza a prescindere da ogni indagine sulla reale consapevolezza dell'imputato dell'esistenza di un processo a suo carico. Un'evoluzione che trova il suo punto di arrivo nella nota sentenza della Corte di cassazione, Sez. Un. Ismail, 28.11.2019, n. 23948, in *Sistemapenale.it*, 2020.

tualmente svolta. Circostanza, questa, che si verifica lì dove si riscontri un corretto adempimento di più atti, la cui regolare formazione concorre a garantire la ritualità della *vocatio in iudicium*[41] con conseguente ammissione dell'imputato all'esercizio del diritto di difesa nel contraddittorio delle parti ai sensi degli articoli 24 e 111, co. 3 e 4, Cost.[42].

6. Conclusioni.

Risulta evidente come la decisione del Giudice di legittimità abbia colto la necessità di garantire al soggetto interessato dal procedimento l'effettiva conoscenza degli atti. Una necessità che, come noto, sorge a causa dello iato informativo generato da meccanismi presuntivi di conoscenza; è, infatti, indubbio che le capacità difensive o, meglio, autodifensive, siano direttamente proporzionali alla consapevolezza che l'indagato possiede in relazione ai diversi snodi procedimentali[43], di modo da potere adeguatamente scegliere gli strumenti adatti al suo esercizio[44].

La stessa esigenza era stata recepita anni fa in sede eurounitaria quando, con direttiva 2016/343/EU «sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali», il Parlamento ed il Consiglio europei sancirono il diritto di presenziare al processo come diritto ad essere adeguatamente informati dello stesso e ad essere assistiti da una difesa tecnica, con conseguente affermazione del diritto ad un nuovo processo in difetto di tali condizioni[45].

[41] Sembra qui potersi evocare la caratteristica del procedimento, in ordine al quale G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1982, 135, ravvisa «una serie di atti e una serie di effetti causalmente collegati sino ad un effetto conclusivo». Si rimanda, inoltre, a quanto illustrato da G. Sabatini, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 11, quando propone una definizione della nozione di "collegamento causale" degli atti in termini di vincolazione giuridica. Secondo l'Autore, il collegamento causale tra gli atti deriva dall'energia che gli stessi sprigionano, connettendosi l'un l'altro. Si v., inoltre, per una identificazione del procedimento in una «combinazione di atti i cui effetti sono causalmente collegati» e sulla circostanza per cui «non vi è un effetto unico ma un effetto finale», F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 425.

[42] Un concetto, quello di contraddittorio, già evocato da tempi ben lontani, ove si ricordi che fu Seneca a coniare il brocardo "*audiatur et altera pars*". Poco chiara è, invece, l'opera di riferimento, che potrebbe essere la tragedia *Medea* elaborata dallo stesso Autore, oppure un'opera perduta, *Andromaca*, di mano ignota ma collocabile, anche questa, nella prima metà del I secolo d.C.

[43] L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 63, nel far riferimento ad un'iniziativa di parte libera, informata e consapevole, descrive situazioni di «istanza di autonomia individuale rispetto alla vicenda processuale».

[44] Sul tema si veda, in particolare, G. Pansini, *La contumacia nel diritto processuale penale*, Napoli, 1963, 49.

[45] Si confrontino, *sub* capo 3, gli articoli 8 e 9 della direttiva UE 2016/343 dove, stabiliti i criteri per garantire una presenza consapevole al processo, si richiede agli Stati membri di assicurare, ove l'imputato non sia stato presente e non siano stati rispettati tali criteri, «il diritto a un nuovo processo o a un altro mezzo di ricorso giurisdizionale, che consenta di riesaminare il merito della causa, incluso l'esame di nuove prove, e possa condurre alla riforma della decisione originaria. In tale contesto, gli Stati membri assicurano che tali indagati o imputati abbiano il diritto di presenziare, di partecipare in modo efficace, in conformità delle procedure previste dal diritto nazionale e di esercitare i diritti della difesa».

La direttiva imponeva, dunque, un adeguamento normativo che, anche alla luce delle riscontrate problematiche derivanti da dinamiche di scollamento tra conoscenza formale e conoscenza sostanziale degli atti, non avrebbe potuto lasciare insensibile il legislatore, che ha di fatto rafforzato la portata garantista della disciplina in tema di avvertimenti, notificazioni e processo in assenza[46].

L'ideologia così maturata è stata condivisa dalla sentenza qui in commento, allineandosi ai precetti normativi nazionali ed europei, e richiedendo l'osservanza dei limiti operativi, declinati in termini di sanzioni processuali. Queste, a loro volta, necessitano di fedeltà interpretativa[47] affinché si possa coglierne l'"intima razionalità"[48], risultando inopportuno e dannoso il mero perseguimento di un "comodo classificatorio"[49]. Tale modo di ragionare, infatti, allontana inevitabilmente l'interprete dal significato oggettivo della norma non consentendo di comprenderne la *ratio*[50] e i valori sottesi.

[46] È, in particolare, nella legge delega n. 134 del 27 settembre 2021 «per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», che si riscontrano, all'art. 1, commi 6 e 7, le indicazioni per un'evoluzione normativa in tema di notificazioni, conoscenza della pendenza del processo e processo in assenza.

[47] Affermando come «somma cosa sarebbe capire come ogni fatto è già teoria», J.W. Goethe esortava a non cercare «nulla dietro i fenomeni: sono essi stessi insegnamenti»; così l'Autore in *Massime e Riflessioni*, a cura di M. Hecker, Weimar, 1907, n. 575.

[48] In questi termini, N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, 121. Sul ruolo dell'interprete e sulla funzione che il medesimo svolge si confronti, anche, in generale, Id., *Sul positivismo giuridico*, in *Riv. fil.*, 1961.

[49] Sinestesia coniata da G. Conso, *Il concetto e le specie d'invalidità*, cit., 18.

[50] Si ricorda, sul punto, il richiamo alla legge come rappresentazione dei valori della collettività, alla stregua di una «riproduzione fotografica della scienza collettiva al momento in cui sorge». Così A. Morelli, *La funzione legislativa*, Bologna, 1893, 291.

LA CASSAZIONE DEFINISCE I CONTORNI DEL NUOVO ART. 628-*BIS* C.P.P.
Nota a Cass. pen., Sez. V., sent. n. 30182, ud. 15 maggio 2025; dep. 3 settembre 2025

Antonia Caprio*

Sommario: 1. Il fatto. – **2.** L'art. 628-*bis*, c.p.p.: anabasi della "revisione europea". – **3.** Violazioni accertate e strumentali: la concreta portata applicativa del rimedio *ex* art. 628-*bis*, c.p.p.

ABSTRACT

Con la sentenza in epigrafe, la Suprema Corte offre una lettura di rilevante impatto pratico del nuovo istituto disciplinato dall'art. 628-*bis*, c.p.p. Invero, secondo la ricostruzione operata dall'organo nomofilattico, l'attivazione del rimedio in esame è ammessa anche quando l'accertamento della Corte di Strasburgo concerna violazioni strumentali al diritto di difesa. Tuttavia, ai fini dell'accoglimento della richiesta, è necessaria la prova rigorosa dell'incidenza effettiva sul provvedimento di condanna, tale per cui, in assenza della violazione, l'esito del procedimento sarebbe stato ragionevolmente diverso.

With the above-mentioned ruling, the Supreme Court offers an interpretation of significant practical impact on the new institution governed by Article 628-bis of the Italian Code of Criminal Procedure. Indeed, according to the reconstruction carried out by the regulatory body, the remedy in question may also be invoked when the Strasbourg Court's finding concerns violations instrumental to the right of defence. However, in order for the request to be granted, rigorous proof of the actual impact on the conviction is required, such that, in the absence of the violation, the outcome of the proceedings would have been reasonably different.

1. Il fatto.

Il ricorrente presentava richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali, ai sensi dell'art. 628-*bis*, c.p.p., in relazione alla sentenza con cui veniva condannato all'ergastolo per omicidio aggravato dalla Corte d'Assise d'Appello di Messina.

Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo aveva provveduto alla cancellazione del ricorso dal ruolo in conseguenza del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato italiano degli articoli 8 e 13 CEDU.

* Dottoranda di ricerca in Teoria Generale del Processo presso l'Università LUM - Libera Università Mediterranea "Giuseppe Degennaro".

In modo particolare, il ricorrente si lamentava del trattenimento, a opera della Direzione della casa circondariale di Parma – ove era detenuto in regime speciale, ai sensi dell'art. 41-*bis*, ord. pen. – di un plico contenente atti relativi alla fase cautelare del procedimento a suo carico. Alla base del trattenimento della corrispondenza veniva addotto un mero vizio formale, consistente nella mancata indicazione del numero del procedimento nell'intestazione del plico a lui indirizzato.

Nella prospettiva avanzata dalla difesa, l'impossibilità di prendere tempestivamente conoscenza del materiale contenuto nel plico destinato al proprio assistito – e, dunque, l'accertata violazione dei diritti tutelati anche in sede convenzionale – ha avuto un impatto significativo sul diritto di difesa del ricorrente dal momento che, in sede di udienza preliminare, non gli ha consentito di accedere consapevolmente a un rito alternativo[1].

La ricostruzione operata dalla difesa, in altri termini, si basa su un meccanismo dialettico in virtù del quale la violazione accertata dai giudici di Strasburgo ha avuto ripercussioni di segno negativo su altri diritti convenzionalmente tutelati, la cui lesione, pur essendo solo asserita, ha avuto un'incidenza effettiva sul procedimento e sul provvedimento di condanna emesso nei confronti del ricorrente.

Pertanto, il ricorrente chiede la revoca delle sentenze di condanna con restituzione degli atti al giudice dell'udienza preliminare o, in via alternativa, l'applicazione, da parte della Corte di Cassazione, della riduzione di pena di un terzo, prevista per le ipotesi di abbreviato, con sostituzione della pena dell'ergastolo in quella di trent'anni di reclusione.

2. L'art. 628-*bis*, c.p.p.: anabasi della "revisione europea".

Tra le novità della Riforma Cartabia, l'introduzione dell'art. 628-*bis,* c.p.p., merita sicuramente un'attenzione particolare[2].

Si tratta di un rimedio a lungo atteso, volto a dare esecuzione alle decisioni definitive della Corte di Strasburgo. Invero, era dalla Raccomandazione del 19 gennaio 2000, R(2000)2, che si attendeva un intervento del legislatore, la cui inerzia era stata solo parzialmente soppiantata dalla pronuncia 113 del 7 aprile 2011 con cui la Consulta, mediante una sentenza additiva, dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 630, c.p.p., nella parte in cui «non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguar-

[1] «Nell'udienza preliminare il richiedente aveva rappresentato come il suo *deficit* di conoscenza degli atti processuali lo poneva nella condizione di non poter richiedere riti alternativi (si evoca il verbale dell'udienza preliminare in data 21 dicembre 2016, all'esito della quale è stato disposto il suo rinvio a giudizio); tuttavia, sia in quella sede che successivamente, le sue richieste sono state inascoltate e la copia degli atti gli è stata consegnata solo ad istruttoria dibattimentale iniziata e oltre il termine per l'indicazione dei testimoni. Da qui la violazione del diritto di difesa», così è riportato nella ricostruzione del fatto nell'ambito della sentenza in epigrafe, par. 1.1., p. 3.

[2] La legge delega aveva inserito un apposito criterio di delega, che è stato poi sviluppato «in modo molto equilibrato e puntuale dall'art. 36 d.lgs. n. 150», M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, p. 84.

dia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

Va detto, tra l'altro, che l'approdo ermeneutico cui giunge la Corte costituzionale nel 2011 rappresenta la tappa finale di una stagione caratterizzata da diversi espedienti normativi[3], elaborati nel tentativo di colmare una lacuna *legis* di non poco conto[4]. La bontà del fine, infatti, si scontrava con la realtà dei fatti: i rimedi, di volta in volta individuati, risultavano inidonei a garantire la *restitutio in integrum* necessaria per eliminare l'accertata violazione in sede convenzionale[5].

La stessa soluzione poi prospettata dalla Consulta, nell'ambito della pronuncia 113 del 2011, finiva col tradire la natura del rimedio. La revisione, infatti, poggia su un presupposto fondamentale: gli elementi posti a base della richiesta devono essere tali da dimostrare, se accertati, che il condannato deve essere prosciolto. È evidente che tale fine non si rinviene nell'ipotesi in cui la riapertura del processo sia prodromica non già all'assoluzione, ma all'eliminazione degli effetti pregiudizievoli derivanti da una violazione della CEDU, accertata in sede convenzionale.

La disposizione di nuovo conio, inserita in un apposito Titolo III-*bis* nel Libro IX del codice di procedura penale, individua, pertanto, un rimedio esperibile da parte del soggetto condannato o sottoposto a misura di sicurezza personale in conseguenza dell'accertamento della violazione dalla Corte europea o della cancellazione dal ruolo

[3] Per una ricostruzione, si rimanda a G. Esposito, *Verso un celere riconoscimento del dictum della Corte EDU*, in *Arch. pen.*, 3/2022, 16-22. A tal proposito, si segnala anche M. Bargis, *Le impugnazioni,* in G. Conso-V. Grevi, *Compendio di procedura penale*, IX ed., Padova, 2023, 993, che parla di «soluzioni per varie ragioni insoddisfacenti, il che spiega la chiamata in causa della Corte costituzionale».

[4] Si rimanda, sul punto, alla ricostruzione operata da S. Lonati, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 27 aprile 2023, il quale sottolinea come la perdurante inerzia del legislatore aveva indotto i giudici a ricorrere, nel tempo, a diversi rimedi: «restituzione nel termine per proporre impugnazione per l'imputato contumace *ex* art. 175, commi 2 e 2-*bis*, c.p.p. (nelle ipotesi di violazione del diritto alla presenza), il ricorso straordinario per errore di fatto (nelle ipotesi di violazione perpetrata in Cassazione) e l'incidente di esecuzione per ottenere l'ineseguibilità del giudicato di cui all'art. 670 c.p.p. (per le fattispecie di violazioni sostanziali)», p. 3.

[5] Invero, «quando la Corte europea constata una violazione, lo Stato convenuto ha non solo l'obbligo giuridico di versare all'interessato le somme attribuite a titolo di equa soddisfazione, ma anche quello di adottare le misure generali e/o individuali necessarie; la finalità delle misure individuali è ravvisata dalla stessa Corte europea nella *restitutio in integrum* a favore dell'interessato, che deve cioè, per quanto possibile, venire posto in una situazione equivalente a quella nella quale si troverebbe se la violazione non si fosse verificata. Con specifico riguardo alle violazioni relative allo svolgimento del processo penale, il meccanismo più idoneo a realizzare la *restitutio in integrum* (specie nel caso di violazioni dell'art. 6 c.e.d.u.) è costituito, secondo la Corte europea, da un nuovo processo o dalla riapertura del procedimento su domanda dell'interessato.», così M. Bargis, *op. ult. cit.*, 992-993. Sul punto si veda anche R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. e proc.*, 1/2023, la quale afferma come «per un verso, l'esigenza di adattare forzatamente gli istituti processuali alle esigenze di giustizia sostanziale conduceva inevitabilmente a interpretazioni creative, in palese contrasto con il principio di legalità processuale di cui all'art. 111, comma 1, Cost.; per l'altro, tale adattamento, dati i limiti invalicabili delle categorie processuali, non garantiva sempre e comunque l'effettiva *restitutio in integrum* in favore della vittima convenzionale.» pag. 195.

del ricorso *ex* art. 37 della Convenzione[6], a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato[7].

La disposizione conferma, da un lato, l'assoluta stabilità del giudicato favorevole – che, a ben vedere, non rientra tra le ipotesi che consentono l'attivazione del rimedio, nemmeno laddove sia il risultato di un procedimento in qualche modo viziato[8] – e, dall'altro lato, la possibilità di incidere solo su provvedimenti che concorrono alla formazione del giudicato. In altri termini, come pure è stato sottolineato dalla Suprema Corte[9], il rimedio in esame non è attivabile a fronte di un provvedimento su cui cade un giudicato *rebus sic stantibus*[10].

---

[6] Ai sensi del quale «1. In ogni momento della procedura, la Corte può decidere di cancellare un ricorso dal ruolo quando le circostanze permettono di concludere: (a) che il ricorrente non intende più mantenerlo; oppure (b) che la controversia è stata risolta; oppure (c) che per ogni altro motivo di cui la Corte accerta l'esistenza, la prosecuzione dell'esame del ricorso non sia più giustificata. Tuttavia la Corte prosegue l'esame del ricorso qualora il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli lo imponga. 2. La Corte può decidere una nuova iscrizione a ruolo di un ricorso se ritiene che le circostanze lo giustifichino.».

[7] Si tratta di una scelta «legittima e ragionevole», dal momento che la procedura impone comunque l'esercizio, da parte della Corte EDU, di un vaglio di ammissibilità. La violazione, non accertata ma riconosciuta, impone ugualmente allo Stato di conformarsi alla stessa attivando gli strumenti processuali interni. Invero, in caso di inottemperanza, la Corte può iscrivere nuovamente la causa a ruolo, procedendo all'accertamento nel merito della violazione dedotta. Si veda, sul punto, R.M. Geraci, *Il ricorso straordinario per eseguire le sentenze della Corte EDU*, in *disCrimen*, 22 dicembre 2023, 9-10. Inoltre, ponendo sullo stesso piano la violazione formalmente accertata e quella riconosciuta unilateralmente dallo Stato, il legislatore ha aderito all'indirizzo interpretativo delineato di recente dalla Suprema Corte e per cui si rimanda a Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 4 febbraio 2022, n. 16226 (rv. 283395-01), secondo cui «Nel procedimento instaurato dal privato dinanzi alla Corte EDU per il riconoscimento della violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo da parte della norma interna (nella specie, per omessa trattazione del procedimento in pubblica udienza), la declaratoria di cessazione della materia del contendere ai sensi degli artt. 37 CEDU e 62 A del Regolamento CEDU, con conseguenziale cancellazione della causa dal ruolo, seguita alla dichiarazione unilaterale dello Stato di avvenuta violazione e adottata all'esito di ponderata valutazione della stessa da parte della Corte Edu, pur non costituendo una condanna, ha natura ricognitiva in quanto implica il riconoscimento della violazione della norma convenzionale ed è vincolante per lo Stato, che ha il potere di adeguamento secondo gli strumenti processuali interni», in *CED Cassazione,* 2022.

[8] Circostanza, quest'ultima, che sembra «esporsi a rilievi di incostituzionalità», nella misura in cui consente l'attivazione del rimedio solo a fronte di un provvedimento sfavorevole. Cfr. R.M. Geraci, *op. ult. cit.*, 9.

[9] Il riferimento è a Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 13 luglio 2023, n. 39801 (rv. 285231-01), secondo cui «La richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali, di cui all'art. 628-*bis* cod. proc. pen., può avere ad oggetto la sentenza penale di condanna o il decreto penale di condanna e non anche, invece, i provvedimenti di competenza del tribunale di sorveglianza che, in quanto adottati "*rebus sic stantibus*", consentono all'interessato di riproporre la questione con una nuova domanda», in *CED Cassazione,* 2023.

[10] Nel caso di specie, si faceva riferimento a provvedimenti emessi dal magistrato di sorveglianza, «caratterizzati, come ha correttamente osservato il Procuratore generale, "dall'essere adottati "rebus sic stantibus", così da dare luogo al c.d. "giudicato aperto""» e questo perché il c.d. "giudicato esecutivo" «non si configura come giudicato in senso stretto, quanto piuttosto come una preclusione processuale destinata a non operare nel caso in cui sopravvengano nuovi elementi

La richiesta va presentata personalmente dal soggetto interessato o, in caso di morte, da un congiunto[11], a mezzo di difensore munito di procura speciale.

Dopo un'iniziale oscillazione interpretativa – dovuta, forse, alla formulazione poco felice della norma –, la giurisprudenza[12] ha chiarito che il sintagma "a mezzo di difensore munito di procura speciale" non va riferito alla sola categoria dei "congiunti", come sembra emergere dal dato letterale della norma, ma ha portata onnicomprensiva, tale da estendersi anche all'ipotesi in cui a ricorrere sia il soggetto interessato.

La perimetrazione dei soggetti legittimati ad avanzare la richiesta si è posta, sin da subito, all'attenzione della dottrina. A ben vedere, infatti, da un punto di vista prettamente letterale, la norma non sembra suscettibile di particolari interpretazioni: legittimati a presentare la richiesta sono solo i soggetti – condannati o sottoposti a misura di sicurezza[13] – che hanno precedentemente adito la Corte europea[14]. Dunque, la norma pare richiedere una perfetta sovrapposizione soggettiva fra ricorrente interno e destinatario della sentenza della Corte di Strasburgo.

L'inevitabile conseguenza di tale premessa è rappresentata dall'esclusione, dal novero dei soggetti legittimati, dei c.d. "fratelli minori"[15]. Tale affermazione pare de-

non valutati nella precedente decisione della magistratura di sorveglianza», cfr. Cass. pen., sent. ult.cit., par. 3., p. 7.

[11] Va precisato, tra l'altro, che la norma fa genericamente riferimento al "congiunto" e non già al "prossimo congiunto". La portata della disposizione, pertanto, sembra essere più ampia rispetto alla definizione contenuta nell'art. 307, comma 4, c.p.

[12] Si fa riferimento a Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 12 ottobre 2023, n. 47183 (rv. 285398-02), ove si afferma che la richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni, di cui all'art. 628-*bis* cod. proc. pen., può essere presentata dall'interessato o da un suo procuratore speciale, in *CED Cassazione*, 2023.

[13] Pertanto, è esclusa la legittimazione dell'imputato prosciolto con formula non completamente liberatoria; della persona offesa e del soggetto che abbia rivestito la qualifica di parte civile. Si tratta di una scelta idonea a confermare la «propensione pro reo dei rimedi *post-iudicatum*, in linea con la valenza soggettiva del giudicato, volto a evitare che il soggetto già irrevocabilmente giudicato sia esposto a un'illimitata possibilità di ripresa dell'attività processuale che comprometterebbe il libero godimento dei suoi diritti costituzionalmente tutelati.», così R. Casiraghi, *op. ult. cit.*, 196. Quanto all'esclusione della parte civile, è stato sottolineato come «dati gli angusti ambiti di operatività del "corrispondente" rimedio straordinario *ex* art. 391-*quater* cpc, sarebbe infatti irragionevole garantire al danneggiato costituito parte civile uno strumento che non gli sarebbe invece riconosciuto se esercitasse l'*actio* risarcitoria nella sede propria», così B. Lavarini, *Un nuovo rimedio "bifasico" per l'esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in *La legislazione penale*, 11 maggio 2023, 8.

[14] Sul punto, è stato sottolineato come sarebbe stato meglio utilizzare l'espressione "ricorrente vittorioso a Strasburgo", riferendosi, quindi, alla vittima della violazione convenzionale, così includendo, fra questi, anche – eventualmente – la persona offesa. Si veda R.M. Geraci, *Il ricorso straordinario per eseguire le sentenze della Corte EDU*, in *disCrimen*, 22 dicembre 2023. L'A. mette in evidenza come «Sotto tale aspetto, quindi, non pare potersi escludere una censura di illegittimità *in parte qua* del primo comma della disposizione di recente introduzione per mancato allineamento alla delega», p. 8.

[15] Secondo N. Galantini, *I mezzi straordinari di impugnazione,* in *Procedura penale*, a cura di O. Dominioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-N. Galantini-L. Filippi-G. Garuti-O. Mazza-G. Varraso-F.R. Dinacci-M. Bontempelli-E.M. Mancuso-C. Iasevoli, Torino, VIII ed., 2023. 1079, il nuovo mezzo straordinario di impugnazione dovrebbe ritenersi «impraticabile nei casi identici o corrispondenti nei quali si sia comunque accertata la stessa violazione, ma in relazione ai quali non sia stato esperito il ricorso». La norma, invero, si pone nel solco della giurisprudenza formatasi all'indomani della declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., con cui si provvedeva a introdurre la

stinata a trovare conferma non solo nell'ipotesi di violazioni sostanziali, ma anche nei casi in cui oggetto dell'accertamento siano violazioni di natura processuale. Invero, la ricostruzione operata in sede convenzionale tiene conto delle peculiarità del processo, inevitabilmente legate al caso concreto[16]. Pertanto, la contrazione della medesima garanzia non comporta necessariamente la produzione degli stessi effetti lesivi a carico dei soggetti non ricorrenti.

Il limite cronologico entro cui tale richiesta può essere correttamente depositata presso la cancelleria del giudice che ha emesso la sentenza o il decreto penale di condanna è dato dal termine di novanta giorni, decorrente dalla data in cui è divenuta definitiva la decisione della Corte europea o dalla data in cui è stata emessa la decisione che ha disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo.

La disposizione radica la competenza funzionale in capo alla Corte di Cassazione, chiamata a garantire, nell'ottica di un costante rapporto dialogico con la Corte europea, l'uniforme applicazione della violazione accertata in sede europea e a individuare il rimedio idoneo a rimuoverla. Ad ogni modo, il procedimento non si sostanzia in una fase solo rescindente. Quest'ultima, infatti, può essere seguita, se del caso, da una successiva fase rescissoria, attivabile laddove la verifica, relativa all'apprezzamento dell'incidenza effettiva della violazione accertata sul provvedimento di condanna, sia tale da giustificare spazi di discrezionalità preclusi alla Suprema Corte. In tali circostanze, pertanto, il giudizio assumerà le sembianze di un tipico annullamento con rinvio.

Da un punto di vista teleologico, poi, la richiesta può avere ad oggetto la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna; la riapertura del procedimento; l'adozione dei provvedimenti necessari all'eliminazione degli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione riscontrata in sede europea.

A pena di inammissibilità, la richiesta deve contenere l'indicazione specifica delle ragioni che la giustificano.

Al di là delle ipotesi di inammissibilità, la Corte accoglie la richiesta quando la violazione accertata dalla Corte europea ha avuto un'incidenza effettiva[17], per natura e gravità,

c.d. revisione europea. Per una ricostruzione, anche di natura giurisprudenziale, si veda sempre N. Galantini, *op. ult. cit.*, 1078-1079. L'unico baluardo per i fratelli minori sarebbe rappresentato, pertanto, dalla possibilità di sollecitare la rimozione del giudicato ai sensi dell'art. 673 c.p.p., laddove venga dichiarata l'incostituzionalità della norma su cui si fondava anche la loro condanna.

[16] Da qui, l'applicazione di soluzioni eterogenee individuate sulla base di un giudizio complessivo sulla tenuta fair del processo. Si rimanda, sul punto, alla ricostruzione di S. Lonati, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 27 aprile 2023, il quale sottolinea come «il carattere equitativo e casistico del giudizio sovranazionale, legatissimo alle peculiarità della vicenda concreta, rende inopportuno un effetto estensivo delle relative decisioni. In altre parole, il fatto che la norma processuale all'origine della violazione sia stata applicata anche nel processo a carico del non ricorrente non significa ancora, nella prospettiva convenzionale, che tale processo risulti *unfair*, e meriti, quindi, la riapertura. Come già evidenziato, infatti, nell'accertare l'inosservanza dei canoni del *fair trial*, la Corte europea opera una valutazione complessiva (*as a whole*), ancorata al caso concreto, sì che il medesimo deficit di garanzia potrebbe, per soggetti diversi, non sortire effetti analogamente lesivi», p. 11.

[17] A. Macchia, *Le impugnazioni: dalla Riforma Orlando alla Riforma Cartabia. Note a margine*, in *Cass. pen.*, 5/2023, 1458, parla di «precondizione [...] una sorta di "prova di resistenza" del giudicato nazionale rispetto alla pronuncia della Corte EDU, nel senso che questa deve aver accertato la violazione di un diritto che, ove non fosse stato compromesso, la pronuncia di condanna non

sulla sentenza o sul decreto penale di condanna. Il ricorrente, cioè, deve poter dimostrare, facendosi carico di un onere probatorio alquanto gravoso, la sussistenza di un rapporto di interdipendenza funzionale tra violazione accertata e provvedimento di condanna. La Cassazione, invero, non si limita a recepire le valutazioni dei giudici di Strasburgo ma, al fine di individuare i rimedi concretamente esperibili, è chiamata a valutare la sussistenza dell'incidenza effettiva, per natura e gravità, dell'accertamento della violazione – così come ricostruito e individuato in sede convenzionale – sulla pronuncia di condanna[18].

In altri termini, è la prova dell'incidenza effettiva della violazione a porsi in rapporto di causalità[19], dunque di vera e propria *condicio sine qua non,* rispetto alla sentenza di condanna e non già l'accertamento in quanto tale[20]. Pertanto, la prova dell'incidenza effettiva non si sostanzia in un mero formalismo ma trova terreno fertile in un sostrato logico-argomentativo-probatorio idoneo a soddisfare quella capacità dimostrativa richiesta per saggiare – e giustificare – l'effettiva contaminazione del provvedimento di condanna con la violazione accertata dai giudici di Strasburgo.

Ebbene, il vero *punctum dolens* della disposizione di nuovo conio sta proprio nel fatto che il giudice competente a effettuare la valutazione concernente l'incidenza effettiva della violazione accertata sul provvedimento di condanna sia un giudice di legittimità[21] e non di merito.

L'analisi delle eventuali interferenze, con individuazione dei rimedi maggiormente idonei a soddisfare la lesione accertata, apre una parentesi di discrezionalità[22], «suscettibile, come tale, di minare l'uniformità delle decisioni sul punto»[23].

---

sarebbe intervenuta, o sarebbe stata comunque diversa da quella adottata».

18 Scrive S. Lonati, *La "nuova revisione europea" ex art. 628-bis c.p.p.: prime applicazioni di un istituto tanto atteso*, in *Cass. pen.*, 5/2024, 1541, che il meccanismo così delineato è idoneo a «permettere alla Corte di cassazione di valutare, in una logica di sussidiarietà, il grado di "contaminazione" e stabilire "i provvedimenti idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione"».

19 Parla di «efficacia causale» anche G. De Amicis, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8. Prime riflessioni sulla nuova "revisione europea"*, in *Giustizia Insieme*, 20 febbraio 2023.

20 «Il criterio della "incidenza effettiva", versione inedita del principio di decisività, è stato posto dal legislatore – approfittando del silenzio della delega sul punto – al fine di assicurare, quindi, un corretto equilibrio tra la certezza del diritto e le istanze di giustizia. Esso, almeno nelle intenzioni, dovrebbe essere in grado di guidare la Corte di cassazione nella verifica del legame "causale" sussistente tra le difformità riscontrate dai giudici europei e l'epilogo interno», così S. Lonati, *ibidem.*

21 Invero, «la soluzione adottata pare poco consona pure ai limiti connotanti la cognizione della Corte di legittimità, cui sono precluse indagini sul fatto», così R.M. Geraci, *Il ricorso straordinario per eseguire le sentenze della Corte EDU*, in *disCrimen*, 22 dicembre 2023, 16. Sul punto si veda anche G. De Amicis, *op. ult. cit.*, il quale sottolinea come la soluzione adottata dal legislatore «pone rilevanti problemi, di ordine generale e di natura propriamente applicativa, rispetto ai limiti strutturali del giudizio di legittimità e alle forme del sindacato che l'ordinamento interno affida alla cognizione della Corte di cassazione».

22 A. Macchia, *op. ult. cit.*, fa riferimento a «una delibazione che coinvolge apprezzamenti non soltanto di "merito", quanto – e soprattutto – di carattere essenzialmente "valoriale", che destano perplessità per la estrema genericità dei parametri di apprezzamento», p. 1459. Tra l'altro, l'accertamento in ordine alla gravità del pregiudizio è già compiuto in sede convenzionale, ove la valutazione complessiva, operata dalla Corte di Strasburgo, permette di escludere la sussistenza di un pregiudizio effettivo laddove la formale violazione di un diritto sia stata compensata da altre garanzie, così da realizzare comunque il *fair trial.*

23 Sono le parole di S. Lonati, *op. ult. cit.*, 23.

Invero, l'accertamento dell'incidenza effettiva rappresenta un segmento cronologicamente e logicamente anteriore rispetto all'individuazione dei rimedi esperibili.

Ad ogni modo, attraverso il rimedio in esame non si vuole necessariamente contestare il merito del provvedimento di condanna in quanto tale[24]. È infatti possibile che lo stesso sia giustificato anche da altri fattori. Se così non fosse, l'art. 628-*bis* c.p.p. sarebbe un duplicato della revisione, in quanto teleologicamente orientato a ottenere il proscioglimento del soggetto ingiustamente condannato. Tra l'altro, che il limite di tale strumento non sia rappresentato dal proscioglimento emerge pure dalla diversità dei provvedimenti che la Corte può adottare per eliminare gli effetti pregiudizievoli. Si tratta di uno schema molto più ampio e variegato rispetto a quello cui fa riferimento l'art. 631 c.p.p., quanto ai limiti della revisione.

Infatti, i provvedimenti adottabili dalla Corte, in caso di accoglimento della richiesta, sono diversi e concorrono a delineare la struttura a geometria variabile del nuovo istituto, capace di plasmarsi sulla base delle specifiche circostanze del caso concreto. Uno strumento, dunque, flessibile, mai statico, perché in costante rapporto dialogico con la natura eterogenea delle violazioni accertate in sede convenzionale.

Se non residuano margini di discrezionalità, la Suprema Corte può assumere direttamente i provvedimenti necessari a rimuovere gli effetti pregiudizievoli disponendo, se del caso, la revoca del provvedimento di condanna, secondo uno schema molto simile, questa volta, ai casi di annullamento senza rinvio[25].

In alternativa, la Corte può trasmettere gli atti al giudice dell'esecuzione oppure disporre la riapertura del processo[26] nella fase o nel grado in cui si procedeva al momento della violazione, laddove risulti necessario procedere a ulteriori adempimenti istruttori e valutativi – preclusi in sede di legittimità – nuovi o, in ogni caso, disancorati dalla sentenza della Corte europea.

Dato il tenore letterale della norma, non è possibile stabilire quale sia la linea di confine tra le due opzioni appena indicate. È ragionevole ritenere, tuttavia, che la

---

[24] Invero, «rimediare all'iniquità di un processo non implica necessariamente un esito assolutorio.», così M. Bargis, *Le impugnazioni*, in G. Conso-V. Grevi, *Compendio di procedura penale*, IX ed., Padova, 2023, 995. Si veda, sul punto, anche S. Lonati, *op. ult. cit.*, 32, il quale, nell'indicare la natura dei due possibili epiloghi decisori – condanna o proscioglimento – afferma che «l'accertata violazione della Convenzione europea da parte della Corte di Strasburgo, infatti, indica che vi è stato un vizio nel processo *a quo*, ma non è in grado di dire alcunché sulla giustizia della sentenza di condanna».

[25] In modo particolare, il tenore letterale della disposizione richiama il disposto dell'art. 620, comma 1, lett. *l*). La norma, com'è noto, è stata oggetto di diverse critiche in dottrina, dovute al rischio di ampliare le maglie di discrezionalità del giudice di legittimità. In modo particolare, «dopo la sua riscrittura, l'art. 620 lett. l permette ancor più di evidenziare le contraddizioni in cui è caduto il legislatore disegnando, da un lato, un ruolo di legittimità per la corte di cassazione ed estendendone, dall'altro, i poteri.», così M. Bargis, *Le impugnazioni*, in G. Conso-V. Grevi, *Compendio di procedura penale*, IX ed., Padova, 2023, 963.

[26] Con la precisazione che «In tema di rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'accoglimento dalla richiesta presentata ai sensi dell'art. 628-*bis* cod. proc. pen. impone al giudice del rinvio la rivisitazione del giudicato negli stretti limiti entro cui è stata accertata la violazione del precetto convenzionale, essendo precluso ogni diverso ed ulteriore intervento sulla precedente decisione», così Cass. pen., Sez. I, Sentenza, 23 gennaio 2025, n. 13512 (rv. 287830-01), in *CED Cassazione*, 2025.

riapertura del processo – e, dunque, della fase di merito – risulti necessaria laddove il giudicato europeo abbia ad oggetto lo stesso presupposto su cui si basa la penale responsabilità del soggetto che, a questo punto, assumerà nuovamente la veste di imputato.

Se, invece, la violazione riscontrata attiene a un dato circostanziale – concernente, per esempio, la ritenuta illegalità della pena – allora gli atti potranno essere trasmessi al giudice dell'esecuzione, il quale potrà procedere alla rideterminazione della misura afflittiva nel *quantum* o nella *species*[27].

Ora, dal tenore letterale della norma non è chiaro se, in caso di riapertura del processo, si debba comunque procedere alla revoca del provvedimento di condanna. Il problema si pone perché la norma afferma che la Cassazione revoca il provvedimento solo in assenza di rinvio al giudice di merito.

Tuttavia, la riapertura del processo comporta *ex se* la revoca del giudicato interno, dichiarato iniquo in sede convenzionale[28].

La revoca del giudicato, inoltre, con la contestuale riapertura del processo, pone l'accento su un'ulteriore questione: l'operatività, nell'ambito del "nuovo" giudizio, del divieto di *reformatio in peius.* A una lettura *prima facie,* vi sarebbe la tentazione di affermare la non operatività del divieto in questione. Invero, l'accertata violazione – specie nei casi in cui comporti la riapertura del processo – impedisce che in capo al condannato si radichi una posizione soggettiva favorevole, dal momento che la pronuncia, impugnata in sede europea, risulta essere intrinsecamente e ontologicamente viziata e perciò inidonea a fungere da parametro di riferimento cui ancorare un successivo provvedimento di condanna[29]. Non va però sottaciuto che il divieto di *reformatio in peius* ha ormai assunto carattere di principio generale nell'ambito del nostro ordinamento.

Non solo. La scelta del legislatore di escludere il Procuratore Generale presso la Corte di cassazione dal novero dei soggetti legittimati confermerebbe, *a fortiori,* l'effettiva operatività del divieto nell'ambito del rimedio in esame. Invero, il rischio di un esito più gravoso potrebbe scoraggiare il ricorso all'attivazione del procedimento in esame, spingendo il condannato a mantenere un comportamento inerte[30].

[27] Considerazioni in tal senso sono svolte da B. Lavarini, *Un nuovo rimedio "bifasico" per l'esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in *La legislazione penale*, 11 maggio 2023, 17.

[28] Pertanto, «in virtù di una lettura maggiormente rispettosa della struttura del rimedio (e comunque non incompatibile con il testo normativo), potrebbe concludersi che la norma, laddove preveda la riapertura del procedimento, implicitamente presupponga la previa revoca della sentenza irrevocabile, risultando ovviamente travolte anche la pena irrogata o la misura di sicurezza applicata: infatti, il ricorrente perde la qualifica di condannato o sottoposto a misura di sicurezza e riacquista lo *status* di imputato (potendosi nei suoi confronti eventualmente disporre una misura cautelare).», così R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *dir. pen. e proc.*, 1/2023, 198. Sul punto si veda anche S. Lonati, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 27 aprile 2023, 29.

[29] Si veda ancora R. Casiraghi, *op. ult. cit.*, la quale ritiene che, nel caso di specie, il divieto in parola sia «di dubbia applicazione, considerato che il difetto di equità, accertato in sede europea, pregiudica l'intero procedimento, incluso il suo epilogo», 199.

[30] Una lettura volta a riconoscere l'operatività del divieto anche nell'ipotesi in esame si rinviene, invece, in S. Lonati, *op. ult. cit.*, 33, ove si sottolinea la portata generale del divieto di *reformatio*

Con una disposizione di chiusura, inoltre, l'art. 628-*bis*, c.p.p., statuisce che il rimedio in esame è esperibile anche quando la violazione accertata dalla Corte europea riguarda il diritto dell'imputato a partecipare al processo.

La norma va posta in raccordo non solo con il novellato art. 629-*bis*, c.p.p., ma anche con l'art. 175, comma 2.1., c.p.p.[31], nuovamente interpolato dalla recente Riforma Cartabia.

Il rapporto tra queste due norme può pacificamente risolversi partendo da un'esegesi letterale delle due disposizioni. Invero, l'art. 629-*bis*, c.p.p., riferendosi all'ipotesi in cui il condannato sia stato dichiarato assente in mancanza dei presupposti previsti dall'art. 420-*bis*, c.p.p., limita il ricorso alla rescissione del giudicato alle sole ipotesi in cui l'assenza sia stata mal dichiarata *ab origine.*

La restituzione in termini, invece, opera nell'ipotesi in cui sia mancata la conoscenza effettiva del processo, con la conseguenza che sarà onere dell'imputato dimostrare di non avere avuto conoscenza effettiva della pendenza del processo a suo carico e di non aver potuto proporre tempestivamente impugnazione senza sua colpa.

Ora, definire il rapporto tra il rimedio di cui all'art. 628-*bis*, c.p.p. e la rescissione del giudicato non è questione di poco conto se sol si considera che l'incipit dell'art. 629-*bis*, c.p.p., pone una clausola di salvezza rispetto all'art. 628-*bis*, c.p.p., confermando, di fatto, il rapporto di sussidiarietà che intercorre tra le due fattispecie e la natura preventiva – volta, cioè, a evitare la violazione convenzionale – della rescissione del giudicato.

Secondo una prima lettura emersa[32], in attesa delle concrete applicazioni giurisprudenziali in materia, il rimedio della rescissione sarebbe precluso a fronte della proposizione di un ricorso alla Corte di Strasburgo, in seguito al quale sia stata riconosciuta la violazione del diritto dell'imputato a partecipare al processo. In tal caso, infatti, anche alla luce del diverso onere probatorio, il soggetto leso opterà, tra i mezzi di impugnazione interni esperibili nel caso di specie, per il rimedio di cui all'art. 628-*bis*, c.p.p.

in peius, elevato dalla Corte costituzionale a principio generale dell'ordinamento. Si fa leva, tra l'altro, anche sulla circostanza che, legittimati a presentare richiesta ai sensi dell'art. 628-*bis*, c.p.p., siano soltanto il soggetto condannato o sottoposto a misura di sicurezza. Il che, *a fortiori*, escluderebbe la possibilità di un esito *in malam partem* per il ricorrente. L'Autore, inoltre, fa leva anche sulla circostanza che il rischio di un esito più gravoso potrebbe scoraggiare il ricorso all'attivazione del procedimento in esame, spingendo il condannato a mantenere un comportamento inerte. Favorevole all'operatività del principio in esame anche B. Lavarini, *op. utl. cit.*, secondo cui «consentire che il nuovo giudizio abbia un esito deteriore per l'imputato si porrebbe infatti in contrasto logico vuoi con la declinazione *in bonam partem* del rimedio di cui si discute e, più in generale, delle impugnazioni straordinarie, vuoi con la proposta lettura del canone dell'"incidenza effettiva" *ex* art. 628-*bis* co. 1 Cpp, comprensivo – a nostro parere – di una prognosi di miglior risultato processuale», p. 22.

31 Si tratta di una modifica che ha determinato una vera e propria "resurrezione" dell'istituto della restituzione in termini. Si veda A. Conti, *L'imputato assente alla luce della riforma Cartabia. Note a prima lettura del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, in *Arch. pen.*, n. 1/2023, 44.

32 Si fa riferimento a N. Galantini, *I mezzi straordinari di impugnazione,* in *Procedura penale*, a cura di O. Dominioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-N. Galantini-L. Filippi-G. Garuti-O. Mazza-G. Varraso-F.R. Dinacci-M. Bontempelli-E.M. Mancuso-C. Iasevoli, Torino, VIII ed., 2023, 1082-1084.

3. Violazioni accertate e strumentali: la concreta portata applicativa del rimedio *ex* art. 628-*bis*, c.p.p.

Ora, venendo alla pronuncia in epigrafe e agli approdi ermeneutici cui giunge la V Sezione della Suprema Corte, è opportuno operare una premessa di sistema, relativa al tipo di violazione accertata in sede convenzionale. La scelta del legislatore italiano è onnicomprensiva: la violazione accertata dai giudici di Strasburgo, pertanto, può avere tanto natura sostanziale, quanto processuale[33].

Quel che si vuole sottolineare, detto altrimenti, è che l'ambito operativo del nuovo istituto non è circoscritto alla sola violazione dell'art. 6 CEDU[34], sebbene la norma rappresenti una sorta di *genus* all'interno del quale proliferano le diverse *species* di diritti, di modo che la violazione dell'uno produca effetti pregiudizievoli sul processo – in forma diretta o mediata –, rendendolo, in questo modo, *unfair.*

Invero, il dato su cui si concentrano le riflessioni della Suprema Corte, nel caso di specie, attiene proprio alla possibilità di conferire valore, ai fini dell'attivazione del rimedio di cui all'art. 628-*bis*, c.p.p., all'incidenza effettiva, sul provvedimento di condanna, non già – e non solo – delle violazioni direttamente accertate dal giudicato convenzionale, ma anche di quelle poste a base della richiesta, relative alla violazione delle prerogative difensive, con cui le prime si pongono in un rapporto di stretta strumentalità[35]. Questo perché, nell'ambito del sistema processuale penale – costituzio-

[33] Il dato letterale della norma è chiaro. Anzi, prima ancora del testo della disposizione, è la rubrica a risolvere ogni dubbio, stabilendo il collegamento tra il nuovo rimedio straordinario e la necessità di rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali.

[34] Sul punto, ancora S. Lonati, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 27 aprile 2023, il quale sottolinea come «gli svariati tentativi di riforma che si sono succeduti negli anni, dal 1998 ad oggi, hanno sempre adottato un approccio molto limitativo» a fronte del quale «la dottrina ha sempre osservato, da un lato, come risultasse poco comprensibile lasciare senza rimedio le altre violazioni dei diritti fondamentali solo perché previsti in disposizioni diverse della Convenzione (ad es. gli artt. 3, 5, 7, 8, 10 e 13 Cedu) ovvero nei Protocolli addizionali alla medesima (ad es. Art. 4 Protocollo n. 7 Cedu, relativo al divieto di *bis in idem*, ovvero art. 2 dello stesso Protocollo Cedu, inerente al riesame delle sentenze penali di condanna); dall'altro come un'eventuale scelta legislativa riduttiva poteva suscitare riserve di legittimità costituzionale sul piano della ragionevolezza», p. 16.

[35] Nel caso di specie, «viene in rilievo l'effetto delle violazioni degli artt. 8 e 13 CEDU sulla lamentata, mancata riduzione di pena per il rito abbreviato, che nella prospettazione difensiva viene collegata al non aver avuto l'istante la possibilità di decidere compiutamente di chiedere tempestivamente il rito premiale, in ragione del *deficit* di informazione sul procedimento derivato dalla mancata trasmissione del plico difensivo illegittimamente trattenuto dall'amministrazione penitenziaria», cfr. sent. in epigrafe, par. 3.2., p. 15. Tra l'altro, l'esistenza di un nesso di strumentalità forte tra il diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni del detenuto e diritto di difesa è stato riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale. In modo particolare, il riferimento è a Corte cost., sent. 24 gennaio 2022, n. 18, secondo cui «È costituzionalmente illegittimo l'art. 41-*bis*, comma 2-*quater*, lett. e), L. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui non esclude dalla sottoposizione a visto di censura la corrispondenza intrattenuta con i difensori», in *Foro It.*, 2022, 1, 5, 1541. La Consulta sottolinea come «Il diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni con il proprio difensore non è assoluto, ma soggetto a possibili bilanciamenti con altri interessi costituzionalmente garantiti,

nalmente orientato –, «il diritto di difesa vive e si nutre anche della garanzia di rendere possibili rapporti effettivi tra l'assistito detenuto e il suo difensore»[36].

Tale violazione sarebbe idonea a fondare l'istanza *ex* art. 628-*bis*, c.p.p., purché però corroborata da apposito compendio probatorio, idoneo a fondare la causalità tra l'incidenza della violazione posta a base della richiesta (ulteriore a quella accertata) e il provvedimento di condanna.

Tra l'altro, trattandosi di una violazione non sottoposta al vaglio della Corte di Strasburgo, e perciò non delimitata dal giudicato esterno, l'accertamento del rapporto di incidenza andrebbe espletato con maggior rigore[37].

Nel caso di specie, a ben vedere, ammessa la possibilità di agire ai sensi dell'art. 628-*bis*, c.p.p., nell'ipotesi in cui sussista un rapporto funzionale tra diritto la cui violazione sia stata accertata (*recte*: riconosciuta unilateralmente) e diritto di cui si invoca la violazione ai fini del rimedio, la Cassazione rigetta il ricorso proprio perché carente sul piano dell'onere probatorio.

Invero, la Suprema Corte sottolinea come, nel caso concreto, la richiesta sia affetta da «iati contenutistici»[38], dai quali non è possibile desumere con certezza l'incidenza della violazione accertata sulla contrazione del diritto di difesa e, pertanto, sul provvedimento di condanna. Non è dato sapere in che modo la violazione accertata abbia impattato sul diritto di difesa del ricorrente e, di conseguenza, sulle sue scelte processuali, tra le quali figura quella di non accedere al rito abbreviato per la definizione della controversia[39].

entro i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità, e in ogni caso a condizione che non risulti compromessa l'effettività del diritto alla difesa» e, ancora, che «La garanzia costituzionale del diritto di difesa – qualificato come "principio supremo" dell'ordinamento costituzionale – comprende il diritto, ad esso strumentale, di conferire con il difensore, allo scopo di predisporre le difese e decidere le strategie difensive, ed ancor prima allo scopo di poter conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti; tale diritto assume una valenza tutta particolare nei confronti delle persone ristrette in ambito penitenziario, le quali, in quanto fruenti solo di limitate possibilità di contatti interpersonali diretti con l'esterno, vengono a trovarsi in una posizione di intrinseca debolezza rispetto all'esercizio delle facoltà difensive», in *Sito uff. Corte cost.*, 2022. Da questo punto di vista, va pure evidenziato come, nell'ambito della pronuncia in commento, la Corte di cassazione abbia sottolineato che lo Stato italiano «si è mosso sulla scia della pronuncia della Corte costituzionale n. 18 del 2022 quando ha dato vita alla dichiarazione unilaterale di riconoscimento della violazione degli artt. 8 e 13 nel procedimento instaurato a Strasburgo dall'istante, cui era stato impedito per un significativo periodo di tempo di prendere visione del plico di corrispondenza legale a lui indirizzato dal suo avvocato, mediante un provvedimento di trattenimento della corrispondenza risultato poi ingiustificato», par. 3.3., *Motivi della decisione*, p. 17.

[36] Così Cass. pen., sentenza in epigrafe, *ibidem*.

[37] «A maggior ragione, in caso di istanze *ex* art. 628-*bis* cod. proc. pen. costruite, come nel caso di specie, partendo da una violazione accertata collegata in via strumentale a quella che si aziona effettivamente, è necessario che, sia a fini di ammissibilità, sia per fondare l'eventuale accoglimento dell'istanza, il richiedente prospetti adeguatamente l'incidenza effettiva, per natura e gravità, della violazione accertata sugli esiti del procedimento e sulla decisione di condanna», cfr. sent. in epigrafe, par. 3.4., *Motivi della decisione*, p. 19.

[38] È un'espressione della Suprema Corte. Cfr. sent. in epigrafe, par. 3.4., *Motivi della decisione*, p. 18.

[39] In modo particolare, il ricorrente lamenta di non aver ricevuto atti relativi alla fase cautelare del procedimento, ravvisando in tale mancata ricezione la lesione del proprio di diritto di difesa,

Ad ogni modo, la sentenza restituisce un dato importante: è possibile costruire la richiesta di cui all'art. 628-*bis*, c.p.p., partendo dalla violazione accertata in sede convenzionale, collegata in via strumentale a quella che si aziona effettivamente e rispetto alla quale si invoca tutela. Così facendo, la Suprema Corte amplia i limiti oggettivi del nuovo mezzo di impugnazione, finendo per legittimare una richiesta *ex* art. 628-*bis*, c.p.p., fondata anche sulle violazioni strumentali all'art. 6 CEDU, seppur non oggetto di specifico accertamento di merito da parte della Corte di Strasburgo.

La questione non è di carattere solo teorico. Invero, che la norma faccia riferimento alle sole violazioni *accertate* è, infatti, circostanza di evidenza cristallina[40].

Affermare, tuttavia, che la Cassazione sia chiamata a compiere un giudizio sull'incidenza effettiva di una violazione collegata funzionalmente a quella accertata dalla Corte di Strasburgo significa riconoscere allo strumento in esame una portata molto ampia, capace di porsi al di là non solo del dato letterale della norma, ma anche del giudicato convenzionale[41].

In altri termini, gli effetti pregiudizievoli che la Corte è chiamata a eliminare, mediante l'accoglimento della richiesta, non sono solo quelli derivanti dalla violazione accertata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, ma anche quelli che si pongono, rispetto al giudicato esterno, in rapporto di connessione sostanziale.

Nelle richieste costruite in questo modo, pertanto, occorre verificare che l'accertamento della violazione in sede europea operi quale premessa indefettibile o prodromica rispetto a un altro diritto, la cui lesione non sia stata oggetto di giudicato esterno. Detto altrimenti, il *focus* del giudizio nomofilattico sarà tutto incentrato sulla valutazione di una dipendenza causale e funzionale tra violazione coperta da giudicato convenzionale e violazione posta dall'istante a base della richiesta.

Perché operi l'effetto estensivo e caducante del giudicato europeo sulla violazione non accertata, deve ravvisarsi un rapporto di presupposizione logica tra le due violazioni: quella accertata da Strasburgo deve fungere da premessa indefettibile di quella oggetto di allegazioni da parte della difesa. La prima deve ripercuotersi sulla seconda in modo effettivo, sì da esserne *condicio sine qua non*, in assenza di fattori causali alternativi.

Il nucleo centrale del giudizio, prima ancora di fondarsi sulla valutazione concernente l'incidenza effettiva della violazione accertata sul provvedimento interno di

---

dal momento che non ha potuto indicare, tempestivamente, i propri testimoni. Il tutto, in un'ottica in cui l'istante non lamenta ostacoli ulteriori al proprio diritto di incontrare o tenere colloqui con il proprio difensore.

[40] Sul punto, è chiaro il testo dell'art. 628-*bis*, c.p.p., che, al comma 5, fa espressamente riferimento alla sola "violazione accertata dalla Corte europea".

[41] La stessa Cassazione ha avuto modo di precisare che «la Corte di cassazione può e deve valutare se le violazioni riscontrate abbiano avuto, per "natura" e "gravità", un'"incidenza effettiva" sull'esito del procedimento. Si tratta, come si ricorderà, dell'unico vaglio che è consentito al Giudice interno chiamato ad attuare la ricognizione della sentenza sovranazionale, attività che non prevede margini di apprezzamento sulla sussistenza della violazione, dovendo attenersi a quanto sancito dalla Corte Europea, con la sola possibilità, per la Corte di cassazione, di esprimersi sul "peso" della violazione in rapporto alla sua incidenza sull'esito del processo», cfr. Sez. V, Sent., (data ud. 12 ottobre 2023) 23 novembre 2023, n. 47183, in *CED Cassazione*, 2023, par. 8., *Motivi della decisione*, p. 35.

condanna, avrà, pertanto, natura probatoria[42]. Dimostrata l'esistenza di un collegamento funzionale tra le due lesioni, sarà poi onere della Suprema Corte procedere secondo il modello delineato dall'art. 628-*bis*, c.p.p.[43].

Il problema si pone, piuttosto, a monte.

Invero, fermi i provvedimenti che la Cassazione può assumere in caso di accoglimento della richiesta, bisogna chiedersi quanto questa ulteriore modalità di presentazione dell'istanza *ex* art. 628-*bis*, c.p.p., imponga margini di apprezzamento estesi al merito. A ben vedere, infatti, a fronte di una richiesta volta a far valere, per il tramite di una violazione strumentale accertata, la lesione effettiva di un diritto, si genera un'espansione del *thema decidendum.*

Normalmente, la Corte di Cassazione non ha poteri in ordine al giudicato convenzionale, ma recupera spazi di manovra e di discrezionalità unicamente per quanto concerne il giudizio relativo all'incidenza effettiva dell'accertamento della violazione, così come ricostruito dai giudici di Strasburgo, sul provvedimento di condanna.

Ebbene, quando oggetto del ricorso è una violazione strumentale, la Suprema Corte non si limiterà a recepire l'accertamento compiuto dai giudici di Strasburgo e a valutarne l'effettivo impatto sul giudicato interno, ma entrerà nel merito di quella valutazione, potendo stabilire, sulla base delle allegazioni difensive e nei limiti del *thema decidendum* segnato dal contenuto della richiesta di parte, se – e a quali condizioni – esista un collegamento funzionale tra violazione accertata e violazione fatta valere nel procedimento *ex* art. 628-*bis*, c.p.p.

Invero, riconoscere la sussistenza di una connessione sostanziale-funzionale tra violazione strumentale (accertata) e violazione del diritto di difesa asserita significa effettuare una valutazione sul fatto[44].

---

[42] Il baricentro, pertanto, diviene probatorio e comporta un'inevitabile estensione del *thema decidendum.*

[43] Al di là del caso di specie, ad ogni modo, la dottrina ha sottolineato come la valutazione compiuta dalla Cassazione, nell'ambito del rimedio in esame, abbia una intrinseca componente prognostica: «il giudice "rescindente" dovrà cioè chiedersi se, attraverso la riapertura del processo, il ricorrente vittorioso a Strasburgo possa conseguire un "miglior esito decisorio"», così B. Lavarini, *Un nuovo rimedio "bifasico" per l'esecuzione delle decisioni della Corte di Strasburgo*, in *La legislazione penale,* 11 maggio 2023, 15.

[44] Senza contare che, in questo modo, la valutazione operata dalla Suprema Corte finisce con il sostituirsi a quella, altrettanto complessa, effettuata dalla Corte di Strasburgo, la quale valuta la tenuta equa del processo sulla base di un'ampia gamma di garanzie, volte a compensare eventuali *deficit* sostanziali o processuali. Il rischio, pertanto, è quello di un conflitto tra Corti o di una effettiva neutralizzazione del giudicato convenzionale che, in tal modo, verrebbe a essere eluso o, comunque, strumentalizzato. Sul punto, A. Macchia, *Le impugnazioni: dalla Riforma Orlando alla Riforma Cartabia. Note a margine*, in *Cass. pen.*, 5/2023, 1459, sottolinea come «sovrapporre una valutazione di "natura e gravità" della violazione convenzionale ad un giudizio tanto articolato e composito, è operazione gravida di rischi e da maneggiare con estrema cautela», ma anche R.M. Geraci, *Il ricorso straordinario per eseguire le sentenze della Corte EDU*, in *disCrimen*, 22 dicembre 2023, 17, la quale osserva come l'impostazione della Riforma Cartabia comporta un duplice rischio: «da un lato, quello di un possibile "conflitto tra Corti" – interna e sovranazionale – dovuto anche all'eterogeneità di valutazioni del Giudice europeo e dell'organo di legittimità, essendo quella del primo imperniata su una considerazione complessiva dell'equità processuale che tiene conto delle ripercussioni della lesione convenzionale sul processo nel suo insieme e sul suo esito; dall'altro, in caso di difformità di giudizi, il pericolo di

In questi casi, infatti, la Cassazione non si limita a dare esecuzione a un precedente giudicato ma contribuisce a estenderne gli effetti laddove la lesione accertata abbia avuto ripercussioni ulteriori sul piano interno. Bisogna capire, tuttavia, quanto la verifica di tali effetti consequenziali si ponga in rapporto antitetico rispetto al ruolo di "giudice di legittimità"[45].

Il *discrimen*, sulla base del quale è possibile costruire la risposta al quesito, ruota intorno alla natura dell'apprezzamento che la Corte è chiamata a compiere. A ben vedere, infatti, le questioni sottoposte all'attenzione del supremo organo nomofilattico non investono la ricostruzione del fatto storico ma attengono alla correttezza dell'*iter* processuale[46], su cui impatta, in via diretta o mediata, l'accertamento della violazione coperto dal giudicato convenzionale. È chiaro poi che, laddove siano necessari adempimenti istruttori ulteriori ai fini della prova di tale "effetto domino", il procedimento assumerà carattere rescissorio, con riapertura del processo davanti al giudice del merito.

Il giudizio di legittimità, in altri termini, sembra rimanere sulla superficie del fatto processuale[47].

una possibile "sterilizzazione" del sindacato di Strasburgo, le cui pronunce possono essere di fatto "eluse"»

[45] Tuttavia, va sottolineato che, pure nell'ambito del ricorso per Cassazione ordinario, vi sono ipotesi in cui la cognizione della Corte di Cassazione sul fatto – processuale – risulta maggiormente estesa. È il caso in cui si faccia valere il motivo di ricorso di cui all'art. 606, comma 1, lett. *c*), c.p.p. Si tratta, in questi casi, dell'inosservanza della norma processuale stabilita a pena di nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza. In materia di prova illegittimamente acquisita, per esempio, risulta fondamentale che tale prova abbia avuto nel ragionamento giudiziale «una determinante efficacia dimostrativa, cioè un peso reale sul convincimento e sul *dictum* del giudice di merito, nel senso che la scelta di una determinata soluzione, nella struttura argomentativa della motivazione, non sarebbe stata la stessa senza l'utilizzazione di quella prova», così A. Gaito, *Il ricorso per cassazione,* in n *Procedura penale*, a cura di O. Dominioni-P. Corso-A. Gaito-G. Spangher-N. Galantini-L. Filippi-G. Garuti-O. Mazza-G. Varraso-F.R. Dinacci-M. Bontempelli-E.M. Mancuso-C. Iasevoli, Torino, VIII ed., 2023. 997. Sarà, pertanto, onere del ricorrente rappresentare adeguatamente le eventuali situazioni di invalidità dipendenti dalla omissione di adempimenti formali. Sul punto, si rimanda a Cass. pen., Sez. Un., sent. 31 ottobre 2001, n. 42792, ove si afferma che «In tema di impugnazioni, allorché sia dedotto, mediante ricorso per cassazione, un "*error in procedendo*" ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c), c.p.p., la Corte di cassazione è giudice anche del fatto e, per risolvere la relativa questione, può accedere all'esame diretto degli atti processuali», in *Arch. nuova proc. pen.*, 2002, 46.

[46] «Per univoco orientamento, infatti, qualora sia sottoposta al vaglio della Corte di cassazione la correttezza di una decisione che involge l'iter processuale, la Corte stessa è giudice dei presupposti di tale decisione, sui quali esercita il proprio sindacato, quale che sia il ragionamento esibito per giustificarla», così Cass. pen., Sez. I, Sent., (data ud. 23 gennaio 2025) 07/04/2025, n. 13512, par. 6., *Motivi della decisione*, p. 14.

[47] E, in quanto fatto processuale, la Corte di Cassazione è abilitata a prenderne diretta cognizione, anche accedendo al fascicolo di causa e agli atti in esso contenuti. Cfr. sent. ult. cit., *ibidem.* Sul punto, si rimanda *ex multis,* a Cass. pen., sez. IV, sent. 28 settembre 2004, n. 47891, ove si afferma che «Il sindacato del giudice di legittimità nell'esame delle questioni processuali comprende il potere di esaminare gli atti per verificare la integrazione della violazione denunziata ma non anche quello di interpretare in modo diverso, rispetto alla valutazione del giudice del merito, i fatti storici posti a base della questione, se non nei limiti del rilievo della mancanza o manifesta illogicità della motivazione» in *Riv. pen.*, 2006, 95.

Al di là delle perplessità suscitate da un'analisi – *prima facie* – della pronuncia in commento, non va sottaciuto, tuttavia, che la celebrazione di un ulteriore grado di giudizio, con cui si intendono far valere violazioni diverse rispetto a quelle oggetto del giudicato europeo – sebbene a queste funzionalmente collegate –, restituisce il ritratto di un ordinamento attento a garantire l'accertamento e la tutela della legalità sostanziale e/o processuale.

Nell'intervento riformatore, il legislatore ha espressamente assegnato al supremo organo nomofilattico un sindacato autonomo che, in una logica di sussidiarietà, permette al giudice interno di "dialogare" con la Corte di Strasburgo, potendo operare un successivo vaglio non già sulla violazione in sé, ma sulle ripercussioni interne che quest'ultima ha avuto[48]. Nell'ambito di questo giudizio, teso ad accertare le conseguenze sul piano sostanziale, processuale o sanzionatorio della lesione accertata, è inevitabile uno sconfinamento dal perimetro segnato dal giudicato convenzionale, sebbene quest'ultimo rappresenti l'unico baluardo a sostegno della legalità dell'azione estensiva.

È evidente poi che l'attività della Suprema Corte, chiamata a valutare la richiesta di "revisione europea", assuma connotati diversi rispetto al generale vaglio di legittimità che la stessa è chiamata a compiere in sede di ricorso per cassazione[49].

Certo, il rimedio di nuovo conio pone un generale problema di eccessiva discrezionalità in capo all'organo giudicante, che reca con sé il rischio di decisioni tra loro contrastanti e, dunque, di una possibile disparità di trattamento[50].

Il legislatore – probabilmente nell'ottica di garantire la tenuta flessibile dell'istituto – non ha fissato parametri normativi sulla cui base effettuare la valutazione relativa all'incidenza effettiva, sul provvedimento di condanna, della violazione così come accertata in sede convenzionale.

Ad ogni modo, anche nelle richieste in cui si utilizzeranno le violazioni strumentali, oggetto di giudicato convenzionale, per far valere la lesione di altri diritti, l'unico referente normativo cui agganciare l'intera procedura sarà rappresentato dalla prova dell'incidenza effettiva della violazione accertata su quella fatta valere e, dunque, sul provvedimento di condanna.

Detto altrimenti, l'esito del procedimento di cui all'art. 628-*bis*, c.p.p., anche alla luce dell'apertura contenuta nella sentenza in commento, dipenderà molto dalla ricostruzione operata dalla difesa e dalla capacità di provare quel nesso di interdipendenza funzionale tale per cui la violazione accertata si ripercuote, inevitabilmente, su quella posta a fondamento dell'istanza, generando, quindi, un *vulnus* all'intero processo che, altrimenti, non vi sarebbe stato.

---

[48] Cfr. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia,* in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022, 85.

[49] All'indomani della riforma, è stato messo in evidenza come sia ormai prevedibile «un progressivo mutamento sostanziale del ruolo dell'organo di vertice della giurisdizione nazionale, con tutta probabilità sempre più incline in avvenire a sforamenti nel merito, a giudizi casistici attenti alle istanze equitativo-riparatorie della fattispecie concreta», così R.M. Geraci, *op. ult. cit.*, 24.

[50] Invero, la vaghezza dei parametri individuati, al fine di procedere alla valutazione in ordine all'incidenza effettiva della violazione sul provvedimento di condanna, «suscita il timore di un'eccessiva discrezionalità del giudicante, idonea a compromettere l'auspicata uniformità valutativa, con conseguenti disparità di trattamento da caso a caso», così R.M. Geraci, *ibidem.*

Le criticità segnalate, legate al rischio di un'eccessiva discrezionalità e di una conseguente disomogeneità applicativa, non sembrano tuttavia sufficienti a inficiare la tenuta complessiva della soluzione accolta dalla Suprema Corte.

Diversamente opinando, del resto, si finirebbe per relegare il nuovo rimedio a un mero formalismo, insensibile rispetto a quegli effetti "a cascata" che la violazione accertata, per sua stessa natura, è idonea a produrre sull'equità complessiva del processo.

Il rigore dell'onere probatorio richiesto al ricorrente – disatteso nel caso di specie– rappresenta, in questa prospettiva, il vero argine a presidio della tenuta sistematica dell'istituto, capace di scongiurare un uso disinvolto dello strumento senza però comprimerne la portata garantista.

La sentenza, pertanto, in attesa di ulteriori sviluppi di carattere pratico, va sicuramente salutata con favore. La costruzione della richiesta *ex* art. 628-*bis*, c.p.p., così come prospettata dalla Cassazione, non tradisce la natura flessibile della norma di nuovo conio ma, anzi, le conferisce un peso specifico ulteriore nell'ambito dell'ordinamento.

La nuova revisione europea diviene, cioè, uno strumento di garanzia a tutela del condannato, pur a fronte di lesioni non oggetto di specifico accertamento da parte dei giudici di Strasburgo ma strutturalmente e funzionalmente collegate alla *res iudicata* di natura convenzionale.

LE RICADUTE IN MATERIA PENALE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COST. N. 31 DEL 12 FEBBRAIO 2025

Antonio D'Anello*

Sommario: 1. Considerazioni preliminari. – **2.** Sintesi delle motivazioni della sentenza Corte cost. n. 31/2025. – **3.** Le ricadute penalistiche della sentenza Corte cost. n. 31/2025.

ABSTRACT

Il contributo, dopo una breve sintesi della sentenza della Corte costituzionale n. 31 del 12 febbraio 2025 con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, lettera a), n. 2 del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, nella parte in cui prevedeva che il beneficiario del reddito di cittadinanza dovesse essere residente in Italia «per almeno 10 anni», anziché prevedere «per almeno 5 anni», analizza gli effetti che la decisione in commento ha determinato sull'applicabilità del reato previsto dall'art. 7, comma 1, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 soffermandosi, in particolare, sulle ricadute sui procedimenti giudiziari pendenti e sui giudizi che saranno trattati dinanzi al giudice di esecuzione.

The paper, after providing a concise overview of Constitutional Court Judgment No. 31 of 12 February 2025—which declared the constitutional illegitimacy of Article 2, paragraph 1, letter a), no. 2 of Decree-Law No. 4 of 28 January 2019 insofar as it required recipients of the citizen income to have resided in Italy «for at least 10 years» rather than «for at least 5 years»—proceeds to analyze the legal effects that the aforementioned decision has had on the applicability of the crime set forth in Article 7, par. 1, of d.l. No. 4 of 28 January 2019. The focus is on practical effects for ongoing criminal cases and those the court will handle in the future.

1. Considerazioni preliminari.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, lett. a), n. 2 del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 (Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni), convertito, con modificazioni, dalla l. 28 marzo 2019, n. 26, è stata sollevata con ordinanza del 31 maggio 2022 (reg. ord. n. 100/2022)[1] dalla sezione lavoro della Corte d'appello di Milano in riferimento agli artt. 3, 11 e 117 co.1 Cost., in relazione agli artt. 21 e 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 24, par. 1, della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE)

* Giudice presso il Tribunale di Lagonegro e dottore di ricerca.

1 *https://www.gazzettaufficiale.it/atto/corte_costituzionale/caricaDettaglioAtto/originario?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2022-09-28&atto.codiceRedazionale=22C00166.*

n. 1612/68 e abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, e all'art. 7, par. 2, del regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione.

La disposizione censurata, rimasta in vigore fino al 31 dicembre 2023[2], prevedeva che il componente del nucleo familiare richiedente il reddito di cittadinanza (d'ora in poi r.d.c.), dovesse essere, tra l'altro, residente in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in modo continuativo[3].

Oggetto del giudizio principale celebrato dinanzi al giudice *a quo* è l'appello avverso l'ordinanza con la quale il Tribunale ordinario di Milano – sezione lavoro – ha respinto il ricorso proposto da alcuni cittadini romeni, privi della residenza in Italia per almeno dieci anni, nei confronti dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, ai sensi degli artt. 28 d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 (Disposizioni complementari al codice di procedura civile in materia di riduzione e semplificazione dei procedimenti civili di cognizione, ai sensi dell'articolo 54 della legge 18 giugno 2009, n. 69), 44 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) e 702-*bis* c.p.c., gravame con il quale è stato richiesto:

a) di accertare la natura discriminatoria della condotta dell'INPS realizzata mediante l'adozione della circolare n. 43 del 2019, con la quale è stata confermata la rilevanza del requisito della residenza decennale ai fini dell'accesso al reddito di cittadinanza ed è stata prevista la sospensione della erogazione del beneficio nei confronti degli stessi ricorrenti;
b) di modificare, di conseguenza, la circolare n. 43 del 2019 nella parte in cui valorizza, anche al fine della sospensione dell'erogazione del r.d.c., il requisito della residenza dei 10 anni;

---

[2] La norma censurata è stata abrogata con l'art. 1 co. 318 l. 29 dicembre 2022, n. 197, che recita: «A decorrere dal 1° gennaio 2024 gli articoli da 1 a 13 del decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, sono abrogati ad eccezione degli articoli 4, comma 15-*quater*, 6, comma 2, commi da 6-*bis* a 6-*quinquies* e comma 8-*bis*, 7-*bis*, 9-*bis*, 10, comma 1-*bis*, 11, 11-*bis*, 12, commi da 3 a 3-*quater* e 8 e 13, comma 1-*ter*».

[3] Sul punto, v. M. Vincieri, *Spunti critici sul reddito di cittadinanza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, fasc. 1, 2020, 36 ss.
L'art. 2 co. 1 lett. a) del d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 recita: «Il reddito di cittadinanza è riconosciuto ai nuclei familiari in possesso cumulativamente, al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, dei seguenti requisiti:
a) con riferimento ai requisiti di cittadinanza, residenza e soggiorno, il componente richiedente il beneficio deve essere cumulativamente:
1) in possesso della cittadinanza italiana o di Paesi facenti parte dell'Unione europea, ovvero suo familiare, come individuato dall'articolo 2, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 30, che sia titolare del diritto di soggiorno o del diritto di soggiorno permanente, ovvero cittadino di Paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo;
2) residente in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due, considerati al momento della presentazione della domanda e per tutta la durata dell'erogazione del beneficio, in modo continuativo...».

c) di condannare l'INPS al pagamento dell'importo del r.d.c. anche per la parte successiva alla sospensione;
d) in via subordinata, di condannare l'INPS al risarcimento del danno per la discriminazione subita nella misura della prestazione non fruita.

Prima di analizzare approfonditamente il contenuto della sentenza dalla Corte costituzionale n. 31 del 12.2.2025, è necessario evidenziare che, nonostante prenda le mosse da una tematica lavoristica, la decisione è destinata a produrre rilevanti e immediati riflessi in ambito penalistico e, in particolare, a determinare un notevole ridimensionamento dell'alveo applicativo del reato previsto nell'art. 7 co. 1 d.l.28 gennaio 2019, n. 4 (Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni), convertito, con modificazioni, dalla l. 28 marzo 2019, n. 38.

2. Sintesi delle motivazioni della sentenza Corte cost. n. 31/2025.

Il giudice *a quo*, riconosciuta l'impossibilità di procedere a una interpretazione costituzionalmente orientata della norma censurata e, vertendosi in un caso di c.d. doppia pregiudizialità[4], ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disposizione contemplata nell'art. 2, co. 1, lett. *a*), n. 2 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 nella parte in cui subordina il riconoscimento del reddito di cittadinanza al requisito della residenza nei dieci anni precedenti la richiesta per violazione dell'art. 3 Cost., trattandosi di un requisito non ragionevolmente correlabile alla *ratio* della prestazione in esame e in grado di dar luogo ad una discriminazione indiretta nei confronti dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea[5]. Il requisito del radicamento

[4] Si tratta di un fenomeno che si verifica quando una disposizione interna viola contestualmente la normativa eurounitaria e i principii costituzionali. Sul punto, v. Corte cost., sent. n. 269/2017, che precisa: «La sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE a quelle previste dalla Costituzione italiana può generare un concorso di rimedi giurisdizionali. A tale proposito, di fronte a casi di "doppia pregiudizialità" – vale a dire di controversie che possono dare luogo a questioni di illegittimità costituzionale e, simultaneamente, a questioni di compatibilità con il diritto dell'Unione –, la stessa Corte di giustizia ha a sua volta affermato che il diritto dell'Unione "non osta" al carattere prioritario del giudizio di costituzionalità di competenza delle Corti costituzionali nazionali, purché i giudici ordinari restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, "in qualunque fase del procedimento ritengano appropriata e finanche al termine del procedimento incidentale di controllo generale delle leggi, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria"; di "adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione"; di disapplicare, al termine del giudizio incidentale di legittimità costituzionale, la disposizione legislativa nazionale in questione che abbia superato il vaglio di costituzionalità, ove, per altri profili, la ritengano contraria al diritto dell'Unione (tra le altre, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quinta sezione, sentenza 11 settembre 2014, nella causa C-112/13 A contro B e altri; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, grande sezione, sentenza 22 giugno 2010, nelle cause C-188/10, Melki e C-189/10, Abdeli). In linea con questi orientamenti, questa Corte ritiene che, laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso, al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».

[5] In dottrina, v. S. Giubboni, *Nella «morsa» della doppia «pregiudizialità». Nuove note sull'acces-*

territoriale dei dieci anni, in altri termini, ad avviso del giudice rimettente appare privo di giustificazione e non proporzionato rispetto al fine perseguito dall'istituto[6].

L'art. 2, co. 1, lett. *a*), n. 2 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 si porrebbe, altresì, in contrasto con la parità di trattamento, con il divieto di discriminazione e con il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, valori recepiti nelle disposizioni del diritto dell'Unione europea e, specificamente, attraverso il richiamo agli artt. 11 e 117 co.1 Cost., questi ultimi in relazione agli artt. 21 e 34 CFDUE, nonché agli artt. 24, par. 1, della direttiva 2004/38/CE e dell'art. 7, par. 2, del regolamento n. 2011/492/UE.

In tale contesto, il Giudice delle leggi ha, in via preliminare, dichiarato l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale sollevate per il tramite degli artt. 11 e 117, co.1, Cost., in relazione agli artt. 34 CDFUE e 7, par. 2, del regolamento n. 2011/492/UE e, in merito alle presunte violazioni della Carta costituzionale rinvenute dal giudice rimettente, ha specificato che è insufficiente la motivazione sulla non manifesta infondatezza della questione[7], mentre, per quanto concerne la presunta violazione dell'art. 7 par. 2 del regolamento n. 2011/492/UE ha rilevato la carente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio *a quo*[8].

Nel trattare gli ulteriori profili di eccepita incostituzionalità, il Giudice interno, ribadendo il ruolo assegnato rispettivamente alla Corte costituzionale, alla Corte di Giustizia dell'Unione europea e alla Corte di Cassazione e disattendendo l'interpretazione del Tribunale di Napoli recepita nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 29 luglio 2024 C-112/22 e C-223/22[9], prende le mosse dalla individuazione della natura della misura del reddito di cittadinanza, specificando che non si tratta di una misura meramente assistenziale[10] – come invece sostenuto nella sentenza della CGUE[11] –, ma di un istituto di inclusione attiva diretto a incentivare la persona nell'as-

---

so degli stranieri all'assistenza sociale nel cosiddetto «dialogo tra le Corti», in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, n. 3*, 2023, 470; G. Morgese, *Discriminazioni dirette e indirette a carico dei cittadini non-italiani nell'accesso al reddito e alla pensione di cittadinanza*, in Aa.Vv., *Temi e questioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2019, 755 ss.; M. Vincieri, *Spunti critici sul reddito di cittadinanza, in Diritto delle Relazioni Industriali*, fasc. 1, del 2020, 36 ss. Di diverso avviso L. Cavallaro, *Profili costituzionali e comunitari del reddito di cittadinanza*, in *Diritto del lavoro contemporaneo. Questioni e tendenze,* a cura di P. Curzio, Bari, 2019, 227 ss.

6 V. Corte cost., sent. n. 31 del 12.2.2025, punto 8 del "*Considerato in diritto*".

7 Sul punto, v. Corte cost. sent. n. 31/2025, punti 5.1. del "*Considerato in diritto*": «Quanto alla disposizione della Carta, il rimettente si limita a menzionarla, affermandone la violazione, ma senza fornire alcun argomento diretto, in particolare, a illustrare "il presupposto di applicabilità della CDFUE, cioè la circostanza che le norme sul reddito di cittadinanza rappresentino 'attuazione del diritto dell'Unione' ai sensi del suo art. 51", con conseguente inammissibilità della relativa questione per insufficiente motivazione sulla non manifesta infondatezza (sentenza n. 19 del 2022)».

8 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 5.2 del "*Considerato in diritto*".

9 Sul punto, v. Sent. Corte di giustizia 29 luglio 2024 (*) [Testo rettificato con ordinanza del 4 ottobre 2024] C-112/22 e C-223/22.

10 Sulla natura del reddito di cittadinanza nella giurisprudenza costituzionale, v. in particolare Corte cost. sentenze n. 1 del 2025, n. 54 del 2024, n. 34 e 19 del 2022, n.7, 126 e 137 del 2021).

11 Sul punto, v. sentenza della Corte di giustizia 29 luglio 2024 (*) [Testo rettificato con ordinanza del 4 ottobre 2024] C-112/22 e C-223/22: «38. Dal momento che sia l'articolo 34 della Carta sia l'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109 rinviano al diritto nazionale, spetta al giudice del rinvio stabilire se il «reddito di cittadinanza» di cui trattasi nei procedimenti principali costituisca una prestazione sociale rientrante tra quelle menzionate in detta direttiva (v., in tal

sunzione di una responsabilità sociale, che si realizza attraverso la risposta positiva agli impegni contenuti in un percorso appositamente predisposto e che dovrebbe condurre, per questa via, all'uscita dalla condizione di povertà[12]. Si tratta di una interpretazione conforme alla precedente giurisprudenza costituzionale, che in più occasioni ha avuto modo di porre in risalto le peculiarità che connotano il r.d.c. e che consentono di differenziarlo dalle misure con natura spiccatamente assistenziale. Sul punto, in particolare, è stato evidenziato che:

a) le misure assistenziali si fondano sull'accertato stato di bisogno del richiedente, mentre il reddito di cittadinanza prevede «un sistema di rigorosi obblighi e condizionalità» che strutturano un percorso formativo e d'inclusione[13];
b) il reddito di cittadinanza non si risolve in uno strumento di provvidenza assistenziale diretta a soddisfare un bisogno primario dell'individuo, ma persegue diversi e più articolati obiettivi di politica attiva del lavoro e di integrazione sociale[14];
c) l'erogazione del reddito di cittadinanza ha natura temporanea ed è condizionata a necessari e precisi impegni da parte dei beneficiari definiti in Patti sottoscritti da tutti i componenti maggiorenni del nucleo familiare (salve le esclusioni di cui all'art. 4, commi 2 e 3, del d.l. n. 4 del 2019);
d) il mancato rispetto degli impegni priva il soggetto del beneficio economico in conseguenza dell'interruzione del percorso che era stato condiviso tra il beneficiario e il sistema pubblico (art. 7, comma 5, del d.l. n. 4 del 2019)»[15].

In definitiva, è evidente che una simile struttura, fondata sulla temporaneità, su precisi obblighi e soprattutto su rigide condizionalità in grado persino, se disattese, di determinare il venir meno del diritto alla prestazione, risulterebbe del tutto inconciliabile con il carattere meramente assistenziale e quindi con le caratteristiche tipiche delle vere e proprie prestazioni di assistenza sociale, ove invece prevale l'esigenza, sostanzialmente incondizionata, di rispondere ai bisogni primari, «indifferenziabili e

---

senso, sentenze del 24 aprile 2012, Kamberaj, C 571/10, EU:C:2012:233, punto 81, e del 28 ottobre 2021, ASGI e a., C 462/20, EU:C:2021:894, punto 32).
39. Orbene, come è stato rilevato al punto 18 della presente sentenza, tale giudice constata nelle sue domande di pronuncia pregiudiziale che il «reddito di cittadinanza» costituisce una prestazione di assistenza sociale volta a garantire un livello minimo di sussistenza, rientrante in uno dei tre settori indicati all'articolo 11, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2003/109, ossia le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale, ai sensi della legislazione nazionale.
40. È vero che il governo italiano contesta questa constatazione del giudice del rinvio. Tuttavia, occorre ricordare che, secondo costante giurisprudenza, nell'ambito della ripartizione delle competenze tra i giudici dell'Unione e i giudici nazionali, la Corte è tenuta a prendere in considerazione il contesto materiale e normativo nel quale si inseriscono le questioni pregiudiziali così come definito dalla decisione di rinvio. Pertanto, indipendentemente dalle critiche espresse dal governo di uno Stato membro nei confronti dell'interpretazione del diritto nazionale adottata dal giudice del rinvio, l'esame delle questioni pregiudiziali dev'essere effettuato sulla base di tale interpretazione e non spetta alla Corte verificarne l'esattezza (v., in tal senso, sentenze del 21 giugno 2016, New Valmar, C 15/15, EU:C:2016:464, punto 25, e del 21 dicembre 2023, Cofidis, C 340/22, EU:C:2023:1019, punto 31).

12 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 7.1 del "*Considerato in diritto*".
13 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 7.1 del "*Considerato in diritto*".
14 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 7.1 del "*Considerato in diritto*".
15 Corte cost., sent. n. 19/ 2022. V. anche Corte cost., sent. n. 169/2023, n. 126/2021 e n. 122/2020.

indilazionabili» (sentenza C. cost. n. 166/2018), cui sono relative (*ex plurimis*, sentenza C. cost. n. 42/2024 e ordinanza C. cost. n. 29/2024)[16].

Dopo aver ribadito la natura del r.d.c. la Corte ha altresì ritenuto indispensabile, attraverso il richiamo alla sentenza n. 19/2022, specificare che la titolarità del diritto di soggiornare stabilmente in Italia non si presenta come un requisito privo di collegamento con la *ratio* della misura concessa, sicché la scelta di escludere gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma pur sempre privi di un consolidato radicamento nel territorio, non può essere giudicata esorbitante rispetto ai confini della ragionevolezza[17]. Il Giudice delle leggi ha voluto, così, riaffermare che non esiste un contrasto *ex se* con l'assetto costituzionale e, in particolare, con l'art. 3 Cost. del requisito del radicamento territoriale, conclusione che, a ben vedere, risulta coerente con la segnalata natura non meramente assistenziale del r.d.c.

Tuttavia, ciò non preclude al Giudice delle leggi di rilevare che la disciplina introdotta con l'art. 2 co. 1, lett. a), n. 2 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, nella parte in cui richiama e subordina il riconoscimento e l'erogazione del beneficio al periodo di residenza decennale, viola l'art. 3 Cost. in quanto crea una barriera temporale[18] all'accesso al sussidio in evidente conflitto con le finalità che il r.d.c. è chiamato a soddisfare e, cioè, offrire delle *chances* di integrazione futura, mirando alla prospettiva dello stabile inserimento lavorativo e sociale della persona coinvolta[19]. In altri termini, il gravoso termine del pregresso periodo decennale non appare ragionevolmente correlato alla funzionalità precipua del r.d.c. e si pone in violazione dei principi di eguaglianza, di ragionevolezza e proporzionalità di cui all'art. 3 Cost.[20].

Il richiamo al criterio dei dieci anni di cui all'art. 2 co. 1 lett. a) n. 2 dà luogo, in definitiva, ad una discriminazione indiretta nei confronti dei cittadini stranieri rispetto a quelli italiani, con consequenziale immediata violazione dei principii di eguaglianza, di ragionevolezza e proporzionalità, in quanto la richiamata decennalità appare artificialmente finalizzata al solo tentativo di limitare l'accesso alla prestazione, favorendo i cittadini italiani già residenti (più facilitati – come peraltro dimostrano i dati segnalati dal giudice rimettente – a integrare tale requisito), a scapito sia di quelli di altri Stati membri dell'Unione, sia di quelli di Paesi terzi[21].

Corrobora questa interpretazione anche l'apertura di una procedura di infrazione – poi chiusa a seguito dell'abrogazione dell'istituto del r.d.c. e della sua sostituzione con l'assegno di inclusione, in relazione al quale il termine di residenza pregressa è stato ridotto a cinque anni – da parte della Commissione europea nei confronti dell'Italia, con riguardo proprio al requisito della decennalità, ritenuto fonte di discriminazione indiretta nei confronti dei cittadini non italiani e anche nei confronti dei cittadini italiani ai quali, di fatto, sarebbe stata preclusa la possibilità di trasferirsi per ragioni lavorative al di fuori dell'Italia, con evidente tensione della normativa con il principio della libera circolazione.

16 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 7.1 del "*Considerato in diritto*".
17 Corte cost., sent. n. 19/2022.
18 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 8.2 del "*Considerato in diritto*".
19 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 8.2 del "*Considerato in diritto*".
20 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 8.2 del "*Considerato in diritto*".
21 Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 8.2 del "*Considerato in diritto*".

La violazione dei principii recepiti nell'art. 3 Cost., tuttavia, non comporta l'immediata declaratoria di incostituzionalità dell'art. 2 co. 1, lett. a), n. 2 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4 nella sua interezza. I giudici della Corte costituzionale ritengono che, anche al fine di evitare una indebita ingerenza sulla discrezionalità propria del legislatore, le tensioni create dalla disposizione *de qua* possano essere agevolmente superate attraverso la sostituzione del requisito dei dieci anni con il richiamo al termine di cinque anni. Diverse sono le ragioni per procedere a questa sostanziale "modifica" della norma; in particolare, si precisa che quello dei cinque anni

a) è il criterio del quale il legislatore interno ha fatto uso con riguardo al reddito di inclusione, istituto che ha sostituito proprio il reddito di cittadinanza[22];
b) è il parametro indicato nell'art. 16, par. 1, della direttiva 2004/38/CE che recita: «Il cittadino dell'Unione che abbia soggiornato legalmente ed in via continuativa per cinque anni nello Stato membro ospitante ha diritto al soggiorno permanente in detto Stato. Tale diritto non è subordinato alle condizioni di cui al capo III»[23];
c) è il dato temporale già considerato non irragionevole dalla Corte costituzionale nella sent. n. 19/2022, laddove è stato specificato che si tratta di un criterio utile e in grado di dimostrare la relativa stabilità della presenza di un soggetto non cittadino italiano sul territorio dello stato[24].

E, ancora, si evidenzia che al requisito dei cinque anni si ricorre anche nella sentenza della Corte di giustizia del 29 luglio 2024, nelle cause riunite C-112/22, C. U. e C-223/22, N. D., nella parte in cui è stato precisato che la direttiva 2003/109[25] preve-

[22] Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 8.3 del "*Considerato in diritto*".

[23] Corte cost., sent. n. 31/2025, punto 8.3 del "*Considerato in diritto*".

[24] Corte cost., sent. n. 19/2022, in particolare v. il punto 6 del "*Considerato in diritto*" nella parte in cui si afferma: «L'orizzonte temporale della misura non è dunque di breve periodo, considerando sia la durata del beneficio sia il risultato perseguito. Gli obiettivi dell'intervento implicano infatti una complessa operazione di inclusione sociale e lavorativa, che il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, non irragionevolmente ha destinato agli stranieri soggiornanti in Italia a tempo indeterminato. In questa prospettiva di lungo o medio termine del reddito di cittadinanza, la titolarità del diritto di soggiornare stabilmente in Italia non si presenta come un requisito privo di collegamento con la ratio della misura concessa, sicché la scelta di escludere gli stranieri regolarmente soggiornanti, ma pur sempre privi di un consolidato radicamento nel territorio, non può essere giudicata esorbitante rispetto ai confini della ragionevolezza».

[25] In merito alla normativa eurounitaria, si rappresenta che ai sensi dell'art. 7 della direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, il riconoscimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo è subordinato alla produzione di documentazione comprovante conformemente alla legislazione nazionale la sussistenza delle condizioni di cui agli articoli 4 e 5, nonché, se necessario, di un documento di viaggio valido o di una copia autenticata. E, in particolare, l'art. 4 stabilisce che «Gli Stati membri conferiscono lo status di soggiornante di lungo periodo ai cittadini di paesi terzi che hanno soggiornato legalmente e ininterrottamente per cinque anni nel loro territorio immediatamente prima della presentazione della pertinente domanda» e l'art. 5 che «Gli Stati membri richiedono ai cittadini di Paesi terzi di comprovare che dispongono, per sé e per i familiari a carico: a) di risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento loro e dei loro familiari, senza fare ricorso al sistema di assistenza sociale dello Stato membro interessato. Gli Stati membri valutano dette risorse con riferimento alla loro natura e regolarità e possono tenere conto del livello minimo di retribuzioni e pensioni prima della presentazione della richiesta dello *status* di soggiornante di lungo periodo; b) di un'assicurazione malattia contro tutti i rischi solitamente

coperti per i propri cittadini nello Stato membro interessato».
Per quanto concerne la normativa italiana, si veda l'art. 9 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, rubricato "*Permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo*", che recita: «1. Lo straniero in possesso, da almeno cinque anni, di un permesso di soggiorno in corso di validità, che dimostra la disponibilità di un reddito non inferiore all'importo annuo dell'assegno sociale e, nel caso di richiesta relativa ai familiari, di un reddito sufficiente secondo i parametri indicati nell'articolo 29, comma 3, lettera b) e di un alloggio idoneo che rientri nei parametri minimi previsti dalla legge regionale per gli alloggi di edilizia residenziale pubblica ovvero che sia fornito dei requisiti di idoneità igienico-sanitaria accertati dall'Azienda unità sanitaria locale competente per territorio, può chiedere al questore il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, per sé e per i familiari di cui all'articolo 29, comma 1.
1-*bis*. Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo rilasciato allo straniero titolare di protezione internazionale come definita dall'articolo 2, comma l, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251, reca, nella rubrica "annotazioni", la dicitura "protezione internazionale riconosciuta da [nome dello Stato membro] il [data]". Se, successivamente al rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornante di lungo periodo allo straniero titolare di protezione internazionale, la responsabilità della protezione internazionale, secondo le norme internazionali e nazionali che ne disciplinano il trasferimento, è trasferita ad altro Stato membro prima del rilascio, da parte di tale Stato membro, del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, su richiesta dello stesso Stato, la dicitura "protezione internazionale riconosciuta da [nome dello Stato membro] il [data]" è aggiornata, entro tre mesi dalla richiesta, con l'indicazione dello Stato membro a cui la stessa è stata trasferita e la data del trasferimento. Se, successivamente al rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornante di lungo periodo, un altro Stato membro riconosce al soggiornante la protezione internazionale prima del rilascio, da parte di tale Stato membro, del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, su richiesta dello stesso Stato, entro tre mesi dalla richiesta, nella rubrica "annotazioni" è apposta la dicitura "protezione internazionale riconosciuta da [nome dello Stato membro] il [data]".
1-*ter*. Ai fini del rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo di cui al comma 1-*bis*, non è richiesta allo straniero titolare di protezione internazionale ed ai suoi familiari la documentazione relativa all'idoneità dell'alloggio di cui al comma 1, ferma restando la necessità di indicare un luogo di residenza ai sensi dell'articolo 16, comma 2, lettera c), del regolamento di attuazione. Per gli stranieri titolari di protezione internazionale che si trovano nelle condizioni di vulnerabilità di cui all'articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 30 maggio 2005, n. 140, la disponibilità di un alloggio concesso a titolo gratuito, a fini assistenziali o caritatevoli, da parte di enti pubblici o privati riconosciuti, concorre figurativamente alla determinazione del reddito cui al comma 1 nella misura del quindici per cento del relativo importo.
2. Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo attesta il riconoscimento permanente del relativo status, fatto salvo quanto previsto dai commi 4-*bis*, 7, 10 e 10-*bis*. Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è rilasciato entro novanta giorni dalla richiesta, è valido per dieci anni e, previa presentazione della relativa domanda corredata di nuove fotografie, è automaticamente rinnovato alla scadenza. Per gli stranieri di età inferiore agli anni diciotto la validità del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è di cinque anni. Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo in corso di validità costituisce documento di identificazione personale ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera d), del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.
2-*bis*. Il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo è subordinato al superamento, da parte del richiedente, di un test di conoscenza della lingua italiana, le cui modalità di svolgimento sono determinate con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Nel caso di permesso di soggiorno CE rilasciato per lo svolgimento di attività di ricerca presso le università e gli enti vigilati dal Ministero

dell'istruzione, dell'università e della ricerca di cui al decreto legislativo 31 dicembre 2009, n. 213, non è richiesto il superamento del test di cui al primo periodo.
2-*ter*. La disposizione di cui al comma 2-*bis* non si applica allo straniero titolare di protezione internazionale.
3. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli stranieri che:
a) soggiornano per motivi di studio o formazione professionale;
b) soggiornano a titolo di protezione temporanea, per cure mediche o sono titolari dei permessi di soggiorno di cui agli articoli 18, 18-*bis*, 20-*bis*, 22, comma 12-*quater*, e 42-*bis* nonché del permesso di soggiorno rilasciato ai sensi dell'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25. ovvero hanno chiesto il permesso di soggiorno a tale titolo e sono in attesa di una decisione su tale richiesta;
c) hanno chiesto la protezione internazionale come definita dall'articolo 2, comma 1, lettera a), del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251 e sono ancora in attesa di una decisione definitiva circa tale richiesta;
d) sono titolari di un permesso di soggiorno di breve durata previsto dal presente testo unico e dal regolamento di attuazione;
e) godono di uno status giuridico previsto dalla convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, dalla convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, dalla convenzione del 1969 sulle missioni speciali o dalla convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionali di carattere universale.
4. Il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo non può essere rilasciato agli stranieri pericolosi per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato. Nel valutare la pericolosità si tiene conto anche dell'appartenenza dello straniero ad una delle categorie indicate negli articoli 1, 4 ((e 16 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al)) decreto legislativo 6 settembre 2011, ((n. 159)), ovvero di eventuali condanne anche non definitive, per i reati previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, nonché, limitatamente ai delitti non colposi, dall'articolo 381 del medesimo codice. Ai fini dell'adozione di un provvedimento di diniego di rilascio del permesso di soggiorno di cui al presente comma il questore tiene conto altresì della durata del soggiorno nel territorio nazionale e dell'inserimento sociale, familiare e lavorativo dello straniero.
4-*bis*. Salvo i casi di cui ai commi 4 e 7, il permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo di cui al comma 1-*bis* è rifiutato ovvero revocato nei casi di revoca o cessazione dello status di rifugiato o di protezione sussidiaria previsti dagli articoli 9, 13, 15 e 18 del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251. Nei casi di cessazione di cui agli articoli 9 e 15 del medesimo decreto legislativo, allo straniero è rilasciato un permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo, aggiornato con la cancellazione dell'annotazione di cui al comma 1-*bis* ovvero un permesso di soggiorno ad altro titolo in presenza dei requisiti previsti dal presente testo unico.
5. Ai fini del calcolo del periodo di cui al comma 1, non si computano i periodi di soggiorno per i motivi indicati nelle lettere d) ed e) del comma 3.
5-*bis*. Il calcolo del periodo di soggiorno di cui al comma 1, per il rilascio del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo di cui al comma 1-*bis*, è effettuato a partire dalla data di presentazione della domanda di protezione internazionale in base alla quale la protezione internazionale è stata riconosciuta.
6. Le assenze dello straniero dal territorio nazionale non interrompono la durata del periodo di cui al comma 1 e sono incluse nel computo del medesimo periodo quando sono inferiori a sei mesi consecutivi e non superano complessivamente dieci mesi nel quinquennio, salvo che detta interruzione sia dipesa dalla necessità di adempiere agli obblighi militari, da gravi e documentati motivi di salute ovvero da altri gravi e comprovati motivi...».
Per completezza, si richiamano la sentenza della Corte cost. 29-30 luglio 2008, n. 306 (in G.U. 1a s.s. 6/8/2008, n. 33) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 1, nella parte in cui esclude che l'indennità di accompagnamento, di cui all'art. 1 l. 11 febbraio 1980, n. 18, possa essere

de, al suo art. 4, par. 1, un requisito di soggiorno legale e ininterrotto di cinque anni nel territorio di uno Stato membro affinché il cittadino di un Paese terzo possa ottenere lo *status* di soggiornante di lungo periodo da parte di tale Stato membro, e che dalla suddetta disposizione, letta congiuntamente al considerando 6 di tale direttiva, traspare che il legislatore dell'Unione ha considerato che tale periodo di soggiorno legale e ininterrotto di cinque anni testimoni il «radicamento del richiedente nel paese in questione», e debba quindi essere considerato sufficiente affinché quest'ultimo abbia diritto, dopo l'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo, alla parità di trattamento con i cittadini di detto Stato membro, in particolare per quanto riguarda le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale, conformemente all'art. 11, par. 1, lett. *d*), di detta direttiva[26].

Le ragioni brevemente richiamate hanno, dunque, indotto la Corte costituzionale ad accogliere la prima questione formulata in via subordinata dal giudice rimettente, con consequenziale dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, lett. *a*), n. 2 del d.l. n. 4/2019 per violazione dell'art. 3 Cost., nella parte in cui prevede che il beneficiario del reddito di cittadinanza dovesse essere residente in Italia «per almeno 10 anni», anziché «per almeno 5 anni».

3. Le ricadute penalistiche della sentenza Corte cost. n. 31/2025.

Ai fini della corretta individuazione delle conseguenze che la sentenza in commento è destinata ad alimentare in sede penale, occorre rammentare che l'abrogazione dell'art. 7 d.l. n. 4/2019 avvenuta con l'art. 1, co. 318, l. n. 197/2022, non ha dato luogo a un fenomeno di *abolitio criminis* dei reati in esso tipizzati, secondo l'interpretazio-

---

attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 (Attuazione della direttiva 2003/109/CE relativa allo status di cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo) per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo, e la sentenza della Corte cost. del 14-23 gennaio 2009, n. 11 (in G.U. 1a s.s. 28/1/2009, n. 4) che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del co. 1 del citato art. 9» nella parte in cui esclude che la pensione di inabilità, di cui all'art. 12 della legge 30 marzo 1971, n. 118 (Conversione in legge del d.l. 30 gennaio 1971, n. 5 e nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili), possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del D.Lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo».

[26] C. Corte di giustizia dell'Unione europea Sentenza della Corte di giustizia 29 luglio 2024 (*) [Testo rettificato con ordinanza del 4 ottobre 2024], C-112/22 e C-223/22, punto 57. In dottrina, v. commento di P. Brambilla, *La natura discriminatoria del requisito della residenza decennale per l'accesso al reddito di cittadinanza: gli effetti della sentenza C-112/22 e C223/22 della Corte di Giustizia UE sui procedimenti penali per false dichiarazioni nella richiesta del beneficio*, in *Sistema penale*, fasc. n. 1/2025, 89 ss.

ne della dottrina[27] condivisa da copiosa giurisprudenza di merito e di legittimità[28] e, indirettamente, corroborata anche dal provvedimento della Corte costituzionale in commento, laddove, nell'analizzare anche le ricadute in sede penale della pronuncia, riconosce quale ovvio postulato la sopravvivenza delle disposizioni di cui al d.l. n. 4/2019.

È pertanto possibile affermare che l'intervento della Corte costituzionale in esame, comporta una evidente ridefinizione dell'alveo applicativo del reato previsto all'art. 7 co. 1 d.l. n. 4/2019 nella parte in cui, ai fini della sua consumazione, tra le dichiarazioni da fare per ottenere l'erogazione del beneficio, richiama il requisito di cui all'art. 2 co. 1) lett. a), e cioè la residenza in Italia per almeno 10 anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo.

Tuttavia, al fine di comprendere con maggiore precisione la reale portata innovativa della pronuncia occorre compiere un ulteriore sforzo esegetico e soffermarsi ad analizzare anche un ulteriore profilo e, cioè, definire il reale ambito applicativo della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 29 luglio 2024 nelle cause riunite C-112/22, C.U. e C-223/22. Per farlo è necessario, da un lato, ricordare che il provvedimento della CGUE si fonda sul presupposto che il r.d.c. costituisca una mi-

[27] Per un approfondimento anche bibliografico sul tema sia consentito il rinvio a A. D'Anello, *La pronuncia delle Sezioni unite in tema di false dichiarazioni volte a conseguire indebitamente il reddito di cittadinanza: problemi di offensività e successioni di leggi*, in *Penale Diritto e Procedura*, fasc. n. 4/2024, 645 ss. V. anche L. Messori, *Risvolti intertemporali dell'abrogazione del reddito di cittadinanza e dell'introduzione del reddito di inclusione: una deroga ragionevole alla retroattività favorevole con il d.l. 4 maggio 2023, n. 48*, in *Giurisprudenza penale web*, 2023, 6, 5 ss. Per un diverso approccio, v. M. Riccardi, *Nella furia di colpire i poveri, hanno finito per premiare i truffatori". Reati in materia di reddito di cittadinanza e meccanismi di abrogazione "annunciata" o differita: un problema reale (di abolizione) o solo apparente (di interpretazione)?*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2023, 5 ss.

[28] V. Cass. pen., Sez. 3, sent. n. 39155 del 24/9/2024 Cc. (dep. 25/10/2024) Rv. 286951 - 01 «In tema di esecuzione, non deve essere revocata a norma dell'art. 673 cod. proc. pen. la sentenza di condanna per il delitto di cui all'art. 7 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, posto che la formale abrogazione dell'indicata norma incriminatrice, disposta dall'art. 1, comma 318, legge 29 dicembre 2022, n. 197, a far data dall'1 gennaio 2024, non integra un'ipotesi di "abolitio criminis", di cui all'art. 2, comma secondo, cod. pen., ma dà luogo a un fenomeno di successione di leggi penali nel tempo, inquadrabile nel disposto di cui all'art. 2, comma terzo, cod. pen., avuto riguardo alla corrispondente incriminazione introdotta dall'art. 8 d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 luglio 2023, n. 85, del tutto sovrapponibile e riferita al reddito di inclusione in sostituzione di quello di cittadinanza». V. anche Cass. pen., Sez. 3, sentenza n. 7541 del 24/1/2024 Ud. (dep. 21/02/2024) Rv. 285964 – 01 «L'abrogazione, a far data dall'01/01/2024, del delitto di cui all'art. 7 d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, disposta *ex* art. 1, comma 318, legge 29 dicembre 2022, n. 197, nel far salva l'applicazione delle sanzioni penali dallo stesso previste per i fatti commessi sino al termine finale di efficacia della relativa disciplina, deroga al principio di retroattività della "lex mitior", altrimenti conseguente *ex* art. 2, comma secondo, cod. pen., ma tale deroga, in quanto sorretta da una plausibile giustificazione, non presenta profili di irragionevolezza, assicurando la tutela penale all'indebita erogazione del reddito di cittadinanza sin tanto che sarà possibile continuare a fruire di detto beneficio, posto che la sua prevista soppressione si coordina cronologicamente con la nuova incriminazione di cui all'art. 8 d.l. 4 maggio 2023, n. 48, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 luglio 2023, n. 85, riferita agli analoghi benefici per il futuro introdotti in sostituzione del reddito di cittadinanza».

sura di natura assistenziale e, dall'altro lato, richiamare la sentenza nella parte in cui afferma che l'art. 11, par. 1, lett. d) della direttiva 2003/109, letto alla luce dell'art. 34 della Carta, dev'essere interpretato nel senso che esso osta alla normativa di uno Stato membro che subordina l'accesso dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo a una misura riguardante le prestazioni sociali, l'assistenza sociale o la protezione sociale al requisito, applicabile anche ai cittadini di tale Stato membro, di aver risieduto in detto Stato membro per almeno dieci anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo, e che minaccia di sanzione penale qualsiasi falsa dichiarazione relativa a tale requisito di residenza[29].

Ebbene, con riguardo agli effetti della pronuncia della CGUE, in particolare nella giurisprudenza di merito, si sono sviluppati due diversi orientamenti[30].

Alcuni offrono una lettura estensiva del principio di diritto elaborato dai Giudici eurounitari e sostengono che, una volta riconosciuta la natura di misura assistenziale del reddito di cittadinanza, il richiamo al criterio temporale dei 10 anni, in quanto foriero di discriminazione tra cittadini italiani e cittadini non italiani, è in grado di determinare in ogni caso – anche con riguardo ai cittadini di Paesi UE – un contrasto della disposizione interna con la normativa eurounitaria. Ne deriverebbe il dovere da parte del singolo giudice, in forza del potere di controllo diffuso, di disapplicare la disposizione di cui all'art. 2 co. 1, lett. a), n. 2 del d.l. n. 4/2019, con conseguenziale irrilevanza penale delle condotte di falsa dichiarazione se relative al requisito della residenza in Italia per almeno 10 anni. Si tratta di una lettura che, ad avviso di chi scrive, ha il pregio di offrire una disciplina unitaria per tutti i soggetti non cittadini italiani (UE ed extra UE), ma che comporta una depenalizzazione di fatto molto estesa, criticabile per diverse ragioni:

a) innanzitutto, non tiene conto delle diverse pronunce della Corte cost. nelle quali è stata negata la natura meramente assistenziale del r.d.c. natura che, ad avviso dei giudici eurounitari, rende la disposizione analizzata in contrasto con il diritto eurounitario;
b) non prende in considerazione la parte della sentenza in cui, nel richiamare i cittadini extra UE, stabilisce che il richiamo al criterio dei 10 anni è da considerarsi discriminatorio a determinate condizioni e, in particolare, solo se concerne cittadini extracomunitari c.d. soggiornanti di lungo periodo;

[29] C. CGUE, sent. C-112/22 e C-223/22, 29 luglio 2024 (*) [Testo rettificato con ordinanza del 4 ottobre 2024], punto 61.

[30] Sul punto, in dottrina v. P. Brambilla, *La natura discriminatoria del requisito della residenza decennale per l'accesso al reddito di cittadinanza: gli effetti della sentenza C-112/22 e C223/22 della Corte di Giustizia UE sui procedimenti penali per false dichiarazioni nella richiesta del beneficio*, cit., p. 89 ss. Per la giurisprudenza di legittimità, v. Cass. pen., Sez. 2, Sentenza n. 13345 del 05/03/2025 (dep. 07/04/2025) Rv. 287933 – 01 « In tema di false dichiarazioni finalizzate all'ottenimento del reddito di cittadinanza, l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata del disposto dell'abrogato art. 7, comma 1, d.l. 28 gennaio 2019, n. 4, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 marzo 2019, n. 26, consente di ritenere che la falsa attestazione circa il requisito della residenza decennale in Italia, richiesto ai cittadini di Paesi terzi in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo dal previgente art. 2 d.l. non costituisce, alla luce della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 29 luglio 2024, nelle cause riunite C-112/22 e C-223/22, elemento per la configurabilità del delitto».

c) veicola, in definitiva, un'interpretazione che va ben oltre lo stesso orientamento della CGUE, in quanto la sentenza concerne i soli cittadini extra UE – non i cittadini UE di Paesi diversi dall'Italia.

Altri, invece, hanno ritenuto di poter applicare il principio elaborato dai giudici eurounitari solo nei confronti di una platea ben determinata di soggetti, e cioè, i cittadini extracomunitari soggiornanti di lungo periodo[31]. Trattasi di una lettura coerente con la sentenza, ma che, a ben vedere, alimenta il rischio di una ingiustificata e irragionevole disparità di trattamento tra soggetti provenienti da Paesi extra UE e cittadini di Paesi UE diversi dall'Italia. In estrema sintesi, secondo questa diversa interpretazione, applicare in modo rigoroso la sentenza della CGUE avrebbe comportato la irrilevanza penale della condotta di dichiarazione falsa relativa al requisito della residenza decennale se posta in essere dal cittadino extracomunitario soggiornante di lungo periodo residente in Italia da almeno 5 anni, mentre non avrebbe inciso sulla medesima condotta, se realizzata da un cittadino non italiano appartenente a Paese UE (ex rumeno residente in Italia da 5 anni), nei confronti del quale avrebbe continuato a operare il criterio dei 10 anni.

Occorre mettere in risalto le fortissime tensioni con i principii di ragionevolezza ed eguaglianza che questa esegesi, coerente e strettamente connessa al *decisum* della Corte di giustizia, avrebbe alimentato.

Dunque, la Corte costituzionale è intervenuta in un contesto caratterizzato:

a) dalla non abrogazione dell'art. 7 co.1 d.l. n. 4/2019 con consequenziale rilevanza penale delle condotte in esso descritte anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 1, co. 318, l. n. 197/2022;
b) dalla irrilevanza penale, a seguito della sentenza della Corte di giustizia del 2023, della condotta tipizzata dall'art. 7 co.1 d.l. n. 4/2019, relativa alla falsa dichiarazione circa la presenza sul territorio nazionale da almeno 10 anni, se posta in essere da cittadino di Paese extra UE soggiornante di lungo periodo, e residente sul territorio nazionale da almeno 5 anni;
c) dalla rilevanza della condotta tipizzata dall'art. 7 co.1 d.l. n. 4/2019 se la condotta di falsa dichiarazione circa la presenza sul territorio nazionale da almeno 10 anni è stata realizzata dal cittadino di Paese UE diverso dall'Italia.

[31] Sul punto, in dottrina v. P. Brambilla, *La natura discriminatoria del requisito della residenza decennale per l'accesso al reddito di cittadinanza: gli effetti della sentenza C-112/22 e C223/22 della Corte di Giustizia UE sui procedimenti penali per false dichiarazioni nella richiesta del beneficio*, cit., 103, l'autrice afferma: «Seguendo il ragionamento della Suprema Corte, nel caso del RdC, si dovrebbe verificare, quindi, un'ipotesi assimilabile (negli effetti) ad una *abolitio criminis* parziale, perlomeno rispetto alle condotte di falso inerenti al possesso di requisito della residenza decennale poste in essere da un cittadino di stato terzo in possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo», salvo poi precisare (p. 105) che «l'irrilevanza penale delle false dichiarazioni inerenti il requisito di residenza commesse dai lungo-soggiornanti, a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, dovrebbe derivare non tanto dalla circostanza che si sia verificata una (sorta di) *abolitio criminis*, in applicazione del criterio cronologico della *lex posterior*; piuttosto gli imputati dovrebbero essere mandati assolti per il fatto che la norma incriminatrice non risulta più applicabile (in quanto "dormiente" o "quiescente"), poiché prevale su di essa la norma comunitaria incompatibile».

In presenza di queste condizioni, occorre domandarsi quali siano gli effetti della sentenza della Corte cost. n. 31/2025 sull'ambito applicativo dell'art. 7 d.l. n. 4/2019 e, nel tentativo di offrire una visione sistematica, è necessario procedere distinguendo le conseguenze sui procedimenti ancora in corso da quelle sui processi definiti con sentenza irrevocabile e, nel dettaglio, domandarsi quali siano gli effetti che la decisione è destinata a produrre sull'attività del pubblico ministero, del giudice della cognizione e del giudice dell'esecuzione.

Prima di proseguire, appare di fondamentale importanza precisare che la sentenza della Corte cost., ad avviso di chi scrive, ha determinato una modifica mediata dell'art. 7 co. 1 d.l. n. 4/2019, con l'immediata conseguenza che non costituiscono più reato – con efficacia *ex tunc* – le condotte di falsa dichiarazione relative al requisito della residenza in Italia, nel caso in cui il soggetto dichiarante fosse residente in Italia da almeno 5 anni al momento della presentazione della domanda di ammissione[32].

Si tratta di una considerazione che, tuttavia, merita di essere integrata e specificata. Per poter tratteggiare con precisione l'alveo applicativo del delitto di cui all'art. 7 co. 1 d.l. n. 4/2019, infatti, occorre tenere presenti i principi elaborati nella sentenza della Corte cost. in commento e relazionarli con l'art. 2 co. 1 lett. a) n. 1 e con i principi elaborati nella sentenza della CGUE 29 luglio 2024 nelle cause riunite C-112/22, C.U. e C-223/22. Ne deriva:

a) la penale irrilevanza della condotta di dichiarazione mendace posta in essere da cittadino di Paese UE diverso dall'Italia circa il requisito della residenza se presente sul territorio da almeno 5 anni di cui gli ultimi due in modo continuativo;

[32] Si configura una forma di modifica mediata della norma incriminatrice in quanto la dichiarazione relativa alla residenza da almeno 10 anni sul territorio nazionale rappresenta un elemento strutturale della fattispecie penale come, tra l'altro, si desume da uno degli effetti immediati che determina la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 2 co. 1, lett. a), n. 2 d.l. n.4/2019, e cioè considerare le condotte del tutto inoffensive di uno dei beni tutelati dal reato di cui al co. 1 dell'art. 7 nel caso in cui non sia stato provato che il richiedente non fosse residente in Italia da meno di anni 5, profilo che comporta anche la restituzione all'avente diritto dell'eventuale somma pari al valore del reddito di cittadinanza revocato a seguito del procedimento penale.
In altri termini, a seguito della sentenza in commento, già in astratto, la condotta di false dichiarazioni ha rilevanza solo se si afferma di essere residenti in Italia da almeno 5 anni e ciò non corrisponde al vero, mentre del tutto irrilevanti risultano le dichiarazioni relative alla residenza oltre i 5 anni. Ne deriva che i richiedenti residenti da almeno 5 anni sono da considerarsi legittimi beneficiari del reddito di cittadinanza e, di conseguenza, titolari del diritto alla erogazione delle somme, anche di quelle eventualmente non erogate a seguito della sospensione disposta da parte dell'Ente. È dunque evidente che, a seguito della dichiarazione di illegittimità dell'art. 2 co. 1, lett. a), n. 2 del d.l. n. 4/2019, nel caso di dichiarazione mendace relativa alla residenza, qualora sia dimostrato che l'istante era residente da almeno 5 anni, non si verifica, neppure in astratto, la lesione di uno dei beni giuridici tutelati dall'art. 7 co. 1 d.l. n. 4/2019, in quanto le somme sono state erogate a chi ne aveva diritto.
Di diverso avviso, P. Brambilla, *False dichiarazioni per ottenere il reddito di cittadinanza: profili di illegittimità del requisito soggettivo della residenza decennale in Italia per ottenere il beneficio e conseguenze in sede penale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2, 2022, 260 ss.
Sulla natura plurioffensiva del reato tipizzato nell'art. 7 co. 1 d.l. 4 del 2019, v. A. D'Anello, *La pronuncia delle Sezioni unite in tema di false dichiarazioni volte a conseguire indebitamente il reddito di cittadinanza: problemi di offensività e successioni di leggi*, cit., 645 ss.

b) la penale irrilevanza della condotta di dichiarazione mendace posta in essere da cittadino extracomunitario in presenza di due condizioni:
b1) residenza in Italia da almeno 5 anni, di cui gli ultimi due in modo continuativo;
b2) possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

Di conseguenza, residuano la rilevanza penale della condotta del cittadino di Paese UE diverso dall'Italia che ha falsamente affermato di essere residente in Italia da più di 5 anni (mentre lo era da meno di anni cinque) e la rilevanza penale della condotta del soggetto proveniente da Paese extra UE se ha dichiarato il falso in relazione alla residenza in Italia in due casi, e cioè se residente in Italia da almeno 5 anni ma non in possesso dei requisiti del soggiornante di lungo periodo o se – anche se in possesso dello *status* di soggiornante di lungo periodo – residente in Italia da meno di 5 anni.

In definitiva, il trattamento dei cittadini di Paesi diversi dall'Italia, ad avviso di chi scrive, continua ad essere differenziato, in quanto l'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 7 d.l. n. 4/2019 appare più esteso nei confronti dei cittadini provenienti da Paesi extra UE rispetto a quelli provenienti da Paesi UE; differenza che, come più volte rimarcato, si fonda sul requisito dello *status* di soggiornante di lungo periodo, richiesto esclusivamente ai cittadini extracomunitari.

A ben vedere, si tratta di una interpretazione che, seppur in astratto criticabile per una disparità di trattamento fondata sulla provenienza del richiedente, seguendo il ragionamento sviluppato dai Giudici delle leggi, non crea tensioni con i principii costituzionali in quanto, essendo il r.d.c. una misura di inclusione attiva, sono da considerarsi ammissibili le limitazioni nei confronti di extracomunitari se ancorate all'accertamento un consolidato radicamento nel territorio[33]. E, tra l'altro, esclusa la natura di misura assistenziale, la normativa interna non sembra porsi in contrasto neppure con la disciplina eurounitaria in quanto l'art. 11 par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109 impone parità di trattamento per le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione, non per misure attive di inclusione[34].

---

[33] Corte cost., sent. n. 19/2022. Sul punto, v. P. Brambilla, *La natura discriminatoria del requisito della residenza decennale per l'accesso al reddito di cittadinanza: gli effetti della sentenza C-112/22 e C223/22 della Corte di Giustizia UE sui procedimenti penali per false dichiarazioni nella richiesta del beneficio*, cit., 103.

[34] L'art. 11 della direttiva 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, rubricato "Parità di trattamento", recita: «1. Il soggiornante di lungo periodo gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali per quanto riguarda: a) l'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, purché questa non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, nonché le condizioni di assunzione e lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione; b) l'istruzione e la formazione professionale, compresi gli assegni scolastici e le borse di studio secondo il diritto nazionale; c) il riconoscimento di diplomi, certificati e altri titoli professionali secondo le procedure nazionali applicabili; d) le prestazioni sociali, l'assistenza sociale e la protezione sociale ai sensi della legislazione nazionale; e) le agevolazioni fiscali; f) l'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi, nonché alla procedura per l'ottenimento di un alloggio; g) la libertà d'associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria, compresi i vantaggi che ne derivano, fatte salve le disposizioni nazionali in materia di ordine pubblico e pubblica sicurezza; h) il libero accesso a tutto il territorio dello Stato membro interessato, nei limiti che la legislazione nazionale prevede per ragioni di sicurezza. 2. Per quanto

Una volta delineato l'alveo applicativo del reato di cui all'art. 7 co. 1 d.l. n. 4/2019, è possibile procedere alla dettagliata analisi delle conseguenze che la sentenza è destinata a realizzare iniziando dagli effetti sulle attività di indagine ancora in corso.

Ebbene, il Pubblico ministero, tenute presenti le indicazioni precedentemente elaborate, dovrà procedere alla richiesta di archiviazione perché il fatto non è più preveduto dalla legge come reato se il cittadino di Paese Ue diverso dall'Italia ha dichiarato il falso circa il requisito della residenza in Italia da almeno 10 anni, laddove abbia acquisito elementi in grado di provare la presenza sul territorio nazionale da almeno 5 anni, di cui gli ultimi due prima della richiesta in modo continuativo. Nel caso del cittadino proveniente da Paese extra UE, invece, oltre ad accertare la residenza in Italia da almeno 5 anni e la presenza sul territorio nazionale in modo continuativo da almeno due anni precedenti la presentazione della domanda, dovrà valutare se sussistono i requisiti per poter considerare il richiedente soggiornante di lungo periodo e, nel caso in cui egli sia privo dello *status*, dovrà, laddove sussistano tutti gli altri requisiti richiesti dalla normativa, procedere con l'esercizio dell'azione penale.

Per quanto concerne i risvolti nel giudizio penale[35], occorre in tale sede ribadire che, coerentemente con quanto affermato dalla Corte cost. e dalla CGUE, dovrà essere pronunciata sentenza di assoluzione in quanto il fatto non è più previsto dalla legge come reato nei confronti dei soggetti provenienti da Paesi diversi dall'Italia in presenza delle condizioni in precedenza richiamate, tenendo ben presente la differenza di trattamento tra cittadini di Paesi Ue diversi dall'Italia e soggetti extracomunitari.

Più delicate, infine, le conseguenze in sede di giudizio di esecuzione.

Nessun dubbio sussiste circa la revoca della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 673 co. 1 c.p.p. da parte del giudice dell'esecuzione, nel caso in cui dalla lettura della sentenza sia possibile desumere, per quanto concerne il cittadino di Paese UE diverso dall'Italia, la residenza sul territorio nazionale da almeno 5 anni di cui gli ultimi due prima della richiesta in modo continuativo.

Alla stessa conclusione il giudice dell'esecuzione dovrà giungere anche con riguardo al cittadino extracomunitario, laddove dalla lettura della sentenza di condanna emergano dati certi dai quali inferire lo *status* di soggiornante di lungo periodo

riguarda le disposizioni del paragrafo 1, lettere *b*), *d*), *e*), *f*) e *g*), lo Stato membro interessato può limitare la parità di trattamento ai casi in cui il soggiornante di lungo periodo, o il familiare per cui questi chiede la prestazione, ha eletto dimora o risiede abitualmente nel suo territorio. 3. Gli Stati membri possono limitare il godimento degli stessi diritti riconosciuti ai cittadini nazionali come segue: a) possono fissare limitazioni all'accesso al lavoro subordinato o autonomo nei casi in cui la legislazione nazionale o la normativa comunitaria in vigore riservino dette attività ai cittadini dello Stato in questione, dell'UE o del SEE; b) possono esigere una prova del possesso delle adeguate conoscenze linguistiche per l'accesso all'istruzione e alla formazione. L'accesso all'università può essere subordinata all'adempimento di specifiche condizioni riguardanti la formazione scolastica. 4. Gli Stati membri possono limitare la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale alle prestazioni essenziali. 5. Gli Stati membri possono decidere di concedere l'accesso ad altre prestazioni nei settori di cui al paragrafo 1. Gli Stati membri possono altresì decidere di concedere la parità di trattamento in settori non contemplati nel paragrafo 1».

[35] In dottrina, v. P. Brambilla, *False dichiarazioni per ottenere il reddito di cittadinanza: profili di illegittimità del requisito soggettivo della residenza decennale in Italia per ottenere il beneficio e conseguenze in sede penale*, cit., 260 ss.

e la residenza in Italia da almeno 5 anni di cui gli ultimi due prima della richiesta in modo continuativo.

Ben più problematiche le ipotesi in cui nel corpo della sentenza irrevocabile non sono indicati gli elementi dal cui accertamento deriva la penale rilevanza della condotta di false dichiarazioni relative alla residenza in Italia da parte di soggetti provenienti da Paesi terzi Ue ed extra-UE.

In tale ultimo contesto, occorre domandarsi quali poteri il giudice dell'esecuzione potrà attivare al fine di offrire una soluzione al caso concreto.

Anche in tal caso, sarà opportuno procedere analizzando separatamente il caso del soggetto proveniente da Paese terzo UE e da Paese extra UE.

Nel primo caso, ad eccezione di provvedimenti scarnamente motivati, dalla valutazione del corpo della sentenza dovrebbe essere possibile stabilire il momento a partire dal quale il condannato è residente in Italia, con consequenziale revoca del sentenza di condanna nel caso in cui – anche in applicazione del principio del *favor rei* – non sia certo il momento da cui l'istante si è stabilizzato in Italia e, nel caso in cui emerga che il soggetto proveniente da Paese Ue diverso dall'Italia risieda sul territorio nazionale da almeno 5 anni prima della dichiarazione, sempre che, in entrambi i casi richiamati, non residuino profili di rilevanza penale in ordine alla dichiarazione relativa alla presenza continuativa da almeno 2 anni sul nostro territorio prima del momento della domanda per ottenere il r.d.c.

Più complessa, ad avviso di chi scrive, sarà invece l'attività che è chiamato a svolgere il giudice dell'esecuzione qualora l'incidente di esecuzione concerna la richiesta di revoca della sentenza di condanna di soggetto proveniente da Paese extra UE.

In tal caso, non basterà accertare la presenza sul territorio nazionale da almeno 5 anni di cui gli ultimi due prima della richiesta in modo continuativo, ma dovrà essere verificato se il condannato avesse anche lo *status* di soggiornante di lungo periodo, profilo quest'ultimo che, appare prevedibile, potrebbe essere in alcuni casi non oggetto di valutazione nel corpo della motivazione della sentenza divenuta irrevocabile, anche a causa della peculiarità della disciplina in materia[36].

Ebbene, in questa situazione sembra opportuno che il giudice dell'esecuzione, al fine di acquisire tutti gli elementi necessari per giungere alla decisione circa la revoca o meno della sentenza di condanna, attivi e si avvalga dei poteri di cui all'art. 666 co. 5 c.p.p. in forza del quale è possibile chiedere alle autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui il giudice abbia bisogno e, procedere, se occorre, all'acquisizione di nuove prove in udienza nel rispetto del contraddittorio.

Lampante appare il rischio che in questi contesti si assista in sede di giudizio di esecuzione alla celebrazione di un nuovo procedimento di cognizione "mascherato", rischio che, tuttavia, risulta inevitabile, in quanto si tratta dell'unico strumento per garantire la corretta applicazione della disposizione penale così come rimodulata attraverso la sentenza della Corte cost. n. 31/2025.

In definitiva, la sentenza della Corte costituzionale in commento ha il pregio di offrire una disciplina unitaria – superando così le criticità derivanti dall'applicazione dei principi contenuti nella sentenza della CGUE, applicabile ai soli soggiornanti di lungo periodo – almeno per quanto concerne i soggetti provenienti da Paesi UE diversi

[36] Per quanto concerne la normativa italiana, si rinvia alla nota 25 del presente lavoro.

dall'Italia ed extracomunitari, anche se con riguardo a questi ultimi, come più volte ribadito, si continua a subordinare l'erogazione del beneficio al possesso del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo.

TENUITÀ DEL FATTO, STATUIZIONI CIVILI E ASIMMETRIE DIFENSIVE

Nota a Cass. pen., Sez. un., 23 aprile 2026 (dep. 29 luglio 2026), n. 28647

Susanna Schiavone*

Sommario: 1. Le questioni. – **2.** Il caso. – **3.** La natura della sentenza *ex* art. 131-*bis* c.p. – **3.1.** I fondamenti della non punibilità per tenuità del fatto. – **3.2.** Il giudicato "di tenuità" e i suoi rapporti con l'azione civile. – **3.3.** Il contrasto interpretativo. – **4.** La posizione delle Sezioni unite. – **5.** Il problema dell'asimmetria difensiva. – **6.** Considerazioni finali.

ABSTRACT

Il contributo esamina l'ordinanza con cui le Sezioni unite hanno escluso l'appellabilità, da parte dell'imputato, della sentenza *ex* art. 131-*bis* c.p. recante statuizioni civili. La decisione si lascia apprezzare soprattutto per il rigoroso rispetto del principio di legalità, che preclude di piegare il dato normativo a una soluzione interpretativa adeguatrice. Su queste basi, le Sezioni unite hanno doverosamente scelto di rimettere alla Corte costituzionale la verifica dell'eventuale *vulnus* dell'art. 593, comma 3 c.p.p. L'A. formula tuttavia alcuni rilievi critici sul piano del diritto di difesa e del principio di parità delle parti, con particolare riguardo all'asimmetria che può determinarsi rispetto alla posizione della parte civile; propone di distinguere le ipotesi in ragione dell'oggetto dell'impugnazione, riconducendo la contestazione delle sole statuizioni civili al disposto dell'art. 574 c.p.p. e valorizzando, invece, la necessità di un adeguato riesame nel merito qualora l'imputato intenda rimettere in discussione anche l'accertamento del fatto.

This article discusses the Joint Chambers' ruling that a defendant cannot appeal a judgment under Article 131-bis of the Italian Criminal Code where that judgment also includes civil orders. The decision leaves no room for a corrective interpretation of the statutory text. On that basis, the Joint Chambers rightly referred to the Constitutional Court the question whether Article 593(3) of the Code of Criminal Procedure is unconstitutional. The Author nonetheless raises critical concerns from the perspective of defence rights and equality of arms, particularly as regards the asymmetry between the defendant and the civil party. The Author proposes distinguishing between appeals according to their subject matter, with challenges limited to the civil orders falling under Article 574 of the Code of Criminal Procedure, while an effective review on the merits should be available where the defendant also seeks to challenge the factual findings underlying the decision.

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Milano Bicocca.

1. Le questioni.

Con l'ordinanza n. 4839 del dicembre 2025[1], la quinta Sezione della Corte di cassazione ha devoluto all'attenzione dell'organo nomofilattico una questione destinata a ravvivare il dibattito sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto[2], con riferimento ai rapporti tra la declaratoria di non punibilità, l'azione civile esercitata nel processo penale e il regime delle impugnazioni.

Il dubbio interpretativo concerne, in particolare, l'appellabilità da parte dell'imputato della sentenza che dichiari la non punibilità del fatto ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., qualora la medesima decisione rechi una statuizione sulla condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno in favore della parte civile. Viene, dunque, in considerazione il contenuto della pronuncia che, in tale evenienza, non si limiterebbe a prosciogliere l'imputato – pur accertando il fatto-reato – ma compendierebbe altresì una determinazione di rilievo anche civilistico. Esperendo i suoi effetti direttamente sulla definizione del rapporto privatistico, quest'ultima – in altri termini – contribuirebbe a determinare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato, quantomeno con riferimento alla sua sfera patrimoniale.

La trattazione della questione impone di riflettere preliminarmente sulla natura giuridica della pronuncia resa ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., giacché è proprio dalla relativa qualificazione che discendono le ricadute sul piano del regime impugnatorio applicabile.

È ben vero che l'art. 574, comma 1 c.p.p. riconosce all'imputato il diritto di impugnare i capi della sentenza attinenti agli interessi civili[3]; tuttavia, in attuazione del

[1] Cass. pen., Sez. V, Ord., 11 dicembre 2025 (dep. 5 febbraio 2026), n. 4839, Pres. Vessichelli - Rel. Francolini.

[2] La disciplina processuale della particolare tenuità del fatto, introdotta dal d.lgs. n. 28/2015, è stata accolta dalla dottrina con diffuse riserve critiche. Ne sono state evidenziate le carenze sul piano tecnico e sistematico, nonché le importanti difficoltà ermeneutiche derivanti da un impianto normativo ritenuto di incerta fisionomia. In tal senso, v., fra gli altri, F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2015, 97 ss.; A. Corbo - G. Fidelbo, Relazione n. III/2/2015 del 23 aprile 2015, *Problematiche processuali riguardanti l'immediata applicazione della "particolare tenuità del fatto"*, in *www.cortedicassazione.it;* A. Marandola, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2015, 791 ss.; Id., *Rilievi critici sulla reale capacità deflattiva della particolare tenuità del fatto*, in *Studium iuris*, 1/2018, 15 ss.; L. Parlato, *Il volto processuale della particolare tenuità del fatto,* in Aa.Vv., *Il nuovo volto della giustizia penale*, a cura di G.M. Baccari - K. La Regina, Padova, 2015, 225 ss.; S. Quattrocolo, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa,* in M. Daniele - P. P. Paulesu (a cura di), *Strategie di deflazione penale e rimodulazione del giudizio* in absentia, Torino, 2015, 131 ss.; I. Russo, *D.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. pen.*, 2015, 3, 1; C. Santoriello, *Commento al d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Arch. pen.*, 2015, 5; autorevolmente, G. Spangher, *L'irrilevanza del fatto*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, 1/2015, 20 s., la cui analisi si sofferma criticamente sui poteri del giudice nella fase dell'archiviazione, sulla tutela dell'imputato che aspiri a una pronuncia pienamente liberatoria e sulle incertezze relative alla valutazione della non abitualità del comportamento.

[3] In argomento, F. Nuzzo, *L'appello nel processo penale*, III ed. con Presentazione di G. Riccio, Milano, 2008, 72 ss.

principio di tassatività delle impugnazioni[4], il comma 3 della medesima disposizione prescrive che tale iniziativa sia proposta «con il mezzo previsto per le disposizioni penali della sentenza». Ne discende che l'impugnazione agli effetti civili non gode di un regime autonomo, ma segue – quanto all'individuazione del mezzo esperibile – la sorte del capo penale, soggiacendo ai medesimi limiti che la legge impone per l'appello dell'imputato.

È in questa logica che la qualificazione della declaratoria *ex* art. 131-*bis* c.p. si rivela determinante. L'art. 593 c.p.p., nel disciplinare i casi di appello, delimita infatti l'ambito di operatività – oggettivo e soggettivo – di tale mezzo di impugnazione in ragione della tipologia di pronuncia; in particolare, il comma 3 sottrae all'appello talune categorie di sentenze, ivi comprese quelle di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa. Sicché, ove la pronuncia di non punibilità per particolare tenuità del fatto venga ricondotta al novero delle sentenze di proscioglimento, il limite di cui all'art. 593, comma 3 c.p.p. finirebbe per operare – in forza del criterio dettato dall'art. 574, comma 3 c.p.p. – anche sull'impugnazione proposta agli effetti civili, parimenti preclusa nelle forme dell'appello.

Dall'altra, essa rinvia più in generale al tema del diritto di difesa dell'imputato, che si relaziona al suo interesse ad ottenere un esito giudiziale pienamente liberatorio[5]; aspirazione che si confronta con l'ampia tutela riconosciuta alla parte civile in applicazione degli artt. 538 e 576 c.p.p., anche alla luce dell'interpretazione da ultimo offerta dalle Sezioni unite nel caso "Salerno"[6].

Ravvisata la sussistenza di un contrasto nella giurisprudenza di legittimità, in punto di qualificazione della sentenza che, nell'escludere la punibilità per tenuità del fatto, condanni l'imputato agli effetti civili, la quinta Sezione ha rimesso il ricorso al su-

---

4 Cfr. l'art. 568, commi 1 e 3 c.p.p. In dottrina, fra gli altri, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1090 ss.; C. Iasevoli, *Il sistema delle impugnazioni e il provvedimento abnorme*, in Aa.Vv., *Le impugnazioni penali*, a cura di G. Canzio - R. Bricchetti, coordinato da A. Marandola, Milano, 2019, 26 ss.; F. Nuzzo, *op. cit.*, 45 ss.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, XVII ed., Milano, 2016, 920 ss.

5 L'interesse, quale presupposto dell'impugnazione dell'imputato rispetto alle questioni civilistiche trattate nel processo penale, deve essere parametrato al pregiudizio derivante dalla sentenza e all'utilità concretamente ritraibile dall'accoglimento dell'impugnazione da lui proposta. Così, autorevolmente, F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 1094; F. Nuzzo, *op. cit.*, 106 ss.; G. Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale: trattato teorico pratico*, Vol. I, Milano, 1965, 235.

6 Cass., Sez. un., ord. 30 gennaio 2025 (dep. 23 giugno 2025), n. 23406, Pres. Cassano - Rel. Scordamaglia - Gaeta P.m., con nota di A. Aceto, *La parte civile può sempre proporre appello avverso tutte le sentenze di proscioglimento*, in *Il QG*, 1 luglio 2025. Il Supremo Consesso ha aderito all'orientamento secondo cui, anche a seguito della riforma Cartabia, la parte civile conserva, nel procedimento dinanzi al giudice di pace, la legittimazione a proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento di cui all'art. 593, comma 3 c.p.p., in applicazione della disciplina generale dettata dall'art. 576 c.p.p., resa operante dal rinvio contenuto nell'art. 2, comma 1 del d.lgs. n. 274 del 2000. Sul tema dell'impugnazione della parte civile avverso le sentenze di proscioglimento, cfr. A. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Cedam, Padova, 2011, p. 125 ss. Ricostruisce il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul potere di impugnazione della parte civile nella vigenza della l. n. 46/2006 (legge "Pecorella"), con particolare riguardo alle ricadute che la modifica dell'art. 593 c.p.p. sortisce sull'ambito applicativo dell'art. 576 c.p.p. e al conseguente contrasto circa la permanenza della facoltà della parte civile di appellare le sentenze di proscioglimento, V. Rossi, *I poteri di impugnazione della parte civile*, in *Arch. pen.*, 1/2018.

premo Consesso ai sensi dell'art. 618, comma 1 c.p.p., domandando «se sia appellabile dall'imputato la sentenza di proscioglimento, emessa *ex* art. 131-*bis* c.p. per un reato punito con pena alternativa, che abbia condannato il medesimo alle restituzioni e al risarcimento del danno in favore della parte civile».

Tuttavia, tale interrogativo ha ricevuto risposta negativa da parte dell'organo nomofilattico che, con l'ordinanza n. 28647[7], depositata nel luglio 2026, ha disatteso l'orientamento condiviso dal giudice rimettente, enunciando il seguente principio di diritto: «in tema di impugnazioni, non è appellabile dall'imputato la sentenza di proscioglimento, emessa *ex* art. 131-*bis* c.p.p. per un reato punito con pena alternativa, che condanni l'imputato stesso al risarcimento del danno in favore della parte civile»[8].

Muovendo da tale conclusione, le Sezioni unite hanno ritenuto rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 593, comma 3 c.p.p., nella parte in cui non consente all'imputato di appellare la sentenza di proscioglimento pronunciata ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. che contenga una condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno in favore della parte civile[9].

L'investitura della Corte costituzionale conferma la rilevanza, tanto sul piano teorico quanto su quello applicativo, della questione in esame, la cui complessità può essere pienamente colta soltanto nel quadro della vicenda processuale in cui essa si inscrive. Pertanto, si rende opportuno ricostruirne le linee portanti.

2. Il caso.

L'*iter* processuale trae abbrivio da una sentenza pronunciata dal Tribunale di Bologna nei confronti del direttore responsabile di un quotidiano locale, imputato, ai sensi degli artt. 57, 595 commi 2 e 3 e 596-*bis* c.p., del reato di omesso controllo in relazione alla pubblicazione a mezzo stampa di un articolo ritenuto diffamatorio.

Secondo la ricostruzione accolta dal giudice di merito, la pubblicazione aveva determinato un'erronea associazione tra le generalità della persona arrestata e l'immagine della persona offesa, cagionando una lesione della reputazione di quest'ultima. Pur ritenendo integrata la fattispecie contestata, il Tribunale ha escluso la punibilità dell'imputato per particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131-bis c.p. e, contestualmente, lo ha condannato al risarcimento del danno in favore della parte civile, da liquidarsi in separata sede, riconoscendo una provvisionale di euro dodicimila.

Avverso tale decisione l'imputato ha proposto appello, contestando sia l'accertamento della responsabilità penale, sotto il profilo della configurabilità del reato, sia le statuizioni civili. Più specificamente, la difesa ha sostenuto che l'erronea associazione tra la fotografia e la notizia fosse riconducibile all'altrui inganno, richiamando gli artt. 47, comma 1 e 48 c.p.; del pari, ha eccepito la sproporzione tra il riconoscimento della particolare tenuità del fatto e l'entità della provvisionale liquidata.

---

[7] Cass. pen., Sez. un., 23 aprile 2026 (dep. 29 luglio 2026), n. 28647, Pres. Mogini - Rel. Siani - P.m. Romano e Giordano.

[8] Cfr., in particolare, il § 4 del Considerando in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.

[9] Cfr. i §§ 5 e 6 del Considerando in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.

Ritenendo che la pronuncia resa ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. integrasse una sentenza di proscioglimento e fosse, pertanto, inappellabile ai sensi dell'art. 593, comma 3 c.p.p., il giudice di secondo grado ha disposto la trasmissione degli atti alla Corte di cassazione. Quest'ultima, ravvisando la particolare rilevanza della questione sottopostale, l'ha rimessa al vaglio delle Sezioni unite, le quali, in ragione del loro responso, hanno doverosamente invocato l'intervento del giudice delle leggi.

3. La natura della sentenza *ex* art. 131-*bis* c.p.

Il primo snodo concerne la qualificazione della sentenza che dichiara la non punibilità per la particolare tenuità del fatto, riferita a un reato assistito da pena alternativa e che, al contempo, condanna l'imputato al risarcimento in favore della parte civile[10].

Come accennato, questo passaggio appare dirimente ai fini della definizione dei rimedi impugnatori esperibili dall'imputato. In forza dell'art. 593 c.p.p., infatti, i confini applicativi dell'appello risultano delimitati, sotto il profilo oggettivo, in base alla qualificazione formale della sentenza che si intende impugnare. Viene qui in rilievo la previsione di cui al terzo comma dell'art. 593 c.p.p. che, nel sancire un'eccezione rispetto alle regole di cui ai primi due commi, stabilisce: «sono in ogni caso inappellabili le sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda o la pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità, nonché le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa».

Alla luce di tale disposizione, l'ordinanza di rimessione prospetta una duplice alternativa, sulla quale si articola il dibattito in merito alla questione che ci occupa: qualificare la pronuncia *ex* art. 131-bis c.p. che rechi statuizioni civili come sentenza di proscioglimento, con la conseguenza della non appellabilità da parte dell'imputato nei casi previsti dall'art. 593, comma 3 c.p.p.; oppure come sentenza di condanna, valorizzando la presenza della componente restitutoria o risarcitoria, con l'effetto opposto di renderla appellabile dall'imputato ai sensi dell'art. 593, comma 1 c.p.p.

Come sottolinea il giudice rimettente, optare per l'una o per l'altra soluzione produce conseguenze sistematiche tutt'altro che trascurabili, vieppiù alla luce delle modifiche che hanno interessato l'istituto dell'appello a seguito del d.lgs. n. 150/2022[11].

---

[10] Cfr. il Considerato in diritto, §§ 1 ss., dell'ordinanza di rimessione.

[11] Criticamente, J. Della Torre, *La crisi dell'appello penale nel prisma della statistica giudiziaria*, in *Arch. pen.*, 2/2022, a parere del quale tali modifiche, pur muovendo da un condivisibile intento deflativo, si rivelano per più profili timide; O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *Arch. Pen.*, 2/2022, ove l'A. contesta che la riforma muova da una pregiudiziale ideologica sulla non conformità della durata media dei processi agli *standard* europei, senza indagarne cause e peculiarità nazionali: la violazione del diritto alla ragionevole durata, infatti, non risiede nei tempi fisiologici del processo, ma nell'inerzia ingiustificata delle autorità procedenti, sicché un serio intervento riformatore avrebbe dovuto occuparsi prevalentemente di questioni organizzative. A partire da questo errore di metodo, l'appello viene icasticamente definito come «un malato immaginario».
Più diffusamente, A. Marandola, *Il ridimensionamento e la conformità strutturale e procedurale dei mezzi ordinari d'impugnazione al modello accusatorio*, in Aa.Vv., *"Riforma Cartabia" e rito penale*, a cura di Id., Milano-Padova, 2022, 233 ss.; G. Ichino, *Riforma Cartabia" e processo d'appello*, in *www.questionegiustizia.it*; F. Mele, *L' appello penale dopo la riforma Cartabia*, in *Riv. giur. sarda*, n. 2/2023, 91.

L'art. 593, comma 3 c.p.p., nel testo risultante dalla riforma "Cartabia", ha infatti riconfigurato l'ambito oggettivo dell'appellabilità, determinandone, rispetto alla formulazione previgente[12], una sensibile compressione[13], nel quadro di un più ampio disegno di razionalizzazione del sistema delle impugnazioni[14]. È proprio in ragione di tale intervento che la quinta Sezione ha espresso l'esigenza di un'accurata calibratura nella qualificazione della sentenza *ex* art. 131-*bis* c.p.: definirla in termini di "proscioglimento" o di "condanna" può incidere in modo non marginale sugli assetti riplasmati dalla recente riforma.

3.1. I fondamenti della non punibilità per tenuità del fatto.

Su un piano logico, ancor prima che dogmatico, l'analisi delle diverse posizioni prospettate in ordine alla qualificazione della declaratoria di non punibilità impone di ricostruire natura e fondamento della causa *ex* art. 131-*bis* c.p.; è infatti dall'inquadramento dei suoi profili sostanziali che discende il relativo regime processuale. Si tratta, peraltro, di un tema tornato "*à la page*" anche in ragione degli interventi operati dal d.lgs. n. 150/2022 che, come rimarcato dal Collegio rimettente[15], hanno determinato un ampliamento del perimetro applicativo di questa disposizione[16].

---

[12] Per tutti, si v. G. Canzio, *Le impugnazioni penali fra riforme legislative e diritto giurisprudenziale*, in *Sist. pen.*, 10 dicembre 2019; A. Marandola, *L'appello riformato*, Milano-Padova, 2020, 72 ss. la cui analisi si concentra sull'istituto dell'appello, come rimodulato ai sensi della l. n. 103/2017 e del successivo d.lgs. n. 11/2018.

[13] Osserva, autorevolmente, P. Ferrua, *La riforma dell'appello*, in *Dir. Pen. Proc.*, 9/2021, 1155 ss., che ogni intervento normativo volto a restringere l'ambito oggettivo dell'appello rischia di tradursi in una violazione, se non formale, quantomeno sostanziale, della garanzia convenzionale del doppio grado di giudizio nel merito; garanzia che non tollera surrogati nel solo giudizio di legittimità, in quanto inidoneo a offrire un riesame pieno della responsabilità dell'imputato.

[14] Come emerge dalla Relazione illustrativa alla legge-delega 27 settembre 2021, n. 134, aggiornata al testo definitivo del d.lgs. n. 150/2022, in G.U. Serie Generale, 19 ottobre 2022 n. 245 - Suppl. Straordinario n. 5, 159: «In attuazione dei criteri di delega di cui all'art. 1, comma 13, lett. *c), e), f), l)* della legge-delega, le modifiche proposte in tema di appello puntano ad implementarne l'efficienza attraverso una riduzione dell'appellabilità oggettiva delle sentenze e dei casi di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale. Viene pertanto esclusa l'appellabilità delle sentenze di proscioglimento e di non luogo a procedere relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa, nonché delle sentenze di condanna qualora sia stata applicata la sola pena dell'ammenda o la nuova pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità». Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2022, l'art. 593, comma 3 c.p.p. limitava l'ambito oggettivo di inappellabilità alle sole sentenze di proscioglimento relative alle contravvenzioni (e non ai delitti) punite con la sola pena dell'ammenda o con pena alternativa.

[15] Cfr. il Considerato in diritto, § 3.3, dell'ordinanza di rimessione.

[16] In proposito, E. Turco, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Processo penale e giustizia*, 1/2022, 107 ss., la quale, nell'analizzare le modifiche introdotte dalla riforma "Cartabia" in materia di particolare tenuità del fatto, individua due direttrici antinomiche dell'intervento riformatore: da un lato, l'ancoraggio del limite edittale al minimo della pena detentiva, anziché al massimo, determina un ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto; dall'altro, l'estensione delle presunzioni di non tenuità dell'offesa e l'introduzione della «condotta susseguente al reato» quale ulteriore criterio di valutazione, ne restringono l'operatività. Si v., inoltre, M. Cecchi, *Profili processuali della particolare tenuità del fatto post Cartabia*, in Aa.Vv.,

L'art. 131-*bis* c.p. è stato introdotto dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28[17], con l'obiettivo di replicare nel Codice penale l'istituto della "tenuità del fatto", già da tempo applicato in sede minorile (art. 27, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448)[18] e dinanzi al giudice di pace (art. 34, d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274)[19]. Esso disciplina un istituto di diritto sostanziale, tradizionalmente ricondotto alla categoria delle cause di esclusione della punibilità in senso stretto[20]. La sua previsione sottende una scelta di

Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale, a cura di D. Castronuovo - M. Donini - E.M. Mancuso - G. Varraso, Milano-Padova, 2023, 132 ss.; E. Lorenzetto, *Nuove sinergie tra giustizia riparativa e procedimento penale*, in *Giur. It.*, 5/2023, 1217 ss. Quanto agli aspetti di diritto penale sostanziale, cfr. D. Brunelli, *La tenuità del fatto nella riforma "Cartabia": scenari per l'abolizione dei minimi edittali?*, in *Sistema Penale*, 13 gennaio 2022; M. Dova, *La "nuova" particolare tenuità del fatto: luci e ombre*, in Aa.Vv., *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, a cura di D. Castronuovo - D. Negri , Napoli, 2023, 439 ss.; Id., *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in Aa.Vv., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., 115 s.; 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 *Arch. Pen.*, 3/2024, 8; S. Riccardi, *La nuova disciplina dell'art. 131-bis c.p. nel quadro della riforma Cartabia*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 2 marzo 2023.

[17] Il riferimento si indirizza al d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28, recante «Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera *m)*, della legge 28 aprile 2014, n. 67», in merito al quale si rinvia, per tutti, alla disamina di R. Borsari, *Commento al decreto legislativo 16 marzo 2015, n. 28, recante Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67" (in G.U. 18 marzo 2015, n. 64)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*. La direttiva di delega, attuata dal richiamato decreto legislativo, stabilisce di «escludere la punibilità di condotte sanzionate con la sola pena pecuniaria o con pene detentive non superiori nel massimo a cinque anni, quando risulti la "particolare" tenuità dell'offesa e la non abitualità del comportamento, senza pregiudizio per l'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno e adeguando la relativa normativa processuale penale».

[18] Sul tema, S. Larizza, *Il diritto penale dei minori. Evoluzione e rischi di involuzione*, Padova, 2005, 66 ss., in cui si mette in luce l'esigenza di proteggere il minore dal processo, qualificato come un «meccanismo di per sé distruttivo»; Id., *L'irrilevanza del fatto*, in Aa.Vv., *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di E. Palermo Fabris - A. Presutti, Milano, II ed., 2011, 250 ss.; G. Pighi, *L'"irrilevanza" del fatto nel diritto penale minorile*, in *Studium Iuris*, 1/1999, 71 ss. Per una prospettiva sistematica, E. Cadamuro, *L'irrilevanza penale del fatto nel prisma della giustizia riparativa*, Padova, 2022, 47 ss. Evidenzia come l'ambito della giustizia minorile ha funzionato – e continua a funzionare – come "laboratorio" per la sperimentazione e l'innesto di istituti innovativi, autorevolmente, G. Fiandaca, *La giustizia minorile come laboratorio sperimentale di innovazioni estensibili al diritto penale comune*, in Id., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 145 ss.

[19] Ampiamente, R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto,* in *Dir. pen. proc.*, 6/2015, 659; G. Fidelbo, voce *Giudice di Pace* (*dir. proc. pen.*), in *Dig. disc. pen.*, Agg., II, Torino, 2004, 295 ss.

[20] In tal senso, T. Padovani, *Diritto Penale*, Milano, 2017, 174: «è tenue, (...), solo il fatto già di per sé tipico (e dunque offensivo), antigiuridico e colpevole, rispetto al quale risulti venuta meno la necessità della pena». Per una completa ricostruzione della genesi, della natura e dei presupposti applicativi dell'istituto, si rinvia all'attenta ricostruzione di G. Amarelli, *Particolare tenuità del fatto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Agg., XI, Milano, 2017, 559 ss.; C. F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 518 s.; A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: una figura sotto assedio*, in *Arch. Pen.*, 1/2021, 4 ss.; R. Rampioni, *La non punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 459 ss. Per una prospettiva monografica, V. Bove, *Particolare tenuità del fatto*, Milano, 2019; M. Telesca, *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, Torino, 2022.

opportunità che implica una rinuncia da parte del legislatore a esercitare la pretesa punitiva nei confronti di un reato che, pur perfezionandosi in tutti i suoi elementi – oggettivi e soggettivi – risulti caratterizzato da un tasso di offensività marcatamente ridotto.

Intervenendo su un fatto già integralmente configuratosi come reato, l'art. 131-*bis* c.p. assurge al rango di norma paradigmatica ai fini della distinzione tra tipicità e punibilità, quest'ultima estranea alla struttura tripartita e concepita come mera conseguenza dell'illecito[21]. Essa conferma, infatti, che la punibilità costituisce un momento dogmaticamente distinto e successivo rispetto all'accertamento del fatto tipico, antigiuridico e colpevole, operando esclusivamente sul piano dell'opzione politico-criminale di assoggettare il reato ad una pena[22].

Muovendo da tale premessa, la dottrina penalistica ha efficacemente osservato come il reato non costituisca un'entità monolitica, bensì un fenomeno suscettibile di graduazione sul piano dell'offesa, con la conseguenza che è possibile formulare un giudizio di particolare tenuità – e dunque di non punibilità – anche in presenza di un fatto che, pur non essendo radicalmente inoffensivo, conservi rilevanza penale[23]. Proprio in ragione della modulabilità dell'offesa, la disciplina codicistica invoca un intervento dosimetrico del giudice, al quale demanda il compito di verificare, attraverso una valutazione in concreto della fattispecie sottoposta al suo esame, la ricorrenza dei presupposti della particolare tenuità del fatto[24].

Questa ricostruzione appare chiaramente desumibile dal testo della Relazione ministeriale allo schema del d.lgs. n. 28/2015, ove si precisa che l'applicazione dell'art. 131-*bis* c.p. presuppone la sussistenza di «un fatto tipico e, pertanto, costitutivo di reato», rispetto al quale il legislatore esclude la punibilità «in ragione dei principi generalissimi di economia processuale»[25]. A ben vedere, però, l'obiettivo sotteso alla

[21] A tal riguardo, cfr. l'interessante riflessione proposta da L. Cornacchia, *La punibilità* sub condicione, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12 dicembre 2017.

[22] L. Cornacchia, *La punibilità* sub condicione, cit., 31.

[23] Così, C. F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2015, 522. In termini, si v., inoltre, A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: una figura sotto assedio*, cit., 4, il quale evidenzia che l'istituto della particolare tenuità del fatto costituisce l'esito della riflessione dottrinale sviluppatasi nel panorama italiano, sulla scorta della fondamentale elaborazione di matrice tedesca, intorno al tema della graduazione del reato.

[24] Questa forma di «depenalizzazione in concreto» contribuirebbe a definire una forma di discrezionalità giudiziale per certi versi contraddittoria: da un lato, il rigido limite edittale precluderebbe al giudice ogni valutazione sulla concreta tenuità del fatto; dall'altro, una volta superata tale soglia, l'ampiezza e l'indeterminatezza dei criteri normativi gli attribuirebbero un potere valutativo particolarmente esteso, con il rischio di soluzioni interpretative non uniformi: così, G. Amarelli, *La particolare tenuità del fatto nel sistema della non punibilità*, in *DisCrimen*, 14 dicembre 2018, 12; M. Telesca, *Contributo all'analisi dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 165 ss.

[25] In termini, la *Relazione di valutazione di impatto della regolamentazione (V.I.R.) al Decreto Legislativo 16 marzo 2015, n. 28 "Disposizioni in materia di non punibilità per particolare tenuità del fatto, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera m), della legge 28 aprile 2014, n. 67"*, in *www.governo.it*, 20, ove si precisa, altresì, che tale impianto non deve essere confuso con le ipotesi di inoffensività del fatto, le quali conducono a una pronuncia assolutoria per insussistenza del fatto, in applicazione della disciplina del reato impossibile di cui all'art. 49, comma 2 c.p.

novella non è consistito unicamente in un intento deflativo del contenzioso penale[26]. Certamente determinante è stata la volontà di assicurare un impiego più razionale delle limitate risorse processuali, riservandole alla trattazione dei fatti di maggiore gravità, in funzione sia di contenimento del carico giudiziario sia, indirettamente, di deflazione del sistema penitenziario[27]. Tuttavia, a tale finalità si è affiancata l'esigenza, costituzionalmente imposta, di implementare il principio di proporzionalità della pena[28]; in armonia con il carattere di *extrema ratio* del diritto penale, esso impone di escludere l'irrogazione della sanzione in presenza di fatti che, pur integrando una fattispecie criminosa, presentano un grado di offensività attenuato, tale da rendere concretamente ultroneo il ricorso all'intervento repressivo penale.

Tale impostazione ha trovato autorevole avallo nella giurisprudenza di legittimità e costituzionale. Come precisato dal giudice rimettente, le Sezioni unite "*Tushaj*"[29], cui hanno successivamente dato continuità le Sezioni unite "*Ubaldi*"[30], hanno ricondotto

[26] Sul punto, cfr. la *Relazione ministeriale di accompagnamento allo schema di d.lgs. n. 28/2015*, in *www.giustizia.it*. Le finalità dell'intervento legislativo sono accuratamente analizzate da F. Caprioli, *Prime considerazioni sul proscioglimento per particolare tenuità del fatto*, cit., 83 s.; I. Giacona, *La nuova causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 c.p.), tra esigenze deflattive e di bilanciamento dei principi costituzionali,* in *Ind. pen.*, 1/2016, 38 ss.; A. Gullo, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis Cp*, in Aa.Vv., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, a cura di S. Quattrocolo, Torino, 2015, 35 ss., con recensione di L. Tavassi, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 4/2016, 2065 ss.; T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *Guida dir.*, 15/2015, 19; F. Palazzo, *Nel dedalo delle riforme prossime e venture*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 4/2014, 1706 s.; G. Pavan, voce *Particolare tenuità del fatto (dir. pen. sost.)*, in *Dig. Pen.*, Agg. IX, Torino, 2016, 500 ss.

[27] In tal senso, R. Aprati, *Le regole processuali della dichiarazione di "particolare tenuità del fatto"*, in *Cass. pen.*, 4/2015, 1319 ss. *Contra,* M. Pelissero, *Il carcere oggi, un'emergenza imperiosa*, in *Giur. It.,* 4/2025, 921 ss., a parere del quale il contributo dell'art. 131-*bis* c.p. alla deflazione penitenziaria dovrebbe essere ridimensionato: pur consentendo, a seguito della riforma "Cartabia", di valorizzare le condotte susseguenti al reato, comprese quelle maturate nell'ambito di un percorso di giustizia riparativa, l'istituto non parrebbe idoneo a indurre un significativo contenimento del ricorso alla pena detentiva. Una prospettiva sistematica è offerta da G. Spangher, *L'irrilevanza del fatto*, in *Diritto e Giustizia Minorile*, 1/2015, 17, il quale autorevolmente osserva come, nella perdurante difficoltà di perseguire una vasta depenalizzazione, e stante l'esclusa attribuzione al pubblico ministero di iniziative discrezionali, la deflazione del contenzioso è affidata a strumenti endoprocedimentali di segno premiale, consensuale, risarcitorio e riparatorio, nonché a istituti che tipizzano ipotesi di minima offensività sotto diversi profili.

[28] Sul tema si rinvia allo studio di F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021, 226 ss.

[29] Cass. pen., Sez. un., 25 febbraio 2016 (dep. 6 aprile 2016), n. 13681, Pres. Canzio - Rel. Blaiotta - Imp. Tushaj, in tema di particolare tenuità del fatto e "abitualità" del comportamento, con nota di E. Andolfatto, *Le Sezioni Unite sull'applicabilità del nuovo art. 131-bis c.p. alle contravvenzioni stradali (art. 186, commi II e VII, C.d.S.),* in *www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org*, 29 aprile 2016; A. Varvaressos, *Compatibilità con la causa di non punibilità di cui all'art. 131-bis c.p. con il reato di guida in stato di ebbrezza*, in *Cass. pen.*, 7/2016, 2842 ss. In proposito, si v., inoltre, R. Aprati, *Profili processuali della "tenuità del fatto"*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Roma, 2017, 605 ss.

[30] Cass., Sez. un., 27 gennaio 2022 (dep. 12 maggio 2022), n. 18891, Pres. Cassano – Rel. De Amicis – Imp. Ubaldi, in materia di causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto e continuazione del reato, con commento di M.E. Florio, *Particolare tenuità del fatto e continuazione: le Sezioni Unite fanno il punto sulla questione della compatibilità tra i due istituti*, in *Arch. Pen.*, 2/2022.

l'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p. al principio di sussidiarietà, evidenziando come la particolare tenuità dell'offesa renda recessiva l'istanza punitiva dello Stato e non già irrilevante il fatto sotto il profilo penale.

Muove nella stessa direzione la lettura resa dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 173 del 2022[31], in tema di proscioglimento per particolare tenuità del fatto e decisione sulle questioni civili. Essa conferma, infatti, che la causa di esclusione della punibilità in esame trova il proprio fondamento nell'idea che, a fronte di una offesa di lieve entità, l'esigenza punitiva penale debba inevitabilmente retrocedere.

3.2. Il giudicato "di tenuità" e i suoi rapporti con l'azione civile.

Le specificità sostanziali dell'istituto – che, da un lato, escludono l'irrogazione della pena e, dall'altro, presuppongono un accertamento positivo del fatto-reato e, specialmente, della sua tenuità[32] – trovano riscontro, sul piano processuale, nella disciplina dettata dal codice di rito in ordine all'efficacia della relativa pronuncia nel giudizio civile o amministrativo. Il raccordo è assicurato dall'art. 651-*bis* c.p.p., introdotto a seguito della medesima novella – attuata con il d.lgs. n. 28/2015[33] – che ha inserito l'art. 131-*bis* c.p. nel sistema penale sostanziale[34].

Coerentemente con la complessiva fisionomia della causa di non punibilità, tale disposizione stabilisce, nel suo primo comma, che la sentenza irrevocabile di proscioglimento per particolare tenuità del fatto, pronunciata all'esito del dibattimento, acquisti efficacia di giudicato nel successivo giudizio civile o amministrativo per le

[31] Corte Cost., 12 luglio 2022 (ud. 25 maggio 2022), n. 173, Pres. Amato – Red. Amoroso, con nota di M. Bontempelli, *Nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra azione civile e decisione penale,* in *Proc. pen. e giust.*, 1/2023, 148 ss. e osservazioni di E. Aprile, in *Cass. pen.*, 11/2022, 3807 ss.

[32] Come denota M. Bontempelli, *Nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra azione civile e decisione penale*, cit., 163, «il fondamento dell'efficacia di giudicato non è spiegabile considerando la mera valenza accertativa del fatto-reato, ma il particolare fatto accertato, vale a dire la circostanza che esso sia "particolarmente tenue"». In rapporto alla sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato pronunciata in primo grado, all'esito del dibattimento, il giudicato "di tenuità" si connota per la caratteristica "atipica" di produrre effetti extra-penali. A giustificare il diverso regime degli effetti è proprio l'accertamento sulla particolare tenuità del fatto, presente nella prima pronuncia e assente nella seconda; l'entità dell'accertamento, «più penetrante» nella sentenza di assoluzione per tenuità del fatto, marca dunque la differenza sul piano della disciplina.

[33] Cfr. l'art. 3 del d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Parte della dottrina aveva caldeggiato opzioni di intervento differenti, suggerendo – ad esempio – di attribuire al giudice penale il potere di decidere sulla domanda della parte civile con la stessa sentenza pronunciata *ex* art. 131-*bis* c.p. Così, C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 214 ss.; C. Scaccianoce, *La legge-delega sulla tenuità del fatto nel procedimento ordinario*, in Aa.Vv., *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova per adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, a cura di N. Triggiani, Torino, 2014, 253 ss. Non può farsi a meno di precisare che l'accoglimento della soluzione prospettata in dottrina avrebbe anticipato il *decisum* della Corte Costituzionale con la sentenza n. 173/2022.

[34] In argomento, B. Lavarini, *Gli effetti extra-penali del giudicato "di tenuità"*, in Aa.Vv., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 101 ss.

restituzioni e il risarcimento del danno, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e della sua riferibilità all'imputato.

Il legislatore ha scelto così di estendere alla declaratoria di non punibilità il medesimo statuto di efficacia extra-penale sancito dall'art. 651 c.p.p. per le sentenze di condanna[35], conferendo autorità di giudicato all'accertamento sotteso alla pronuncia *ex* art. 131-*bis* c.p.[36]: il venir meno della pretesa punitiva non ne elide la portata cognitiva, la quale, pur non traducendosi in una condanna, dispiega i propri effetti oltre la sede penale, pur senza vincolare il giudice civile alla quantificazione del danno[37]. Ad aver operato diversamente, del resto, l'applicazione della causa di non punibilità *de qua* – formalizzandosi in una sentenza di assoluzione – avrebbe impedito al giudice penale di pronunciarsi sulla domanda di restituzioni e di risarcimento del danno[38]. Se, infatti, l'art. 185 c.p. individua nella commissione del reato il fondamento del diritto del danneggiato da reato, l'art. 538, comma 1 c.p.p. circoscrive la cognizione del giudice penale sulle domande civili ai soli casi in cui venga pronunciata sentenza di

[35] Il riferimento è alle sentenze assunte tanto all'esito del dibattimento quanto rese in sede di rito abbreviato, fatta salva, per queste ultime, l'ipotesi in cui la parte civile – appositamente compulsata *ex* art. 75 c.p.p. – abbia scelto di non parteciparvi.

[36] Cfr. la *Relazione di accompagnamento al d.lgs. n. 28/2015*, punto n. 8, in *www.giustizia.it*., in cui si afferma che «l'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto – accertata con sentenza passata in giudicato in esito ad un rituale processo – non è una pronuncia tipicamente assolutoria, ma, al contrario, accerta, in via definitiva, che il reato è stato commesso dalla persona dichiarata non punibile. A questo accertamento penale passato in giudicato in ordine all'entità del fatto illecito causativo del danno di cui si chiede (con l'azione civile) il risarcimento deve attribuirsi efficacia nel processo civile, tenuto conto che l'imputato ha avuto ogni possibilità di difesa nel giudizio penale in cui la particolare tenuità del fatto è stata accertata ([...] con una sentenza dibattimentale passata in giudicato). Ne discende che il giudice civile è invece libero quanto alla quantificazione del risarcimento». Nel commentare questo passaggio della Relazione, osserva B. Lavarini, *Gli effetti extra-penali del giudicato "di tenuità"*, in Aa.Vv., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 107, che la soluzione di costruire una fattispecie autonoma, discostandosi dalla direttiva di delega – che, al contrario, avrebbe inteso modificare l'art. 652 c.p.p., disciplinante gli effetti extra-penali della sentenza di assoluzione – presuppone il riconoscimento di una natura «non tipicamente assolutoria» del giudicato di tenuità, con la conseguenza di modularne l'efficacia sulla falsariga di una sentenza di condanna.

[37] Su questa posizione si attesta la *Relazione al d.lgs. n. 28/2015*, punto n. 8. op. cit. Anche secondo l'interpretazione prevalente in dottrina, il giudice civile rimane vincolato esclusivamente al contenuto accertativo della sentenza resa ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., limitatamente alla valutazione dei parametri che sorreggono il giudizio di particolare tenuità dell'offesa: così, R. Bartoli, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, cit., 666; M. Bontempelli, *Nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra azione civile e decisione penale*, cit., 163. Si esprime in senso parzialmente difforme B. Lavarini, *Gli effetti extra-penali del giudicato "di tenuità"*, in Aa.Vv., *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, cit., 113, la quale condivisibilmente osserva che, nell' imporre una valutazione, tra l'altro, sull'esiguità del danno e del pericolo, l'art. 131-*bis* c.p. imporrebbe di soppesare altresì questi aspetti nell'ambito della fase di quantificazione del danno risarcibile. L'A., tuttavia, ammette che una simile interpretazione potrebbe compromettere la legittimità costituzionale dell'art. 651-*bis* c.p.p., ponendosi in contrasto con la direttiva di delega e rendendo concreto quel pregiudizio per la parte civile che il legislatore delegante mirava a evitare. In linea con quest'ultima impostazione, S. Quattrocolo, *Tenuità del fatto: genesi e metamorfosi di una riforma a lungo attesa*, cit., 114.

[38] Cfr. l'ordinanza di rimessione, § 3.3. del Considerando in diritto.

condanna. Le disposizioni richiamate delineano, dunque, un rapporto di accessorietà tra l'azione *de damno* e la decisione penale[39] che finisce per assumere carattere famulativo rispetto a quest'ultima. Sicché, ove la pronuncia fosse qualificata come mero proscioglimento, al giudice penale sarebbe sottratto il potere di decidere sul *petitum* formulato dalla parte civile. Di qui l'esigenza di attribuire alla sentenza *ex* art. 131-*bis* c.p., pur nella sua veste formale di proscioglimento, una valenza intrinsecamente condannatoria.

È questa la lettura cui ha aderito la Corte costituzionale con la menzionata sentenza n. 173 del 2022, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 538 c.p.p. nella parte in cui non consentiva al giudice, in caso di proscioglimento ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., di pronunciarsi anche sulla domanda di restituzioni e di risarcimento del danno proposta dalla parte civile. Si tratta, tuttavia, di un approdo ermeneutico che si discosta, almeno in parte, dal solco tracciato nell'evoluzione della disciplina che regola l'azione civile nel processo penale[40], la cui tendenza è a restringere – piuttosto che a implementare – le ipotesi di cognizione del giudice penale sulle domande risarcitorie e a privilegiare, ove possibile, la devoluzione delle relative questioni al giudice civile.

Le argomentazioni poste a fondamento della richiamata decisione sono state successivamente riprese da una parte della giurisprudenza anche al di fuori del perimetro applicativo dell'art. 538 c.p.p., per sostenere, sul diverso terreno dei rimedi impu-

[39] Così, A. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, cit., 24. Dello stesso avviso, G. Spangher, *Azione civile e processo penale*, in *Arch. pen.*, 2/2013, 512 il quale, autorevolmente, denota che «il modello accusatorio "puro" non prevede pretese civilistiche all'interno del percorso teso all'accertamento del fatto e all'individuazione del colpevole»: la relativa disciplina conferma, dunque, come l'attribuzione al giudice penale del potere di decidere sul *petitum* civile riveli un rapporto di accessorietà, e non di autonomia, di tale profilo rispetto all'oggetto tipico del processo penale. Sul tema, v., inoltre, A. Pennisi, *L'accessorietà dell'azione civile nel processo penale*, Milano, 1981, 43 ss.; Id., *«Precedente condanna» e poteri di decisione del giudice penale sull'azione civile*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2007, 223, a parere del quale l'attuale sistema avrebbe sostituito il principio di accessorietà con quello di "autonomia", quale corollario dell'affermazione del modello accusatorio «che implica parità di diritti per tutte le parti del processo». I riflessi di questa scelta – osserva l'A. – «si sono manifestati, sia in ordine ai poteri di decisione del giudice penale sull'azione civile, sia con riferimento ai poteri di impugnazione della parte civile»; A. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 1993, 178 ss.; P. Della Sala, *Natura giuridica dell'azione civile nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1079 ss.; G. Di Chiara, voce *Parte civile*, in *Dig. disc. pen.*, IX, 1995, 237. In senso critico, quanto alla contaminazione fra i due sistemi processuali prodotta dall'innesto della domanda civile nel processo penale, F. Carnelutti, *Primi problemi della riforma del processo penale*, in *Quaderni di San Giorgio*, a cura di G. De Luca, Firenze, 1962, 33, il quale autorevolmente prefigurava l'esigenza di «una separazione risoluta tra i due tipi di processo», potendo la stessa contribuire «in modo assai notevole alla sua semplificazione, alla sua rapidità e, ciò che conta, alla giustizia del suo risultato»; C. Santoriello - A. Gaito, *Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?*, in *Arch. pen.*, 2/2013, 391 ss., i quali concludono che l'azione civile costituisce un aspetto secondario ed eventuale dell'azione penale, non un istituto autonomo.

[40] Commenta così M. Bontempelli, *Nuovi sviluppi della giurisprudenza costituzionale sui rapporti fra azione civile e decisione penale*, cit., 159 s., aggiungendo che il *trend* risulta confermato anche alla luce degli interventi operati a seguito della l. n. 134/2021 e del d.lgs. n. 150/2022 sugli artt. 573, comma 1-*bis* e 578, comma 1-*bis* c.p.p., in materia di impugnazioni. Per una complessiva ricostruzione dell'opera riformatrice sul tema specifico, l. Piccolo, *Azione civile e processo penale. (Ri)componimenti, snodi e prospettive*, in *Arch. pen.*, 3/2022, 22 ss.

gnatori, la qualificazione della sentenza *ex* art. 131-bis c.p. che rechi statuizioni civili sfavorevoli all'imputato, quale pronuncia di condanna in senso sostanziale.

3.3. Il contrasto interpretativo.

Come evidenziato dal Collegio rimettente, la giurisprudenza a Sezioni semplici non ha offerto una qualificazione univoca quanto alla natura del provvedimento *de quo*. Nell'ambito del contrasto giurisprudenziale, di cui si dirà a breve, ha giocato un ruolo fondamentale l'esegesi dell'art. 651-*bis* c.p.p. che, nel suo rapporto con l'art. 131-*bis* c.p., ha contribuito a polarizzare le diverse posizioni in campo.

Ad avviso di un primo orientamento, largamente prevalente nella giurisprudenza di legittimità, la pronuncia che esclude la punibilità per tenuità del fatto si inscrive fra le sentenze di proscioglimento, «ancorché presenti marcate peculiarità»[41]. La presenza di statuizioni civili, dunque, non muterebbe la qualificazione della decisione, che resterebbe così assoggettata al regime di cui all'art. 593, comma 3 c.p.p. quando si proceda per reati puniti con pena pecuniaria o con pena alternativa.

A suffragio di questa tesi si adducono tre ordini di argomenti. Il primo, di carattere letterale, poggia sul disposto dell'art. 651-*bis* c.p.p. che definisce espressamente la sentenza come «di proscioglimento», tanto nella rubrica quanto nel suo primo comma. Il secondo, di ordine sistematico, con cui si valorizza la scelta del legislatore di collocare la declaratoria di non punibilità per tenuità del fatto fra le ipotesi di proscioglimento predibattimentale *ex* art. 469 c.p.p., oltre ad aver dedicato alla sua efficacia extra-penale una disposizione *ad hoc*, in linea con tale impostazione. Il terzo, invece, evidenzia come la *ratio* deflativa, perseguita attraverso la recente modifica dell'art. 593, comma 3 c.p.p., risulterebbe evidentemente vanificata ove, per via interpretativa, si estendesse l'ambito di proponibilità oggettiva dell'appello sino a ricomprendervi un ampio ventaglio di ipotesi connotate da particolare tenuità.

Per contro, una seconda impostazione, di matrice sostanzialistica, propone di riconoscere natura condannatoria o quantomeno anfibologica alla sentenza *ex* art. 131-*bis* c.p. allorché compendi una condanna agli effetti civili[42]. Secondo quest'opzione, infatti, non può trascurarsi che una simile pronuncia è suscettibile di arrecare un significativo pregiudizio alla sfera patrimoniale dell'imputato dacché, in ragione della sua valenza accertativa, essa produce effetti di giudicato ai sensi dell'art. 651-bis c.p.p. e costituisce il presupposto per la definizione del rapporto sul piano restitutorio e risarcitorio. A fronte di una condanna ai fini privatistici, si imporrebbe pertanto di prevedere, a livello legislativo, un rimedio impugnatorio pieno, quantomeno rispetto alle statuizioni concernenti gli interessi civili, ovvero di allentare, in via pretoria, le strette maglie dell'art. 593, comma 3 c.p.p.

---

[41] Cfr. § 4.1. del Considerato in diritto dell'ordinanza di rimessione, in cui si richiamano Cass. pen., Sez. VI, 8 febbraio 2023, n. 21981, Vadalà; Sez. V, 27 settembre 2024, n. 42578, Prencipe; Sez. VI, 2 dicembre 2025, n. 1035, non massimata.

[42] Cfr. § 3.3. del Considerato in diritto dell'ordinanza di rimessione. Si esprimono secondo il delineato orientamento, Cass. pen., Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 4763, Bernardotto, pronunciata in epoca antecedente rispetto a Cass. pen., Sez. un., ord., 30 gennaio 2025 n. 23406, Salerno; Sez. V, 25 marzo 2024, n. 27458, Cipolletta.

Questo indirizzo interpretativo ha trovato sponda nell'elaborazione sviluppata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 173/2022, più volte citata. L'ordinanza di rimessione ha richiamato, infatti, il passaggio della Relazione ministeriale al d.lgs. n. 28 del 2015, nel quale la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. è definita «non tipicamente assolutoria», in quanto non pienamente liberatoria: ad essa si accompagnano, infatti, la contestuale condanna al risarcimento in favore della parte civile, l'efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo ai sensi dell'art. 651-*bis* c.p., nonché la conseguente iscrizione nel casellario giudiziale.

Si è poi rinvenuta un'ulteriore leva argomentativa nel *decisum* reso dalle Sezioni unite nel caso "Salerno", in forza del quale al danneggiato è stata accordata legittimazione ad appellare, ai soli effetti della responsabilità civile, la sentenza di proscioglimento pronunciata anche in relazione a reati puniti con la sola pena pecuniaria ovvero con pena alternativa, nell'ambito di un procedimento dinanzi al giudice di pace. In tale occasione, il supremo Consesso ha mostrato di condividere l'impostazione già accolta dalla Corte costituzionale in ordine alla natura della declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, ravvisando nel peculiare contenuto decisorio della pronuncia l'elemento idoneo a fondare l'interesse della parte civile a proporre appello.

Su questo presupposto, allora, negare all'imputato la possibilità di impugnare una sentenza della medesima natura finirebbe per comprimere in misura eccessiva il suo diritto di difesa rispetto alle statuizioni civili, determinando, sul piano sistematico, «un'intollerabile asimmetria» rispetto alla posizione della parte civile, il cui regime impugnatorio continua a essere disciplinato dall'art. 576 c.p.p. e non già dall'art. 593, comma 3 c.p.p.[43] Il *discrimen* emergerebbe con particolare evidenza ove si consideri che le due parti dispongono di strumenti di reazione profondamente differenti, nonostante sia un medesimo accertamento a fondare la statuizione risarcitoria. In effetti, il danneggiato, in forza degli artt. 576 e 538 c.p.p. – come da ultimo rimodellato dalla Consulta –, potrebbe ottenere in appello un riesame nel merito delle statuizioni civili, mentre l'imputato, pur soccombente sul medesimo capo, vedrebbe il proprio sindacato confinato al solo ricorso per cassazione, ossia a un controllo di mera legittimità, inidoneo a investire la ricostruzione del fatto da cui quella condanna discende.

I giudici del Consesso rimettente hanno aderito a questo secondo orientamento[44], evidenziando, sotto il profilo della quantificazione del danno risarcibile, che l'accertamento posto a fondamento della declaratoria di non punibilità incide altresì sulla determinazione dell'entità del pregiudizio subito dalla parte civile, in quanto esso investe i medesimi elementi suscettibili di radicare la pretesa risarcitoria[45]. Tanto è vero che, qualora il giudice di seconde cure applichi la causa di non punibilità prevista dall'art. 131-*bis* c.p., l'effetto devolutivo del gravame impone di rideterminare, anche d'ufficio, la somma liquidata in primo grado sulla base di una diversa valutazione dell'offensività del fatto.

Pur condividendosi questa impostazione sul piano logico, non può farsi a meno di rilevare come essa si ponga in netta distonia rispetto al dettato della Relazione al d.lgs.

43 Cfr. § 3.4. del Considerato in diritto dell'ordinanza di rimessione.
44 Cfr. § 5 del Considerato in diritto dell'ordinanza di rimessione.
45 Cfr. la nota n. 37.

n. 28/2015, che prescrive al suo punto n. 8 una piena autonomia tra l'accertamento della responsabilità dell'imputato e la determinazione del *quantum* risarcibile[46].

4. La posizione delle Sezioni unite.

Le Sezioni Unite risolvono il quesito in senso negativo, aderendo al primo orientamento: la declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto conserva natura di sentenza di proscioglimento anche quando rechi la condanna alle restituzioni o al risarcimento del danno in favore della parte civile[47]. Di conseguenza, pur avendo ad oggetto un reato punito con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa, essa ricade nel divieto di appello sancito dall'art. 593, comma 3, c.p.p., essendo suscettibile di essere impugnata dall'imputato esclusivamente mediante ricorso per cassazione.

Il ragionamento muove, anzitutto, da un argomento letterale, volto a valorizzare il dato testuale dell'art. 593, comma 3 c.p.p. La norma, come già esaminato, ridefinisce in senso restrittivo i limiti oggettivi dell'appellabilità sulla base di un criterio discretivo di carattere formale, individuato nella natura del provvedimento che si intenda sottoporre a seconde cure.

A tale argomento si affianca una considerazione di ordine sistematico, diretta a ricostruire la *ratio* delle più recenti modifiche apportate alla disposizione, anche alla luce degli interventi ablativi della Corte costituzionale. Secondo la lettura delle Sezioni unite, l'attuale formulazione dell'art. 593, comma 3 c.p.p. riflette la scelta, compiuta con la riforma del 2022, di circoscrivere il ricorso al secondo giudizio di merito, riservandolo ai procedimenti di maggiore rilievo. Più specificamente, nel settore delle impugnazioni, la novità di maggiore rilievo è individuata nell'«espansione dell'area dell'inappellabilità oggettiva delle sentenze di proscioglimento», estesa anche alle pronunce relative a delitti puniti con pena pecuniaria o alternativa.

Il supremo Collegio non manca di considerare che, in passato, limitazioni analoghe siano state oggetto di censura da parte della giurisprudenza costituzionale[48], come dimostrano gli interventi di carattere ablativo con i quali la Consulta ha sostanzialmente corretto l'indirizzo[49] impresso dal legislatore con la legge n. 46/2006, nota come legge "Pecorella"[50], diretta a rendere sostanzialmente inappellabili, salvo ipote-

---

[46] Cfr. la nota n. 36.

[47] Cfr. il § 2 del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.

[48] Il riferimento è alle sentenze Corte cost., 24 gennaio 2007, n. 26, con commento critico di G. Frigo, *Una parità che consolida disuguaglianze*, in *Guida dir.*, 8/2007, 87 ss.; E. Marzaduri, *Sistema da riscrivere dopo ampie riflessioni*, in *Guida dir.*, 8/2007, 84; A. Scalfati, *Restituito il potere di impugnazione senza un riequilibrio complessivo*, in *Guida dir.*, 8/2007, 78 ss.; Corte cost. 31 marzo 2008, n. 85, al cui proposito v., V. Rossi, *I poteri di impugnazione della parte civile*, cit., 10 ss.

[49] La sentenza con cui la Consulta ripristinava la facoltà del pubblico ministero di appellare le sentenze di proscioglimento, è stata significativamente ribattezzata come «controriforma» da G. Frigo, *Una parità che consolida disuguaglianze*, cit., 87.

[50] Per un'approfondita disamina della normativa in discorso, Aa.Vv., *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006*, a cura di M. Bargis - F. Caprioli, Torino, 2007; M. Chiavario, *Una legge già fulminata dalla Corte costituzionale: quale recupero da un'occasione perduta*, in *Leg. pen.*, 2007, 9 ss.; A. Gaito, *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, Torino, 2006; A. Scalfati, *Processo penale: diventa la regola l'inappellabilità dei procedimenti*, in *Guida dir.*, 10/2006, 41 ss.

si eccezionali, le sentenze dibattimentali di proscioglimento[51]. Le Sezioni unite hanno sottolineato, tuttavia, come quel sistema processuale si distinguesse profondamente da quello attuale, essendo caratterizzato da regole ben più stringenti in materia di inappellabilità, laddove oggi le preclusioni che afferiscono alla disciplina sull'appello risultano ben più circoscritte. Ne consegue che i principi affermati in quelle pronunce, pur conservando un'indubbia valenza ordinamentale, «non consentono, per sé soli, di risolvere il quesito» sottoposto al loro esame.

Il passaggio decisivo attiene, allora, alla natura della pronuncia resa ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.[52]. Nel condividere la tesi che la qualifica «agli effetti penali, [come] sentenza di proscioglimento», il Collegio rinviene a sostegno di tale conclusione una pluralità di indici normativi convergenti. Anzitutto, l'art. 131-*bis* c.p. che, alla luce della rubrica, del tenore letterale del primo comma e della sua collocazione sistematica, configura una causa di non punibilità; quindi, l'art. 530, comma 1 c.p.p. che annovera espressamente il ricorrere di una causa di non punibilità tra le ipotesi che impongono al giudice di pronunciare sentenza di assoluzione; ancora, l'art. 469, comma 1-*bis* c.p.p. che ricomprende tra le ipotesi di proscioglimento predibattimentale la «sentenza di non doversi procedere» pronunciata in relazione ad un fatto particolarmente tenue *ex* art. 131-*bis* c.p.; infine, l'art. 651-*bis* c.p.p. che, nel disciplinare gli effetti del giudicato penale nel giudizio civile o amministrativo, fa espresso riferimento alla «sentenza di proscioglimento pronunciata per particolare tenuità del fatto».

Cionondimeno, le Sezioni unite non hanno ignorato la peculiare struttura che connota la pronuncia *de qua*, mettendone quindi in luce il carattere ambivalente. Si comprende – ammette il Collegio – come questo statuto bifronte, che coniuga l'impunità sul piano penale con la stabilizzazione di effetti pregiudizievoli in altri ambiti dell'ordinamento, abbia indotto autorevoli commentatori a definire la declaratoria *ex* art. 131-*bis* c.p. una «cripto-condanna»[53]: non una condanna in senso formale, ma un esito decisorio fondato su un giudizio di responsabilità suscettibile di proiettare i propri effetti oltre il perimetro penale, incidendo, tra l'altro, sul giudizio civile, sulle iscrizioni nel casellario giudiziale e sull'interesse dell'imputato a coltivare l'impugnazione; un'ipotesi di proscioglimento che può essere pronunciato in giudizio soltanto quando, in

[51] Tale slancio riformatore aveva trovato il sostegno di una parte autorevole della dottrina: G. Spangher, *Riformare il sistema delle impugnazioni?*, in Aa.Vv., *La ragionevole durata del processo. Garanzie ed efficienza della giustizia penale*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2005, 111 ss.; Id., *Sistema delle impugnazioni penali e durata ragionevole del processo*, in *Corriere giur.*, 2002, 1262 ss.; T. Padovani, *Il doppio grado di giurisdizione. Appello dell'imputato, appello del PM, principio del contraddittorio*, in *Cass. pen.*, 2003, 4023 ss.

[52] Cfr. il § 2.2 del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.

[53] L'espressione è di G. Spangher, *L'irrilevanza del fatto*, cit., 20, il quale, sulla scorta di questa impostazione, sembra offrire una risposta inequivocabilmente positiva al quesito oggi rimesso alle Sezioni unite: «[...] se pronunciata con sentenza dibattimentale questa [...] è suscettibile di appello da parte dell'imputato in quanto si tratta di una decisione che esclude la punibilità stante il possibile pregiudizio che vi è sotteso; parimenti la sentenza per le medesime ragioni sarà ricorribile di ricorso per Cassazione; potrà essere appellata e ricorsa anche dal p.m. che non la condivida, come emergerà dal fatto che non abbia chiesto l'archiviazione; imputato e offeso possono opporsi all'archiviazione [...]».

assenza della causa di non punibilità *ex* art. 131-*bis* c.p., «l'unica alternativa plausibile sarebbe la condanna».

Tali peculiarità – osservano convintamente le Sezioni unite – pur cogliendo efficacemente la sostanza dell'accertamento e la proiezione extra-penale dei suoi effetti, non valgono a mutare la natura giuridica della pronuncia. Né, a tal fine, assume rilievo la presenza di statuizioni civili sfavorevoli all'imputato. Queste ultime, al pari degli effetti del giudicato previsti dall'art. 651-*bis* c.p.p. e dell'iscrizione della decisione nel casellario giudiziale, rappresentano, infatti, conseguenze che l'ordinamento ricollega a una pronuncia di proscioglimento dalla struttura peculiare. Esse – chiosa la Corte – lungi dall'incidere «sulla qualificazione che il legislatore le attribuisce agli effetti penali», concorrono, piuttosto, a delinearne il contenuto composito.

La medesima conclusione non è superata neppure alla luce della sentenza n. 173/2022 della Corte costituzionale, con la quale il giudice è stato sostanzialmente abilitato a pronunciare, contestualmente alla declaratoria di non punibilità per particolare tenuità del fatto, la condanna dell'imputato alle restituzioni e al risarcimento del danno. Sebbene tale intervento abbia avuto il merito di colmare il vuoto di tutela che inficiava la posizione della parte civile, esso non consente, ad avviso dei supremi giudici, di oltrepassare il dato letterale e sistematico dal quale emerge limpidamente la volontà legislativa di qualificare la pronuncia *ex* art. 131-*bis* c.p. come sentenza di proscioglimento.

Una volta definita la natura della sentenza, il relativo regime di impugnazione discende in via consequenziale dalla disciplina generale dettata dall'art. 593, comma 3 c.p.p. Qualora, come nel caso di specie, il proscioglimento riguardi un reato punito con pena pecuniaria o con pena alternativa la norma ne esclude l'appellabilità, sicché l'unico rimedio spettante all'imputato è il ricorso per cassazione[54]. Il Collegio ha ricordato, al riguardo, che né la Costituzione né la Convenzione EDU impongono la garanzia di un doppio grado di giudizio di merito, con la conseguenza che, in via di principio, il legislatore sarebbe legittimato a delimitare discrezionalmente il campo d'azione dell'oppugnabilità, vieppiù con riguardo alle sentenze concernenti fatti di modesta rilevanza. Per orientamento costante della giurisprudenza costituzionale e di legittimità[55], è stato affermato infatti che la tutela del diritto di difesa si ritiene assicurata dal giudizio di primo grado e dal successivo controllo in Cassazione, quest'ultimo espressamente garantito dall'art. 111 della Carta costituzionale.

La medesima soluzione si impone anche quando l'imputato intenda contestare esclusivamente le statuizioni civili. L'art. 574, comma 3 c.p.p. stabilisce, infatti, che l'impugnazione dell'imputato per gli interessi civili deve essere «proposta col mezzo previsto per le disposizioni penali della sentenza». Il rimedio esperibile avverso il capo civile è, dunque, necessariamente modellato su quello previsto per il capo penale, sicché, ove quest'ultimo risulti inappellabile, anche la condanna al risarcimento potrà essere contestata dall'imputato esclusivamente mediante ricorso per cassazione.

---

54 Cfr. il § 2.3.1. del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.

55 In proposito la Corte ha richiamato Cass. pen., Sez. III, 12 febbraio 2021, n. 10764, Starace; Sez. V, del 22 novembre 2019 n. 3235 (dep. 2020), Leardi; Corte cost., n. 34/2020; n. 274/2009; n. 242/2009; n. 298/2008; n. 26/2007; n. 288/1997; n. 280/1995; ord. n. 316/2002; n. 421/2001.

Segue, infine, il passaggio forse più delicato e denso di implicazioni, che chiama in causa il tema dell'equità processuale nella prospettiva della parità tra le parti[56]. Il danneggiato, ai sensi dell'art. 576 c.p.p., conserva infatti la facoltà di proporre appello ai soli effetti civili contro la sentenza di proscioglimento; nei suoi confronti non operano le limitazioni previste dall'art. 593, comma 3 c.p.p., unicamente rivolte all'imputato e al pubblico ministero. Da tale confronto, già posto in evidenza dal giudice rimettente e nel cui quadro si innesta il nuovo disposto dell'art. 538 c.p.p., emerge un'«obiettiva asimmetria» tra le rispettive posizioni processuali: mentre la parte civile può accedere a un nuovo giudizio di merito, l'imputato, pur destinatario di una pronuncia sfavorevole agli effetti civili, dispone del solo giudizio di legittimità. Nel riconoscere espressamente tale disparità, l'organo nomofilattico ha comunque ritenuto che essa non potesse essere superata attraverso un'interpretazione adeguatrice della nozione di sentenza di condanna dell'imputato, rilevante ai fini degli artt. 593 e 574 c.p.p., salvo forzare il dato letterale e sistematico della legge[57].

In definitiva, la Corte ha individuato nel rispetto del principio di legalità il limite invalicabile dell'interpretazione adeguatrice che impedisce di riconoscere in via ermeneutica un'ipotesi di appellabilità non contemplata dal legislatore. L'art. 593, comma 3 c.p.p., nel suo univoco tenore letterale, assoggetta al divieto di appello tutte le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con pena pecuniaria o alternativa, indipendentemente dal titolo del proscioglimento e dalla presenza di statuizioni civili. Una diversa soluzione non potrebbe, pertanto, essere ricavata in via ermeneutica senza tradursi nell'introduzione di una deroga *praeter legem*, indubitabilmente incompatibile con i limiti dell'interpretazione conforme a Costituzione.

5. Il problema dell'asimmetria difensiva.

All'esito del ragionamento, le Sezioni unite spostano il piano dell'indagine sulla compatibilità costituzionale dell'art. 593, comma 3 c.p.p. «nella parte in cui non prevede l'impugnazione con l'appello, da parte dell'imputato, della sentenza di proscioglimento pronunciata *ex* art. 131-*bis* c.p. per un reato punito con pena alternativa che abbia condannato lo stesso imputato alle restituzioni e al risarcimento del danno in favore della parte civile»[58].

In disparte la scelta legislativa di circoscrivere l'accesso al giudizio di secondo grado, coperta da un apprezzabile margine di discrezionalità, data anche l'assenza di un principio costituzionale che imponga sempre e comunque un doppio grado di merito, ciò che desta perplessità, a parere del Collegio, è piuttosto lo squilibrio difensivo che, come anticipato nel paragrafo precedente, si determina fra l'imputato e la parte civile nella specifica ipotesi in esame, per effetto del combinarsi degli artt. 538, 576 e 593, comma 3 del Codice di rito penale.

Delineati i contorni della questione, la motivazione si sofferma sul contenuto concreto della rilevata asimmetria, la cui peculiarità consiste anzitutto nei termini del confronto. Nel discostarsi dalla consueta traiettoria su cui in passato si è mossa la

[56] Cfr. il § 2.3.2. del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.
[57] Cfr. il § 3 del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.
[58] Cfr. i §§ 5 ss. del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.

giurisprudenza costituzionale in materia di impugnazioni[59], la comparazione qui devoluta all'attenzione del giudice delle leggi interessa l'imputato e la parte civile, ossia parti processuali direttamente contrapposte nella medesima controversia risarcitoria. A fronte di un unico *decisum* e delle medesime statuizioni civili, la parte civile, per il tramite dell'art. 576 c.p.p., accede a un secondo grado di merito nel quale può coltivare la propria pretesa avvalendosi del più ampio ventaglio di facoltà proprie del giudizio di appello, ivi compresa la possibilità di sollecitare una diversa ricostruzione del fatto. Di contro, l'imputato soccombente sugli stessi capi dispone del solo ricorso per cassazione, ossia di un sindacato sensibilmente più circoscritto, tanto sul piano della rivalutazione del fatto quanto su quello della rinnovazione dell'istruttoria. L'irragionevole situazione che viene dunque a determinarsi è quella per cui identiche statuizioni civili risultano suscettibili di riesame nel merito soltanto in ragione della parte che ne sollecita il controllo, con una divaricazione che non attiene alla mera modulazione dei poteri processuali, ma investe altresì la natura stessa del mezzo e la profondità del sindacato che esso consente.

Perché tale divaricazione si converta in un pregiudizio giuridicamente apprezzabile occorre, però, che l'imputato sia portatore di un concreto interesse a un riesame nel merito[60]. Sul punto non si registrano incertezze, essendo pacificamente riconosciuto in giurisprudenza l'interesse dell'imputato a impugnare la sentenza che dichiara la non punibilità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., in ragione degli effetti sfavorevoli che da essa promanano[61]. A maggior ragione, allora, tale interesse si concretizza allorché la declaratoria di tenuità intervenga per un reato punito con pena alternativa e si accompagni all'adozione di statuizioni civili, giacché in tal caso alle ricadute, per così dire, reputazionali e potenzialmente preclusive si affiancherebbe una soccombenza patrimoniale immediata ed eseguibile.

Il rilievo si salda con i canoni elaborati dalla stessa giurisprudenza costituzionale e convenzionale in tema di parità delle parti. Il principio, di cui all'art. 111, secondo comma Cost. e 6 CEDU, non impone una perfetta sovrapponibilità tra poteri processuali, tollerando alterazioni nella simmetria dei poteri e delle facoltà in virtù delle fisiologiche differenze che connotano le posizioni delle parti e si correlano alle rispettive condizioni di operatività nonché ai diversi interessi di cui sono foriere. Tali alterazioni esigono, tuttavia, un'adeguata ragione giustificatrice e devono restare contenute en-

[59] Il riferimento è soprattutto al formante giurisprudenziale invalso durante la vigenza della legge "Pecorella", nel cui ambito il parametro della parità delle parti è stato prevalentemente declinato con riguardo al rapporto tra pubblico ministero e imputato; il confronto tra imputato e parte civile, al contrario, non costituisce il tradizionale terreno di tale giurisprudenza e presenta quindi profili di maggiore novità.

[60] Cfr. il § 5.2.3. del Considerato in diritto dell'ordinanza n. 28647/2026.

[61] In senso conforme, si esprime parte della dottrina: A. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, cit., 112: «rispetto alle sentenze di proscioglimento, è pacifico che l'imputato abbia interesse all'impugnazione allorquando egli si prefigga la finalità di ottenere la modificazione della formula proscioglitiva qualora il dispositivo o la motivazione della decisione contro la quale si dirige il gravame possa importare conseguenze per lui pregiudizievoli, dal punto di vista morale, patrimoniale o disciplinare; è poi ovvio che l'imputato prosciolto abbia interesse ad ottenere il pieno accoglimento delle istanze da lui proposte per il risarcimento dei danni e la rifusione delle spese contro il querelante e la parte civile, ove le dette istanze non siano state accolte in tutto o in parte nel precedente grado»; G. Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale*, cit., 243.

tro i limiti della ragionevolezza, secondo un vaglio che impone di comparare la *ratio* della norma generatrice della disparità con l'ampiezza della differenziazione da essa introdotta. A ciò si aggiunge la costante indicazione secondo cui i limiti al potere dell'imputato di appellare le sentenze di proscioglimento reclamano una verifica particolarmente approfondita, essendo la facoltà di appello collegata al diritto di difesa come strumento del suo esercizio.

Ebbene, applicati alla comparazione fra la posizione dell'imputato e quella della parte civile, tali criteri non lasciano emergere alcuna razionale giustificazione dello sbarramento. A parere del Collegio, è l'irragionevolezza nel diverso trattamento processuale riservato alle due parti a radicare pertanto il dubbio di legittimità costituzionale dell'art. 593, comma 3 c.p.p., in rapporto ai principi sanciti dagli artt. 3, 24 e 111 Cost., nonché dall'art. 117, primo comma Cost. in relazione all'art. 6 CEDU. La preclusione dell'appello rischia infatti di sostanziarsi, per l'imputato, in una compressione non ragionevole del diritto di difesa e della parità delle armi, tanto più significativa in presenza di una pronuncia che, pur formalmente qualificata come proscioglimento, produce effetti pregiudizievoli e presuppone un accertamento positivo del fatto e della sua responsabilità.

Il *vulnus* che attingerebbe la posizione dell'imputato nell'esercizio delle sue facoltà processuali si renderebbe ancor più evidente alla luce del rafforzamento della tutela accordata alla parte civile a seguito dell'intervento additivo della Corte costituzionale sul disposto dell'art. 538 c.p.p., a seguito del quale oggi è consentito al giudice penale pronunciarsi sulle restituzioni e sul risarcimento anche quando dichiari la particolare tenuità del fatto. Con quella decisione il giudice delle leggi ha riconosciuto che «il carattere accessorio e subordinato dell'azione civile nel processo penale deve deflettere ogniqualvolta ciò sia necessario per consentire una decisione sui capi civili nella sede in cui la pretesa è stata azionata, così da non gravare il danneggiato dell'onere di instaurare un nuovo giudizio». L'ampliamento delle garanzie riconosciute alla parte civile finisce così per avvalorare un sospetto di irragionevolezza la cui risoluzione resta appannaggio esclusivo del giudice delle leggi, poiché quanto più si estendono i poteri di quella parte sul terreno civilistico, tanto più nitida si staglia la posizione deteriore dell'imputato, parte necessaria del processo, che pur prosciolto *ex* art. 131-*bis* c.p. risulti soccombente rispetto all'azione civile introdotta.

Di qui la rimessione della questione alla Corte costituzionale, chiamata a verificare se, nella specifica ipotesi considerata, il sacrificio imposto all'imputato sia ancora compatibile con il complessivo sistema delle guarentigie costituzionali.

6. Considerazioni finali.

La pronuncia in esame si segnala, anzitutto, per la complessità dell'*iter* motivazionale e per il notevole sforzo ricostruttivo con cui il supremo Consesso affronta, con equilibrio e senza forzature, i diversi profili sottoposti alla sua attenzione.

La motivazione si articola in un'attenta verifica degli addentellati normativi, sistematici e giurisprudenziali rilevanti, secondo una scansione argomentativa volta a mantenere ben distinti tre piani di indagine: la qualificazione della sentenza emessa ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.; l'individuazione del rimedio impugnatorio esperibile; e, infine, la verifica della compatibilità costituzionale della disciplina risultante dall'art. 593, comma 3 c.p.p.

Sotto il primo profilo, la conferma della natura di proscioglimento della pronuncia resa ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., anche in presenza di statuizioni civili, appare difficilmente contestabile alla luce del tenore letterale degli artt. 131-*bis* c.p., 469 e 530 c.p.p. e, soprattutto, dell'art. 651-*bis* c.p.p., tutti univocamente orientati in tal senso. Né il portato della sentenza n. 173 del 2022 sembra idoneo a giustificare una ridefinizione per via interpretativa della pronuncia in termini di sentenza di condanna agli effetti dell'art. 593 c.p.p. Risulta quindi condivisibile l'impostazione adottata dalle Sezioni unite, saldamente ancorata al principio di tassatività delle impugnazioni e refrattaria a piegare in senso adeguatore l'ordito normativo. Lungi dall'adottare una lettura meramente formalistica, il Collegio si muove nel solco del dato letterale e sistematico delle disposizioni rilevanti, nonché della chiara *voluntas legis* di ampliare l'area dell'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa. La soluzione si colloca così entro i confini imposti dall'ordinamento, in piena aderenza ai criteri ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi e, più in generale, al principio di legalità, evitando di introdurre per via pretoria quella che si sarebbe risolta, in sostanza, in un'arbitraria ipotesi di appellabilità.

Il passaggio appare significativo anche perché riflette il corretto esercizio delle distinte funzioni istituzionali proprie, rispettivamente, delle Sezioni unite e della Corte costituzionale. All'organo nomofilattico spetta ricomporre i contrasti insorti nella giurisprudenza di legittimità e assicurare uniformità al diritto vivente, senza con ciò sostituirsi al legislatore nell'introduzione di nuove regole processuali. Alla Consulta compete, invece, verificare se la disciplina così ricostruita sia compatibile con i parametri costituzionali e convenzionali evocati. In questa prospettiva, la determinazione delle Sezioni unite di non forzare il concetto di "sentenza di condanna" di cui all'art. 593, comma 3 c.p.p. e di rimettere al giudice delle leggi la valutazione dell'eventuale *vulnus* costituzionale, si inscrive pienamente nel quadro di tale riparto di attribuzioni, promuovendo, d'altro canto, l'avvio di un dialogo fra Corti del tutto fisiologico.

Sotto il secondo profilo, la questione merita forse di essere osservata da una diversa angolazione, distinguendo l'oggetto dell'impugnazione cui l'imputato intenda affidarsi. Ove questi miri a contestare esclusivamente le statuizioni civili pronunciate in suo danno, non sembra esservi ragione per ritenere che l'inappellabilità della sentenza di proscioglimento prevista dall'art. 593, comma 3 c.p.p. si estenda anche a tale distinto segmento della decisione. L'art. 574 c.p.p. riconosce espressamente all'imputato la legittimazione a impugnare i capi della sentenza che riguardano l'azione civile e, in questa prospettiva, potrebbe ritenersi sufficiente a garantire l'autonoma impugnabilità della statuizione risarcitoria, senza necessità di rideterminare la qualificazione della pronuncia resa ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p.

Più complesso è il caso in cui l'imputato non intenda limitarsi a contestare il *quantum* o, comunque, gli effetti propri della statuizione civile, ma si proponga di rimettere in discussione anche l'accertamento del fatto e della sua riferibilità soggettiva posto a fondamento della decisione. In tale ipotesi, la separazione tra i due segmenti della pronuncia incontrerebbe il proprio limite fisiologico nel rapporto di interdipendenza che lega la statuizione civile all'accertamento del fatto. Sicché, consentire l'impugnazione del solo capo civile, senza possibilità di contestare l'accertamento che ne costituisce il presupposto, rischierebbe di offrire all'imputato un rimedio non pienamente adeguato alla natura delle censure che egli miri a far valere.

Né, a tal riguardo, parrebbe sufficiente, a salvaguardia delle prerogative difensive dell'imputato, la mera facoltà di esperire il ricorso per cassazione. L'accesso al giudice di legittimità non può, infatti, supplire l'assenza di un pieno riesame nel merito, in ragione della diversa ampiezza del sindacato esercitabile e dei noti limiti che connotano il controllo di legittimità sull'accertamento del fatto e sulla valutazione della prova. Se, dunque, l'oggetto della doglianza investe proprio la ricostruzione del fatto e la sua riferibilità all'imputato, la disponibilità del solo ricorso per cassazione non sembra assicurare un rimedio equivalente a quello che consentirebbe un nuovo scrutinio del merito.

In questa prospettiva, le esigenze difensive dell'imputato possono trovare un significativo presidio sul piano del diritto internazionale pattizio, giacché, se – da un lato – è certamente riscontrabile che il diritto a un doppio grado di giurisdizione di merito non goda di una piena consacrazione sul piano costituzionale e convenzionale, essendo riconosciuto agli ordinamenti nazionali un apprezzabile margine nella conformazione dei mezzi di impugnazione, dall'altro, sul piano internazionale, il diritto al riesame gode di una specifica tutela. Viene in rilievo, in particolare, il disposto dell'art. 14, par. 5 del Patto internazionale sui diritti civili e politici[62], a mente del quale chi sia stato «condannato per un reato ha diritto a che l'accertamento della propria colpevolezza e la condanna siano riesaminati da un tribunale superiore».

La disposizione – è bene precisarlo – non estende testualmente tale garanzia alle sentenze di proscioglimento e non è dunque idonea a fondare immediatamente un diritto dell'imputato ad appellare una pronuncia *ex* art. 131-*bis* c.p.[63]. Essa, nondimeno, non può essere espunta dal quadro delle garanzie che presidiano il diritto al riesame, giacché integra un obbligo internazionale vincolante per il legislatore interno, ai sensi dell'art. 117, primo comma Cost., operando quale parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale. Del resto, l'art. 14, par. 5 PIDCP esprime un'indicazione di principio significativa anche quanto alla natura del riesame assicurato dal secondo grado, che non deve esaurirsi in un mero controllo sulla correttezza della decisione assunta, ma sostanziarsi in un nuovo scrutinio dei profili sui quali si è formato l'accertamento di colpevolezza[64].

Tale aspetto sembra poter assumere rilevanza in questa seconda ipotesi, giacché – come nel caso di specie – l'imputato aspira a contestare, da un lato, l'accertamento della propria responsabilità contenuto in una decisione che formalmente lo assolve e, dall'altro, una statuizione civile sfavorevole fondata sul medesimo accertamento del fatto e della sua riferibilità. Di qui l'esigenza di assicurargli uno strumento di reazione effettivamente adeguato a censurare entrambi i richiamati profili; ed è difficile ritenere che tale esigenza possa trovare compiuta soddisfazione per il tramite del solo

[62] Il Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) nel 1966, è stato ratificato dall'Italia con la legge 25 ottobre 1977, n. 881. Il patto è entrato in vigore per l'Italia l'anno successivo.

[63] In tal senso, O. Mazza, *L'appello necessario*, in *www.dirittodidifesa.eu, 1*6 marzo 2020. Cfr., inoltre, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Milano, 1984, 263 ss. il quale esclude che la disposizione pattizia abbia inteso riconoscere in via generale al condannato il diritto di proporre appello, in aggiunta al ricorso per cassazione, avverso tutte le sentenze di condanna.

[64] O. Mazza, *L'appello necessario*, cit.

ricorso per cassazione, tanto più se si considera che questo rimedio si rivela meno incisivo di quello riconosciuto alla parte antagonista nella controversia risarcitoria.

In definitiva, l'ordinanza in esame si presta a un giudizio complessivamente positivo, anche perché sollecita un'interessante riflessione sulle prerogative difensive dell'imputato e sui suoi rapporti e la posizione della parte civile. Alla luce delle considerazioni svolte, la soluzione adottata dalle Sezioni unite appare condivisibile nel suo esito, pur lasciando emergere alcune criticità che inducono a distinguere le diverse esigenze sottese all'impugnazione. Ove l'imputato intenda contestare esclusivamente le statuizioni relative all'azione civile, infatti, non sembra necessario invocare una lettura correttiva dell'art. 593, comma 3 c.p.p., dovendo trovare applicazione, in ossequio al principio di legalità e al criterio di tassatività dei mezzi di impugnazione, il disposto dell'art. 574 c.p.p., anche in considerazione del fatto che il comma 3 di tale disposizione rinvia testualmente ai mezzi di impugnazione previsti per le statuizioni penali e non ai casi in cui tali mezzi sono esperibili; diversamente, ove egli intenda rimettere in discussione anche l'accertamento del fatto-reato e della sua riferibilità soggettiva, la mera impugnazione del capo civile non appare sufficiente, così come inadeguato appare il mezzo del ricorso per cassazione.

È soltanto in questa seconda prospettiva, dunque, che si ritiene auspicabile un intervento additivo della Corte costituzionale, sulla falsariga di quello già operato in relazione all'art. 538 c.p.p., volto ad assicurare all'imputato un effettivo riesame di merito dell'accertamento dal quale derivano le conseguenze sfavorevoli sul piano civile; d'altro canto, la conferma della validità costituzionale dell'art. 593, comma 3 c.p.p., rischierebbe di stabilizzare un'asimmetria nella concreta possibilità delle parti di far valere le rispettive ragioni, con conseguente tensione rispetto al principio di parità.

A PROPOSITO DEI *DIALOGHI SULL'INGIUSTIZIA* DI VITALIANO ESPOSITO

Giovanni Verde*

Vitaliano Esposito, che ha concluso una prestigiosa carriera di magistrato, arricchita da non pochi incarichi istituzionali, come Procuratore generale presso la Corte di cassazione, ha pubblicato, per i tipi delle Edizioni scientifiche, un libro – che si avvale della prefazione di Dell'Osso e della postfazione della prof.ssa Del Tufo – intrigante già nel titolo (*Dialoghi sull'ingiustizia*) e più ancora nel sottotitolo (*Antigone nel labirinto: tra aspirazione alla pace e propensione alle guerre*). Ed è singolare anche la tessitura del libro articolato nella forma di un dialogo che richiama esperienze antiche (ogni capitolo è introdotto da un titoletto: "*Dove si parla...*").

È un libro che si presta a più chiavi di lettura e che non può passare inosservato. Se ne condividano o non le tesi, esso induce alla riflessione tanto più importante in un momento in cui il mondo sembra impazzito e il diritto e la legge (che ne è figlia), costituendo è il prodotto migliore della razionalità dell'uomo, sembrano cedere il passo alla violenza, ossia alla forza fuori controllo.

Un primo campo di riflessione riguarda l'eterno contrasto tra Antigone e Creonte, tra diritto e legge, tra giusnaturalismo e positivismo. Nel libro c'è un'appassionata difesa dei diritti inviolabili, che non sono il prodotto del diritto positivo, ossia non sono il frutto di una tutela predisposta da chi fa le leggi, ma sono innati e tali che le leggi devono semplicemente certificarli e riconoscerli. La conseguenza è che questi diritti si impongono alle leggi, così che i giudici sono legittimati a disapplicarle quante volte esse li violino. È una lezione che il Novecento ci ha consegnato con le immani tragedie del nazismo, del fascismo, dello stalinismo (per rimanere nella nostra Europa) e della quale il mondo occidentale ha fatto tesoro (ma si tratta, purtroppo, di una minoranza rispetto alla rimanente parte che è rimasta sorda). La lezione, tuttavia, non è scevra da insidie, perché pone inevitabilmente il potere legislativo in posizione subordinata rispetto ai giudici, i quali sarebbero, secondo la Costituzione, soggetti alla legge (art. 101), ma finiscono con l'esserne i possibili censori in nome di valori fondamentali e irrinunciabili, tanto più che oggi il cittadino europeo è legittimato a ricorrere al Giudice europeo contro lo Stato quando assume che abbia leso i suoi diritti fondamentali (dei quali non esiste un catalogo inciso nel marmo e non sono dettagliati i contorni). Ciò comporta uno squilibrio che, ai giorni nostri, si manifesta con un'accentuata in-

* Professore Emerito dell'Università Luiss "Guido Carli".

sofferenza dei nostri rappresentanti e che ha trovato una prima forma di espressione nella recente riforma delle disposizioni sulla giustizia inserite nella Costituzione e sulla quale gli italiani dovranno esprimersi essendo chiamati al referendum.

La seconda chiave di lettura tocca il rapporto tra la nostra Costituzione e la Carta dei diritti dell'uomo. Il problema, a mio modo di vedere, non riguarda la prevalenza dell'una sull'altra. In entrambe è dato cogliere una sostanziale omogeneità quanto ai valori sottesi. Il problema riguarda i "custodi", in quanto c'è da stabilire se, nell'applicazione concreta, i giudici chiamati a risolvere il caso debbano attenersi alla lettura della Corte europea o a quella della nostra Costituzione. La nostra Corte – e qui non è il caso di discutere del meccanismo giustificatorio cui ha fatto ricorso – si è riservata una sorta di diritto all'ultima parola. Il libro è critico, anche con durezza, nei riguardi di questa soluzione, avallata da due sentenze del primo decennio di questo secolo. In ballo c'è, indubbiamente, un problema di potere, perché la Consulta mal tollera che possa esservi un giudice a cui sia subordinato. C'è, tuttavia, anche un problema concreto. Il giudice europeo ha come platea molti Stati che esprimono culture e sensibilità che, allo stato, sono e permangono differenti. Non tutti, poi, hanno le stesse esigenze. Esemplifico (ricordando un caso tra i tanti): il giudice europeo ha posto limiti assai stretti e rigorosi alla possibilità che gli Stati facciano ricorso a misure interdittive basate sul mero sospetto. Se facessimo puntuale applicazione di questi "arresti", dovremmo annullare buona parte della legislazione che è stata adottata da noi per contrastare la criminalità organizzata e i fenomeni corruttivi che ne costituiscono l'inevitabile appendice. La Corte costituzionale è qui in rotta di collisione con il giudice europeo, salvando la legislazione vigente (anche se ha fissato paletti che i giudici ordinari normalmente disattendono). E lo ha fatto – è triste dirlo e leggerlo – perché ha ritenuto che la diffusione e la penetrazione della malavita organizzata sono nel nostro Paese, per densità e rilevanza, tali da giustificare la innegabile compressione dei diritti di libertà (personale ed economica) e di difesa dinanzi ai giudici. Non parlo della Corte del Lussemburgo, ossia del giudice dell'economia. Qui il discorso sarebbe troppo lungo (per me non c'è ragione che sopravviva).

L'autore, infine, ha avuto, per gli incarichi ricoperti e per le attività che ha svolto, la possibilità di osservare dal vivo molte vicende che hanno travagliato il nostro Paese negli ultimi decenni del secolo scorso. Talvolta vi ha preso parte di persona. Nel libro il lettore potrà leggere delle vicende (cito tra le tante) che hanno riguardato Tortora, il capitano Basile, l'Ilva, le donne di Manfredonia, le sentenze ascritte al Presidente Carnevale, il caso Bagnolifutura, l'incredibile conflitto tra le Procure di Salerno e di Catanzaro, i processi per le stragi degli anni 1992/1994 e così via. Potrà avere un quadro dell'ambiente in cui ebbe ad operare Giovanni Falcone, che dell'autore fu amico e con il quale ebbe modo di operare. Avrà un quadro non esaltante del nostro Paese e dovrà chiedersi se "l'Italia-buona gente" si sia trasformata in qualcosa d'altro.

Da ultimo, il libro è costruito come una camminata tra amici che discorrono tra il profumo dei celebrati bar-caffè e gli invitanti odori delle pizzerie. Ciò dà modo all'autore di inserirvi preziosi quadretti in cui vengono rappresentati luoghi e personaggi di una terra che è stata centro di civiltà e di un Regno secolare; luoghi scelti non a caso, altamente simbolici. È un aspetto che mi ha intrigato e che dimostra la sensibilità e l'amore dell'autore per la nostra terra, per la nostra storia, per il nostro popolo in un tempo in cui sembra che si vada perdendo il culto della memoria.

Cominciamo dalla antica sala dove insegnava San Tommaso (a testimonianza di una sapienza smarrita); passiamo nella sala del tesoro, ricordando la porta lignea attribuita a Cosimo Fanzago; ci spostiamo nel Chiostro di Santa Chiara, sedendoci sui sedili maiolicati che riproducono paesaggi e scene bucoliche napoletane; andiamo a sorbire il caffè in piazza San Domenico e ci introduciamo nel Convento, dove ammiriamo il mezzo busto del Santo, opera del salernitano Matteo Bottiglieri (coautore della Guglia dell'Immacolata di piazza del Gesù); ci incamminiamo per andare a piazza Dante passando davanti a palazzo Filomarino (la residenza di Benedetto Croce); ammiriamo la statua a lui dedicata, ricordando che nel 1799 nella piazza andò distrutta la statua in gesso di Carlo III (poi recuperata nel vanvitelliano Foro Carolino con 26 statue rappresentanti le virtù teologali di cui tre sono del Sanmartino), apprendendo delle intricate vicende che ne accompagnarono la collocazione (dovuta alla pervicace determinazione del sindaco Imbriani); avremo, così, modo di conoscere della burla di Chichino; ci ritroviamo intorno alla Fontana del villaggio collocata dinanzi alla sede della casa comunale; facciamo visita alla Chiesa di San Vitaliano; raccogliamo il consiglio di visitare il Pio Monte della Misericordia e la Chiesa di Santa Patrizia in via San Gregorio Armeno (con un barocco sfarzoso che lascia senza fiato); non possiamo trascurare il Real teatro San Carlo e fare un salto al Gambrinus, prima di inerpicarci verso la collina di Pizzofalcone ("*il mondo delle ninfe, cui sorride il mare, sorride il cielo*", come scrisse Pontano) per giungere a palazzo Serra di Cassano, dove ci soffermiamo nella settecentesca Sala dei capitoli, affrescata da Giacinto Diano (è l'occasione per ricordare che Gennaro Serra di Cassano fu tra i martiri della Repubblica del 1799 e per vedere la tela di Mattia Preti raffigurante il Giudizio di Salomone); possiamo riflettere sui caratteri del nostro popolo, sui lazzari, sugli scugnizzi (che furono l'ispirazione di Vincenzo Gemito e Gennaro Di Martino), sulla nostra doppia anima, sulla perenne divaricazione tra la plebe e la borghesia illuminata; non manca un ritorno a Spaccanapoli, una visita a San Domenico Maggiore; una passeggiata agli Astroni, all'antro della Sibilla e finiamo il nostro percorso a Mergellina, al parco Virgiliano (a testimonianza del nostro insopprimibile amore per la bellezza). E qui nel ricordo di Dante, Virgilio, Leopardi ritroviamo un verso di Lucrezio che scandisce il "cuore" del libro: "*Ma è la natura delle cose quella che vi svelerà la verità*".