ISSN 2974-7503 2/2026 Maggio - Agosto

NULLUM CRIMEN

Rivista quadrimestrale di scienze penalistiche

Direttore Scientifico: Alì Abukar Hayo

Direttore Responsabile: Antonio Ricca

DIRETTORE SCIENTIFICO E EDITORE: Alì Abukar Hayo

DIRETTORE RESPONSABILE: Antonio Ricca

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

COMITATO SCIENTIFICO (Revisori): Alberto Aimi (Università e-Campus), Fabio Alonzi (Università e-Campus), Maristella Amisano (Università della Calabria), Sergio Bonini (Università di Trento), Ersi Bozheku (Università e-Campus), Pasquale Bronzo (Università di Roma "La Sapienza"), Marco Cecchi (Università di e-Campus), Gabriele Civello (Università di Cagliari), Maria Teresa Collica (Università degli Studi di Messina), Francesca Consorte (Università di Parma), Eleonora Anna Alexandra Dei-Cas (Università di Modena e di Reggio Emilia), Massimo Luigi Ferrante (Università di Cassino), Fabrizio Galluzzo (Università E-Campus), Gianluca Gentile (Università di Napoli "Suor Orsola Benincasa"), Ciro Grandi (Università di Ferrara), Luigi Ludovici (Università di Roma Guglielmo Marconi), Nicola Madìa (Università di Roma "Tor Vergata"), Antonio Nappi (Università degli Studi di Napoli "Federico II"), Domenico Notaro (Università di Pisa), Rosa Maria Emilia Palavera (Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"), Ylenia Parziale (Università di Roma "Unicusano"), Gianluca Ruggiero (Università del Piemonte Orientale), Ettore Michele Squillaci (Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria), Gaetano Stea (Università di Bergamo), Ludovica Tavassi (Università di Milano "Bicocca"), Francesco Trapella (Università di Chieti-Pescara), Pasquale Troncone (Università degli Studi di Napoli Federico II).

COMITATO DI REDAZIONE: Valentina Badalamenti, Lavinia Cervellati, Stefano Di Pinto, Sarah Fresu, Natale Fusaro, Alessandro Gerardi Virgili, Paola Marasciulo, Andrea Pantanella, Serena Scippa, Luigi Scollo, Elisa Tognana Cecchetti.

Nullum Crimen (www.nullumcrimen.it) è una Rivista scientifica quadrimestrale di scienze penalistiche online aggiornata quotidianamente e fascicolata ogni quattro mesi, ad accesso libero.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committe on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

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

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di **Nullum crimen**, si consiglia di utilizzare la

forma di seguito esemplificata: iniziale del nome dell'Autore, cognome per esteso (in maiuscoletto), titolo del contributo in corsivo, in *Null. crim.* (o NC), 1/2022, pp. 4 ss.

Peer review: **Nullum crimen** è una rivista scientifica *peer-reviewed*. Tutti i contributi, ad eccezione di quelli a firma del Direttore, sono sottoposti in forma anonima a revisione paritaria a doppio cieco (*double blind review*). La *peer review* è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista. I contributi che il Direttore ritiene di destinare alla pubblicazione sulla Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione, tra i membri del Comitato scientifico (Revisori) tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il referaggio può anche essere affidato a valutatori esterni, scelti dal Direttore, tra Professori di prima e seconda fascia, e/o equiparati – o a queste funzioni abilitati – di Diritto e procedura penale, italiani e stranieri, tenendo conto delle competenze specifiche. Il Direttore, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se, invece, i referee raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti e verifica del loro accoglimento da parte della Direzione. In caso di discordanza di giudizio il Direttore valuta se pubblicare il contributo.

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

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

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

ISSN 2974-7503

indirizzo e-mail: redazione@nullumcrimen.it sede: Corso Trieste, 106 - 00198 Roma – Tel. 06-32650452

INDICE DEI CONTRIBUTI

ARTICOLI

A. ABUKAR HAYO, La travagliata fattispecie dello scambio elettorale politico-mafioso: dall'erogazione di denaro alla mera "disponibilità"…… 6

M. ARCOLIN, Legge Scelba e decreto Mancino all'indomani delle Sezioni Unite sul saluto romano: sfide di un'esegesi costituzionalmente orientata ……..…… 24

G. VACCARI, Il diritto penale come braccio armato dello Stato: riflessioni sulle attuali strategie di politica criminale…….. 64

A. FORTUNATO, Qualche appunto su intelligenza artificiale e diritto penale del nuovo millennio: gli incerti contorni dell'AI Act ed il problema della responsabilità penale……103

F. TRAPANI, L'appropriazione indebita di file informatici e bitcoin: note critiche sulla recente giurisprudenza alla luce della dimensione testuale dell'interpretazione…… 141

A. ABUKAR HAYO, La sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte e la *par condicio creditorum*…… 163

S. DI PINTO, Ordine Pubblico e Sicurezza Urbana, alla luce delle riforme introdotte dalla L. 24 Aprile 2026, N. 54 (c.d. "Decreto-Sicurezza 2026")..…… 178

D. FORTUNA, Colpevolezza e imputabilità, tra nozione psicologica tradizionale e nozione normativa della colpevolezza…… 250

Y. PARZIALE, La "nuova" presunzione di capacità di intendere e di volere del minore ultraquattordicenne. Prime riflessioni critiche a margine del Disegno di legge in materia di imputabilità minorile…… 275

NOTE A SENTENZA

F. PISCONTI, La proporzionalità della pena e i limiti costituzionali della legislazione penale emergenziale. Il Tribunale di Siracusa solleva questione di incostituzionalità dei commi 1, 3 e 4 dell'art. 12 bis T.U.I.…… 298

P. MARASCIULO, Oltre la mera falsità: la concreta idoneità inquinante del depistaggio dichiarativo alla luce della sentenza n. 13093 della Corte di cassazione …….. 324

F. PISCONTI, L'efficacia conformativa della sentenza costituzionale n. 86 del 2024 sul sistema dell'esecuzione penale. Note a margine dell'ordinanza della Corte di cassazione del 22 maggio 2026, n. 107 in materia di rapina aggravata……... 353

G. MARRANCONE, Note sul reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all'art. 570 bis c.p……390

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

LA TRAVAGLIATA FATTISPECIE DELLO SCAMBIO ELETTORALE POLITICO-MAFIOSO: DALL'EROGAZIONE DI DENARO ALLA MERA "DISPONIBILITÀ" *

The troubled offence of mafia-political electoral exchange: from the disbursement of money to mere "willingness"

di

Alì Abukar Hayo **

La fattispecie di cui all'art. 416 *ter* c.p., introdotta con legge n. 356/1992, è stata più volte modificata. Nella versione vigente, a seguito della legge n. 43/2019, presenta notevoli elementi di criticità, ben evidenziati in dottrina. L'Autore si sofferma in particolare sulla condotta del politico tipizzata come "disponibilità" a soddisfare gli interessi e le esigenze dell'associazione mafiosa. Vi ravvisa un *vulnus* al principio di precisione della fattispecie, per la vaghezza della inusitata categoria concettuale, a quello di offensività, per l'eccessiva anticipazione della tutela penalistica, a quello di fattualità, per il riferimento all'*animus* dell'autore, piuttosto che al suo fatto. È criticata inoltre l'equiparazione *quoad poenam* tra l'art. 416 *bis* e 416 *ter*, che non differenzia la condotta dell'intraneo da quella dell'estraneo, nonché l'aggravante oggettiva dell'elezione, che rischia di colpevolizzare il libero esercizio del diritto di voto.

***

The offence set forth in Article 416-ter of the Italian Criminal Code, introduced by Law No. 356/1992, has been subject to repeated amendments. In its current formulation, following Law No. 43/2019, it presents significant critical issues, widely highlighted in legal scholarship. The Author focuses, in particular, on the conduct of the political actor, characterized in terms of a "willingness" (disponibilità) to satisfy the interests and needs of the mafia-type association. In this regard, he identifies a breach of the principle of legal certainty (or specificity of the offence), due to the vagueness of this unusual conceptual category; of the principle of harm (offensiveness),

---

* Il contributo è destinato all'opera collettanea *I procedimenti di legislazione antimafia. Profili sostanziali, processuali, investigativi e socio-cognitivo criminologici*, a cura di Luca Della Ragione, Roberto Massucci, Domenico Antonio Scali, Giorgio Spangher, Pierluigi Zarra, Wolters Kluwer – Cedam – IPSOA, in corso di pubblicazione. Si ringraziano i curatori e la casa editrice per averne consentito l'anticipazione su questa *Rivista*.

** Professore ordinario di Diritto Penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano".

given the excessive anticipation of criminal protection; and of the principle of materiality, insofar as the provision appears to emphasize the agent's intent (animus) rather than the concrete conduct carried out. Furthermore, criticism is directed at the equivalence quoad poenam between Articles 416-bis and 416-ter of the Criminal Code, which fails to adequately distinguish between the conduct of insiders (intranei) and outsiders (estranei), as well as at the objective aggravating circumstance linked to electoral success, which risks unduly affecting the free exercise of the right to vote.

Sommario: 1. La prima formulazione - 2. La riforma del 2014 - 3. La promessa di disponibilità del politico, nella vigente fattispecie, in rapporto di tensione col principio (a) di precisione, (b) di offensività e (c) di fattualità - 4. Rilievi critici sulla cornice sanzionatoria.

Key-words: mafia-political electoral exchange – willingness – the principle of legal certainty - the principle of harm - right to vote

1. La prima formulazione

La fattispecie dello scambio elettorale politico-mafioso, prevista dall'art. 416 *ter* c.p., ha avuto una gestazione travagliata e un corso di vita agitato e mutevole. L'attuale formulazione legislativa, che si deve alla legge n. 43/2019, è molto dissimile da quella originaria, introdotta con legge n. 356/1992, e si discosta anche, in alcuni punti, dalla versione intermedia introdotta con la legge n. 62/2014[3]. Nell'arco di pochi anni si sono succeduti ben tre interventi del legislatore penale,

[3] Per una ricostruzione dell'origine della fattispecie e del travagliato *iter* legislativo si rinvia a A. BARAZZETTA, *Art. 416 ter*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI-G. MARINUCCI, 3a ed., Milano, 2011, 4345; A. CAVALIERE, *Lo scambio elettorale politico-mafioso*, in AA.VV., *Trattato di diritto penale*, a cura di S. MOCCIA, vol. I, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Napoli, 2006, 639 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 11 ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Leg. pen.*, 1993, 122 ss.; G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una espansione incontrollata del concorso criminoso*, in *Foro it.*, 1996, V, 127 ss.; C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa: una configurazione possibile*, ivi, 121 ss.; M. PELISSERO, *Associazione di tipo mafioso e scambio elettorale politico-mafioso, in Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di ID., in *Trattato teorico/pratico di diritto penale*, diretto da C. PALAZZO - C.E. PALIERO, Torino, 2010, 326 ss.; C. VISCONTI, *Il reato di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.*, 1993, 273 ss.

a testimonianza di una *ratio legis* non individuata con precisione, forse addirittura sfuggente per vizio genetico, e di una linea di politica criminale piuttosto ondivaga. Negli anni il ventaglio delle condotte punibili si è ampliato di molto, fino a ricomprendere oggi atti prodromici e non immediatamente offensivi, in ossequio alla logica del moderno panpenalismo dalle tinte moraleggianti.

È opinione diffusa in dottrina che l'odierno legislatore penale, sensibile all'esigenza di compiacere il popolo degli elettori, sia incline ad assecondarne le pulsioni giustizialiste e securitarie, incamminandosi lungo la via del populismo, contrassegnata da una legislazione ipertrofica, ridondante e caotica, spesso meramente simbolico-espressiva[4]. In questa logica, a ognuna delle varie "emergenze" della vita associata, amplificata dai media, è necessario corrisponda l'intervento "provvidenziale" del legislatore penale, che per questa via scopre la nuova ed ennesima fattispecie di reato. Avendo smarrito il criterio liberale tradizionale, secondo cui la sanzione penale è l'*extrema ratio*, il moderno legislatore paternalistico e iperprotettivo assegna a sé stesso l'immane compito di redimere l'umanità, mediante i suoi precetti penalmente sanzionati, riguardanti tutti gli ambiti della coesistenza. Un contributo particolarmente significativo, al proliferare di codesta legislazione populistica, si deve all'emergenza della corruzione, ispiratrice di tanti pacchetti diretti a "spazzare" corrotti e corruttori[5].

In questo quadro, non poteva mancare il contrasto ai fenomeni di corruttela politica, che ha ispirato l'introduzione della nuova fattispecie di reato, denominata "scambio elettorale politico-mafioso", che ha visto la luce nel 1992. Nella sua prima formulazione, il reato consisteva nel *pactum sceleris* stipulato dal mafioso e dal politico, avente ad oggetto la prestazione dell'uno, consistente nel sostegno elettorale, e la controprestazione dell'altro, consistente in una dazione di denaro[6].

---

[4] Sul punto sia consentito rinviare ad A. ABUKAR HAYO, *I tratti del simbolismo nella legislazione penale di contrasto ai fenomeni corruttivi. Dalla pretesa di "pienezza" di tutela alle fattispecie aperte*, ESI, Napoli, 2021 e bibliografia ivi indicata.

[5] Si veda per tutti G. AMARELLI, *Scambio elettorale politico-mafioso: diagnosi di una legge sbagliata*, in *Dir. Proc. Pen.*, 9/2019.

[6] Il testo della norma entrata in vigore nel 1992 prevedeva "La pena stabilita dal primo comma dell'art. 416-bis si applica anche a chi ottiene la promessa di voti prevista dal terzo comma del medesimo articolo 416-bis *in cambio della erogazione di denaro*".

L'art. 11 *ter* del decreto legge 8-6-1992, n. 306, recante ``Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa'', convertito dalla legge 7-8-1992, n. 356, introdusse per la prima volta nel nostro ordinamento il reato di scambio elettorale politico mafioso, innestandolo nel tessuto codicistico all'art. 416 *ter* c.p.. Alla *ratio legis* non era certamente estraneo l'intento di dare un segnale politico di risoluto contrasto alla recrudescenza del fenomeno mafioso, manifestatasi al picco massimo della barbarie nelle stragi dell'estate 1992. Sulla scia dell'emergenza, furono approvate rilevanti modifiche al codice penale e processuale penale, in materia di criminalità organizzata[7]. L'introduzione della nuova fattispecie si accompagnò alla contestuale modifica dell'art. 416 *bis* c.p., con la quale fu inclusa, tra le finalità tipiche dell'associazione mafiosa, quella di «impedire o di ostacolare il libero esercizio del voto, o di procurare voti, a sé o ad altri, in occasione di consultazioni elettorali»[8].

Si voleva dunque punire il politico che avesse ottenuto la promessa di voti, in occasione di una competizione elettorale, da un appartenente a un'associazione mafiosa, in cambio dell'erogazione di denaro. Il delitto consisteva nel *pactum sceleris*, avente ad oggetto le prestazioni sinallagmatiche del procacciamento dei voti, da una parte, e la dazione di denaro, dall'altro. La lettera della norma ("in cambio dell'erogazione di denaro") sembrava richiedere, ai fini dell'integrazione del reato, non il solo consenso delle parti, ma anche l'effettiva *traslatio* del corrispettivo in denaro. Si può dire che gli estensori della norma avessero a

---

[7] Osserva P. INSOLERA, *Art. 416-ter c.p. scambio elettorale politico mafioso: storia di una fattispecie senza pace*, in *Dir.Pen.Cont.*, 29.09.2019: «Il contesto storico-politico di approvazione della disposizione è emergenziale: si trattò della prima risposta normativa dello Stato dopo la tragica stagione delle stragi di Capaci e di Via d'Amelio». Per un'ampia analisi dei lavori preparatori e del tortuoso *iter* di approvazione della disposizione originaria, cfr.: G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa. Profili politico-criminali, dommatici ed applicativi*, Roma, 2017, 216-223; A. BARAZZETTA, *Sub art. 416-ter*, in E. Dolcini-G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, cit., 1754 ss.; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 878 ss.; S. FINAZZO, *Scambio elettorale politico mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., IX, Torino, 2016, 675 ss.; I. FONZO-F. PULEIO, *Lo scambio elettorale politico-mafioso: un delitto fantasma?*, in *Cass. pen.*, 2005, 5, 1908 ss.,; C.F. GROSSO, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso esterno in associazione mafiosa. Una configurazione possibile*, in *Foro it.*, 1996, pt. V, 121 ss.; N. MADIA, *Scambio elettorale politico mafioso: il fascino riscoperto di una fattispecie figlia di un dio minore*, in *Cass. pen.*, 2013, 3328 ss.; A. PANETTA-A. BALSAMO, *Sul patto elettorale politico-mafioso vent'anni dopo. Poche certezze, molti dubbi*, in *Cass. pen.*, 2012, 11.

[8] Evidenzia la contestualità temporale e la comune *ratio* emergenziale delle due disposizioni P. INSOLERA, *op. cit.*.

riferimento lo schema dei contratti reali, nei quali il trasferimento della *res* non costituisce obbligazione futura, ma elemento costitutivo dell'incontro di volontà.

2. La riforma del 2014

Così formulato l'art. 416 *ter* c.p. fu bersaglio di aspre critiche, sia da parte della dottrina, che della giurisprudenza. Il limite più grande si individuava nella tipicità ristretta della condotta illecita, esclusivamente descritta in termini di erogazione di denaro da parte del politico (promissario) in favore del mafioso (promittente), mentre nella vita concreta - si osservava - il corrispettivo pattuito poteva assumere altre forme, le più diverse e impensabili[9]. In questo riduzionismo si ravvisava l'insipienza del legislatore, incapace di dare seguito efficace e coerente alla propria *ratio* politica, o anche la possibile riserva mentale di esponenti politici e parlamentari, pronti a parole a ornarsi il capo di efficienza repressiva e, nei fatti, a vanificarla, consapevoli che il vero *pactum sceleris* ben difficilmente ha come oggetto la mera erogazione di una somma di denaro[10]. In verità, ben presto la giurisprudenza, con interpretazioni "ortopediche" al limite dell'analogia *in malam partem*, equiparò al denaro qualsivoglia "utilità" di varia natura, apprezzabile in termini economici. In breve, nel diritto vivente, l'utilità economicamente rilevante prese il posto del denaro. Inoltre, secondo l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, si ritenne che fosse sufficiente a integrare il reato anche la promessa della futura prestazione dell'utilità; cosicché la repressione penale dello scambio elettorale politico-mafioso non rimase ineffettiva, come avevano temuto i critici della prima ora[11].

---

[9] *Ex multis* G. AMARELLI, *La contiguità politico-mafiosa*, cit., 223 ss.; A. BARAZZETTA, *Sub art. 416-ter*, *cit.*, 760-61; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, cit., 878 ss.; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, Parte speciale, Vol. I, Bologna, 2012, 486.; S. FINAZZO, *Scambio elettorale, cit.*; P. INSOLERA, *op. cit.*, 7 ss. Sulle ragioni che verosimilmente portarono il legislatore dell'epoca a limitare la controprestazione al solo denaro, si vedano i rilievi critici di G. FIANDACA, *Riflessi del rapporto tra mafia e politica*, in *Foro it.*, 1993, pt. V, 137 ss., 141-142.

[10] G. FIANDACA, *Scambio elettorale politico-mafioso; un reato dal Destino legislativo e giurisprudenziale avverso?*, in *Foro. it.*, 2015, 522 ss., parla di "sopravvenuta mancanza di coraggio" del parlamento e al contempo del persistente desiderio di "far bella figura coi cittadini", cui si deve una norma dalla funzionalità prevalentemente "simbolica".

[11] La giurisprudenza della Suprema Corte non ritenne essenziale l'avvenuta erogazione di denaro, essendo sufficiente la reciprocità della promessa. Cfr. Cass. pen., Sez. V, 30 gennaio 2003, Gorgone, in Cass. pen., 2004, 1991. In senso conforme Cass. pen. Sez. I, 21 agosto 2012, (ud. 02 marzo 2012), n. 32820, con nota di F. APREA, *Il momento consumativo dello scambio elettorale politico-mafioso,* in *Giur. ita.,* 4/2013, 939 SS.. Cfr. altresì M.P. MULE', *Scambio elettorale politico-mafioso e rilevanza della mera*

L'ortopedia giurisprudenziale arò il terreno per la riforma legislativa del 2014, che accolse l'indirizzo estensivo[12]. Fu previsto nella fattispecie tipica che il *pactum sceleris* potesse riguardare non solo l'erogazione di una somma di denaro, ma anche quella di una diversa "utilità", come corrispettivo della promessa di appoggio elettorale; e tale accordo di volontà giungesse a perfezionamento con la sola promessa della prestazione futuro, a prescindere dal trasferimento del denaro previsto nella formulazione del 1992[13]. Inoltre, fu inserito un nuovo secondo comma dell'art. 416 *ter* c.p., in virtù del quale la pena disposta al 1° comma nei riguardi del politico divenne applicabile anche nei confronti del soggetto che avesse promesso di procacciare quei voti, avvalendosi del metodo mafioso. L'estensione dell'ambito di punibilità era chiaramente orientata a una *ratio* emergenziale, la quale si evince anche - per altra via - dalla scelta del legislatore di derogare agli ordinari tempi di *vacatio legis* previsti dall'art. 10 disp. prel. cod. civ.. L'art. 2 della legge dispose infatti l'immediata entrata in vigore nel giorno successivo a quello della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale, affinché ne fosse possibile l'applicazione già in occasione delle elezioni per il Parlamento europeo, fissate per il successivo mese di maggio[14].

Con la nuova formulazione, il contrasto alle mire politiche della criminalità organizzata diveniva certamente più efficace e poteva ritenersi non più lacunoso. Si puniva, con una norma ad ampio spettro, quella specifica forma di contiguità tra mafia e politica insorta già nella fase embrionale, a salvaguardia della genuinità e trasparenza della competizione elettorale, con riguardo sia alla libertà di scelta

---

promessa reciproca, in *Arch. pen.*, 3/2012.

[12] Per una disamina approfondita delle modifiche apportate dalla legge n. 64/2014 cfr.: G. AMARELLI, *La contiguità politico mafiosa,* cit., 262 ss.; E. COTTU, *La nuova fisionomia dello scambio elettorale politico-mafioso, tra istanze repressive ed equilibrio sistematico*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 789 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Art. 1, Il delitto di scambio politico-mafioso fra tradizione e innovazione*, in *www.legislazionepenale.eu*, 2014, 219 ss.; S. FINAZZO, *Scambio elettorale politico mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2016; G. INSOLERA - T. GUERINI, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Torino, 2018, 104 ss.; V. MAIELLO, *La nuova formulazione dello scambio elettorale politico-mafioso*, in *St. iur.*, 2015, 1 ss.; E. SQUILLACI, *Il "nuovo" reato di scambio elettorale politico-mafioso. Pregi e limiti di una riforma necessaria*, in *Arch. pen.*, 2014,1 ss.

[13] Secondo M.P. MULE', *op. cit.*, la condotta materiale deve individuarsi nello scambio di due promesse: la promessa di voti contro quella di una da-zione di denaro si giunge a delineare una sorta di rapporto sinallagmatico tra le parti, in cui il vincolo sussiste non tra prestazioni, bensì tra promesse di prestazioni.

[14] S. FINAZZO, *Scambio elettorale, cit.*, 4 ss.

dell'elettore, sia all'assenza del vincolo di mandato a carico dell'eletto; si realizzava, con ciò, una tutela penale al massimo livello di anticipazione, compatibile coi principi di tassatività e offensività, oltre il quale l'offesa diventa del tutto evanescente, si va al di fuori del diritto penale del fatto e si entra in quello del diritto penale d'autore o del nemico. Si interveniva in maniera esaustiva già nella fase genetica della commistione mafia-politica, laddove si rivelavano insufficienti gli strumenti di contrasto tradizionali e sperimentati, sia previsti specificamente per la criminalità mafiosa, sia per la criminalità comune.

Il concorso esterno in associazione mafiosa può rivelarsi insufficiente, tutelando il bene giuridico dell'ordine pubblico generale e non quella specifica proiezione elettorale, nel corso della quale prendono l'avvio quei rapporti di contiguità destinati a protrarsi nel tempo. La norma incriminatrice dello scambio elettorale politico-mafioso può vedersi come la prima linea di difesa della corretta dinamica politica fondata sul consenso elettorale. Lo scambio elettorale politico mafioso per certi versi può essere considerato una sorta di concorso esterno *in fieri*[15]. La sua incriminazione colma, dunque, un vuoto di tutela, giacché sanziona la manifestazione iniziale di un *pactum sceleris*, che sfuggirebbe altrimenti alla repressione penale, non avendo ancora espresso pienamente le sue potenzialità. Per certi versi, si può dire che l'art. 416 *ter* sta al *bis* come il pericolo sta al danno.

D'altronde quei torbidi rapporti di contiguità sfuggono alla sanzione penale prevista per gli ordinari casi di corruzione elettorale previsti agli artt. 96 e 97 del d.p.r. n. 361 del 30-3-1957, nonché agli artt. 86 e 87 del d.p.r. n. 570 del 16-5-1960. I reati di corruzione elettorale disciplinati agli artt. 96 e 86 puniscono la condotta di chi offre, promette, o somministra denaro, valori, o qualsiasi altra utilità, per ottenere, a proprio o ad altrui vantaggio, la firma per una dichiarazione di presentazione di candidatura, il voto elettorale o l'astensione, sanzionando con la stessa pena anche l'elettore che accetta l'offerta o la promessa[16]. La condotta tipica è parzialmente sovrapponibile a quella prevista dall'art. 416 *ter*, consistendo in un patto sinallagmatico, in virtù del quale il promissario si impegna ad esercitare il diritto di voto a favore del promittente, che ne condiziona il libero esercizio,

[15] Sullo scambio elettorale, inteso come una specifica modalità del concorso esterno, G. FIANDACA, *Accordo elettorale politico mafioso e concorso esterno cit.*.

[16] In dottrina, G.A. DE FRANCESCO, Commento all'art. 11-ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306, cit., 132; M.T. COLLICA, *Scambio elettorale*, cit., 883 s.

mediante la promessa di un compenso vantaggioso. Ma la differenza è molto grande, poiché, nel caso dei reati elettorali, la negoziazione avviene, in via diretta, tra il politico ed il titolare del diritto di voto, nel caso dello scambio politico-mafioso, il sinallagma contrattuale avvince una grande realtà associativa; pertanto, il danno sociale della negoziazione individuale è infinitamente più piccolo, rispetto all'inquinamento della vita pubblica che deriva dal torbido intreccio di rapporti affaristici tra il politico e il mafioso. Analogamente differiscono l'oggettività giuridica protetta dal delitto in esame e quella tutelata dalle fattispecie di cui all'art. 97 d.p.r. n. 361/1957, e dall'art. 87 d.p.r. n. 570/1960, che puniscono la condotta di chi usa violenza o minaccia nei riguardi di un elettore, o di un suo congiunto, per condizionarne il libero esercizio del diritto di voto, ovvero quella di chi, con notizie da lui conosciute come false, con raggiri o artifizi, ovvero con qualunque altro mezzo illecito, atto a diminuire la libertà degli elettori, esercita pressione sugli stessi, con il medesimo fine. In questo caso, si punisce, in via immediata e diretta, la coercizione posta in essere nei riguardi dell'elettore e non la ricorrenza di un patto consensualmente stipulato.

In conclusione, la riforma del 2014 aveva implementato e completato il quadro normativo di contrasto alla contiguità mafia politica, potendosene finalmente incriminare tutte le forme di manifestazione, sia in fase esecutiva (concorso esterno), sia in fase genetica (scambio elettorale), con uno spettro di previsione ampio ed esaustivo. Non si sentiva alcun bisogno di variazione e aggiustamenti[17].

3. La promessa di disponibilità del politico, nella vigente fattispecie, in rapporto di tensione col principio di (a) precisione, (b) di offensività e (c) di fattualità

La pulsione politico-criminale di segno neo-populista, inaugurata dalla legge n. 3/2019 c.d. "Spazzacorrotti" e proseguita con la contestata novella della legittima difesa domiciliare (legge n. 36/2019), indusse il legislatore ad inasprire la già rigorosa disciplina del delitto di scambio elettorale politico-mafioso. Con la legge

[17] In questo senso G. AMARELLI, *Scambio elettorale politico-mafioso cit.*, 1224 ss.. L'Autore critica la riforma del 2019, definendo la nuova fattispecie una "norma-manifesto", che inasprisce inutilmente una sanzione penale già notevolmente rigorosa. In particolare, osserva: «questo intervento modificativo trascura di considerare che il novero delle condotte incriminate era stato ragionevolmente ampliato nella prima riforma del 2014 escludendo, però, soluzioni eccessivamente estensive dell'area del penalmente rilevante».

21 maggio 2019, n. 43, recante "Modifica all'articolo 416-ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso", è stata riformulata la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 416 *ter* c.p.[18]

La modifica più rilevante e più criticata ha riguardato il contenuto della prestazione promessa dal politico. Nel patto sinallagmatico costitutivo del reato è stata inserita "*la disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa*" come corrispettivo dell'appoggio elettorale del mafioso. Così tipizzata la condotta illecita del promittente, che commette il reato di scambio elettorale politico-mafioso, non già in riferimento a una precisa e individuata prestazione futura, bensì alla sua "disponibilità" a porre in essere una imprecisata serie di prestazioni future non previamente identificate, si presta a una pluralità di censure di non poco momento, perché entra in tensione con tre principi basilari del diritto penale costituzionalmente orientato: a) principio di precisione (determinatezza e tassatività) della fattispecie penale; b) principio di offensività; c) principio di fattualità.

---

[18] La riforma del 2019 ha modificato la fattispecie già profondamente riscritta dalla legge n. 62/2014 con una prima importante riforma e, successivamente, leggermente ritoccata sul solo fronte del precetto secondario dalla legge 23 giugno 2017, n. 103. Si riporta di seguito il testo vigente:
«Chiunque accetta, direttamente o a mezzo di intermediari, la promessa di procurare voti da parte di soggetti appartenenti alle associazioni di cui all'articolo 416 bis o mediante le modalità di cui al terzo comma dell'articolo 416 bis in cambio dell'erogazione o della promessa di erogazione di denaro o di qualunque altra utilità o *in cambio della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa* è punito con la pena stabilita nel primo comma dell'articolo 416 bis.
La stessa pena si applica a chi promette, direttamente o a mezzo di intermediari, di procurare voti nei casi di cui al primo comma.
Se colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale, si applica la pena prevista dal primo comma dell'articolo 416 bis aumentata della metà.
In caso di condanna per i reati di cui al presente articolo, consegue sempre l'interdizione perpetua dai pubblici uffici». Per i primi rilievi critici alla riforma si rinvia a: G. AMARELLI, *L'ennesima riforma dello scambio elettorale politico mafioso tra molte ombre e nessuna luce*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 9; ID., *La riforma dello scambio elettorale*, in *Dir. pen. cont.*, 4 giugno 2019; A. CISTERNA, *Modifica all'art. 416 ter del codice penale in materia di voto di scambio politico-mafioso* (commento alla l. 21 maggio 2019 n. 43), in *Guida al dir.*, 2019, fasc. 26, 21; N. COTTONE, *Voto di scambio: con le nuove regole fino a 22 anni e mezzo di carcere per i politici eletti*, in *ilsole24ore.com*, 22 maggio 2019; P. INSOLERA, *op. cit.* 5 ss.; P. MOROSINI, *Inquinamento mafioso della politica e legge penale*, in *questionegiustizia.it*, 5 giugno 2019; V. MUSACCHIO - A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, Milano, 2019; G. PANEBIANCO, *La nuova configurazione del delitto di scambio elettorale politico-mafioso: un precario equilibrio tra esigenze di tutela e garanzie penali*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 18 ottobre 2019.

A - Innanzitutto si può osservare che l'unica tipologia di reato lontanamente assimilabile alla novella figura di promessa di "disponibilità" potrebbe rinvenirsi nel mercimonio della funzione del pubblico ufficiale, che costituisce reato di corruzione[19]. Anche in questo caso, il *pactum sceleris* non verte su una prestazione precisa, bensì su una serie indeterminata di prestazioni future[20]. Ma sussistono due rilevantissime differenze. Il mercimonio della pubblica funzione riguarda solo quella specifica e ben precisa branca dell'amministrazione cui appartiene il pubblico ufficiale; dunque, investe una tipologia di atti amministrativi definita a priori. La competenza del pubblico ufficiale è ristretta a quegli atti, sicché il suo mercimonio è implicitamente ed esplicitamente limitato agli atti del suo ufficio, che sono identificabili a priori. L'oggetto del mercimonio può essere indeterminato nel tempo, ma è certamente determinato in ordine alla categoria degli atti promessi. Insomma, la promessa del pubblico ufficiale corrotto può dirsi almeno parzialmente definita e pertanto compatibile col principio di determinatezza e tassatività del reato. Inoltre, la funzione, di cui il pubblico ufficiale fa mercimonio, è in atto; non si tratta di un'aspettativa, è una realtà del presente; il pubblico ufficiale svolge quella funzione nello stesso momento in cui ne promette il mercimonio. Ne deriva che il *pactum sceleris* verte su concreti elementi del presente, che identificano il contesto del reato, delimitando il fatto che costituisce reato entro coordinate sufficientemente determinate e tassative.

Tale delimitazione non è possibile nel caso dello scambio elettorale politico-mafioso avente per oggetto la mera "disponibilità". In questo caso il politico

---

[19] A. BARAZZETTA, *Sub art. 416-ter*, cit., 1762, osserva criticamente che «un simile termine non è stato mai impiegato da alcun codice anche pre-unitario per designare una condotta penalmente rilevante essendo lesivo del fondamentale principio di determinatezza della fattispecie incriminatrice come riconosciuto dalle stesse sezioni unite» nella sentenza Mannino (cfr. nota 21); G. INSOLERA, *op. cit.*, 6; similmente, v. *amplius* le critiche di P. MOROSINI, *op. cit.*

[20] Si evidenzia che le fattispecie corruttive sono differenziate secondo che il *pactum sceleris* verta su un generico programma futuro (art. 318 c.p.) o su precisi atti d'ufficio (art. 319). La correlativa differenza del trattamento sanzionatorio è ritenuta ragionevole da V. MONGILLO, La *legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27 maggio 2019, 245; G. AMARELLI, *Scambio elettorale cit.*. Quest'ultimo osserva peraltro che la fattispecie di scambio elettorale politico-mafioso introduce un elemento di incoerenza nel sistema, anche perché un programma assolutamente generico, significato dal sintagma "disponibilità"', viene equiparato a una pattuizione specifica e determinata. Al contrario ritiene irragionevole la differenziazione delle fattispecie corruttive M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, 44 ss..

promette ciò che non ha: un futuro che non è basato sul presente. Le elezioni sono *in fieri* e il successo elettorale costituisce una semplice aspettativa. Peraltro, la "disponibilità" non riguarda una serie di atti predeterminati, bensì una congerie indistinta di atti futuri. Non sono precisati gli atti e nemmeno è precisabile la categoria degli atti, poiché questi non afferiscono a una funzione amministrativa individuata. Dunque, gli atti futuri ed eventuali non sono determinati, né determinabili, e nemmeno la funzione è in atto, appartiene anch'essa all'ambito del futuro incerto[21]. Insomma, l'incertezza caratterizza l'intero quadro descrittivo della prestazione del politico asserita come "disponibilità". Mancano tutti i punti di riferimento[22]. La fattispecie rinvia per intero a un futuro incerto e imprecisato.

B - Mentre si possono formulare i superiori rilievi critici sotto il profilo della determinatezza e tassatività del fatto, per la genericità e incertezza del quadro di riferimento, altri se ne possono formulare sotto il profilo dell'anticipazione della tutela.

Ovviamente la disponibilità a realizzare alcunché non è ancora realizzazione, ma non è nemmeno tentativo o inizio di realizzazione[23]. Non sono richiesti infatti

---

[21] F. SIRACUSANO, *Gli ''impervi'' percorsi giurisprudenziali del patto di scambio (elettorale) politico-mafioso*, in *Giur. Italiana*, 8-9/2025, 1872 ss., nella nota di commento alla sentenza Cass. pen., Sez. VI, 11 aprile 2025 (ud. 15 gennaio 2025), n. 40, sottolinea come la vaghezza di taluni elementi strutturali della fattispecie, con particolare riferimento all' "impalpabile disponibilità" del candidato, restano formule ancora bisognose di valutazioni giurisprudenziali in grado di reinterpretarle in conformità alla Costituzione.

[22] Dello stesso avviso G. AMARELLI, *Scambio elettorale cit.*, 1229: «Una simile opzione politico-criminale risulta potenzialmente in contrasto con i principî di determinatezza, offensività ed *extrema ratio*, ampliando in modo indebito ed eccessivo le maglie del delitto in esame. In primo luogo, collega il disvalore del fatto ad un concetto inafferrabile e vago come quello di disponibilità futura ed indistinta *nell'an*, nel quando e nel quomodo del candidato dell'intermediario a soddisfare "interessi o esigenze" (altri due concetti decisamente polisenso) dell'associazione mafiosa, introducendo quindi un elemento distonico rispetto al principio di precisione di cui all'art. 25, comma 2, Cost. e di accessibilità dei comandi legali e prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie di cui all'art. 117, comma 1, Cost. rispetto all'art. 7 CEDU».

[23] La carenza di offensività della mera "disponibilità" emerge dalla sentenza SS.UU., 12 luglio 2005, n. 33748, Mannino, in *Foro it.*, 2006, II, 86 ss. con nota di G. FIANDACA-C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*. Vi si afferma che per la possibile rilevanza penale a titolo di concorso esterno di un patto elettorale politico-mafioso «non basta certamente la mera 'disponibilità' o 'vicinanza', né appare sufficiente che gli impegni presi dal politico a favore dell'associazione mafiosa, per l'affidabilità e la caratura dei protagonisti dell'accordo, per i connotati strutturali del sodalizio criminoso, per il contesto storico di riferimento e per la specificità dei contenuti del patto, abbiano il carattere della serietà e della concretezza».

gli atti idonei e univoci, diretti alla realizzazione del fine, per il semplice fatto che il fine stesso è indeterminato, dovendo identificarsi con qualsivoglia soddisfacimento pieno o parziale degli interessi dell'associazione mafiosa, in fondo coincidenti con gli interessi dei suoi sodali. Il sodalizio criminoso non ha personalità giuridica e per ciò stesso non sono distinguibili con chiarezza gli interessi dell'organizzazione da quelli delle persone che la compongono. Prescindendo comunque dalla difficoltà del discernimento, non si può dubitare che la somma degli interessi del sodalizio e di quelli personali dei sodali costituisca una congerie indistinta e astratta, rispetto alla quale non sono individuabili atti idonei e univoci, posto che il parametro di idoneità e univocità presuppone un riferimento concreto. Solo l'inizio della realizzazione potrebbe conferire quel minimo di concretezza al fine cui è strumentalmente ordinata la disponibilità promessa; ma, a quel punto, l'*iter criminis* avrebbe già oltrepassato la soglia della mera disponibilità. Ciò che inizialmente si poteva qualificare "disponibilità" ha partorito un contributo attivo ed efficiente alla realizzazione degli interessi associativi e magari personali degli associati; ma allora non c'è ragione di tipizzare la prestazione del politico in termini di mera disponibilità.

A nostro sommesso avviso, non si può uscire dal seguente dilemma: a) se si prende in considerazione la mera disponibilità, la realizzazione del fine è troppo lontana e manchevole di riferimenti concreti; b) se si prende in considerazione un minimo riferimento concreto, concernente la realizzazione del fine associativo, non ha più senso parlare di mera disponibilità e allora la promessa del politico dedotta nel *pactum sceleris* deve essere intesa come promessa di "utilità", non già di "disponibilità". Sempre e comunque la mera disponibilità a realizzare gli interessi dell'associazione rappresenta un antefatto, un preliminare del preliminare. Tipizzare la mera disponibilità come prestazione del politico, assunta nel sinallagma contrattuale costitutivo del fatto di reato, rappresenta una forma eccessiva di anticipazione della tutela penalistica, incompatibile con il principio di offensività. Nel momento della disponibilità, non ancora concretizzatasi in un atto concreto di contributo alla realizzazione dei fini societari, né in atti idonei a realizzare il contributo concreto, non si palesa ancora un pericolo apprezzabile, ma soltanto la preliminare eventualità del pericolo futuro. L'incriminazione della promessa di utilità (futura) costituisce già un'anticipazione di tutela, in quanto

l'utilità pattuita che realizza l'interesse degli associati non si è ancora inverata; ma la promessa di disponibilità arretra ancora di più la consumazione del reato, in un momento in cui la promessa non ha per oggetto un contributo al fine associativo, bensì la preliminare attitudine, pur sempre futura, a realizzare un futuro contributo, pur sempre indefinito.

In questa promessa preliminare di attitudine futura a un contributo indefinito, idoneo a realizzare finalità associative, non si possono cogliere i caratteri del pericolo concreto, per l'indeterminatezza del fine al quale dovrebbe commisurarsi il parametro di adeguatezza. Nè si possono cogliere i caratteri del pericolo astratto, che sussistono solo in quanto la situazione descritta in fattispecie sia di per sé pericolosa in base a una massima d'esperienza implicitamente supposta dal legislatore, mentre la dinamica della competizione elettorale non è pericolosa in sé e potrebbe diventarla solo in relazione alle concrete circostanze del caso. Se dunque solo la concretezza del pericolo potrebbe fondare l'offesa tipica e il pericolo concreto non può ravvisarsi nella semplice promessa di disponibilità, si deve concludere che la fattispecie *de qua* entra in rotta di collisione anche col principio di offensività, oltre che col principio di determinatezza e tassatività.

C - Si può pensare infine che l'incriminazione della promessa di disponibilità del politico appartenga all'area del diritto penale d'autore, molto più che a quella del diritto penale del fatto. Si incrimina, a ben vedere, l'inclinazione intima della persona, piuttosto che il suo fatto.

La categoria della "disponibilità" ha acquistato progressiva rilevanza penalistica nel linguaggio giurisprudenziale, intesa come potere di disporre della "cosa". Il potere di un soggetto di disporre della cosa di proprietà altrui è decisivo per valutare la sussistenza di molti reati. Valga per tutti il riferimento al reato c.d. di interposizione fittizia *ex* art. 512 *bis* c.p., commesso da chi attribuisce fittiziamente ad altro soggetto la disponibilità della *res*, la quale tuttavia permane nella sua sfera di dominio[24]. Se le cose sono "nella disponibilità" di chi ha

[24] Dispositivo dell'art. 512 bis c. p. (trasferimento fraudolento di valori):
"Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità o disponibilità di denaro, beni o altre utilità al fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione patrimoniali o di contrabbando, ovvero di agevolare la commissione di uno dei delitti di cui agli articoli 648, 648 bis e 648 ter, è punito con la reclusione da due a sei anni. La stessa pena di cui al primo comma si applica a chi, al fine di eludere le disposizioni in materia di documentazione antimafia, attribuisce fittiziamente ad altri la titolarità di imprese, quote societarie

commesso il reato per conseguirle e fittiziamente le ha trasferite a un altro soggetto per assicurarsi l'impunità, è evidente che il potere dispositivo sulla *res* acquista primaria importanza, divenendo elemento costitutivo di quel fatto illecito che presuppone l'illecita acquisizione. Sotto questo profilo, il paradigma della "disponibilità" esercitata sulla *res* ha una ragion d'essere indiscutibile, in molti casi determinante.

Ci dobbiamo chiedere, tuttavia, se questo potere dispositivo si possa esercitare sulla persona, oltre che sulla *res*. Forse questa domanda chiama in causa i supremi postulati della filosofia morale, che tentano di rispondere alla domanda se l'uomo sia dotato di libero arbitrio. Pur senza scomodare i teoremi dell'ontologia cosmica, si può comunque pensare che la stessa intelaiatura del diritto penale presupponga un assioma: che la persona umana sia libera di scegliere bene e male, lecito e illecito, e assuma la responsabilità delle sue azioni. Ciò posto, pare incongruo formulare l'idea che un uomo sia "nella disponibilità" di un altro uomo. Si può pensare alla coazione fisica e morale, esercitata dall'uno nei confronti dell'altro in relazione a determinati atti; ma giammai a un pieno potere dispositivo esercitato sulla persona capace d'intendere e di volere, alla quale residua pur sempre almeno un barlume di libero arbitrio. Cosicché la disponibilità passiva del soggetto, intesa come potere dispositivo esercitato su di lui da un altro soggetto, non pare possa appartenere all'ordine dei paradigmi ideali del diritto penale. Qui non si sottovaluta certamente la coazione morale e il potere di ricatto che può subire il soggetto da parte di una temibile associazione criminosa, si sottolinea semplicemente che il condizionamento subito non può essere descritto con lo stesso paradigma ideale della disponibilità avente per oggetto la cosa.

Non rimane allora che pensare alla disponibilità attiva. Il soggetto si dichiara "disponibile" *sua sponte*, impegnandosi a futura memoria. 1In questo caso cosa si

---

o azioni ovvero di cariche sociali, qualora l'imprenditore o la società partecipi a procedure di aggiudicazione o di esecuzione di appalti o di concessioni". Per un'ampia disamina sull'istituto, v. F. CALABRESE - A. CARUSO - S.M. PANELLA - L. SURACI, *Trasferimento fraudolento di valori*, Giappichelli, Torino, 2018; A. GALANTI, *La prova dell'intestazione fittizia di beni con Particolare riguardo alle quote e ai beni societari*, in *Sist. Pen.*, 08.07.2022; F. MUCCIARELLI, *Art. 12 quinquies l. 356/1992*, in Commento al d.l. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modif. dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, *in Leg. pen.*, 1993.

incrimina, se la dichiarazione di disponibilità è rimasta tale e la disponibilità non si è ancora concretizzata in atti? A ben vedere, il soggetto sta dichiarando la sua inclinazione, la sua attitudine caratteriale a compiere illeciti futuri. Niente più che questo. Il suo impegno non consiste in una promessa di fare, bensì nella promessa di intenzionalità, di buona volontà. Egli dichiara di essere disposto a fare qualcosa; dichiara la sua disposizione d'animo all'illecito futuro. E poiché l'intenzionalità futura è *in mente Dei* ed è pur sempre ritrattabile, il soggetto dichiara semplicemente la sua intima inclinazione. Il mafioso (o suo intermediario) accetta la dichiarazione del politico, perché confida nel carattere della controparte contrattuale, nella sua inclinazione, nella sua predisposizione caratteriale a fare qualcosa nel futuro. Incriminare tale dichiarazione di volontà equivale, a nostro sommesso avviso, a incriminare l'*animus* intimo della persona, la sua inclinazione caratteriale, la sua *Gesinnung*. Non si incrimina ciò che il soggetto fa, bensì la sua personalità, caratterizzata dalla sua attitudine a commettere futuri atti illeciti. In ultima analisi, pare che la fattispecie in parola non sia in piena sintonia col principio basilare del diritto penale del fatto, espresso dal brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*, secondo cui il reato deve consistere in un fatto materiale, fenomenicamente apprezzabile, non già in elementi che caratterizzano la persona del soggetto agente.

4. Rilievi critici sulla cornice sanzionatoria.

A questo punto, si rende necessario qualche cenno alla cornice sanzionatoria, che desta non minori perplessità. A partire dal 2014, la pena edittale è stata aumentata in modo significativo. Il minimo è passato da quattro a sei anni di reclusione e, infine, a dieci anni; mentre il massimo, che nel 2014 era pari a dieci anni di reclusione, è stato innalzato prima a dodici e poi a quindici anni. Si può osservare che l'inasprimento della risposta sanzionatoria, rispetto a un fatto di identica offensività, non pare giustificato, giacché la riforma del 2019 non ha inciso sul quadro offensivo, rendendo il reato più grave rispetto a quello concepito nel 2014. La condotta incriminata è la medesima e non è certamente variato il bene giuridico tutelato[25].

[25] La mancanza di proporzione fra offesa e sanzione è stata prontamente rilevata da: G. AMARELLI, *Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per lo scambio elettorale politico-mafioso*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 maggio 2017; ID., *L'ennesima riforma dello scambio elettorale politico mafioso tra molte ombre e nessuna luce*, cit., 1231; A. CISTERNA, *op. cit.*, 23; M. DELLAGIACOMA, *Il delitto*

Inoltre, la riesumazione dell'antica equiparazione *quoad poenam* fra l'art. 416 *ter* e l'art. 416 *bis* c.p. pare incongrua, poiché la colpevolezza dell'estraneo dovrebbe essere ritenuta minusvalente rispetto a quella dell'intraneo[26]. Se, sotto questo profilo, si possono muovere obiezioni al costrutto del "concorso esterno" in associazione mafiosa, che equipara la sanzione gravante sul soggetto che coopera dall'esterno alle finalità associative a quella gravante sul soggetto affiliato, che è partecipe in prima persona della dinamica dell'associazione mafiosa e ne persegue "istituzionalmente" i fini; a maggior ragione, l'equiparazione risulta censurabile, in relazione al politico che si limita a promettere la sua disponibilità alla futura cooperazione esterna. La condotta preliminare esterna non può essere investita del medesimo disvalore etico-giuridico della condotta esecutiva interna, per il minor grado di offensività e colpevolezza del fatto preliminare rispetto a quello esecutivo e dell'agevolazione esterna rispetto alla commissione diretta e personale del reato associativo[27].

Infine, la riforma del 2019 merita qualche censura per aver introdotto l'aggravante dell'elezione. Il terzo comma dell'art. 416 *ter* prevede infatti un aumento fisso della metà della pena-base, se "colui che ha accettato la promessa di voti, a seguito dell'accordo di cui al primo comma, è risultato eletto nella relativa consultazione elettorale". In primo luogo, si può osservare che l'incremento punitivo è legato al mero verificarsi oggettivo dell'elezione, mentre nulla si dice

---

di scambio elettorale politico- mafioso post 2019: quale pena per il politico e per l'esponente mafioso?, in *Sistema penale*, 1/2021; P. INSOLERA, *op. cit.*, 34 ss.; G. PANEBIANCO, *op. cit*, 23 ss.

[26] G. AMARELLI, *Scambio elettorale cit.*, 1231, sottolinea che l'equiparazione sanzionatoria era stata espressamente esclusa dal legislatore del 2014 per il disvalore sensibilmente diverso dello scambio elettorale rispetto alla affiliazione operativa ad un sodalizio mafioso.

[27] M. DELLAGIACOMA, *Il delitto di scambio cit.*, 20, osserva che conferire il medesimo disvalore penale a condotte notevolmente diverse apre un dilemma senza via d'uscita: o si riconosce che la norma *de qua* contrasta coi principi costituzionali; o si deve pensare che il legislatore del 2019 abbia escluso che le condotte di cui agli artt. 416 *bis* e 416 *ter* siano eterogenee. Invero la "non eterogeneità" sembra per l'appunto la scelta del legislatore, alla luce del fatto che "ad avviso del legislatore, il collegamento fra mafia e politica è tale da richiedere la medesima pena sia per chi fa parte di un'associazione mafiosa, sia per chi ne chiede i voti" (V. MUSACCHIO - A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, cit.). Ma questo secondo corno del dilemma, a nostro avviso, risulta inaccettabile, perché l'"omogeneità", implicitamente supposta dal legislatore, non tiene conto del fatto che gli interessi e le esigenze dell'associazione, cui è ordinata la "disponibilità", non appartengono al politico pur "disponibile". Ebbene la diversità degli interessi non implica necessariamente l'eterogeneità di condotta e colpevolezza? E dunque l'equiparazione punitiva non sarebbe per ciò stesso incompatibile con la finalità rieducativa della pena?

del nesso causale fra l'accordo stipulato e l'elezione[28]. Nessuna verifica è richiesta per accertare se l'attività di procacciamento dei voti da parte del mafioso abbia inciso sulla vittoria elettorale. L'aumento fisso della metà della pena dipende da un evento meramente accidentale, non eziologicamente legato all'accordo illecito. È ovvio che la segretezza del voto, garantita dall'art. 48 Cost., non consente di ricostruire con precisione la catena eziologica del successo elettorale, cosicché l'elezione del candidato di per sé non può acquistare una connotazione negativa. Solo l'accordo è pregno di disvalore, mentre l'elezione è un dato di per sé neutro; solo il legame eziologico con l'accordo scellerato potrebbe conferire disvalore all'elezione. Se dunque manca il legame eziologico, manca anche il disvalore dell'evento che funge da circostanza.

Ciò posto, l'aggravamento della pena si fa derivare da un dato oggettivo privo di qualunque connotazione negativa; per certi versi, il voto liberamente espresso dagli elettori viene squalificato a "indizio", a elemento sintomatico di illiceità. Ben diverso sarebbe il caso di anomalie procedurali o intimidazioni o pressioni personali poste in essere dal candidato, sovrapposte a quelle esercitate dal contraente mafioso. In questo caso il politico protagonista del patto si macchierebbe di una colpevolezza ulteriore e sarebbe giustamente gravato di una responsabilità suppletiva, per elementi circostanziali a lui riconducibili. Dunque, la responsabilità dell'evento aggravante non sarebbe puramente oggettiva, ma sarebbe imputata con un criterio soggettivo, rispettoso del principio di colpevolezza e personalità dell'illecito.

Al tirar delle somme, la fattispecie in esame, a seguito della riforma del 2019, appare criticabile sotto diversi profili, tutti riconducibili a una *ratio* di fondo populistica e simbolico-espressiva. È andato perduto il punto di equilibrio, che in qualche modo era stato raggiunto con la legge n. 62/2014, tra l'esigenza di reprimere i torbidi intrecci e perigliosi legami mafia-politica, a salvaguardia della corretta dinamica democratica, e il rispetto dei principi costituzionali a tutela della libertà personale e in particolare della libera iniziativa politica. Nel tentativo di estirpare la radice del male e moralizzare la vita pubblica, la norma penale da *extrema ratio* è stato piegata a strumento di contrasto del malcostume. Questa impropria finalità di ingegneria sociale ha suggerito l'introduzione di una

[28] Analoghi rilievi critici sono espressi da M. DELLAGIACOMA, *Il delitto di scambio*, cit., 22.

fattispecie incriminatrice molto pasticciata, in virtù della quale si rischia di punire non solo i fatti, ma perfino i prodromi che affondano nell'intimità della persona.

LEGGE SCELBA E DECRETO MANCINO ALL'INDOMANI DELLE SEZIONI UNITE SUL SALUTO ROMANO: SFIDE DI UN'ESEGESI COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA

Legge Scelba and decreto Mancino after the Supreme Court's ruling on the roman salute: challenges of a constitutionally oriented interpretation

di

Mattia Arcolin *

La criminalizzazione del saluto romano e della chiamata del presente solleva rilevanti dubbi in ordine all'equilibrio tra funzione repressiva del diritto penale e tutela della libertà di manifestazione del pensiero. Com'è noto, l'evoluzione applicativa della l. Scelba ha visto l'abbandono della presunzione di pericolosità della condotta in favore del criterio della sua lesività in concreto. Tuttavia, tale mutamento di paradigma ha creato notevoli difficoltà applicative con esiti difformi e controversi. In tale contesto si sono inserite le Sezioni Unite con la sentenza n. 16153/2024, oggetto del presente lavoro che ne esamina gli impatti, i seguiti giurisprudenziali riservandosi l'elaborazione di – speranzose – prospettive future.

***

The criminalisation of ritualized gestures linked to the Fascist Party raises significant questions as to the balance between the repressive function of criminal law and the protection of freedom of expression. The judicial application of l. Scelba has progressively abandoned the presumption of dangerousness of the conduct in favour of a case-by-case assessment based on its actual harmfulness. However, this shift has produced significant interpretative difficulties, leading to divergent and controversial judicial outcomes. Within this context, the Supreme Court judgement n. 16153/2024 assumes a key role. This article examines the impacts of that decision, its judicial developments and outlines possible future perspectives.

* Dottore magistrale in Giurisprudenza nell'Università di Trento.

Sommario: 1. Premessa – 2. Saluto romano e libertà di manifestazione del pensiero: lo stato dell'arte – *2.1 La normativa vigente: legge Scelba e decreto Mancino – 2.2 L'interpretazione adeguatrice della l. Scelba: dalla presunzione di pericolo alla lesività in concreto – 2.3 Un'*actio finium regundorum *fra legge Scelba e decreto Mancino – 2.3.1 Il bene giuridico tutelato – 2.3.2 Le differenti tipologie di pericolo nelle fattispecie – 2.4 La natura commemorativa come elemento integrante il pericolo concreto* – 3. La sentenza S.U., 17 aprile 2024 (ud. 18 gennaio 2024), n. 16153 – 4. Gli ultimi seguiti giurisprudenziali – 5. Conclusioni e prospettive future

1. Premessa

«E lei è un fascista!»[2].

Se in tempi meno recenti una tale offesa suscitava ribrezzo e vergogna per l'accusato, oggi ormai, complice il suo sfrenato utilizzo nei salotti del confronto politico italiano, non sorprende molto, e anzi, assume sempre più le fattezze di un espediente retorico da utilizzare *in extremis* esaurite le cartucce argomentative. La snervante inflazione combinata ad un utilizzo indiscriminato del termine ha portato ad un'assuefazione tale da fare stagnare nell'indifferenza anche vicende che invece avrebbero meritato diffusione e conoscenza da parte del maggior numero possibile di soggetti. In altre parole, è senza dubbio rilevabile come l'etichetta di fascismo sia stata gravata da *«sovraccarichi semantici»*[3] tali da aver ormai comportato una perdita di credibilità e fondamento dell'aggettivo. Ciò è particolarmente evidente nelle operazioni comunicative delle forze politiche che finiscono per tacciare di fascismo sia scelte politiche di matrice conservativa, sia scelte repressive che riguardano il fascismo stesso.

Il recente anniversario della Marcia su Roma di fine ottobre ha riportato alla luce del proscenio mediatico talune questioni – ormai sempre più attuali –

---

[2] Solo una delle forme più frequenti assunte dall'insulto. Cfr. M. NORRITO, *Terremoto nel centrodestra. Micciché attacca Musumeci: "E' fascista catanese, non lo vogliamo più". La Russa: "serve chiarimento politico"*, la Repubblica, 8 Maggio 2022; L. SABLONE, *"Fascista", "Ti prendo a pugni". Rissa Iacchetti-Mizrahi da Berlinguer: cosa è successo*, Il Giornale, 17 settembre 2025; I. MAURI, *"Fascistello, vada a lucidare le molotov", "La insulto col suo cognome, Cerno! Cerno! Cerno!": scoppia la rissa su Rete 4 tra Tommaso Cerno e Angelo d'Orsi*, il Fatto Quotidiano, 26 Dicembre 2025. Cfr. anche sulla stampa di oltreoceano: R. TAIT, *Kamala Harris denounces Trump as 'fascist' who wants 'unchecked power'*, The Guardian, 23 Ottobre 2024.

[3] E. GALLI DELLA LOGGIA, *Speranze d'Italia. Illusioni e realtà nella storia dell'Italia unita*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 129.

che il panorama politico italiano aveva lasciato sopire. Le immagini ormai famose delle folle adoranti riunite a Predappio intente a eseguire il liturgico rito della chiamata del presente sollevando il braccio destro sono diventate virali scatenando le reazioni più diverse. Ad onor del vero si tratta di un argomento che fa periodicamente capolino dietro al sipario della storia mondiale[4].

Il fenomeno è ritornato sulle recenti pagine della cronaca giudiziaria con la pronuncia 17 aprile 2024 (ud. 18 gennaio 2024), n. 16153 delle Sezioni Unite della Suprema Corte che, tuttavia, ha avuto l'esito non voluto di ingenerare un certo grado di confusione ma soprattutto di incomprensione (*rectius* fraintendimento) del dato normativo così come da ultimo applicato. Ciò non sorprende ed è dovuto principalmente al fatto che regna sovrana l'incapacità degli organi di stampa di portare al dibattito inerente al saluto romano quella cultura giuridica intimamente connessa allo Stato di Diritto che oramai ha lasciato il passo a *slogan* sensazionalisti, ideologia spiccia e dibattiti da dentro o fuori. Si operano tali notazioni – scevre da edulcorazioni – in ragione del fatto che l'importanza del reato in parola, dell'apologia di fascismo e più in generale dei reati di opinione si concretizza sia sul piano giuridico sia su quello sociale. Non è scorretto sostenere, infatti, che il modo in cui un dato ordinamento giuridico si comporta nei confronti delle opinioni pericolose rappresenta un indice del grado di libertà nel dibattito pubblico. Ad un contesto di fisiologico pluralismo delle opinioni, dunque, si contrappone la potenziale messa in pericolo di fondamenti repubblicani nel momento in cui titolare della pretesa punitiva della *parola oscena* diviene lo Stato.

È evidente che, anche ad uno sguardo distratto, il tema che ci interessa in questa sede non possa essere trattato con leggerezza o ridotto in modo semplicistico ad una questione ideologica, e questo in quanto si tratta di stabilire a tutti gli effetti il confine ultimo dello *ius terribilis.* In questo senso viene in gioco il precario equilibrio tra il diritto alla libertà di manifestazione del pensiero e la necessità di prevenire il ritorno di ideologie totalitarie con il fine di preservare i valori fondanti la forma statuale democratica. Si parla di equilibrio in questo frangente in quanto in definitiva si tratta di cogliere la pregnante (perché è qui che si gioca la vera soglia del penalmente rilevante) differenza tra la parola lesiva e quella che non è idonea ad alcuna offesa del bene giuridico

[4] Si pensi al gesto del noto imprenditore sudafricano naturalizzato statunitense all'esito delle ultime elezioni statunitensi.

tutelato. In particolare, il bilanciamento da operare investe appieno la capacità del modello democratico di difendersi pur comprimendo diritti fondamentali di rango costituzionale.

Ci si deve quindi chiedere se, di fronte a detestabili manifestazioni di pensiero, il limite fissato alle istanze liberticide dell'ordinamento democratico non sia da rivedere. In altre parole, come deve reagire lo Stato democratico che vede taluni soggetti approfittare delle libertà costituzionali per diffondere ideologie e messaggi in assoluto contrasto con la democrazia stessa? Facendo un salto nel passato e cambiando angolo visuale, le libertà costituzionali sono state forgiate dai Padri e le Madri Costituenti con l'intento di permettere la diffusione di idee che promuovano la loro stessa distruzione?

Or bene, è assolutamente corretto sostenere che la rilevanza penale di gesti simbolici usuali del partito fascista come il cd. saluto romano e la cd. chiamata del presente rientrino a pieno titolo nel novero di quelle condotte che costituiscono banco di prova del diritto penale moderno. In effetti punire la *parola oscena* costituisce un rilevante ampliamento dei confini del diritto penale che si pone in antitesi con l'idea di un diritto penale moderno come *extrema ratio*.

Ed ecco che emerge il dilemma principe che diventerà *Leitmotiv* di questa breve trattazione: è davvero totalmente demandabile allo strumento penale il compito di conformare le minoranze alla sensibilità politico ideale delle maggioranze per quanto deprecabili tali idee siano?

Tale ultimo quesito è inevitabilmente connesso alla circostanza – che a breve si esaminerà nel dettaglio – per cui la normativa in esame mira ad evitare «un pericolo non gestibile come evento singolo»[5]. Le condotte incriminate, in altri termini, si pongono in rapporto di micro-lesività con il bene giuridico tutelato dalle disposizioni in esame: mai potrà un singolo braccio teso costituire di per sé la base per la ricostruzione del partito fascista e questo anche e soprattutto in quanto si tratta della tutela di interessi giuridici di natura superindividuale.

In definitiva, può la democrazia essere posta in pericolo da un braccio teso? Tenteremo di rispondere a questo e ai quesiti *supra* emersi resistendo a quello che Corrado Caruso nella lettera aperta rivolta alla comunità dei giuristi

[5] L'espressione è di A. TESAURO, *"Le radici profonde non gelano": le manifestazioni fasciste al vaglio delle sezioni unite. Tra storia e diritto*, in *www.sistemapenale.it*, 12 Gennaio 2024, p. 13.

democratici, ha definito il «pericolo di perdersi nei meandri dei filosofemi e delle sottigliezze legalistiche» che condurrebbe ad «un approccio astratto e riduzionista» che insieme al rischio di cadere nell'ideologia spiccia rappresentano ciò che più si deve rifuggire nell'approntare una riflessione equilibrata e giuridicamente fondata[6].

2. Saluto romano e libertà di manifestazione del pensiero: lo stato dell'arte

Come è stato già osservato dalla migliore giurisprudenza, la libertà di manifestazione del pensiero rappresenta la «pietra angolare dell'ordine democratico»[7] poiché, come «condizione del modo di essere e dello sviluppo della vita del Paese in ogni suo aspetto culturale, politico, sociale»[8], si erge a «cardine di democrazia nell'ordinamento generale»[9]. Non ci si può soffermare in questo contesto a descrivere le difficoltà definitorie che da sempre hanno accompagnato il concetto in esame[10] ma basterà ricordare come, nel corso della sua evoluzione, il principio abbia assunto diverse forme e gradi di ampiezza a seconda dell'epoca di positivizzazione.

In Italia, già presente nello Statuto Albertino come precipitato logico della *libertà individuale*, prima di arrivare ad essere scolpito come articolo 21 della Costituzione, tale principio fu oggetto di una vera e propria interpretazione abrogante nel corso del Ventennio in ragione del controllo asfissiante sulla stampa, sull'insegnamento e sulle comunicazioni private messo in atto dalle forze fasciste. All'esito della Costituente, i Padri e le Madri optarono per un paradigma di stampo liberale classico nei termini di una libertà negativa come area intangibile in cui lo Stato non può estendere la propria azione.

È in questo contesto che si inserisce la tematica dei limiti alla libertà di manifestazione del pensiero. Tale previsione è giustificata dalla ricchezza del contenuto etico sostanziale costituzionale (ovvero la notevole ampiezza del

---

[6] C. CARUSO, *Un patto repubblicano contro il neofascismo,* in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, 1/2024.

[7] C. cost., 2 Aprile 1969, n. 84, in *Giur. cost.,* 1969, p. 1175.

[8] Si v., tra le molte decisioni, C. cost., 4 Febbraio 1965, n. 9; C. cost., 21 Marzo 1968, n. 11; C. cost., 7 Maggio 1981, n. 100.

[9] C. cost., 29 Aprile 1985, n. 126.

[10] Si ricorda in questo contesto l'arcinoto *incipit* de «*Lo spirito delle leggi*» di Montesquieu: «Non c'è parola che abbia ricevuto maggior numero di significati diversi, e che abbia colpito gli spiriti in tante diverse maniere, come quella di libertà» C. L. MONTESQUIEU DE, A. ZAMBONI, (a cura di), *Lo spirito delle leggi*, Rist. anast. Carabba, 2014, p. 141.

catalogo dei diritti come caratteristica del costituzionalismo moderno) da cui deriva una dimensione conflittuale non indifferente. Alla luce di ciò si comprende la presenza di indicazioni, nel testo della norma fondamentale, di presupposti o circostanze che impongono una limitazione del diritto[11]. Regola aurea rimane pur sempre la «conformità a Costituzione dei soli limiti che si ricavano dalla norma che pone la libertà, o da altre norme costituzionali, previo giudizio di comparazione delle stesse»[12]. Ecco che allora ben si comprende l'importanza della collocazione a livello costituzionale della XII disposizione transitoria e finale che funge da punto di riferimento – seppur discusso – per la legittimazione di ogni apparato normativo che punisce le condotte in esame.

Giunti a questo punto, ci si deve chiedere in che modo il saluto romano e l'apologia del fascismo si pongono rispetto alla sistematica dei limiti brevemente enucleata.

2.1 La normativa vigente: legge Scelba e decreto Mancino

In via preliminare appare necessario dover sottolineare una questione che solo apparentemente potrebbe sembrare di lana caprina. Nel parlare di *saluto fascista* e di *chiamata del presente* non si deve fare riferimento al delitto di apologia del fascismo previsto e punito dall'art. 4 della legge 20 giugno 1952, n. 645 (cd. Legge Scelba) ma al successivo art. 5 rubricato *manifestazioni fasciste:* «Chiunque, partecipando a pubbliche riunioni, compie manifestazioni usuali del disciolto partito fascista ovvero di organizzazioni naziste è punito con la pena della reclusione sino a tre anni e con la multa da duecentomila a cinquecentomila lire». In realtà nemmeno la sussunzione della fattispecie concreta sotto l'egida della normativa Scelba è così scontata: infatti – come si spiegherà diffusamente – uno dei più grossi interrogativi circa la rilevanza penale del saluto romano riguarda la sua possibile riconducibilità anche alle condotte punite dall'art. 2 del D.L. 26 aprile 1993, n. 122 convertito in legge dalla l. 25 giugno 1993, n. 205, il cd. decreto Mancino, problematica da ultimo risolta dalle Sezioni Unite della Suprema Corte nella pronuncia che ci si accinge a commentare.

---

[11] Per tali rilievi si v. G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 141 e ss..

[12] P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 79. Nella giurisprudenza costituzionale: C. cost., 21 Novembre 1968, n. 120, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2142: «La libertà di manifestazione del pensiero non può trovare limitazioni se non nelle disposizioni legislative dirette alla tutela di altri beni e interessi fatti oggetto di protezione costituzionale».

Com'è noto, la pervasività dell'impianto culturale fascista si fondava sull'utilizzo di simboli, riti e sulla drammatizzazione della politica. In altre parole, la vera forza del fascismo si manifestava nella sua liturgia espressamente finalizzata alla fabbricazione del consenso popolare. Una coerente opera di estirpazione dell'ideologia fascista non poteva dunque non passare attraverso la soppressione di quei simboli mediante i quali il fascismo si faceva strada nelle piazze e nelle case degli italiani. Ecco che la l. Scelba rappresenta la volontà del legislatore del 1952 di confinare al di fuori del territorio della legalità condotte potenzialmente idonee a provocare una futura ondata del virus autoritario. Si deve evidenziare come si tratti di un'opera cosciente e attenta alle peculiarità del regime appena caduto. Ciò è evidente dall'utilizzo certosino delle parole in tale disposizione. La previsione relativa alla partecipazione a pubbliche riunioni ha un ruolo centrale nel descrivere la pericolosità punita dalla fattispecie e, non a caso, l'elemento contestuale della pubblicità delle manifestazioni diverrà negli anni successivi fattore importantissimo per il vaglio di concretezza del pericolo causato dalle condotte[13].

L'apparato punitivo di cui all'art. 5 sopravvive negli anni a diverse critiche e tentativi di riforma o abrogazione che risultano sostenuti principalmente da due luoghi argomentativi ricorrenti: la pretesa inattualità della scelta di politica criminale fondata su un contesto politico e istituzionale mutato e la totale violazione del principio di offensività posta l'assenza di lesività in concreto dei comportamenti puniti.

Se il primo rilievo può tranquillamente essere superato[14] anche riferendosi al contenuto della XII disposizione transitoria finale della carta costituzionale[15],

---

[13] Cfr. sul punto la celebre sentenza Bonazza (Cass., pen., Sez. I, 12 Settembre 2014, n. 37577, in *Giur. cost*., fasc. 6, 2014, p. 4800, con nota di L. DIOTALLEVI): «non è la manifestazione esteriore in quanto tale ad essere oggetto di incriminazione, bensì il suo venire in essere in condizioni di pubblicità tali da rappresentare un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione».

[14] Il legislatore stesso annovera la l. Scelba fra le leggi «anteriori al 1° gennaio 1970, di cui si ritiene indispensabile la permanenza in vigore»*:* si v. l'allegato 1 del cd. decreto taglia-leggi (D.Lgs. 1 Dicembre 2009, n. 179).

[15] La Corte di cassazione nella già citata sentenza Bonazza così statuiva: «nulla autorizza a ritenere (come sostenuto dal ricorrente) che il decorso di ormai molti anni dall'entrata in vigore della Costituzione renda scarsamente attuale il rischio di ricostituzione di organismi politico-ideologici aventi comune patrimonio ideale con il disciolto partito fascista o altre formazioni politiche analoghe. L'esigenza di tutela delle istituzioni democratiche non risulta, infatti, erosa

è la seconda posizione critica che postula l'incostituzionalità della previsione poiché contrastante con la libertà di manifestazione del pensiero a suscitare l'attenzione del penalista moderno. Il nodo interpretativo per eccellenza in materia riguarda proprio l'ampiezza della tutela assicurata dal principio pilastro della democrazia di cui all'art. 21 Cost.: ricomprende esso anche la possibilità di arrecare danni alla democrazia stessa?[16]

Fino ad oggi, la difficoltà interpretativa così delineata viene dai giudici risolta tramite un test di lesività in concreto della condotta incriminata rispetto al bene giuridico: si recupera in questo modo un coefficiente di offensività in via giurisprudenziale, il che tuttavia comporta non pochi problemi su piani differenti che ci si accinge ad esaminare.

2.2 L'interpretazione adeguatrice della l. Scelba: dalla presunzione di pericolo alla lesività in concreto

Come si è appena detto, la giurisprudenza di legittimità e di merito relativa alla l. Scelba risente degli stessi dettami interpretativi che caratterizzano l'applicazione dell'art. 414 c.p. in materia di apologia di delitto. Con tale ripensamento interpretativo *concretizzante* si optò per annoverare la messa in pericolo in concreto del bene giuridico tutelato come elemento costitutivo della fattispecie di modo che il giudice di merito compiesse un vaglio *case by case* della lesività riscontrata nel caso specifico affrontato[17]. In quel contesto (quello dell'apologia generica) l'intervento, seppur necessitato, non venne accolto con favore dalla dottrina che definì la fattispecie apologetica accompagnata da tale

---

dal decorso del tempo e frequenti risultano gli episodi ove sono riconoscibili rigurgiti di intolleranza ai valori dialettici della democrazia e al rispetto dei diritti delle minoranze etniche o religiose».

[16] In materia di rapporti tra libertà di manifestazione del pensiero e reati di opinione si v. diffusamente C. FIORE, *Libertà di espressione politica e reati di opinione,* in *Pol. dir.*, fasc. 3, 1970, pp. 486 e ss.; ID., *I reati di opinione*, Cedam, Padova, 1972; F. MANTOVANI, *I reati di opinione*, in *Il Ponte,* 1971, pp. 206 e ss.; M. PELISSERO, *Delitto di opinione,* in L. VIOLANTE (a cura di), *Dizionario delle istituzioni e dei diritti dei cittadini,* Roma, 1996, pp. 85 e ss.; L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale,* Giuffrè, Milano, 2006; A. SPENA, *Libertà di espressione e reati di opinione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* fasc. 2-3, 2007, pp. 689 e ss.; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico,* Giappichelli, Torino, 2008; M. PELISSERO, *La parola pericolosa. Il confine incerto del controllo penale del dissenso,* in *Quest. Giust.*, 4/2015, pp. 37 e ss.; A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di Internet,* Giuffrè, Milano, 2020.

[17] Si v. *ex plurimis* C. cost., 4 Maggio 1970 n. 65, in *Giust. pen.,* I, 1970, pp. 334 e ss..

dimensione finalizzante come un «*inutile doppione*»[18] dell'istigazione a delinquere.

In materia di simboli fascisti, la Consulta, con la pronuncia n. 74 del 1958, sostenne che «riconosciuta, in quel particolare momento storico, la necessità di impedire, nell'interesse del regime democratico che si andava ricostituendo, che si riorganizzasse in qualsiasi forma il partito fascista, era evidente che la tutela di una siffatta esigenza non potesse limitarsi a considerare soltanto gli atti finali e conclusivi della riorganizzazione, del tutto avulsi da ogni loro antecedente causale, ma dovesse necessariamente riferirsi ad ogni comportamento che, pur non rivestendo i caratteri di un vero e proprio atto di riorganizzazione, fosse tuttavia tale da contenere in sé sufficiente idoneità a produrre gli atti stessi»[19].

Si tratta del medesimo trattamento riservato un anno prima all'art. 4 della l. Scelba, ritenuto costituzionalmente legittimo nella misura in cui puniva l'apologia di fascismo fuoriuscente dalla semplice «*difesa elogiativa*» e integrante una vera e propria «esaltazione tale da potere condurre alla riorganizzazione del partito fascista»[20]. In quest'ottica, posto quello che è stato definito «un "compromesso" tra l'istanza di "autoconservazione", connaturata ad ogni regime politico-costituzionale, e quella di tutela del "dissenso", propria di un sistema autenticamente liberal-democratico, informato ai principi di pluralismo e di circolarità del potere»[21], il vaglio sulla concretezza della lesività del bene giuridico tutelato da parte delle condotte incriminate deve avere ad oggetto una valutazione, anche tramite gli elementi contestuali, circa la capacità dei gesti in parola di spingere i terzi astanti alla ricostituzione del partito fascista.

L'interprete si trova di fronte ad una trasformazione in via giurisprudenziale di fattispecie formalizzate secondo il paradigma del pericolo astratto in condotte punibili solamente se integranti un pericolo di lesione all'interesse tutelato in via concreta[22]. L'idoneità lesiva viene recuperata in via

---

[18] C. TRUCCO, *Brevi note sui più recenti atteggiamenti giurisprudenziali in tema di apologia del reato,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* fasc. 2, 1982, p. 739.

[19] C. cost., 6 Dicembre 1958, n. 74., in *Giur. cost.,* 1958, p. 958 con nota di C. ESPOSITO.

[20] C. cost., 26 Gennaio 1957, n. 1.

[21] L. DIOTALLEVI, *op. cit.,* p. 4803.

[22] La nota teoria bipartita, maggioritaria in dottrina, distingue fra reati di pericolo le fattispecie di pericolo *concreto* o *effettivo* e quelle di pericolo *astratto* o *presunto.* Mentre per i primi, il pericolo assume carattere costitutivo e integrante del reato e pertanto l'organo giudicante dovrà verificare caso per caso la reale esposizione a rischio del bene giuridico, per i secondi, il pericolo – tipizzato *ab origine* dal legislatore – è implicito per legge nella stessa condotta; tuttavia, in

applicazione del principio di offensività, al giudice è riconosciuto un controllo minimo di idoneità lesiva, volto a escludere la punibilità in presenza di condotte assolutamente inoffensive o manifestamente inidonee a porre in pericolo il bene tutelato. Tale impostazione si è consolidata anche alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha affermato la necessità che vi sia il superamento di una soglia minima di offensività anche nei reati di pericolo astratto (cfr. *ex plurimis* C. cost., 26 marzo 1991, n. 333). La differenza tra *species* esplica i suoi effetti soprattutto nella regola di giudizio, mutando di volta in volta l'onere probatorio e il cono di luce delle attenzioni del giudice: mentre sul versante dei reati di pericolo concreto viene richiesto all'organo giudicante di operare una prognosi *ex ante* del singolo caso circa la probabilità della condotta di ledere il bene tutelato, dall'angolo prospettico dei reati a pericolo astratto sarà sufficiente la prova della condotta posta in essere, la quale dovrà comunque superare un vaglio avente ad oggetto la sua idoneità a mettere in pericolo il bene giuridico tutelato. Sul punto cfr. C. FIORE, S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale,* VII ed., UTET giuridica, Torino, 2023, pp. 205 e ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale,* IX ed., Zanichelli, Bologna, 2024, pp. 220 e ss. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G. L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, XIII ed., Giuffrè, Milano, 2024, pp. 285 e ss.. Autorevoli voci in dottrina hanno elaborato una differente teoria che tripartisce la classe dei reati di pericolo e gradua ulteriormente l'anticipazione della soglia di rilevanza penale distinguendo i reati di pericolo *concreto*, di pericolo *astratto* e, da ultimo, quelli di pericolo *presunto.* Ciò che differenzia la teoria tripartita da quella bipartita risulta essere la scissione della categoria dei reati di pericolo astratto in virtù della differente forza esercitata dalla presunzione di pericolosità operata dal legislatore: all'esito della divisione, i reati di pericolo astratto mantengono la necessità di un vaglio circa l'esistenza di un minimo grado di offensività delle condotte, mentre i reati di pericolo presunto sono caratterizzati da una presunzione di pericolosità *iuris et de iure* che non ammette alcuna verifica in concreto della sua esistenza. Al cospetto dei reati di pericolo presunto dunque il sindacato giudiziale si arresta alla mera verifica della realizzazione della condotta tipica, senza alcuna possibilità di scrutinio in ordine alla concreta idoneità offensiva del fatto. Per tale impianto teorico cfr. F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale. Parte generale*, XII ed., Wolters Kluwer Cedam, 2023, pp. 209 e ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale,* Giuffrè, Milano, 1990, pp. 386 e ss.. Pur dovendosi riconoscere la raffinatezza argomentativa ed analitica della ricostruzione tripartita, appare preferibile aderire alla tradizionale distinzione bipartita. E ciò, senza pretesa di esaustività, per due ordini di considerazioni. In primo luogo, sembra condivisibile la notazione secondo cui pericolo astratto e pericolo presunto siano «lo stesso fenomeno visto da due versanti diversi»: mentre la prima locuzione assume rilevanza nel momento della qualificazione *sostanziale* ad opera del legislatore (che attribuirà a tali comportamenti un grado di pericolosità in ragione di un'*astrazione* generalizzante delle regole scientifiche o di esperienza, secondo cui da determinate condotte discende un pericolo per il bene giuridico tutelato), la *presunzione* di pericolo è risultato *processuale* di tale qualificazione e in quanto tale opererà nel momento accertativo della responsabilità penale: cfr. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale,* in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), Giuffrè, Milano, 2006, v. II, p. 1420, nota 12; ID, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Giappichelli, Torino, 2024, pp. 123 e ss.. In secondo luogo, posta la rilevanza assunta dal principio di offensività come criterio ermeneutico generale anche alla luce delle già menzionate pronunce della Corte costituzionale, non si può che rifuggire l'idea di una presunzione assoluta di pericolosità invincibile e del tutto scollegata da una verifica, seppur di minima entità, attinente alla messa in pericolo del bene giuridico tutelato.

interpretativa per ovviare alla necessità di interpolare una presunzione di pericolosità nella fattispecie. Tale ultima opzione si rivelerebbe necessaria in quanto le condotte in parola si trovano in un rapporto di eventualità prodromica rispetto alla ricostituzione del partito fascista, esse infatti non sono antecedenti logici di tale evento, vera sede del disvalore punito dal legislatore insieme alla pubblicità delle condotte.

L'opera interpretativa appena delineata, seppur costituzionalmente orientata, non porta con sé solo corollari positivi. Il caso del saluto romano, infatti, si presta molto bene all'esemplificazione delle problematiche che questo modello comporta: la ricerca di concretezza del pericolo in quest'ambito fa funzionare la fattispecie addirittura peggio di quanto accada con l'apologia generica.

Ora, per quanto anche i reati di pericolo concreto siano portatori di un coefficiente problematico relativamente ai criteri di accertamento da adottare[23], in realtà sono i reati di pericolo astratto a cagionare un grave senso di insicurezza e ciò in particolare per il fatto che essi si fondano su regole di esperienza, a venir meno delle quali (ad esempio perché smentite dalla prassi), la fattispecie inevitabilmente crolla e non trova più ragion d'essere. Chiamata a pronunciarsi sul punto, la Corte costituzionale ha tuttavia sostenuto a più riprese che «le incriminazioni di pericolo presunto non sono incompatibili in via di principio con il dettato costituzionale» posto che «è riservata al legislatore l'individuazione sia delle condotte alle quali collegare una presunzione assoluta di pericolo sia della soglia di pericolosità alla quale far riferimento, purché, peraltro, l'una e l'altra determinazione non siano irrazionali od arbitrarie, ciò che si verifica allorquando esse non siano collegabili all'*id quod plerumque accidit*»[24]. Il pericolo che si è voluto arginare con tale operazione interpretativa è legato all'effetto che si creerebbe con un siffatto scollamento: il fatto che le fattispecie costruite sul paradigma del pericolo astratto si impernino su presunzioni di pericolosità che divengono obsolete comporta il rischio di una potenziale inflizione di pena in assenza di qualsivoglia pericolo per il bene giuridico tutelato.

---

[23] In argomento si v. F. ANGIONI, *op. cit.*, pp. 39 e ss..

[24] Cfr. C. cost., 11 Luglio 1991, n. 333. Ribadito recentemente in C. cost., 20 Dicembre 2019, n. 278; C. cost., 20 Maggio 2016, n. 109; C. cost., 20 Giugno 2008, n. 225.

Sul versante delle *manifestazioni fasciste*, la Corte costituzionale, ritenendo necessaria la sussistenza di una messa in pericolo del bene giuridico tutelato, similmente a quanto sostenuto in materia di apologia ex art. 414 c.p. ha adottato l'indirizzo interpretativo concretizzante, richiedendo l'idoneità lesiva in concreto delle condotte incriminate dalla l. Scelba. In altre parole, con tali pronunce correttive si esige che il saluto romano e/o la chiamata del presente, come simboli usuali del disciolto partito, fungano di fatto da catalizzatore per la creazione del partito fascista[25].

Ora, se tale soluzione appare coerente con il testo costituzionale nonché con i principi fondamentali del diritto penale moderno – in particolare con il principio di offensività – è sul versante pratico che emergono talune macroscopiche problematiche, prima fra tutte la assoluta mancanza di certezza del diritto con contestuale *vulnus* al principio di uguaglianza. Non è stato infrequente che, di fronte ad una incontestata e identica ricostruzione dei fatti, la giurisprudenza di merito abbia adottato soluzioni diametralmente opposte[26]. Si diviene testimoni, a ben vedere, di un disagio interpretativo dei giudici di merito nel confrontarsi con la valutazione circa il pericolo concreto di ricostituzione del partito fascista. Le ragioni di ciò sono insite nella natura del paradigma dei reati a pericolo concreto come processo di individualizzazione della decisione che in quanto tale non è idoneo «a garantire applicazioni tendenzialmente oggettive e neutrali, dando vita a un panorama giurisprudenziale complessivo in cui prevalgono pronunce contraddittorie e oscillanti, non di rado avventurosamente motivate, soluzioni equitativo-clemenziali e un alto tasso di archiviazioni in sede di indagini preliminari»[27].

Ora, sicuramente il modello di pericolo concreto permette ai magistrati di evitare un'applicazione formalistica del diritto, potendo correttamente personalizzare la decisione di volta in volta ma ciò porta un notevole sacrificio quanto a certezza del diritto. In questo senso, la logica del pericolo concreto non può trovare facile dimora in un contesto in cui i beni tutelati si presentano come entità superindividuali non materialmente ledibili e le condotte incriminate come micro-lesive, a maggior ragione se si considera che l'offesa arrecata dalle

[25] Cfr. C. cost., 6 Dicembre 1958, n. 74.

[26] Cfr. Trib. Milano, Sez. III, 20 Febbraio 2019 (dep. 22 Febbraio 2019), n. 2488, giud. Dani, in *De Jure*; Trib. Milano, Sez. III, 27 Novembre 2018 (dep. 19 Febbraio 2019), n. 13843, giud. Vanarelli, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 29 aprile 2019, (con nota di A. GALLUCCIO).

[27] A. TESAURO, *"Le radici profonde non gelano"*, cit., p. 9.

condotte in parola è «impossibile da circoscrivere entro precisi correlati fenomenici, fino al punto da renderla, il più delle volte, nemmeno giudiziariamente prospettabile»[28].

Come si è già accennato in premessa, inoltre, il rischio che la norma incriminatrice mira ad evitare non è «*gestibile come evento singolo*»[29] e ciò aggrava non poco la difficoltà dell'organo giudicante. Il tema ricorda il paradosso del sorite: fino a quando un cumulo di sabbia rimane tale togliendo un granello alla volta? In altre parole, quando l'accumularsi di condotte integranti il saluto romano o la chiamata del presente può dirsi prodromico alla ricostruzione del partito fascista? Si può individuare un numero minimo? Ogni gesto contribuisce in maniera microscopica alla violazione del bene giuridico tutelato in una sua corrosione lenta e silenziosa. Per assurdo sarebbe necessario che un numero spropositato di persone pongano in essere il saluto romano nello stesso luogo e allo stesso istante, e ancora allora si potrebbe discutere dell'effettiva idoneità lesiva di tali condotte. Arriviamo allora alla conclusione di trovarci di fronte ad un cortocircuito nel nostro ordinamento: si sceglie, a livello legislativo, di supportare l'esigenza di punire chi pone in pericolo i fondamenti del modello democratico, ma contemporaneamente non si può procedere all'applicazione delle norme dedicate a ciò perché la lesione a tali fondamenti non si riesce a provare.

Assistendo a quella che arcinota dottrina ha chiamato «delega di bilanciamento in concreto agli organi dell'applicazione»[30] capiamo come l'affidamento all'organo giudicante della valutazione circa l'idoneità lesiva in concreto necessaria per l'applicazione della norma incriminante produce esiti variabili, difformi e inaspettati. Non si può tuttavia far altro che segnalare come la scelta compiuta fosse l'unica *de iure condito* possibile pur di mantenere in vita la fattispecie, senza nascondere la speranza che il circuito democratico giunga ad approdi migliori.

Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, la giurisprudenza in materia è intimamente legata al vaglio degli elementi concretizzanti il pericolo delle condotte poste in essere e gli snodi argomentativi più interessanti affrontati dai

---

[28] *Ivi*, p. 12.

[29] A. TESAURO, *"Le radici profonde non gelano"*, cit., p. 13.

[30] Per tale modello di giudizio si v. R. BIN, *Giudizio in astratto e delega di bilanciamento «in concreto»*, in *Giur. cost.*, 1991, pp. 3574 e ss..

magistrati riguardano i criteri con cui includere od escludere tale pericolo nelle modalità delle condotte.

*2.3 Un'***actio finium regundorum** *fra legge Scelba e decreto Mancino*

Or bene, dalle pronunce di merito emerge un'ulteriore circostanza che complica non poco il trattamento penale dei comportamenti in esame: a parità di condotta materiale, si intrecciano due apparati normativi differenti. Come infatti si è già accennato – oltre alla previsione della l. Scelba – il saluto romano rientra nell'ambito applicativo dell'art. 2 del decreto Mancino. Tale disposizione punisce «chiunque, in pubbliche riunioni, compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi o simboli propri o usuali delle organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi di cui all'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654» con la pena della reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 206 a euro 516[31].

Anche ad un occhio distratto non sfugge che i simboli tipici del Ventennio siano – per loro natura – connotati di un coefficiente discriminatorio non trascurabile.

È dunque evidente una certa somiglianza fra tali apparati punitivi che, alla luce del portato discriminatorio della liturgia fascista, finiscono inevitabilmente per sovrapporsi nel caso del saluto romano e della chiamata del presente. Tale circostanza non assume grossa rilevanza ai fini dosimetrici, in quanto la cornice edittale astrattamente comminata è la medesima, ma diviene importantissima quanto a regime probatorio cui è sottoposta ogni fattispecie, vera difficoltà che l'operatore pratico del diritto può scorgere nelle pagine di nota giurisprudenza.

La ragione è presto detta. Anche per una circostanza temporale si assiste alla pregnante differenza per cui le pronunce costituzionali correttive e *concretizzanti* appena esaminate non hanno sfiorato le ipotesi di reato contenute nel decreto Mancino, privando di fatto tale normativa del necessario respiro di offensività. Ed è proprio su tale ultima differenza che si innestano le prime crepe nell'alto palazzo del diritto penale costituzionalmente orientato. In effetti

[31] Per un'analisi completa del delitto di cui all'art. 2 del decreto Mancino si rimanda a: A. LUINI, *Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, religiosa ed etnica*, in *Riv. pen.*, 1993, pp. 987 e ss.; S. DEL CORSO, *Commento all'art. 2 d. l. 26/4/1993 n. 122, conv. con modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa*, in *Legisl. pen.*, II, 1994, pp. 201 e ss.; L. FORNARI, *Commento a d.l. 26 aprile 1993, n. 122. Misure urgenti in materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa, conv. in l. 25 giugno 1993, n. 205, con modificazioni,* in *Commentario breve alle leggi penali complementari,* F. PALAZZO, C. E. PALIERO (a cura di), Padova, 2003, pp. 735 e ss..

le due normative rappresentano i due differenti modelli dei reati di pericolo: la. l. Scelba quello di pericolo *concreto* (con il conseguente giudizio di idoneità lesiva della condotta) mentre il decreto Mancino quello di pericolo *astratto*.

Quali gli elementi che differenziano le due fattispecie astratte? Coerentemente con quanto statuito dalle recenti Sezioni Unite non si può che esaminare la questione dal doppio punto di vista dell'oggettività giuridica tutelata e del modello di pericolo delle fattispecie.

2.3.1 Il bene giuridico tutelato

Tradizionalmente si è sempre situato il bene giuridico tutelato dalla normativa del 1993 nella protezione dell'ordine pubblico in senso materiale inteso come «condizione di pacifica convivenza immune da disordine e violenza»[32]. Sembra tuttavia più corretto, soprattutto all'indomani della riforma dei reati di opinione operata dalla legge 24 febbraio 2006 n. 85 e sulla scorta dei puntuali rilievi della dottrina in materia[33], fare riferimento ad un interesse tutelato ricostruito secondo canoni personalistici e fondato sulla tutela dell'essere umano. Emerge dunque un'oggettività giuridica tutelata a nucleo composto, un bene protetto che non può prescindere nella sua essenza da concetti come *dignità* ed *uguaglianza* dell'essere umano in quanto tale. Tuttavia, non si può tacere come tali riferimenti suscitino grosse problematiche soprattutto sul versante definitorio. A proposito di ciò sembra corretto il rilievo operato in un recente commento alla sentenza delle Sezioni Unite in esame, in cui si è condivisibilmente sostenuto come sia preferibile il riferimento all'uguaglianza intesa come «divieto di umiliazione, […] fondata su una malintesa e totalizzante idea di superiorità» ad un concetto di dignità muta forma e potenzialmente legittimante «qualsiasi bene giuridico ulteriore»[34].

---

[32] S. DEL CORSO, *op. cit.*, p. 206.

[33] *Ex plurimis* E. FRONZA, *Osservazioni sull'attività di propaganda razzista,* in *Riv. int. dir. uomo,* 1997, pp. 35 e ss.; E. M. AMBROSETTI, *Beni giuridici tutelati e struttura delle fattispecie: aspetti problematici nella normativa penale contro la discriminazione razziale,* in S. RIONDATO (a cura di), *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale*, Cedam, Padova, 2006, pp. 93 e ss..

[34] L. RISICATO, *Le Sezioni Unite e il "saluto romano": un pericolo concreto di irrilevanza penale!,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* fasc. 2, 2024, p. 515. L'autrice fa riferimento a quanto sostenuto da G. PUGLISI, *La parola acuminata. Contributo allo studio dei delitti contro l'uguaglianza, tra aporie strutturali ed alternative alla pena detentiva,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* fasc. 3, 2018, pp. 1339 e ss.

La ricostruzione personalistica del bene giuridico tutelato sembra confermata anche a livello legislativo con l'ingresso della disciplina Mancino nella nuova sezione dei «*delitti contro l'uguaglianza*» del codice penale. A ben vedere inoltre essa è coerente con quel modello personalistico di stampo europeo ben delineato da CEDU e CDFUE nonché con la vera essenza della manifestazione razzista che «sia sotto forma di opinione, di incitamento o di atto, offende la persona e la sua dignità direttamente e prima di ogni altra cosa»[35]. Conseguenza di ciò è che «questa diversa ricostruzione dell'oggettività giuridica può, in definitiva, meglio giustificare la scelta di una forma di tutela arretrata e fugherebbe il dubbio che la tutela della persona sia strumentale a quella dell'ordine pubblico: ciò vale in generale per il diritto antidiscriminatorio e, a fortiori, per una fattispecie come l'art. 2, strutturato come tipico reato di opinione»[36].

Sul versante opposto, il bene giuridico tutelato dalla normativa antifascista è stato oggetto negli anni di ricostruzioni in termini diversi ed eterogenei: ad autori che individuavano il bene tutelato nell'ordine pubblico in senso materiale in quanto quieto vivere della comunità che verrebbe turbato da condotte prodromiche alla creazione di un clima di tensione[37], si è affiancata anche quella interpretazione che riteneva di fare emergere la «matrice e il carattere antifascista del nostro ordinamento democratico» come *ratio* di tutela della normativa in esame, intravedendo la sicurezza dell'ordinamento democratico solo come bene a tutela indiretta ed eventuale[38].

Tuttavia, sembra che sia più corretto intraprendere la strada già percorsa dalla dottrina maggioritaria[39] che guarda sì all'ordine costituito come bene degno di protezione ma nel senso leggermente differente di ordine democratico-costituzionale. Si tratterebbe in altre parole, di punire delle

---

[35] E. FRONZA, *op. cit.*, p. 66.

[36] D. TARANTINO, *Diritto penale e il "culto del littorio"*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 1/2020 pp. 256-257.

[37] Per tale ricostruzione si v. A. PERDUCA, (voce) *Fascismo. II) Disposizioni penali sul fascismo*, in *Enc. giur.*, XV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1989, pp. 6 e ss.; P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 733 e ss..

[38] La tesi è sostenuta da G. SPAGNOLO, *Norme penali contro il neofascismo e XII disposizione finale della Costituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, pp. 320 e ss..

[39] Si v. ad esempio A.A. CALVI, *Sul delitto di riorganizzazione del partito fascista*, in *ind. pen.*, 1977, pp. 219 e ss.; S. VINCIGUERRA, *Sanzioni contro il fascismo* (voce), in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, pp. 916 e ss..

manifestazioni che si pongono in assoluto contrasto con la stessa scelta democratica che sta alla base della Costituzione repubblicana.

Optando per le ricostruzioni nei termini di cui *supra*, la linea di demarcazione si colloca sulla finalità con cui è posto in essere il saluto romano: nel caso sia volontà dell'autore di convogliare un messaggio di natura discriminatoria e tale gestualità funga da mezzo a tal fine, si dovrà fare applicazione della normativa Mancino; si parlerà di l. Scelba nel caso opposto in cui tale manifestazione sia strumento di qualcosa di più ampio e tenda a convogliare idee simili nella ricostituzione del partito fascista.

2.3.2 Le differenti tipologie di pericolo nelle fattispecie

Si è detto che le norme di cui ci stiamo occupando incriminano la stessa condotta materiale in quanto portatrice di un certo margine di rischio di lesione per il bene giuridico tutelato. Tuttavia, a differenza di quest'ultimo, fondamento delle due fattispecie la cui stima avviene a monte, la natura del pericolo riscontrabile è elemento apprezzabile nel momento della vera e propria sussunzione della fattispecie concreta. In particolare – come si è evidenziato – le due fattispecie sono applicate secondo i due opposti paradigmi dei reati di pericolo: mentre la normativa Mancino non è stata oggetto dell'interpretazione costituzionalmente concretizzante e pertanto si accontenta della più agevole prova della messa in pericolo in astratto del bene giuridico tutelato, la l. Scelba pretende un vaglio in concreto circa l'idoneità delle condotte poste in essere a rappresentare un antecedente immediato alla lesione dell'interesse tutelato. Dunque, al cospetto della stessa condotta materiale del saluto fascista, si applicherà l'art. 5 della l. Scelba solo ove si possa scorgere il carattere prodromico di tali comportamenti rispetto alla ricostituzione del partito fascista, mentre qualora la condotta sia del tutto sganciata dall'elemento collettivizzante (quello che *infra*[40] chiameremo *elemento gruppo*) ed esuli dalla diffusione di ideali fascisti con il fine di ingenerare negli astanti un movimento interno tale da poter concretamente provocare la ricostituzione del partito

[40] Cfr. par. 3.

fascista, si redigerà il capo di imputazione ai sensi dell'art. 2 del decreto Mancino[41].

Si scorge in questo frangente, una sorta di presunzione assoluta di lesività della condotta discriminatoria rispetto alla dignità umana. Quest'ultima assume le fattezze di un bene giuridico totalmente sottratto dal bilanciamento di interessi con la libertà di manifestazione del pensiero «secondo un'ottica che ipotizza un danno criminale in *re ipsa* del tutto sganciato dalla verifica in concreto del pericolo di effetti materiali tangibili sul terreno di possibili violenze, discriminazioni o disordini»[42]. Per quanto riguarda invece la normativa antifascista, la ricerca della prova della pericolosità effettiva della condotta per il bene giuridico tutelato è operazione necessaria ed indefettibile.

Conseguentemente si assiste ad un vistoso logorio del principio di uguaglianza che sarebbe testimone – a discapito della sua essenza – di trattamenti diversi in casi materialmente uguali: mentre il saluto romano posto in essere con il mero fine di fare proseliti esigerebbe da parte dell'organo giudicante un'ardua verifica circa la sua concreta dannosità, la medesima condotta, se posta in essere per discriminare (e quindi ledere la dignità altrui), è presuntivamente idonea ad integrare l'evento dannoso.

A conferma di tale rilievo in dottrina si è sostenuto che «sotto il profilo della sua intrinseca plausibilità politico-criminale, la scelta di considerare l'ostentazione di simboli fascisti come più sbrigativamente punibile in quanto dannosa e/o pericolosa in *re ipsa* quando riguarda il bene pari dignità razziale − e, cioè, un bene secondario e più defilato, meno direttamente collegato alla specifica fisionomia oggettiva della condotta e alla specifica sfera intellettivo-volitiva del reo − e punibile solo in quanto pericolosa in concreto quando riguarda l'assetto democratico-costituzionale dello Stato di diritto − ossia il bene più direttamente coinvolto da questo tipo di esternazioni (fasciste prima che razziste) − non sembra trovare, a tutta prima, spiegazioni sufficientemente persuasive»[43].

Sul versante processuale si deve riportare come nelle aule dei tribunali italiani, a fronte di una diabolica prova del pericolo concreto richiesta dalla

---

[41] M. GALLI, *Dalla Cassazione alcune indicazioni per individuare il discrimine tra il delitto di "esibizionismo razzista" (art. 2 co. 1 legge Mancino) e il delitto di «manifestazioni fasciste» (art. 5 legge Scelba)*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 22 giugno 2019.
[42] A. TESAURO, *"Le radici profonde non gelano"*, cit., p. 5.
[43] *Ibidem.*

legge Scelba non sono stati infrequenti cambi o sovrapposizioni delle due fattispecie nei capi di imputazione in ragione di un peso probatorio meno asfissiante. Tale circostanza è stata rilevata anche da recente dottrina che ha sottolineato come «Sebbene la ricostruzione dei rapporti fra le fattispecie in termini di specialità della l. Scelba appaia largamente condivisibile, […] sono frequenti le pronunce della Cassazione nelle quali l'uso di simboli quali il saluto fascista viene fatto ricadere nell'ambito di applicazione della legge Mancino. Ciò, verosimilmente, per aggirare l'ostacolo rappresentato dalla prova del pericolo concreto per le istituzioni democratiche»[44].

Alla luce di tutto ciò che si è esposto fino ad ora, sembra coerente individuare il *discrimen* tra le due fattispecie nel diverso bene giuridico tutelato. In conseguenza di ciò, dunque, l'organo inquirente avrà l'onere di fare emergere se il saluto romano si è inserito in un contesto di simboli o gesti di natura discriminatoria o razzista e redigere l'imputazione ai sensi del decreto Mancino che comporterà i suddetti corollari in termini di onere probatorio, oppure se sia stato posto in essere allo scopo di incitare gli astanti e creare proselitismo per la ricostruzione del partito fascista. In questo secondo caso il giudice dovrà vagliare in concreto se vi sia stato il rischio che effettivamente tale ricostruzione potesse avvenire.

Si noti tuttavia che, *rebus sic stantibus*, si assiste ad una soluzione asimmetrica di cui non si comprendono le ragioni: sembra che si voglia raggiungere una totale copertura di qualsiasi condotta che possa essere realizzata in modo da arrivare ad un'incriminazione a tutti i costi. A ben vedere, l'adozione del modello del pericolo astratto sembrerebbe giustificato nei confronti delle condotte associative punite dalle disposizioni in parola, ma se rapportato alle fattispecie di esibizionismo fascista, quanto assomiglia ad un espediente di pervasività repressiva del diritto penale!

2.4 La natura commemorativa come elemento integrante il pericolo concreto

Nel contesto appena delineato non giunge inaspettata l'elaborazione in sede giurisprudenziale di elementi segnalatori della presenza di pericolo concreto per il bene giuridico tutelato anche e soprattutto a fini di

[44] A. GALLUCCIO, *Il saluto fascista è reato? L'attuale panorama normativo e giurisprudenziale ricostruito dal Tribunale di Milano, in una sentenza di condanna,* in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 29 aprile 2019.

semplificazione probatoria. In altre parole, si è assistito all'elaborazione di elementi della condotta in presenza dei quali si presume che nel caso concreto tali comportamenti non abbiano comportato alcun rischio per il bene giuridico tutelato. Esempio paradigmatico di tali circostanze lo si può osservare in due recenti sentenze della Corte di cassazione, la sentenza n. 11038 del 2017 e la n. 8108 del 2018[45], nelle quali gli ermellini hanno qualificato le condotte poste in essere correttamente operando secondo l'interpretazione costituzionalmente orientata nella fattispecie a pericolo concreto e hanno individuato l'interesse tutelato nella ricostituzione del partito fascista. Nel sondare la concreta idoneità lesiva dei comportamenti oggetto del processo, i giudici hanno ritenuto che per una serie di motivi legati al contesto in cui il saluto romano era avvenuto non si poteva discorrere di concreto pericolo per il bene giuridico oggetto di tutela e ciò in quanto la «natura puramente commemorativa della manifestazione e del corteo, organizzati in onore di tre defunti, vittime di una violenta lotta politica che ha attraversato diverse fasi storiche» si era concretizzata nelle modalità ordinate, silenziose e rispettose del corteo che era proceduto «senza inni, canti o slogan evocativi dell'ideologia fascista, senza comportamenti aggressivi, minacciosi o violenti nei confronti dei presenti, senza armi o altri strumenti»[46].

Dunque – per essere chiari – se una condotta integrante la normativa in parola è posta in essere in un contesto in cui si rende omaggio a caduti esponenti dell'ideologia fascista, il pericolo per il bene giuridico è radicalmente escluso. Il problema degli esiti arbitrari e non conformi però, rimane (forse si aggrava) e si affianca ad un'altra considerazione che riguarda il rispetto del principio di legalità: la distinzione su cui si fonda la pronuncia della Suprema Corte, quella tra manifestazione commemorativa e manifestazione non commemorativa, non è così agevole da dimostrare. Basti pensare che la totalità delle pronunce in materia è originata da saluto romano o chiamata del presente posti in essere in occasione di ricorrenze di particolare importanza per l'ideologia fascista (come la commemorazione di caduti a causa di rappresaglie politiche).

---

[45] Cass. pen., Sez. I., 7 Marzo 2017, n. 11038, in *Dir. pen. e proc.*, n. 12/2017, pp. 1585 e ss., (con nota di P. CAROLI); Cass. pen., Sez. I, 20 Febbraio 2018, n. 8108, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 9 maggio 2018, (con nota di A. NOCERA).

[46] Cass. pen., Sez. I, 20 Febbraio 2018, n. 8108, punto 2b dei motivi della decisione.

Probabilmente consapevole di questa lacuna, la prima sezione penale della Corte di cassazione si è pronunciata nel 2023 (sentenza del 22 marzo 2023 n. 12049) precisando due differenti concetti riguardo alla natura commemorativa delle manifestazioni. I giudici, pur mantenendosi saldi sulla tesi commemorativa, hanno optato per degli indicatori di contesto relativamente più precisi fondando la rilevanza penale del saluto romano non più sulla base del semplice elemento commemorativo ma sulla tipologia di commemorazione posta in essere. In questo senso si è scelto di escludere qualsiasi idoneità lesiva in relazione a qualunque commemorazione che assuma una connotazione *statica*. Inversamente, in presenza di una commemorazione *dinamica*, si realizzerebbe una condotta *ex se* pericolosa e lesiva e questo in quanto sarebbe «la violazione plateale dell'ordine legalmente dato di svolgere la commemorazione in uno specifico luogo e senza tenere comportamenti evocativi del disciolto partito fascista a trasformare la commemorazione in ostentazione di gesti e simboli vietati, in grado di fondare attraverso i requisiti strutturali dell'art. 56 c.p. il pericolo di diffusione dell'ideologia fascista e, di conseguenza, di instabilità dell'ordinamento democratico»[47].

Alla luce di quanto riportato, è opportuno sottolineare come si sia essenzialmente sviato il problema sul rispetto del principio di determinatezza-tassatività posto che si tratta di nozioni che non brillano per precisione. Per fare un esempio, si può giustificare la condanna di un soggetto che manifesta spostandosi di luogo in luogo, ma che non crea alcun problema alle forze dell'ordine a fronte dell'irrilevanza penale della condotta di un altro individuo che, pur mantenendosi statico, compie la chiamata del presente e prende parte a manifestazioni tumultuose che creano scontri con le forze dell'ordine? Posto che a monte la differenza tra manifestazione commemorativa e non commemorativa appare assolutamente sfuggente, la nuova dicotomia è, *in primis*, assolutamente priva di un qualsiasi aggancio positivo e, in seconda battuta, inidonea a fondare il confine tra rilevanza e irrilevanza penale in quanto carente del minimo grado di determinatezza. E si dirà di più, l'inserimento di tale elemento per la verifica della fattispecie porta a trascurare del tutto la vera sede in cui è stata

[47] Cass. pen., Sez. I, 22 Marzo 2023, n. 12049 con nota di L. RISICATO, *Manifestazioni fasciste e commemorazione "dinamica": è reato,* in *Giur. it.*, n. 8-9/2023, pp. 1920-1921. Cfr. anche Cass. pen., Sez. I, 25 Settembre 2020, n. 11567 con nota di L. RISICATO, *Lo scivoloso confine tra commemorazione e apologia del fascista,* in *Giur. it.*, n. 8-9/2021, pp. 1960 e ss..

incastonata la pericolosità della fattispecie dal legislatore: la pubblicità delle manifestazioni eversive[48]. Anche volendo tacere che sancendo come pericolosa *ex se* una manifestazione fascista perché dinamica non si guarda al rischio di ricostituzione del partito fascista ma ad una più indistinta lesione dell'ordine pubblico[49], ci si ritrova di fronte ad un'evidente incoerenza dogmatica. I giudici, infatti, operando all'interno di un contesto giuridico che si fonda sulla concretezza del pericolo per il bene giuridico tutelato, hanno di fatto costruito una presunzione di pericolosità che – in linea di principio – non potrebbe e non dovrebbe avere spazio in tale contesto. Sostenere che ogni saluto romano diviene penalmente rilevante in quanto pericoloso solo perché posto in essere durante una manifestazione commemorativa di natura dinamica cozza apertamente con l'interpretazione concretizzante, la quale è stata adottata proprio per ovviare a macroscopiche violazioni costituzionali. Può allora una presunzione di pericolosità sopravvivere in questo contesto?

È esattamente in tale ambito che si inserisce la recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione.

3. La sentenza S.U., 17 aprile 2024 (ud. 18 gennaio 2024), n. 16153[50]

Per comprendere le questioni sollevate dalla pronuncia è necessario prendere le mosse dalla fattispecie concreta. Taluni soggetti si ritrovavano ad

---

[48] Il tema è approfondito in G. DE VERO, *Pubblicità (dir. pen.)* (voce), in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 1040 e ss..

[49] Con tale rilievo si vuole porre l'accento sulla circostanza per cui la presunzione di pericolosità di una manifestazione dovuta alla sua natura *dinamica* sembra diretta ad approntare una tutela al bene giuridico dell'ordine pubblico non tanto in ragione del fatto che sia posto in pericolo dalla ricostituzione del disciolto partito fascista, ma piuttosto perché potenzialmente leso da condotte tipiche delle manifestazioni di piazza.

[50] Si v. i commenti di L. RISICATO, *Le Sezioni Unite e il "saluto romano": un pericolo concreto di irrilevanza penale!*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 2, 2024, pp. 511 e ss.; A. TESAURO, *"Planando sopra i boschi di braccia tese": il saluto fascista davanti alle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 16 Dicembre 2024; C. VISCONTI, *Le Sezioni Unite alle prese con il "saluto romano": una "nomofilachia del caso concreto"?*, in *Foro it.*, vol. 9, 2024, pp. 506 e ss.; P. D'ANELLO *«Saluto romano» e chiamata del «presente» al vaglio delle Sezioni Unite!*, in *questa rivista*, 24 settembre 2024; C. BOLOGNA, *Saluto romano e pericolo «concreto» di riorganizzazione del partito fascista: le Sezioni Unite Penali decidono secondo Costituzione*, in *Quad. cost. Riv. it. dir. cost.*, vol. 2, 2024, pp. 424 e ss.. È parimenti utile ai fini della comprensione, dell'analisi e dell'approfondimento della sentenza, la conferenza svoltasi online il 16 maggio 2024 e organizzata dall'associazione *Extrema ratio* dal titolo *«Manifestazioni fasciste e repressione penale: la sentenza delle Sezioni Unite sul saluto romano»*, reperibile sulla pagina *Facebook* di *Extrema ratio* in cui sono intervenuti Paolo Caroli, Alessandra Galluccio, Corrado Caruso e Giovanni Boggero.

essere imputati avanti il Tribunale di Milano per il delitto previsto dall'art. 2 del decreto Mancino in quanto ritenuti colpevoli di aver posto in essere saluti romani e plurime chiamate del presente durante una pubblica commemorazione in ricordo di Carlo Borsani, Enrico Pedenovi e Sergio Ramelli, militanti del MSI brutalmente assassinati per le loro idee politiche. In sede di merito l'organo giudicante aveva ritenuto corretta l'imputazione formulata nei termini della normativa antidiscriminatoria trattandosi di una commemorazione di defunti aderenti all'ideologia fascista, di per sé discriminante e intollerante. I giudici milanesi, tuttavia, concludevano per l'assoluzione degli imputati in quanto non punibili per la sussistenza di un errore scusabile *ex* art. 5 c.p. in ragione del contrasto giurisprudenziale sorto in relazione a simili condotte poste in essere negli anni precedenti[51]. I magistrati consideravano l'esistenza di pronunce in materia che escludevano la rilevanza penale del saluto romano poiché concretamente inidoneo a provocare la ricostituzione del disciolto partito fascista tale da poter originare un errore scusabile negli imputati che dunque, forti di tale interpretazione giurisprudenziale, avevano preso parte alle manifestazioni confidando nella loro irrilevanza penale.

Nelle more del primo grado di giudizio, la Corte d'Appello di Milano ribaltava la sentenza confermando l'imputazione così come formulata dal

[51] Nel caso di specie, la strategia difensiva degli imputati mirava a provare l'esistenza di una condizione di incertezza in materia dovuta alla disomogeneità e non linearità del quadro normativo e giurisprudenziale. Il fine ultimo era quello di vedersi riconosciuto l'errore inevitabile sulla legge penale, incompatibile con il dolo del reato. In proposito, se è vero che, con diverse pronunce negli anni precedenti, la Corte di Cassazione aveva confermato l'assoluzione o assolto soggetti che avevano inscenato pubblicamente il saluto romano, è altrettanto vero che tali provvedimenti assolutori erano motivati dall'assenza di idoneità lesiva in concreto della condotta e non da una liberalizzazione di tali condotte dovuta ad un contrasto interpretativo (si noti che, ancora una volta, è la ricerca della pericolosità in concreto della condotta a scatenare l'incertezza applicativa). Nessuna difformità o contrasto interpretativo dunque, ma *semplice* applicazione del principio di uguaglianza sostanziale: trattamenti diversi in casi diversi in ragione di applicazioni della norma figlie dell'unico e corretto indirizzo interpretativo adottato dall'organo nomofilattico. Le stesse Sezioni Unite, nella sentenza in commento, hanno escluso l'applicabilità dell'art. 5 c.p. riconducendo l'interpretazione giurisprudenziale delle norme in esame «di per sé, al più, ingenerante un mero dubbio» che anche se presente «deve indurre il soggetto ad un atteggiamento più attento, che giunga sino all'astensione dall'azione se, nonostante tutte le informazioni assunte, permanga tale incertezza, proprio perché il dubbio, non equiparabile allo stato d'inevitabile ed invincibile ignoranza, è ontologicamente inidoneo ad escludere la consapevolezza dell'illiceità» (Cass. pen., S.U., 18 Gennaio 2024, n. 16153, punto 11.1 dei motivi della decisione).

Pubblico Ministero e censurando l'applicazione dell'art. 5 c.p.. Non si poteva intravedere alcun legittimo affidamento legato ad un contrasto giurisprudenziale poiché, per i giudici di seconda istanza, tale orientamento interpretativo non univoco non esisteva: di fronte al saluto romano la giurisprudenza di legittimità aveva sempre ritenuto integrato il delitto di cui al decreto Mancino.

La Prima sezione della Corte di cassazione, destinataria del ricorso, rinvenuto un contrasto interpretativo risolvibile solamente dal massimo consesso giudicante, ha deciso di affidare la soluzione delle questioni di diritto alle Sezioni Unite. In particolare è stato chiesto se «la condotta tenuta nel corso di una pubblica manifestazione consistente nella risposta alla 'chiamata del presente' e nel 'saluto romano', rituali evocativi della gestualità propria del disciolto partito fascista, sia sussumibile nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 2 del decreto-legge 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, nella legge 25 giugno 1993, n. 205 ovvero in quella prevista dall'art. 5 della legge 20 giugno 1952, n. 645; se, inoltre, le due disposizioni configurino un reato di pericolo concreto o di pericolo astratto e se i due reati possano concorrere oppure le relative norme incriminatrici siano tra loro in rapporto di concorso apparente»[52].

All'esito della sentenza emerge come la Corte si sia mossa attentamente per accontentare tutti gli schieramenti politici, tentando di adottare una sentenza il meno politicamente schierata possibile, da una parte avallando l'interpretazione concretizzante del pericolo richiesto dalla fattispecie, e dall'altra optando per non rendere necessaria, come estrinsecazione di tale pericolo, la riorganizzazione del partito fascista.

Nel tentativo di porre fine alle incertezze a fronte di fattispecie di assoluta difficoltà interpretativa, i giudici hanno sviluppato a tutti gli effetti un «*vademecum* ermeneutico per maneggiare il "saluto romano" nelle sue possibili varianti in fatto, tra diritto e prova»[53] operando su tre differenti piani: in primo luogo viene messo in evidenza l'oggetto della tutela approntata dalle due disposizioni come tratto distintivo cardine tra di esse, successivamente si chiarisce l'opposta natura del pericolo delle fattispecie (basandosi su una sentenza della Corte costituzionale in materia di porto d'armi) e infine si rileva

[52] Cass. pen., S.U., 18 Gennaio 2024, n. 16153, punto 1 dei motivi della decisione.
[53] L'espressione è di C. VISCONTI, *Le Sezioni Unite alle prese con il "saluto romano"*, cit., p. 506.

che non vi è specialità fra le due norme ma che esse possono essere applicate secondo lo schema del concorso formale.

Quanto alla prima questione i giudici sottolineano che le condotte materiali incriminate dalle due fattispecie coincidono ma che avendo a riferimento il contenuto delle manifestazioni (collegato alle finalità dei gruppi) si possano individuare due differenti beni giuridici tutelati. Per quanto riguarda la l. Scelba, le Sezioni Unite hanno ritenuto di individuare nella «*tavola dei valori costituzionali e democratici fondativi della Repubblica*»[54] il nucleo destinatario della protezione approntata dal legislatore con l'obiettivo di espungere dal teatro repubblicano il partito fascista ed ogni sua proiezione. In questo senso non si darebbe spazio ad alcuna violazione del principio costituzionale sancito dall'art. 21 Cost. in quanto il delitto in parola mira a «sanzionare financo le condotte prodromiche ad una tale ricostituzione, purché "coniugate" con elementi modali e spaziali (ovvero lo svolgimento in "pubbliche riunioni") idonei a renderle idonee "a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste"»[55].

In merito alla normativa Mancino i giudici hanno rilevato come essa operi in un'ottica differente: tale disposizione fonda il suo oggetto nevralgico di tutela su di una costruzione di matrice personalistica che finirebbe per essere svilita e sacrificata da un mero richiamo all'ordine pubblico (materiale o democratico-costituzionale che sia). Ed allora correttamente ad essere lesi dal contenuto delle manifestazioni incriminate risultano essere il principio di uguaglianza e di pari dignità degli individui di cui agli artt. 2 e 3 Cost..

Tramite tale puntuale ricostruzione la Corte suggerisce che l'ambito applicativo delle fattispecie sia profondamente diverso quanto a matrice dell'ideologia sottostante la manifestazione: mentre la normativa antifascista si pone ad argine di manifestazioni usuali del partito fascista *storico,* il decreto Mancino criminalizza quelle condotte che richiamano ad associazioni *attuali* e permanenti nel contesto socio-politico dei tempi moderni[56].

---

[54] Cass. pen., S.U., 18 Gennaio 2024, n. 16153, punto 6.2.2 dei motivi della decisione.

[55] *Ivi,* punto 6.2.1 dei motivi della decisione.

[56] Sulla inidoneità di tale distinzione ad assurgere a carattere di effettivo discrimine tra le fattispecie si v. L. RISICATO, *Le Sezioni Unite e il "saluto romano",* cit., pp. 520-521. Si voglia notare fin d'ora l'intimo legame che ontologicamente esiste tra simboli fascisti e matrice discriminatoria su cui si argomenterà *infra.*

In secondo luogo, i giudici passano in rassegna i diversi paradigmi di reato di pericolo tramite cui le norme in parola sono costruite e le conseguenze della loro adozione. Secondo la Corte, la natura del pericolo delle fattispecie integra un ulteriore elemento distintivo. In effetti, la nota ricostruzione della l. Scelba secondo l'indirizzo interpretativo concretizzante in ragione di un ancoraggio ai principi costituzionali non trova corrispettivo nella normativa Mancino, alla stregua della quale si ritiene sufficiente l'esistenza dell'associazione discriminante per poter ritenere che le manifestazioni siano pericolose in quanto «la valutazione del pericolo, che si esaurisce all'interno della fattispecie astratta, risulta già fatta a priori dal legislatore, spettando invece al giudice, secondo il "meccanismo" di funzionamento proprio della presunzione, il compito di verificare, nell'analisi della fattispecie, elementi di fatto capaci di dimostrarne, in concreto, l'assenza»[57].

Il percorso argomentativo passa attraverso il riconoscimento all'elemento *gruppo* o *associazione* discriminatoria, che viene a costituire il fondamento della presunzione di pericolosità. Al fine di ovviare alle domande che sorgerebbero in punto di offensività il richiamo è alla sent. 10 maggio 2023 n. 139 della Corte costituzionale[58] con cui si è rilevata la legittimità costituzionale delle fattispecie di pericolo presunto a patto che il giudice possa sempre compiere un vaglio di pericolosità circa la validità delle presunzioni.

Per quel che riguarda infine quanto stabilito in merito al rapporto applicativo dei due apparati normativi, i giudici non escludono l'ipotesi in cui essi siano applicati secondo lo schema del concorso formale non discorrendo più di specialità in ragione delle differenti finalità e contenuto delle manifestazioni. In altre parole, nel caso in cui un soggetto ponga in essere il saluto romano o la chiamata del presente in un contesto pubblico, la l. Scelba sarà l'immediato pensiero, ma eventualmente, se diviene rilevante l'elemento discriminatorio, ci sarà spazio anche per l'applicazione della normativa Mancino.

Alcune considerazioni che emergono dalla lettura dei rilievi operati dai giudici.

---

[57] Cass. pen., S.U., 18 Gennaio 2024, n. 16153, punto 6.2.4 dei motivi della decisione.

[58] C. cost., 10 Maggio 2023 n. 139 in *Dir. pen. e proc.*, n. 9/2023, pp. 1126 e ss. (con nota di E. PENCO).

La prima, sul bene giuridico tutelato dalle fattispecie. Si è già discorso dell'evoluzione e dell'ormai tradizionale interpretazione circa l'oggetto di tutela delle due disposizioni in parola[59] e si è dato atto di come le Sezioni Unite abbiano di fatto ricalcato tali rilievi. Tuttavia, appare necessaria una riflessione ulteriore. È davvero corretto ritenere che le due fattispecie siano così distanti dal punto di vista del bene giuridico tutelato? Sembra che l'impostazione che individui nell'oggetto di tutela il *discrimen* tra le fattispecie non tenga conto del criterio interpretativo primo: quello testuale, che anzi forse suggerisce di fare un ulteriore passo in avanti. In effetti, sostenere che l'art. 5 della l. Scelba sia norma posta a tutela dell'integrità dell'ordinamento democratico-costituzionale *sic et simpliciter* risulta riduttivo. Appare forse più corretto pensare alla disposizione in esame come uno scudo posto a tutela anche di quei beni giuridici che da tali condotte criminose risultano lesi in via secondaria. In altri termini, vi sono taluni beni giuridici costituzionalmente meritevoli di tutela (*ex plurimis* la pari dignità dell'essere umano) che vengono parimenti colpiti dalle condotte punite dalla l. Scelba e ciò in quanto ontologicamente incompatibili con gli ideali fondanti tali comportamenti; la mancata ricomprensione di tali beni nel novero di quelli che risultano maggiormente posti a rischio dalle condotte incriminate e che pertanto necessitano di maggior protezione, porta agli occhi dell'interprete l'immagine di una tutela penale claudicante ed incompleta.

Alla luce di ciò, sembrerebbe auspicabile un passaggio dalla configurazione in termini monoffensivi della fattispecie in parola ad una sua qualificazione in ottica plurioffensiva.

Compiendo un passo ulteriore e anticipando almeno una critica che questa tesi sembra attirare, non si può nascondere certo il rischio di un'indebita estensione dell'area di rilevanza penale[60] che potenzialmente porta con sé l'impostazione plurioffensiva. Tuttavia, sulla scorta di una lettura che introduce elementi di significativa novità in materia di calunnia, si potrebbe parlare di una

[59] Cfr. par. 2.3.1.

[60] In dottrina si sono da sempre espresse ferventi critiche alla sistematica della plurioffensività, lamentando che essa comporti un'ingiustificata estensione della punibilità dovuta alla sua inidoneità a fungere da limite all'esegesi dell'organo giudicante e dunque alla sua sbalorditiva capacità di «legittimare le singole opzioni incriminatrici alla luce dei più diversi oggetti (o obiettivi) di tutela ravvisabili in via interpretativa» in questo senso V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 85. In argomento cfr. L. DURIGATO, *Rilievi sul reato plurioffensivo,* Cedam, Padova, 1972.

«plurioffensività per così dire capovolta rispetto all'ordinario, ovvero di una plurioffensività cumulativa» e dunque di una plurioffensività che impone all'interprete, nel nome dei principi di determinatezza e offensività, la ricerca di una lesione sincronica di tutti i beni oggetto di tutela[61].

La seconda, sulla scelta di costruzione delle fattispecie e sul legame del paradigma di pericolo con il bene giuridico tutelato. È chiaro come l'interpretazione delle Sezioni Unite in merito alla dicotomia pericolo concreto/astratto si pone in linea con l'indirizzo ormai consolidato in materia. Ciò che tuttavia scatena dei dubbi riguarda la riconducibilità di tale scelta alla decisione operata a monte circa il bene giuridico tutelato. In altre parole, la Corte sembra motivare la scelta circa il paradigma di reato di pericolo sulla base della consistenza del bene giuridico tutelato dalle rispettive fattispecie e della loro capacità di entrare in bilanciamento con altri diritti. Il bene giuridico *pari dignità umana* assume le fattezze di un'entità assolutamente estranea alla tecnica del bilanciamento che – agendo come *«asso pigliatutto»*[62] – risulta vincente in ogni confronto con la libertà di manifestazione del pensiero. Tale caratteristica, congiuntamente alla circostanza per cui la verifica della lesione di tale bene risulta ricognizione processualmente davvero spinosa, esprime l'esigenza di una tutela anticipata e ben realizzabile tramite il modello dei reati di pericolo astratto. Sull'opposto versante invece, ritenuto che il bene *integrità delle istituzioni costituzionali* mostri in sé un *«substrato fenomenico materialmente ledibile»*[63], che pertanto sia relativamente agevole una prova circa la sua effettiva messa in pericolo e che non sia sottratto ad alcun bilanciamento con altri diritti, si opta per il paradigma concretizzante del pericolo.

Tuttavia tali assunti non ritraggono la realtà fattuale, e anzi non sono forieri di alcun contributo per la selezione delle condotte penalmente rilevanti in concreto in quanto potrebbe «perfino ipotizzarsi che i beni giuridici così meritoriamente individuati con spirito costituzionalistico e repubblicano, per la loro natura ideale e astratta si rivelino paradossalmente ancora più distanti dalla dimensione fattuale in cui è chiamato a decidere l'interprete giudiziale che,

---

[61] Per tali e altri puntuali riferimenti si v. S. BONINI, *Criteri di interpretazione della legge penale. Il banco di prova dei delitti di falsa incolpazione,* Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2024, pp. 239 e ss..

[62] Per la nota tesi dei diritti come *trump cards* Cfr. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard, 1977, pp. 193 e ss..

[63] A. TESAURO, *"Le radici profonde non gelano"*, cit., p. 5.

verosimilmente, in questa cornice avrà un supplemento di difficoltà nel render conto del grado di offensività di singole, specifiche, condotte rispetto a un orizzonte di tutela tanto ideologicamente impegnativo quanto empiricamente impalpabile»[64].

Forse cosciente di ciò, la Corte riconduce in seconda istanza la scelta in esame al noto elemento associativo che nel caso della normativa antidiscriminatoria sarebbe da solo sufficiente a giustificare una tutela penale così anticipata[65].

La terza, sulla depurazione della simbologia fascista. Si tratta forse di un esito non voluto della pronuncia che emerge come corollario implicito della sentenza. Sostenendo che l'applicazione dell'art. 2 sia subordinata all'elemento *gruppo,* non essendo sufficiente l'esposizione di un simbolo fascista, i giudici stanno implicitamente ammettendo che il simbolo fascista (*rectius* il partito fascista) non abbia in sé portati discriminatori e razzisti, conclusione che fa rabbrividire oltre che essere in assoluto conflitto con la volontà del legislatore storico.

Infine, la quarta, sul rapporto tra le fattispecie. La ricostruzione del rapporto fra le fattispecie secondo il paradigma del concorso formale non sembra coerente con il dato positivo. Le Sezioni Unite, motivando tale scelta interpretativa in ragione delle differenti finalità e contenuti delle manifestazioni punibili, non sembrano considerare il concreto portato delle manifestazioni del partito fascista. Non si può negare, come si è appena sostenuto, che l'ideologia fascista nella sua essenza non può prescindere dall'elemento discriminatorio-razziale, ma allora forse, sostenere che di fronte ad una manifestazione usuale del partito fascista posta in essere con finalità discriminatoria sia integrata non solo la fattispecie della l. Scelba ma anche quella di cui al decreto Mancino, significherebbe punire doppiamente la manifestazione fascista. Ora, posto che lo spazio per sentenze di condanna per entrambi i delitti sembra davvero minimo, emerge forse la volontà dei giudici di formulare un catalogo di presupposti per l'applicazione di una o l'altra fattispecie in modo da

[64] C. VISCONTI, *Le Sezioni Unite alle prese con il "saluto romano"*, cit., p. 509.

[65] Cfr. A. TESAURO, *"Planando sopra i boschi di braccia tese"*, cit., p. 6, che definisce tale operazione come «esercizio di sovrainterpretazione giudiziale» assolutamente sganciato da qualsivoglia dato positivo.

raggiungere una copertura totale in grado di colpire tutte le manifestazioni che dovessero sfuggire all'una o all'altra norma[66].

4. Gli ultimi seguiti giurisprudenziali

A quasi due anni di distanza dalla pronuncia delle Sezioni Unite è interessante verificare il suo concreto apporto e l'effettività della sua funzione nomofilattica. Analizzando le recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità e di merito in materia che per la verità non sono molte, emergono talune linee interpretative già viste e sperimentate prima della pronuncia delle Sezioni Unite. È significativo notare come tale sentenza abbia contribuito in via teorica a delineare un netto *discrimen* tra le fattispecie di cui ci stiamo occupando, ma che all'atto pratico la dicotomia sia ancora opera di difficoltosa riuscita.

Al fine di ottenere il più ampio sguardo sulle questioni imposte dalle fattispecie concrete si è deciso di prendere ad esempio tre recentissime pronunce che delineano tre differenti percorsi e soluzioni finali. Si tratta, in ordine cronologico, di una sentenza emessa in sede di legittimità dalla I Sezione penale della Corte di cassazione[67] del 23 maggio 2025 e di due sentenze di merito rispettivamente del Tribunale di Genova[68] del 19 giugno 2025 e del Tribunale di Vicenza del 5 settembre 2025[69].

Il caso portato all'attenzione della Corte di cassazione ha ad oggetto le condotte di un soggetto che, insieme ad altri sodali, inneggiava a Benito Mussolini con le parole ed esibendo uno striscione. Il Tribunale di Milano

---

[66] Cfr. A. TESAURO, *"Planando sopra i boschi di braccia tese"*, cit., pp. 24 e ss. in cui l'autore propone, sulla scorta di un'interpretazione letterale delle disposizioni in parola, di rivedere il rapporto sotto l'angolo prospettico di una *specialità per specificazione* scorgendo nella l. Scelba la *lex specialis* rispetto al decreto Mancino; o per lo meno, di ricondurre tale relazione ad una *specialità per aggiunta* in cui il requisito del pericolo concreto diventa elemento aggiuntivo e specializzante della fattispecie. In tema di rapporti tra concorso apparente di norme e concorso formale eterogeneo di reati si v. G. DE FRANCESCO, *Lex Specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme penali*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 59 e ss., in cui l'autore individua il punto di frizione tra le due categorie nella relazione di cd. *interferenza* tra fattispecie, la quale sarebbe riconducibile alla cd. *specialità bilaterale per aggiunta* figura che, a differenza delle cugine *specialità bilaterale per specificazione, bilaterale unilateralmente per aggiunta, unilaterale per aggiunta e per specificazione,* configura un'ipotesi di concorso apparente di norme.

[67] Cass. pen., Sez. I, 23 Maggio 2025, n. 19342, in C.E.D. Cass. n. 288031-01.

[68] Trib. Genova, Sez. II, 19 Giugno 2025, n. 2430.

[69] Trib. Vicenza, Sez. pen., 5 Settembre 2025, n. 817.

prima e la Corte d'Appello di Milano in secondo grado avevano ritenuto integrato il delitto previsto dall'art. 2 del decreto Mancino e avevano condannato l'imputato, poiché poneva in essere una «manifestazione di gruppo avente lo scopo di incitare alla discriminazione e alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi, in particolare una manifestazione propria del disciolto partito fascista»[70].

I giudici di Piazza Cavour riportano il sindacato in concreto correttamente effettuato dal giudice del merito relativamente agli elementi contestuali sussistenti al fine di verificare l'integrazione della fattispecie delittuosa. Nel corso di tale valutazione è emerso dirimente il numero dei partecipanti alla manifestazione, la loro appartenenza ad un gruppo e le circostanze di luogo e di tempo in cui le condotte erano state tenute. In piena coerenza con il dettato delle Sezioni Unite, il giudice di merito aveva sussunto i comportamenti nella fattispecie a pericolo astratto vagliando tuttavia in concreto la loro offensività rispetto al bene giuridico e dunque ritenendo sussistente il pericolo di diffusione di messaggi contrari a valori costituzionali, di sostegno al regime fascista e ai suoi principi razzisti e antiebraici.

Ritenuto degno di accoglimento il ragionamento della Corte d'Appello di Milano, i giudici della prima sezione penale della Cassazione hanno messo a punto un vero e proprio compendio per la verifica dell'integrazione del reato previsto dal decreto Mancino basato sul rilievo bifasico delle Sezioni Unite che – come si è esaminato – ha distinto le due fattispecie astratte in punto bene giuridico tutelato e in punto natura del pericolo richiesta per l'integrazione.

In primo luogo, il giudice dovrà verificare la condotta materiale posta in essere dall'imputato che, in relazione al saluto romano, per il decreto Mancino e la l. Scelba coincide.

Successivamente dovrà pervenire all'esame dell'elemento *gruppo* così come delineato dalle Sezioni Unite che – come si ricorderà – lo hanno elevato ad elemento presuntivo per la sussistenza del reato previsto dall'art. 2 del decreto Mancino.

Infine, si dovrà individuare il bene giuridico potenzialmente offeso dalle condotte e dunque vagliarne l'idoneità lesiva.

[70] Cass. pen., Sez. I, 23 Maggio 2025, n. 19342, punto 1 dello svolgimento del processo.

Nel caso concreto la Corte ha ritenuto privo di errori l'operato del giudice di merito che, dopo aver correttamente individuato la condotta materiale ed aver valorizzato il *gruppo* di cui era affiliato l'imputato, aveva ritenuto che i comportamenti incriminati fossero stati posti in essere non tanto al fine di propugnare la ricostituzione del partito fascista ma di esaltare «un gruppo che si riporta esplicitamente al partito fascista e ne propaganda e diffonde le idee, tra cui quelle discriminatorie, razziste e antidemocratiche che ne sono proprie»[71]. Per tali motivi ha rigettato il ricorso confermando la condanna in secondo grado.

La seconda pronuncia di cui ci si occupa ha affrontato in sede di merito simili questioni. Le condotte per cui era stata chiesta la condanna riguardavano due consiglieri comunali che nel corso di un consiglio comunale in diretta *streaming* ed a seguito di una prolusione per ricordare le vittime dell'Olocausto in occasione del Giorno della Memoria, avevano inscenato il saluto romano per esprimere il proprio voto.

Anche in questo caso i soggetti si ritrovavano ad essere imputati per il reato previsto dall'art. 2 del decreto Mancino ma la conclusione risulta essere del tutto opposta. Riportando i ragionamenti delle Sezioni Unite del 2024 il giudice di merito a fronte della ricostruzione pacifica dei fatti così come descritti nel capo di imputazione, ha deciso di assolvere gli imputati perché il fatto non sussiste in quanto non era emersa in nessun modo «alcuna capacità evocativa delle ideologie di intolleranza e discriminazione proprie, originariamente, del disciolto partito fascista, e, nell'attualità, degli agglomerati considerati dall'art. 3 L. n. 654 del 1975 che a quella ideologia si riportano»[72]. In questo caso si deve osservare come il pericolo astratto assuma carattere attenuato in ragione della valutazione di elementi contestuali che mitigano la presunzione di offensività della condotta. Questi ultimi nel caso di specie sono stati individuati nel momento *apolitico* in cui era stato posto in essere il saluto romano (si trattava di una votazione di carattere amministrativo), nel fatto che la decisione in questione non aveva a che fare con categorie di persone che potevano risultarne discriminate, nell'assenza di alcun *forte contenuto motivazionale* in tale decisione, nella circostanza per cui i consiglieri avevano applaudito al discorso commemorativo per il Giorno della Memoria ma soprattutto nella mancata

[71] *Ivi,* punto 3 dei motivi della decisione.
[72] Trib. Genova, Sez. II, 19 giugno 2025, n. 2430, p. 5.

rivendicazione del gesto che non aveva assunto la funzione di richiamare ideologie discriminatorie.

Nella sostanza, conclude il giudice, «non esiste in atti alcun elemento che possa connotare concretamente il gesto compiuto dagli imputati in termini inequivoci con una funzione di "richiamo" delle ideologie proprie dei gruppi, attualmente esistenti, che sono presi in considerazione dall'art. 3 della L. n. 654 del 1975, e di ideologie incompatibili con la Costituzione Repubblicana»[73].

Concludendo il breve esame giurisprudenziale, il Tribunale di Vicenza si è pronunciato nei confronti di due soggetti che avevano preso parte alla commemorazione per Mussolini in occasione dell'anniversario della sua morte effettuando il saluto romano e rispondendo alla chiamata del presente.

Come nei casi appena esaminati, il Pubblico Ministero aveva redatto il capo di imputazione ai sensi della normativa Mancino ma, a differenza di quanto successo con il caso esaminato dal Tribunale di Genova, il giudice veneto compie una scelta singolare: procede a riqualificare il fatto nei termini della l. Scelba. Ritiene in effetti che, sulla scorta degli insegnamenti delle Sezioni Unite, per il fine manifestato dalle condotte dei soggetti non si possa configurare il reato delineato dal decreto Mancino in quanto al momento del fatto non vi era stata esternazione di alcuna ideologia discriminatoria trattandosi di *mere* manifestazioni esteriori del disciolto partito fascista.

Individuato il bene giuridico potenzialmente posto in pericolo dalle condotte nell'*ordinamento democratico costituzionale* si passa alla verifica della *probabilità di verificazione del danno* (individuato concretamente nel pericolo di emulazione dei gesti, in adesioni e consensi e nella diffusione di concezioni favorevoli alla ricostituzione di organizzazioni fasciste) posta la natura di reato a pericolo concreto. Il giudice nel caso di specie, valorizzando le circostanze di tempo e di luogo (i soggetti si erano ritrovati al di fuori del cimitero maggiore di Vicenza ed in orario di chiusura), la breve durata della manifestazione, il numero di partecipanti, il modo in cui essi erano vestiti, la totale assenza di coinvolgimento di terzi nella manifestazione come l'assenza di tensioni, disordini o agitazioni nonché la natura commemorativa della manifestazione, non intravedendo alcuna seria probabilità di verificazione del danno ha escluso che il bene giuridico fosse stato posto anche lontanamente in pericolo. In questi

[73] *Ivi*, p. 6.

termini ha assolto gli imputati ai sensi dell'art. 530 c.p.p. perché il fatto non sussiste.

Alla luce di quanto emerso, alcuni rilievi conclusivi.

In primo luogo, non si può che notare l'efficacia nomofilattica della pronuncia a Sezioni Unite del 2024 che segna uno spartiacque nella materia dei reati di opinione affidando ai giudici nei suoi punti fondamentali i riferimenti per trovare la differenza tra le due fattispecie in parola: tutte le pronunce esaminate hanno operato la distinzione di fattispecie astratte secondo gli insegnamenti e la massima sviluppati in quella sede.

In secondo luogo, è degno di menzione il persistere di quell'indirizzo interpretativo già presente prima della sentenza delle Sezioni Unite che vede gli organi inquirenti redigere il capo di imputazione sempre ai sensi del decreto Mancino e non della l. Scelba pur ricorrendone i presupposti. Le ragioni di tale tendenza sono sicuramente da ritrovare nel macigno costituito dall'onere probatorio del reato di cui alla l. Scelba: i casi in cui l'ordine democratico-costituzionale sia posto in concreto in pericolo perché vi è la possibilità che ponendo in essere il saluto romano si ricostituisca il disciolto partito fascista sono più unici che rari. A parità di condotta materiale, risulta processualmente molto più conveniente contestare la violazione dell'apparato normativo antidiscriminatorio. Risulta allora ancora oggi assolutamente puntuale voler vedere nella normativa di cui al decreto Mancino un «succedaneo delle fattispecie della legge Scelba nelle strategie politico-criminali di contrasto ai fenomeni di perturbazione ideologica della pubblica opinione»[74].

Posto quanto appena rilevato, risulta evidente come le Sezioni Unite abbiano ridotto di molto l'operatività della l. Scelba. Se parlare infatti di una *interpretatio abrogans* della stessa sembra ancora azzardato, la modesta (ad oggi) produzione giurisprudenziale ha dimostrato una sostanziale preferenza per la sussunzione nei termini antidiscriminatori delle fattispecie concrete, ma ciò non sorprende. È vero: la l. Scelba può ancora avere un ristretto ambito di applicazione e ciò ove i gesti simbolici del disciolto partito fascista abbiano la *mera* finalità di ricostituire il partito fascista. Il cortocircuito diviene allora evidente: la ricostituzione del partito fascista passa necessariamente attraverso la propalazione delle ideologie fondanti tale partito che sono ontologicamente

[74] D. NOTARO, *Neofascismo e dintorni. La "resistenza" nella dimensione offensiva del fatto criminoso,* in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21 Gennaio 2020, p. 18.

ed intimamente saldate alla matrice razzista e discriminatoria. In questo senso dunque, è corretto sostenere che non può esistere un fascismo non discriminatorio. Tuttavia, all'esito della pronuncia delle Sezioni Unite, i giudici restituiscono l'immagine dell'ideologia fascista del tutto depurata da tale sostrato discriminatorio e scevra da qualsiasi portato razzista che ha, a tutti gli effetti, caratterizzato l'essenza stessa delle idee del regime.

Infine, si deve registrare come l'interpretazione in esame si sia attestata sull'ormai solido indirizzo ermeneutico della Corte costituzionale in tema di reati di pericolo astratto. Il pericolo causato al bene giuridico tutelato dal decreto Mancino ha carattere presuntivo *attenuato* e non astratto *tout court*, in ossequio al necessario «*grado di resistenza*» al principio di offensività che anche il modello dei reati di pericolo presunto deve superare[75]. Secondo la Corte, dunque, il principio di offensività impone il rispetto di un'esigenza concretizzante minima anche in quei casi nei quali il legislatore a monte ha operato un bilanciamento dei valori costituzionali potenzialmente lesi dalla fattispecie incriminatrice. Ciò comporta un vaglio, seppur lieve, di idoneità lesiva delle condotte incriminate in concreto anche nei casi relativi ai reati di pericolo astratto, vanificando di fatto l'esistenza di tale categoria di reati[76].

5. Conclusioni e prospettive future

Nonostante l'intervento delle Sezioni Unite la questione è tutt'altro che in via di definizione e presenta ancora ampie aree di incertezza. Vi è tuttavia da evidenziare preliminarmente una questione attraverso cui passano necessariamente tutte le conclusioni del tema in parola: l'attualità delle fattispecie che incriminano il saluto romano. Non si potrà in questa sede sviscerare il tema relativo al pericolo di una moderna deriva fascista, basterà tuttavia ricordare che la scelta della Costituente di osteggiare l'ingresso di qualsiasi tipo di pensiero autoritario – ed in particolare quello fascista – nella dimora della Democrazia rimane tutt'ora una scelta attuale e fondante l'ordinamento repubblicano. Non è ragionevole allora dare seguito a coloro che

[75] Cass., S.U., 18 Gennaio 2024, n. 16153, punto 6.2.4 dei motivi della decisione.

[76] Le stesse Sezioni Unite, a conclusione del punto 6.2.4 dei motivi della decisione, ammettono come «quanto meno ai fini della presente decisione, la distinzione tra un "pericolo concreto" ed un "pericolo astratto o presunto" finisca, a ben vedere, per divenire, nei fatti, evanescente una volta che si prenda contestualmente atto di come, per quanto appena detto, anche le previsioni contrassegnate da un pericolo presunto debbano coniugarsi con il principio di offensività».

ritengono che il *problema fascismo* riguardi tempi passati e sfugga a quelli moderni: è davvero difficile ritenere possibile un ritorno del Partito Nazionale Fascista sul proscenio della storia, soprattutto con un contesto politico e sociale così diverso. Ma possiamo essere così sicuri anche relativamente a diverse organizzazioni che fanno delle ideologie del fascismo il loro atto costitutivo? In altre parole, confinare un'eventuale deriva autoritaria al mero fascismo storico, non è riduttivo? Più precisamente, si potrebbe definire miope l'agire di colui che non vuole vedere nelle organizzazioni neofasciste che condividono le ispirazioni e gli aspetti fondanti con lo stesso fascismo un pericolo per la democrazia moderna?

A prescindere da quest'ultimo rilievo, si deve concordare che la scelta antifascista permane nel nostro ordinamento almeno per i seguenti tre motivi. In primo luogo, tale assunto è evidente consultando i lavori dell'Assemblea Costituente: l'antifascismo nell'agire dei Padri e delle Madri Costituenti fungeva da «*elementare substrato ideologico*»[77] poi infuso nel documento costituzionale assurgendo a monito e valore permanente dell'ordinamento repubblicano. In secondo luogo, non si trascuri che la scelta è positivizzata nella Carta costituzionale alla XII disposizione transitoria e finale: «è vietata la riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista». Infine, non si può pensare ad una democrazia che non possa difendersi dai suoi nemici, di che libertà si potrebbe parlare in uno Stato che non riesce a far rispettare tale libertà? Con le parole di Karl Popper: «la tolleranza illimitata deve portare alla scomparsa della tolleranza. Se estendiamo l'illimitata tolleranza anche a coloro che sono intolleranti, se non siamo disposti a difendere una società tollerante contro l'attacco degli intolleranti, allora i tolleranti saranno distrutti e la tolleranza con essi»[78].

L'illustre filosofo fa notare che l'intolleranza è figlia della stessa scelta tollerante e che le ideologie intolleranti devono essere soppresse anche con la forza se non riescono a confrontarsi sul terreno delle *argomentazioni razionali*. In questo senso si deve superare l'idea di un *free marketplace of ideas*[79] da tutelare a

---

[77] A. MORO, Assemblea costituente, seduta plenaria di giovedì 13 Marzo 1947, p. 2039 del resoconto stenografico.

[78] K. R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, vol. I, Armando editore, Roma, 1996, p. 346.

[79] Inteso come «libera circolazione delle idee non soltanto come insostituibile antidoto alla tirannide, ma anche l'arma vincente per realizzare una selezione naturale tra le opinioni politiche, consentendo il prevalere di quelle "migliori"», in G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla*

tutti i costi in favore di una tolleranza intransigente nei confronti degli intolleranti, «dovremmo quindi proclamare, in nome della tolleranza, il diritto di non tollerare gli intolleranti. Dovremmo insomma proclamare che ogni movimento che predica l'intolleranza si pone fuori legge e dovremmo considerare come crimini l'incitamento all'intolleranza e alla persecuzione, allo stesso modo che consideriamo un crimine l'incitamento all'assassinio, al ratto o al ripristino del commercio degli schiavi»[80].

Alla luce quindi del permanere della necessità di un apparato normativo che incrimini le condotte in esame, è lampante che di fronte ad una condotta come quella del saluto romano, il paradigma del pericolo concreto smetta di funzionare correttamente. È corretto sostenere che tale fattispecie fa emergere più problemi di quanto faccia la scelta concretizzante applicata al delitto di apologia di cui all'art. 414 co. 2 c.p. [81]. I motivi sono diversi ma in particolare, come si è visto, sono da ricercare nel tipo di manifestazione che integra il saluto romano, nel difficoltoso accertamento del processo causale che origina il pericolo ed infine nella trascurabilità del grado di offensività di una condotta considerata singolarmente[82]. L'attuale prassi applicativa manifesta ampiamente queste difficoltà: ne è testimone l'esasperata arbitrarietà delle soluzioni formulate dalla giurisprudenza di merito che si trova ad essere ostaggio di

---

libertà di manifestazione del pensiero, in AA.VV., *Legge penale e libertà del pensiero. III Convegno di diritto penale – Bressanone 1965*, Cedam, Padova, 1966, p. 9.

[80] K. R. POPPER, *op. cit.*, p. 346.

[81] In materia, *ex plurimis,* si v. G. BOGNETTI, *Apologia di delitto punibile ai sensi della Costituzione e interpretazione della norma dell'art. 414 c.p., ultimo comma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, pp. 18 e ss.; C. FIORE, *Libertà di manifestazione del pensiero e reati di istigazione,* in *Giur. mer.*, II, 1974, pp. 6 e ss.; C. TRUCCO, *op. cit.*, pp. 735 e ss.; M. PELISSERO, *Delitti di istigazione e apologia,* in ID. (a cura di), *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico,* in F. PALAZZO, C. E. PALIERO (diretto da) *Trattato teorico-pratico di diritto penale,* Giappichelli, Torino, 2010, pp. 231 e ss.; G. FORNASARI, *Istigazione a delinquere*, in ID., S. RIONDATO (a cura di), *Reati contro l'ordine pubblico*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, pp. 5 e ss..

[82] Vi è anche chi in dottrina sostiene che il ricorso al paradigma del pericolo concreto per l'applicazione della l. Scelba sia un espediente retorico utilizzato in giurisprudenza per addivenire ad una totale disapplicazione della normativa. Tale rilievo si basa sulle problematiche che la ricerca della lesione in concreto al bene giuridico tutelato con le caratteristiche *supra* esaminate comporta. Secondo l'autrice si tratta di un «escamotage per eludere in modo sistematico la rilevanza penale di manifestazioni fasciste e apologia del fascismo, sul presupposto della loro dubbia legittimità costituzionale». Per tali rilievi si v. L. RISICATO, *Le Sezioni Unite e il "saluto romano"*, cit., pp. 516 e ss..

indirizzi interpretativi difformi e contraddittori[83]. Non ha aiutato nemmeno l'inserimento dell'elemento commemorativo che da sostanziale paradigma concreto si astrae fino a divenire esso stesso presunzione di pericolosità.

Si potrebbe dunque pensare che una soluzione compatibile e orientata ai principi cardine dell'ordinamento costituzionale ricomprenda l'adozione del modello del pericolo astratto come accade in Germania[84]. Ora, ricostruendo il reato di cui all'art. 5 l. Scelba secondo tale paradigma ci si dimenticherebbe di un elemento davvero pregnante. Posto che il diritto è risposta ad istanze ed esigenze sociali, il fatto che in Italia non vi sia mai stata una piena e vera elaborazione culturale dei crimini del fascismo come accaduto in Germania impedisce qualsiasi formulazione di tali esigenze sociali. In altre parole, se il problema non è stato oggetto di riflessione o elaborazione, una risposta non richiesta sarà sempre e comunque slegata dal contesto sociale e, per questo, inutile.

Una possibile strada da esplorare potrebbe essere la ricostruzione delle fattispecie secondo il modello del pericolo astratto maturando un cambiamento del bene giuridico tutelato: non più far riferimento all'ordine pubblico materiale (inidoneo a fungere da limite alla libertà di pensiero), ma, come suggerito da taluna dottrina, valorizzare *l'antifascismo come matrice della Costituzione repubblicana* facendo rientrare in esso anche la tutela dell'assetto democratico. Si potrebbe infatti senza dubbio sostenere che l'ordinamento costituzionale venga leso dalle manifestazioni del disciolto partito atteso che esso sia ciò che di più contrario possa esserci in una democrazia e che ai sensi della XII disposizione transitoria e finale nel nostro ordinamento viga «una presunzione assoluta di incompatibilità democratica a carico del fascismo»[85]. Se in questo modo risultano superate tutte le difficoltà di prova circa la verifica di un'eventuale ricostituzione del partito fascista, si deve però ammettere che la soluzione prospettata non è priva di controindicazioni. Solo per fare un esempio essa non

[83] In merito cfr. M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Jovene, Napoli, 2000, pp. 341 e ss..
[84] Per più puntuali coordinate comparatistiche europee si rinvia a G. FORNASARI, *op. cit.*, pp. 11 e ss..
[85] B. PEZZINI, *Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della Costituzione repubblicana*, in D'AMICO, RANDAZZO, *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1394.

riesce a conciliarsi con il principio di laicità del diritto penale posto a tutela del pluralismo delle opinioni[86].

Dunque, è innegabile come entrambe le impostazioni circa la punibilità del saluto romano siano assolutamente insoddisfacenti per l'ordinamento perché comportano rilevanti sacrifici. Da una parte l'irrilevanza penale della condotta porrebbe diversi quesiti sulla base valoriale su cui è costruito il nostro ordinamento: i Padri e le Madri Costituenti hanno esplicitamente e senza dubbio alcuno, optato per l'antifascismo; dall'altra parte – come si è dato conto in questo breve scritto – la criminalizzazione delle condotte in parola, in qualsiasi senso la si voglia pensare, crea enormi *vulnera* a principi dell'ordinamento penale di rango costituzionale che non potrebbero e non dovrebbero esistere in un ordinamento costruito all'insegna del diritto penale liberale.

Giunti alla conclusione del presente lavoro, non resta che un'ultima ma essenziale domanda: posto tutto quanto emerso in merito all'attualità del pericolo di torsione autoritaria, all'antifascismo come scelta costituzionale e alle problematiche relative sia alla criminalizzazione sia alla irrilevanza penale delle condotte in esame, è ancora giustificabile il ricorso allo strumento penale *tout court?* Non finirebbe per diventare mezzo di conformazione di idee delle minoranze? Senza ombra di dubbio la domanda posta in questi termini rischia di sembrare semplicistica e forse un po' *naïf.* Si è messo in luce come gli strumenti nella cassetta degli attrezzi del diritto penale ad oggi non riescano a far intravedere margini di risoluzione delle problematiche evidenziate: il pericolo concreto produce incertezza e disapplicazione, il pericolo astratto entra in frizione con principi penali di livello costituzionale, la soluzione commemorativa è foriera di problemi sul versante del principio di tipicità e determinatezza e il differente ambito applicativo Mancino-Scelba lascia perplessità in merito al principio di uguaglianza. Si potrebbe allora scorgere lo spazio per un passaggio di testimone fra diritto penale e dimensione culturale che – strutturata su più livelli – possa coinvolgere anche soggetti non istituzionali, lasciando al tessuto sociale la capacità di reagire, di intervenire

[86] Per una rilettura del bene giuridico tutelato nei termini della *salvaguardia della memoria antifascista e dell'identità repubblicana* si v. A. TESAURO, *"Le radici profonde non gelano"*, cit., pp. 40 e ss..

nell'*iter criminis* e di approntare così una più efficace risposta sociale di carattere informale.

È necessario tuttavia operare una precisazione. Con tale ultima notazione non si vuole suggerire l'opportunità di indossare le lenti del cd. *diritto penale minimo* inteso come massima riduzione del possibile intervento dello strumento penale[87]. Sembra più corretto in questo senso sostenere la necessità di un profondo intervento della dimensione sociale per una piena elaborazione culturale di ciò che è stato il fascismo e allo stesso tempo suggerire che lo strumento penale assuma la funzione di limite ultimo per ciò che sfugge a tale elaborazione nella prospettiva di un diritto penale come *extrema ratio*[88].

[87] Cfr. L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale mimino (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini)*, II-V, in *Foro it.*, 2000, pp. 125 e ss.. Per un recente rilancio della prospettiva cfr. G. MOSCONI, *Decostruire la pena. Per una proposta abolizionista*, Meltemi, Milano, 2024, pp. 143 e ss.. Sulle ragioni circa l'insostenibilità di una tale prospettiva si v. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, pp. 802 e ss..

[88] Dello stesso avviso è C. VISCONTI, *Le Sezioni Unite alle prese con il "saluto romano"*, cit., p. 510: «Vero è che non saranno ovviamente le fattispecie incriminatrici in discussione a proteggerci dai rigurgiti di neo-fascismo nostalgico che fanno qua e là capolino nelle cronache recenti, ma un limite, anche penalistico, alle loro manifestazioni nell'arena pubblica forse è preferibile mantenerlo, anche se dovesse esprimersi prevalentemente sul piano espressivo-simbolico. Il diritto penale, con tutti i suoi limiti e i rischi che genera, rimane pur sempre uno specchio, più o meno appannato, della tavola dei valori in cui una società si riconosce, e l'antifascismo — piaccia o no — di quella tavola è parte costitutiva».

IL DIRITTO PENALE COME BRACCIO ARMATO DELLO STATO: RIFLESSIONI SULLE ATTUALI STRATEGIE DI POLITICA CRIMINALE

Criminal law as the armed wing of the State: reflections on contemporary criminal policy strategies

di

Giulio Vaccari *

È ancora possibile concepire il diritto penale come il braccio armato dello Stato? Questo interrogativo assume particolare rilevanza nell'attuale contesto sociale, segnato da rapidi mutamenti economici e politici, in una realtà sempre più globalizzata ed interconnessa. I processi di trasformazione che interessano la società contemporanea tendono infatti ad oscurare la funzione cardine del diritto penale, tradizionalmente riconosciuta dall'ordinamento giuridico quale garanzia dell'equilibrio sociale. Nel panorama normativo attuale riaffiora puntualmente la persistente tensione tra l'iper-criminalizzazione e il garantismo, due tendenze che, seppur diametralmente opposte, caratterizzano da sempre l'identità del diritto penale e ne alimentano la continua ricerca di un equilibrio non ancora pienamente raggiunto.

***

Can criminal law still be conceived as the "armed wing" of the State? This question is particularly relevant in the current context, marked by rapid economic and political changes within an increasingly globalized and interconnected world. The profound transformations shaping contemporary society tend to obscure the fundamental function traditionally attributed to criminal law by the legal system, namely the preservation of social balance. In the current regulatory landscape, the persistent tension between over-criminalization and the principles of legal guarantees resurfaces regularly, two dynamics that, despite their radical opposition, have always characterized criminal law and continue to drive its ongoing pursuit of an equilibrium yet to be fully achieved.

* Dottore magistrale in Giurisprudenza nell'Università degli Studi "Roma Tre".

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Genealogia del potere punitivo. – 3. Il diritto penale come dispositivo biopolitico nella società del rischio. – 4. Il diritto penale del nemico e le sue degenerazioni. – 5. Emergenza e sicurezza: lo stato d'eccezione. – 6. La crisi del principio di proporzionalità e il populismo penale. – 7. Profili attuali. – 8. Garantismo penale e Stato di diritto. - 9. Conclusioni.

Parole chiave: Diritto penale – Politica criminale - Garantismo - Diritti costituzionali

Keywords: Criminal law - Criminal policy – Guaranteeism - Constitutional rights

1. Introduzione.

Il diritto penale rappresenta, sin dalle sue origini, il punto di massima frizione tra i diritti individuali e il potere dello Stato. Esso costituisce lo strumento mediante il quale l'ordinamento giuridico esercita la sua forza per far fronte ai diversi fenomeni di devianza sociale. È dunque nel diritto penale che si manifesta la dimensione coercitiva del potere statuale, quella che Max Weber definiva come il monopolio dell'uso legittimo della forza[2]. Tuttavia, proprio in questa funzione di coercizione e di limitazione delle libertà, il diritto penale rivela il suo carattere cangiante: esso è al contempo garanzia e minaccia, tutela e sopraffazione, limite al potere e strumento del potere.

I più grandi filosofi del diritto hanno da sempre interrogato e analizzato l'iridescenza del diritto penale. Cesare Beccaria, nel suo saggio *Dei delitti e delle pene*, scriveva che «ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico[3]». Si afferma(va), dunque, come il ricorso alla forza da parte dello Stato debba sempre trovare una previa e rigorosa legittimazione non soltanto in relazione al *quantum*[4], ma, ancor prima, nell' *an*. Sebbene ogni epoca, di fronte alla paura, all'insicurezza o all'insorgenza di nuove inclinazioni criminose, abbia riscoperto il volto autoritario della giustizia penale, ciò è spesso avvenuto prima ancora di analizzare e comprendere i fenomeni sottesi alla nascita di nuove tendenze di devianza sociale.

[2] M. WEBER, *La politica come professione*, 1919, testo della conferenza tenuta a Monaco di Baviera, 28 gennaio 1919.
[3] C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Letteratura Italiana Einaudi, 1973, p.8.
[4] *Ivi*, p. 17.

Premesso questo, il garantismo, da taluni ancora considerato inconciliabile con la rigida disciplina del diritto penale[5], lungi dal configurarsi come una visione utopistica, rappresenta bensì una forma di tutela per il cittadino dinanzi all'incontrollata potestà punitiva dello Stato. Infatti, negli ultimi anni si assiste a un ricorso sempre più disinvolto alla sanzione penale. L'intervento punitivo appare spesso come la soluzione più semplice e immediata, soprattutto se confrontata con la complessità e i tempi lunghi necessari per attuare politiche sociali realmente efficaci.

Il legislatore contemporaneo è perfettamente consapevole di questa scorciatoia, ove la pena offre una risposta rapida e rassicurante. Ciò che sembra invece sfuggirgli è che, seguendo questa via, il diritto penale viene progressivamente distorto e piegato a una funzione che non gli appartiene. L'improprio utilizzo del diritto penale si manifesta pertanto come una vera e propria patologia del sistema punitivo, una deviazione rispetto al suo fisiologico assetto costituzionale. Si tratta di una realtà che non può essere compresa se non collocandola entro la dialettica delle categorie giuridiche tradizionali del diritto penale. L'"improprietà" non si esaurisce in un giudizio critico circoscritto a singole scelte legislative, quanto piuttosto ricomprende un difetto di legittimazione strutturale, una frattura tra il modello garantista della tradizione giuridica liberale e le sue concrete, distorte ed attuali modalità di attuazione.

Il diritto penale, nel paradigma dello Stato costituzionale, è costruito in funzione prettamente sussidiaria ed è governato da principi che ne delimitano l'ambito operativo e ne impediscono l'uso arbitrario. Si pensi, ad esempio, all'offensività come principio cardine di selezione delle condotte punibili, alla colpevolezza come fondamento della responsabilità personale, alla proporzione come limite della risposta sanzionatoria, alla tassatività e alla determinatezza come garanzie di prevedibilità e conseguentemente di non arbitrarietà da parte del giudice.

Questi principi non svolgono funzioni meramente programmatiche, ma rappresentano piuttosto le condizioni di validità dell'intervento punitivo. Laddove essi vengano compressi, aggirati o svuotati di contenuto, il diritto

[5] Così M. DONINI, *Garantismo penale oggi*, in *Discrimen*, 16 dicembre 2019, il quale nell'individuare «le colpe della dottrina penalistica» evidenzia che «se si prescinde dal programma di un diritto penale minimo, di per sé utopico anche perché privo di un corredo tecnico adeguato, ma seriamente espressione del principio di ultima *ratio*, la dottrina penalistica non ha mai preso davvero sul serio la sussidiarietà penale».

penale perde la sua legittimazione strutturale. L'improprio utilizzo del diritto penale si manifesta precisamente in questo contrasto tra la razionalità interna del sistema, che dovrebbe esser preservata, e le attuali distorsioni funzionali che interessano la sanzione penale[6]. Tale contrasto si è progressivamente ampliato in un contesto in cui il diritto penale è divenuto permeabile a logiche apparentemente emergenziali, a pressioni mediatiche, a esigenze di governo dell'insicurezza che ne alterano la struttura e ne modificano la funzione.

La produzione legislativa penale degli ultimi decenni mostra una tendenza costante all'espansione dell'area penalmente rilevante, spesso attraverso incriminazioni che si pongono in contrasto con le categorie giuridiche tradizionali, o mediante inasprimenti del contenuto sanzionatorio non sempre coerenti e bilanciati con un effettivo incremento dell'offensività. La pena assume così una dimensione simbolica, divenendo strumento di comunicazione, un linguaggio performativo che mira a rassicurare l'opinione pubblica, a segnalare la capacità dello Stato di reagire con la forza, ossia con la minaccia della pena, che tuttavia si rivela, nella maggior parte dei casi, una soluzione facile e solo apparentemente efficace a problemi di natura complessa. La riflessione sull'improprietà, allora, si impone come riflessione sulla tenuta del modello garantista e sulla capacità del sistema penale di autolimitarsi. È un invito a recuperare la consapevolezza che la forza del diritto penale non risiede nella sua espansione, ma nella sua capacità di contenersi, di resistere alle pressioni esterne, di rimanere fedele alla propria razionalità delineata mediante i principi costituzionali. Solo in questa prospettiva l'improprio utilizzo può essere riconosciuto come ciò che realmente è, ossia una minaccia strutturale alla legalità penale e, dunque, allo Stato di diritto.

Il presente capitolo intende esplorare la tensione che intercorre tra tutela dei diritti e il dilagante fenomeno di sovra-criminalizzazione[7], analizzando la genealogia del potere punitivo e la sua metamorfosi contemporanea, nella quale il diritto penale, come si avrà modo di delineare, tende a divenire il braccio armato dello Stato, funzionale alla gestione delle emergenze e al mantenimento dell'ordine e della sicurezza. Si cercherà di mostrare come, di fronte a tale deriva,

[6] Per un approfondimento sull'attuale questione relativa all' utilizzo improprio del diritto penale vd. M. PELISSERO, *La tutela penale della sicurezza pubblica. Una costante ossessione*, in *Questione Giustizia*, Fasc. 3/2025.

[7] In cui il diritto penale diviene lo strumento privilegiato dal legislatore per contrastare i problemi di varia natura che affliggono la società.

il pensiero garantista mantenga una funzione cardine imprescindibile, quella di ricordare che lo Stato di diritto vive precisamente nei limiti che impone a sé stesso. L'analisi che segue, infatti, si propone di ricostruire, in una prospettiva dinamica, le principali linee evolutive del diritto penale, mettendo in luce le sue trasformazioni mediante il ricorso alle categorie filosofico-giuridiche che hanno segnato il dibattito penalistico negli ultimi tempi.

L'obiettivo del lavoro consiste, da un lato, nell'evidenziare come determinate matrici teoriche abbiano orientato la funzione e la struttura del sistema punitivo; dall'altro, si cercherà di individuare punti di contatto tra tali paradigmi e i più recenti interventi legislativi in materia penale.

2. Genealogia del potere punitivo.

Per comprendere la relazione tra diritto penale e potere statuale, occorre muovere da una prospettiva genealogica. Nella storia delle dottrine politiche moderne, il potere di punire è stato fondato come corollario della sovranità statale. Nella sua celebre opera *Il Leviatano*, Thomas Hobbes descrive la nascita dello Stato come il trasferimento al sovrano del diritto di vita e di morte dei cittadini, al fine di garantire la sicurezza collettiva. In questa concezione, il potere punitivo è una conseguenza diretta del patto sociale, in cui l'individuo rinuncia alla propria libertà originaria di difendersi e vendicarsi, consegnandola allo Stato affinché quest'ultimo amministri la violenza in modo "ordinato".

La riflessione filosofica di Hobbes, parte nel solco del giusnaturalismo per poi sfociare in una visione tipica del positivismo[8]. Infatti, nella ricostruzione hobbesiana, lo stato di natura è dominato dalla "guerra di tutti contro tutti", in cui prevale la legge del più forte e la vita umana è segnata dall'insicurezza. L'uomo, per ragioni di autoconservazione, ha dunque tutto l'interesse a vivere pacificamente. Tuttavia, questa convivenza pacifica può realizzarsi solo attraverso un patto sociale con cui ciascun consociato cede la propria sovranità a un sovrano assoluto. È in questo passaggio che emerge la matrice del positivismo nel pensiero hobbesiano, in cui la legge è vincolante in quanto comando del

[8] Secondo Norberto Bobbio, Hobbes è nato come un giusnaturalista e si è poi trasformato in positivista, nel senso che se è vero che parte da posizioni tipiche del giusnaturalismo moderno (lo stato di natura e il passaggio a quello civile) poi sfocia in un'idea assoluta della sovranità. Cfr. *Thomas Hobbes: dalla teoria del diritto naturale al positivismo giuridico*, in Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", 2012, p.1.

sovrano, la cui autorità deriva dal patto sociale originario. In questa evoluzione concettuale si riflette anche il passaggio epocale dalla concezione del reato come peccato - ancorata alla violazione di una legge divina - alla concezione del reato come fatto lesivo di beni giuridici individuali e collettivi. Tale processo di svolta per il diritto penale moderno viene avviato ad opera dei giusnaturalisti, che iniziano a sostenere uno Stato che si allontana progressivamente dall'influenza dei valori religiosi; si tratta, tuttavia, di una trasformazione graduale, che troverà pieno compimento solo nell'epoca illuminista. Sarà infatti nel XVIII secolo, attraverso le rivoluzionarie concezioni intellettuali dei più grandi illuministi, che l'equiparazione del reato al peccato verrà definitivamente superata, inaugurando così il primato dell'oggettivo sul soggettivo. È proprio l'illuminismo a completare la secolarizzazione del diritto penale e il processo di laicizzazione complessiva dello Stato[9]. Con l'illuminismo, infatti, la pena non è più un atto di forza del sovrano, ma un istituto razionale e proporzionato, volto alla tutela dei diritti dei cittadini. La pena giusta è quella certa, pronta e proporzionata, dove il diritto penale si configura come limite al potere e non come suo strumento arbitrario. In questa transizione dal potere punitivo sovrano e assoluto di Hobbes al limite di legittimazione della potestà punitiva statuale di Beccaria, si radica la nascita del diritto penale liberale. In particolare, i massimi esponenti della tradizione di ispirazione penalistico-liberale, tra cui Gaetano Filangieri e Francesco Carrara, contribuirono in modo decisivo al passaggio dalla concezione del reato inteso come peccato, che aveva caratterizzato i secoli precedenti, a una concezione del reato incentrata sul fatto. Si afferma così la rivoluzionaria teorizzazione del diritto penale del fatto, che identifica il reato come offesa o lesione a un bene giuridico tutelato. Tuttavia, la storia insegna come la promessa illuminista non sia stata pienamente mantenuta e, anzi, sia stata più volte tradita e messa in discussione, non solo nei secoli avvenire. Difatti, il periodo ottocentesco ha mostrato come la dimensione disciplinare repressiva del potere statuale non sia scomparsa del tutto, ma si sia piuttosto trasformata in una forma più sofisticata di controllo sociale.

Nel XIX secolo la cosiddetta Scuola positiva[10] elabora una concezione personologica della scienza penalistica radicalmente diversa rispetto a quella illuminista. Il positivismo criminologico, infatti, tende a mettere in rilievo il

[9] Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale,* Giuffrè, Milano, 2024, p. 6.
[10] Tra i massimi esponenti figuravano: Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Filippo Grispigni.

carattere antisociale dell'autore del reato, il quale, nella commissione del fatto, manifesterebbe caratteristiche individuali che evidenziano la natura deterministica e condizionata dell'agire umano, sottratto a una reale libertà del volere e di autodeterminazione, individuando nel fattore criminogenetico la causa del comportamento delittuoso[11]. Il criminale viene così indentificato come un individuo "diverso" per natura, riconoscibile attraverso tratti somatici e predisposizioni fisiologiche che lo renderebbero incline al delitto. La sanzione penale assume così un carattere eminentemente preventivo e difensivo, fondato sulla presunta pericolosità dell'individuo più che sulla responsabilità per un fatto, contribuendo a spostare l'asse del sistema punitivo dalla colpevolezza alla difesa sociale. In questo modo viene progressivamente messo in discussione il diritto penale del fatto e, parallelamente, si afferma una nuova concezione fondata sulla pericolosità dell'individuo che si identifica nella teoria del diritto penale d'autore[12], destinata a diventare il fulcro della difesa sociale. È in questo passaggio che si inserisce anche la riflessione di Michel Foucault, che individua la metamorfosi della penalità moderna, in cui dal supplizio del corpo si passa al controllo delle condotte, alla sorveglianza diffusa, all'interiorizzazione della norma e, conseguentemente, all'annientamento dell'individuo[13].

Nel corso dell'Ottocento i sistemi penali occidentali attraversano una trasformazione profonda. Le pene corporali, che per secoli avevano rappresentato il fulcro della risposta punitiva, vengono progressivamente abbandonate a favore della prigione. L'istituzione penitenziaria, nella visione di Foucault, non è soltanto un nuovo luogo di esecuzione della pena, ma esprime

---

[11] Cfr. P. PITTARO, *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?* Edizioni Università di Trieste, 2012, p.12; E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, Zanichelli, 2020, p.836.

[12] Il diritto penale d'autore rappresenta una categoria concettuale elaborata in chiave eminentemente critica all'interno della dogmatica penalistica, utilizzata per descrivere modelli di repressione penale nei quali l'oggetto primario della sanzione non è il fatto tipico, antigiuridico e colpevole, bensì la personalità dell'autore. In tale prospettiva, il reato perde la sua centralità quale presupposto esclusivo della responsabilità penale e viene progressivamente degradato a mero indice rivelatore di una presunta pericolosità del soggetto. La sanzione si orienta così non tanto verso un comportamento storicamente determinato, quanto verso ciò che il soggetto "è", "rappresenta" o "potrebbe diventare", secondo una logica prognostica incompatibile con i canoni del diritto penale liberale. Questo modello si pone in netta antitesi rispetto al diritto penale del fatto, che costituisce il fondamento degli ordinamenti costituzionali contemporanei e trova espressione nei principi di legalità, materialità e colpevolezza.

[13] Per un approfondimento sul punto vd. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Et Saggi, 2014.

una diversa concezione dell'individuo e del modo in cui lo Stato intende esercitare il proprio controllo. La detenzione, infatti, nella prospettiva foucaultiana, si fonda su una tecnologia del potere che mira a sorvegliare il corpo in modo continuo, capillare e funzionale, trasformando l'essere umano in un soggetto disciplinato, quasi in una "macchina" da rendere produttiva e docile. In questo passaggio si riflette l'emergere di una nuova ontologia del corpo, non più oggetto di punizioni esemplari e visibili, ma di un controllo costante e silenzioso, che agisce attraverso la regolazione dei comportamenti e l'interiorizzazione della norma. La prigione diventa così il simbolo di una modernità che non rinuncia alla coercizione, ma la riorganizza in forme di controllo più sottili e sofisticate.

Nel XX secolo poi, il potere punitivo, lungi dall'essere ridotto, si faceva capillare e invisibile. Del resto, i regimi totalitari del Novecento hanno rappresentato una vera e propria distorsione del diritto penale. Si pensi, ad esempio, alla trasformazione del diritto penale durante il fascismo, che maturò all'interno di un clima politico progressivamente emergenziale, frutto non di una rottura improvvisa, ma di un processo graduale avviato a partire dalla metà degli anni Venti del secolo scorso. In questa fase prese forma una riorganizzazione sistematica dell'assetto istituzionale dello Stato, orientata al superamento del modello liberale prefascista e alla costruzione di un ordinamento accentrato, fondato sulla concentrazione del potere nelle mani del potere esecutivo. Le cosiddette "leggi fascistissime[14]" del 1925 e 1926 segnarono un passaggio decisivo, con cui si attuò una produzione normativa coordinata per limitare progressivamente le libertà politiche e sindacali, per rafforzare il potere del governo e introdurre strumenti di controllo capillare sulla società e sull'informazione. Tale processo sancì il definitivo abbandono della struttura liberale dello Stato e l'affermazione di un ordinamento caratterizzato da una crescente subordinazione dell'intero apparato istituzionale alla direzione politica del regime. In questo contesto assunse un ruolo determinante l'azione del Guardasigilli Alfredo Rocco, principale architetto dell'impianto giuridico fascista. La sua impostazione teorica si fondava su una concezione marcatamente stato-centrica dell'ordinamento, nella quale lo Stato veniva collocato al vertice della gerarchia dei valori e l'individuo era considerato titolare di diritti solo in quanto parte della collettività organizzata. In opposizione alla tradizione liberale,

[14] Ed in particolare: la legge 24 dicembre 1925, n.2263; la legge 31 dicembre 1925, n.2307; la legge 31 gennaio 1926, n.100; la legge 4 febbraio 1926, n.237 e la legge 3 aprile 1926, n.563.

la dottrina fascista sosteneva la prevalenza dell'interesse statale su quello individuale, legittimando una revisione complessiva della funzione del diritto penale. Infatti, secondo la visione ideologica di Rocco, l'impostazione garantista della legislazione precedente aveva indebolito la capacità repressiva dell'ordinamento, favorendo un atteggiamento ritenuto eccessivamente indulgente nei confronti della criminalità e, soprattutto, delle minacce politiche interne. Il diritto penale doveva quindi recuperare una funzione più incisiva di difesa dell'ordine politico e sociale, rafforzando gli strumenti di repressione e prevenzione. Da questa impostazione derivò l'espansione della tutela penale degli interessi dello Stato, con particolare attenzione ai reati contro la sicurezza e l'integrità delle istituzioni, spesso delineati attraverso tecniche normative peculiari che ne consentivano un'applicazione ampia e adattabile alle esigenze del regime. Parallelamente si affermò una concezione del sistema punitivo orientata non solo alla retribuzione del fatto, ma anche alla prevenzione della pericolosità sociale. Tale impostazione trovò espressione nella disciplina delle misure di sicurezza, che affiancavano alla pena un sistema di interventi fondati sulla valutazione della pericolosità del soggetto[15].

Il rafforzamento del potere repressivo fu ulteriormente giustificato attraverso il richiamo costante alla necessità di difendere lo Stato da minacce interne. Questo crescente clima di tensione favorì l'introduzione di strumenti straordinari come la reintroduzione della pena di morte, che invece il precedente codice penale Zanardelli del 1889 aveva abrogato, e l'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato per reprimere i reati contro la sicurezza del regime.

Nel complesso, la trasformazione del diritto penale nell'epoca fascista si inserisce in un più ampio processo di ridefinizione dei rapporti tra individuo e Stato, nel quale l'ordinamento penale viene progressivamente orientato alla tutela dell'autorità statale e alla conservazione dell'ordine politico. La funzione garantista che aveva caratterizzato la tradizione penalistica liberale risultava significativamente ridimensionata, mentre il potere punitivo assumeva una dimensione sempre più politica, divenendo uno degli strumenti centrali attraverso cui il regime consolidò il proprio controllo sulla società.

[15] Sarà proprio il codice penale Rocco del 1930 ad inaugurare il c.d. doppio binario sanzionatorio, vale a dire la coesistenza tra pena e misure di sicurezza.

3. Il diritto penale come dispositivo biopolitico nella società del rischio.

La riflessione foucaultiana introduce un elemento decisivo per la filosofia del diritto contemporanea, in cui il diritto penale non è soltanto uno strumento giuridico, ma un dispositivo biopolitico, una tecnologia del potere che opera sulla vita, sui corpi e sulle condotte degli individui.

Nel saggio *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Foucault mostra come la modernità abbia progressivamente abbandonato la pena spettacolare per instaurare un sistema di normalizzazione. L'obiettivo non è più la punizione del delitto, bensì la produzione di soggetti conformi alle regole sociali.

Nel contesto dell'attuale politica criminale, questa dinamica si intensifica e la penalità diventa una tecnica di governo, funzionale alla gestione dei rischi e alla prevenzione del disordine. L'"uomo deviante" non è più semplicemente un trasgressore, ma un fattore di rischio, un soggetto da neutralizzare prima ancora che commetta un fatto tipico e soprattutto offensivo. La tradizionale prospettiva secondo cui il diritto penale sarebbe preordinato alla tutela di beni giuridici solo ed esclusivamente da condotte che ledono o arrecano un danno effettivo alla loro integrità, sembra oggi ampiamente superata. Le società contemporanee, infatti, sono segnate da un progresso scientifico, tecnologico ed economico sempre più rapido e difficilmente controllabile, che finisce per generare forme di rischio nuove e pervasive. Infatti, il rischio, inteso come probabilità di raggiungere un livello di danno o lesione al bene giuridico[16], si configura ormai come un elemento strutturale della realtà sociale. Pertanto, una concezione del diritto penale limitata alla repressione degli eventi lesivi già verificatisi appare sempre meno sostenibile, il che, di fatto, giustifica sempre più il ricorso alla sanzione penale per governare il rischio, ogniqualvolta questo superi specifiche soglie di tollerabilità. Del resto, una particolare attenzione al rischio sembra caratterizzare sempre più le scelte di politica criminale, le quali, in molti casi, sembrano degenerare verso vere e proprie tecniche di governo sociale. Si tratta, a ben vedere, di un fenomeno che alcuni esponenti della dottrina penalistica identificano efficacemente nell'espressione "diritto penale del rischio[17]", in cui il

[16] C. BRUSCO, *Rischio e pericolo, rischio consentito e principio di precauzione. La c.d. "flessibilizzazione delle categorie del reato"*, in *Discrimen*, 4 febbraio 2019.

[17] Sul punto vd. F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale,* in L. STORTONI e L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo – L'analisi critica della scuola di Francoforte (atti del Convegno di*

ricorso alla minaccia della pena da parte dello Stato è impiegato non più in via sussidiaria, ma come strumento ordinario di governo della società[18]. In tale prospettiva, il criterio di imputazione della responsabilità penale tende a fondarsi sull'aumento del rischio[19], che, nella prassi, risulta strettamente connesso allo svolgimento di specifiche attività. Infatti, proprio in riferimento alle attività che, seppur lecite, sono caratterizzate da un livello di rischio[20], la realizzazione del fatto penalmente rilevante viene a dipendere dal superamento dei limiti tracciati dalla norma cautelare, che delimita, in modo più o meno determinato, l'area di rischio entro cui è ammesso l'esercizio di quella specifica attività.

La legislazione penale contemporanea sembra ampiamente caratterizzata da questa tendenza. Si pensi, ad esempio, alla disciplina della sicurezza sui luoghi di lavoro di cui al D.lgs. n. 81/2008; settore in cui il legislatore mira a prevenire non tanto l'evento lesivo in sé, inteso come alterazione della realtà materiale esterna percepibile con i sensi, quanto piuttosto l'incremento del rischio, introducendo fattispecie di reato che abbandonando progressivamente il modello dell'offesa e della lesione ai vari beni giuridici. Questo uso improprio del diritto penale, finalizzato, per l'appunto, a gestire i diversi fattori di rischio e che tende ad assumere una dimensione "biopolitica", entra inevitabilmente in tensione con i principi costituzionali del diritto penale liberale.

Quando l'attenzione del legislatore si concentra sui fattori di rischio che minacciano beni giuridici particolarmente rilevanti, si finisce spesso per costruire un modello di responsabilità penale che assume tratti spiccatamente illiberali. In tale prospettiva, l'imputazione non si fonda più sull'accertamento dell'effettiva lesione del bene, ma tende a ruotare attorno alla sola constatazione che l'agente abbia incrementato un rischio ritenuto non consentito dall'ordinamento

---

Toledo, 13-15 aprile 2000), Milano, 2004, p. 359; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in Cass. pen., 2008, 3566 ss.; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1989, p. 21 ss.; C. PIERGALLINI, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo,* in Riv. it. Dir. e proc. pen., 2005, p.1684 ss.. Per un approfondimento sulle questioni di carattere sociologico vd. V. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2003, p.25 ss.

[18] M. DONINI, *Il diritto penale come etica pubblica*, Mucchi Editore, Modena, 2014, p.9.

[19] Dove la responsabilità penale si fonda sull'aver generato o contribuito a generare il rischio giuridicamente non consentito, si parla a tal proposito di nesso di rischio, dove più che il disvalore della condotta in sé, è l'evento lesivo – quale concretizzazione del rischio – a costituire il fulcro dell'imputazione. Cfr. E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, Zanichelli, 2020, p. 263.

[20] Si pensi, ad esempio, all'esercizio dell'attività economica d'impresa, che trova la propria legittimazione nell'art.41 Cost.

giuridico. La tipicità del reato viene così determinata non tanto perché animata da dolo o colpa, ma perché oggettivamente idonea a superare la soglia di rischio fissata dalla norma cautelare. Si tratta di un mutamento tutt'altro che marginale.

Se nella tradizione liberale la tipicità del fatto di reato resta ancorata alla colpevolezza, che richiede un accertamento in concreto dell'elemento soggettivo, nel diritto penale del rischio, invece, si assiste ad un progressivo svuotamento della componente soggettiva del reato, che tende ad essere ricostruita su basi prevalentemente obbiettive, con il conseguente "rischio" di produzione di forme di responsabilità oggettive[21].

In questo contesto, anche la sussistenza del nesso causale subisce una trasformazione significativa. Il suo accertamento non è più il risultato di una verifica *ex post* sull'effettiva evitabilità dell'evento lesivo, ma viene spesso ricavato attraverso un giudizio prognostico, orientato a stabilire se la condotta abbia aumentato il rischio che l'evento si verificasse. L'attenzione si sposta, dunque, dall'accertamento dell'effettiva incidenza causale della condotta alla valutazione della sua probabilità rispetto al verificarsi dell'evento[22]. Il risultato è che l'aumento del rischio diventa esso stesso l'evento che la norma intende prevenire. Si assiste così ad una trasformazione del reato d'evento in un reato di pericolo, nel quale la dimensione preventiva prevale sulla logica tradizionale della responsabilità penale per fatto proprio colpevole[23]. È un passaggio che segna una torsione profonda del sistema penale, avvicinandolo a modelli di imputazione meno garantisti e più orientati ad anticipare la punibilità della condotta verso fasi sempre più remote rispetto alla lesione del bene. Se è vero che l'ordinamento giuridico è strutturato attorno a una concezione realistica del reato[24], inteso come fatto tipico e offensivo, il rischio – in quanto fattore probabilistico e non fattuale – non dovrebbe trovare ingresso nelle tradizionali categorie giuridiche che governano la materia penale. Piuttosto, il rischio

[21] Che dovrebbero esser precluse alla luce del principio di colpevolezza *ex* art. 27 Cost.
[22] Così G. FIANDACA, *Riflessioni problematiche tra causalità e imputazione obiettiva*, in Ind. Pen., 2006, p. 945 ss.; S. MANCINI, *Probabilità logica e probabilità statistica nell'accertamento del nesso causale in materia penale*, in Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, 2004, p. 265 ss.
[23] Cfr. E. MEZZETTI, *op cit.*, p.264.
[24] A dimostrazione del fatto che il legislatore abbia voluto espressamente disciplinare la figura del reato impossibile di cui all'art. 49, comma 2, c.p., che esclude la punibilità quando è impossibile l'evento dannoso o pericoloso per inidoneità dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa.

andrebbe configurato quale fattore extra-normativo e come tale in grado di qualificare uno specifico contesto sociale.

Del resto, il progresso scientifico e tecnologico fa sì che i fattori di rischio siano sempre più correlati alle specifiche complessità tecniche, sociali ed economiche delle singole attività che vengono svolte e che spesso si articolano in differenti livelli all'interno della medesima organizzazione.

Questa natura multilivello in cui si articola il rischio, in linea con il diffondersi delle c.d. organizzazioni complesse, comporta uno scenario preoccupante sotto il profilo della responsabilità penale. Si assiste, infatti, a una moltiplicazione dei centri di imputazione[25], in quanto la responsabilità tende a distribuirsi tra i diversi soggetti che, a vario titolo, intervengono nelle fasi dell'attività rischiosa. Ne deriva un modello di responsabilità penale che, pur mantenendo una veste formalmente efficentista in linea con il progresso della società, mal si concilia con le categorie giuridiche tradizionali del diritto penale e rischia di allontanarsi dalla logica personalistica e garantista che caratterizza il modello liberale.

4. Il diritto penale del nemico e le sue degenerazioni.

Tra le teorie più controverse e significative della filosofia penalistica contemporanea vi è quella del "diritto penale del nemico", elaborata da Günther Jakobs. In tale prospettiva, si tende a distinguere tra *Bürgerstrafrecht* (diritto penale del cittadino) e *Feindstrafrecht* (diritto penale del nemico), due modelli diametralmente opposti, che corrispondono a due diverse concezioni del rapporto tra Stato e individuo. Nel primo modello, il soggetto è considerato persona titolare di diritti e la pena ha lo scopo di riaffermare la validità della norma violata all'interno di un contesto di reinserimento sociale. Nel secondo, invece, il soggetto è percepito come nemico dell'ordine e della sicurezza, un essere che, avendo negato radicalmente le regole della pacifica convivenza, si pone fuori dalla comunità dei diritti e deve esser quindi neutralizzato. Sebbene la distinzione si presenti in chiave descrittiva, essa finisce per legittimare una duplice logica penale, una per i cittadini integrati, un'altra per i soggetti esclusi o pericolosi. Si tratta, a ben vedere, di una frattura profonda nella concezione moderna del diritto penale, perché implica la possibilità di sospendere le

[25] S. DOVERE, *L'organizzazione dell'impresa a confronto con il diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in *Archivio penale*, 23 dicembre 2022.

garanzie in presenza di soggetti ritenuti "nemici" dello Stato. Tale impostazione, se portata alle estreme conseguenze, apre la via a un diritto penale selettivo, funzionale non alla giustizia ma alla sicurezza politica. La tecnica di formulazione delle fattispecie incriminatrici incardinate sulla figura del "nemico sociale" si caratterizza per una marcata anticipazione della soglia di punibilità, spesso tradotta in previsioni farraginose, irragionevoli e non di rado gravemente sanzionate. All'interno di questo paradigma possono individuarsi tre elementi ricorrenti. Il primo riguarda l'appartenenza dell'autore a una specifica categoria soggettiva: lo *status* del soggetto agente diviene elemento costitutivo dell'identità dell'autore ed è considerato imprescindibile per attivare la contrapposizione tra "autore" e "potenziale vittima[26]". La pericolosità non è più ancorata al fatto, ma alla tipizzazione del soggetto. Il secondo elemento concerne la degiurisdizionalizzazione del processo di applicazione della risposta sanzionatoria, quale conseguenza diretta della criminalizzazione di uno *status*.

Quando non occorre accertare la responsabilità penale individuale per la commissione di un fatto, viene meno l'esigenza stessa di un giudizio affidato a un organo terzo[27]. L'ultimo elemento attiene all'adozione di una risposta sanzionatoria orientata alla neutralizzazione o eliminazione del nemico, sia attraverso l'esorbitanza dei limiti edittali e il ricorso a una sanzione ancora ossessivamente carcerocentrica, sia mediante l'introduzione di divieti assoluti di accesso ai benefici penitenziari[28].

La combinazione di questi elementi determina un vero e proprio processo di militarizzazione[29] del diritto penale. Ecco allora che l'idea del nemico penalmente rilevante sembra essersi manifestata, nei suoi tratti più sintomatici, in numerosi ambiti della legislazione penale contemporanea:

---

[26] Cfr. L. RISICATO, *Il diritto penale del nemico*, in *Discrimen*, 18 dicembre 2023.
[27] Si pensi, ad esempio, ai nuovi centri di permanenza ed espulsione, costruiti come veri e propri lager in aree a bassa densità abitativa e dotati di sorveglianza armata. *Ibidem.*
[28] Si pensi, ad esempio, alla natura del regime carcerario ostativo di cui all'art. 4 *bis* O.P., previsto per specifiche categorie d'autore di reato, tra cui; delitti commessi per finalità di terrorismo, eversione, delitti di cui agli art. 416 e 416-*bis* c.p.
[29] Come osservato da M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*, Presses Universitaires de France, Paris, 1986 (*Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di F. PALAZZO, traduzione di A. BERNARDI, Giuffrè, Milano, 1992).

dall'antiterrorismo[30] alle misure di prevenzione[31] - sia esse personali o patrimoniali - arrivando sino alle normative in materia di immigrazione clandestina. In quest'ultimo ambito si fa riferimento, più specificatamente, ai provvedimenti di espulsione e allontanamento dello straniero irregolarmente presente nel territorio dello Stato[32], che, seppur formalmente qualificati come atti amministrativi, celano e producono poi effetti sostanzialmente penali. In tali contesti, il diritto penale assume la fisionomia di un diritto emergenziale permanente, dove l'eccezione costituisce la regola[33].

Si mostra così il volto più problematico del potere punitivo, ossia la tendenza a differenziare i soggetti nell'area del penalmente rilevante in base alla

---

[30] G.M. FLICK, *Dei diritti e delle paure*, in S. MOCCIA (a cura di), *I diritti fondamentali della persona alla prova dell'emergenza,* Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 71., secondo cui «il terrorismo evoca la militarizzazione dello strumento giuridico-penale, l'esasperazione del diritto penale del nemico e spinge collettivamente a risposte di tipo eccezionale. Di più: traghetta quelle risposte verso la normalità, trasformandole in strumenti ordinari e permanenti. In una parola, il rischio più insidioso, a livello di sentimento sociale, è quello di normalizzare l'emergenza». Sul punto vd. anche R. BARTOLI, *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico, jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Giappichelli, Torino, 2008, p.10. Secondo l'autore il diritto penale del nemico incentrato sulla neutralizzazione del fenomeno terroristico comporta una tendenza ad una maggiore anticipazione della tutela e a una pena dotata di particolare consistenza afflittiva con un conseguente affievolimento delle garanzie. Così anche F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e diritti fondamentali,* in *Questione giustizia*, 2006, n.2. pp.681 ss., secondo cui la deriva che si cela dietro il diritto penale del nemico attiene non solo alla punizione di un comportamento *ante-delictum*, ma di una mera appartenenza ad una categoria nemicale, a prescindere dallo svolgimento o meno di un'attività illecita e quando «la pena è un puro mezzo di eliminazione del nemico in ragione della sua appartenenza identitaria a una determinata categoria, è negata in radice l'idea stessa di responsabilità».

[31] M. DI LELLO FINUOLI, *La confisca ante delictum e il principio di proporzione*, Torino, Giappichelli, 2021, p.14 ss. L'autrice evidenzia come, soprattutto in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali, ed in particolare alla confisca antimafia, il diritto penale sembra tendere verso logiche incardinate sul diritto penale del nemico: «nei confronti dei soggetti appartenenti (o indiziati di appartenere) alle associazioni di cui all'art. 416-*bis* c.p. sono state ammesse, nel tempo, regole anomale, speciali rispetto a quelle previste per altre manifestazioni di devianza criminale. La risposta preventivo-sanzionatoria patrimoniale trova nel tipo d'autore "mafioso" un destinatario assai vulnerabile, rispetto al quale le garanzie penalistiche (sostanziali e processuali) sbiadiscono».

[32] Disciplinati dal Testo Unico sull'Immigrazione di cui al D.lgs. 25 luglio 1998, n.286., in parte modificato dalla Legge 30 luglio 2002, n.189.

[33] A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc*., 2019, p.1495 secondo cui «il diritto penal-amministrativo speciale dell'immigrazione rivela, già nei suoi tratti essenziali, gli aspetti più preoccupanti di quelle torsioni e la loro idoneità a precludere un corretto bilanciamento tra le istanze sottese al governo dei flussi migratori, da una parte, e, dall'altra, la salvaguardia delle garanzie fondamentali della persona e dei principi del sistema penale».

loro pericolosità e non alla loro responsabilità. In questo senso, il "diritto penale del nemico" costituisce la negazione radicale del paradigma garantista, poiché abbandona il principio personalistico[34] su cui si fonda lo Stato di diritto. Il garantismo penale, infatti, si radica sul binomio persona e diritto, non vi può essere potestà punitiva senza persona, ma prima ancora, non vi può esser persona senza diritto. Laddove il soggetto è ridotto a mero oggetto di neutralizzazione, il diritto cessa di esser diritto - razionalmente inteso - e si trasforma in forza nuda e cruda. Il diritto penale del nemico, pertanto, si distanzia profondamente da qualsiasi forma di tutela giuridica dei diritti umani, tutela che trova fondamento non solo nella Costituzione, ma anche nelle principali fonti sovranazionali, quali la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il Patto internazionale sui diritti civili e politici. La categoria "nemicale", del resto, implica un'assoluta prevalenza dello Stato e della collettività rispetto al singolo individuo, che viene degradato ad oggetto da eliminare[35].

Un eloquente esempio, sul piano strettamente normativo, della torsione prodotta dall'adozione di un diritto penale costruito secondo una logica del nemico – e dunque in evidente frizione con le categorie giuridiche tradizionali del diritto penale liberale – è rappresentato dagli interventi legislativi contenuti nei cosiddetti "pacchetti sicurezza" del 2008 e del 2009. Il primo, ossia il decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni nella legge 24 luglio 2008, n. 125, ha introdotto nel codice penale la circostanza aggravante comune della clandestinità di cui all'art. 61, n. 11-*bis*, successivamente dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 249 del 2010. Il secondo, rappresentato dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, ha invece inserito nel Testo unico immigrazione di cui al D.lgs. 286/1998 l'art. 10-*bis*, che incrimina l'ingresso e il soggiorno irregolare come contravvenzione.

Queste due disposizioni, pur collocate in atti normativi distinti, condividono la medesima impostazione di fondo, vale a dire quella di attribuire

---

[34] *Ex* art. 2 Cost. e di questo avviso sembra esser anche F. GIUNTA, *L'eccezione come regola del diritto penale. Tramonto di un paradigma*, La nave di Teseo, 2023, secondo cui «il garantismo ha perso la sua lucentezza di valore irrinunciabile, per diventare irsuto agli occhi di una comunità sociale che, complice il tramonto delle grandi ideologie, ha subito la fascinazione del populismo, anche nella sua versione giudiziaria».

[35] Cfr. F. ZUMPANI, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni pubbliche* n.10/2010, Palermo, pp.530 ss..

rilevanza penale non alla concreta offensività della condotta, ma a una condizione personale dell'autore, quale lo *status* di immigrato irregolare.

La circostanza aggravante comune di cui all'art.61, n.11-*bis* c.p., in particolare, determinava un aumento automatico della pena per qualsiasi reato commesso da un soggetto privo di titolo di soggiorno, prescindendo da ogni nesso tra la condizione di irregolarità e il fatto tipico. Proprio tale automatismo ha condotto la Corte costituzionale a dichiararne l'illegittimità, rilevando l'incompatibilità dell'aggravante con i principi di uguaglianza, offensività, materialità e personalità della responsabilità penale[36]. Diversamente, la contravvenzione di cui all'art. 10-*bis* T.U. immigrazione ha superato il vaglio di costituzionalità con la sentenza n. 250 del 2010, nella quale la Consulta ha ritenuto che la fattispecie sanzioni un comportamento materiale contrario all'interesse statale volto a disciplinare i flussi migratori, individuando in tale funzione il bene giuridico tutelato dalla norma.

L'interpretazione "salvifica" offerta dalla Consulta non è tuttavia sufficiente a rimuovere le persistenti criticità sistematiche che continuano a caratterizzare la fattispecie. L'art. 10-*bis* T.U. immigrazione rimane, infatti, un esempio emblematico dell'ampliamento progressivo della sfera penalmente rilevante, realizzato in aperta deroga al principio di sussidiarietà della sanzione penale. La condotta incriminata, pur formalmente qualificata come ingresso e soggiorno illegale nel territorio delle Stato, è agevolmente riconducibile a un ambito nel quale la tutela dell'interesse pubblicistico tutelato dalla norma

[36] In particolare, si legge nella sentenza n.249 del 2010 del giudice delle leggi che «la qualità di immigrato «irregolare» – che si acquista con l'ingresso illegale nel territorio italiano o con il trattenimento dopo la scadenza del titolo per il soggiorno, dovuta anche a colposa mancata rinnovazione dello stesso entro i termini stabiliti – diventa uno "stigma", che funge da premessa ad un trattamento penalistico differenziato del soggetto, i cui comportamenti appaiono, in generale e senza riserve o distinzioni, caratterizzati da un accentuato antagonismo verso la legalità. Le qualità della singola persona da giudicare rifluiscono nella qualità generale preventivamente stabilita dalla legge, in base ad una presunzione assoluta, che identifica un «tipo di autore» assoggettato, sempre e comunque, ad un più severo trattamento. Ciò determina un contrasto tra la disciplina censurata e l'art. 25, secondo comma, Cost., che pone il fatto alla base della responsabilità penale e prescrive pertanto, in modo rigoroso, che un soggetto debba essere sanzionato per le condotte tenute e non per le sue qualità personali. Un principio, quest'ultimo, che senz'altro è valevole anche in rapporto agli elementi accidentali del reato. La previsione considerata ferisce, in definitiva, il principio di offensività, giacché non vale a configurare la condotta illecita come più gravemente offensiva con specifico riferimento al bene protetto, ma serve a connotare una generale e presunta qualità negativa del suo autore».

potrebbe essere efficacemente assicurata mediante sanzioni *extra* penali, senza ricorrere alla risposta punitiva.

Ne deriva un impiego della sanzione penale che non appare giustificato né dalla natura del bene giuridico coinvolto né dall'effettiva offensività della condotta, e che finisce per consolidare un modello di intervento anticipatorio difficilmente conciliabile con l'impianto costituzionale del diritto penale. L'incriminazione dell'ingresso e del soggiorno irregolare, infatti, introduce un ricorso alla pena che eccede la funzione di *extrema ratio*, sovraccaricando ulteriormente gli uffici giudiziari con procedimenti destinati a sanzionare condotte che potrebbero essere adeguatamente presidiate attraverso sanzioni amministrative.

5. Emergenza e sicurezza: lo stato d'eccezione.

L'uso politico del diritto penale trova la sua massima espressione nella logica dell'emergenza. Come ha mostrato Giorgio Agamben[37], lo stato di eccezione è divenuto nella modernità una tecnica di governo attraverso la quale l'autorità statale sospende temporaneamente le garanzie giuridiche per affrontare una minaccia immanente per la collettività. Nella sua configurazione più radicale, lo stato di eccezione implica la sospensione dell'intero ordine giuridico e l'attribuzione di poteri illimitati, sottratti a qualsiasi forma di controllo. Una simile evenienza si tradurrebbe in una vera e propria autonegazione del diritto.

Orbene, una concezione dello stato di eccezione in questi termini risulta del tutto incompatibile con l'assetto costituzionale vigente, che non contempla alcuna possibilità di concentrare poteri assoluti in capo ad una singola autorità statale[38]. La Costituzione italiana, infatti, pur contenendo numerosi riferimenti a situazioni eccezionali legittimanti (artt. 13 e 81 Cost.), a situazioni di urgenza (artt. 21, 72, 73 e 77 Cost.) o comunque sia a situazioni di necessità (art. 50 e 77 Cost.), non contempla in alcun caso la possibilità di sospendere l'intero assetto delle garanzie giuridiche né di attribuire pieni poteri a un singolo organo dello Stato. Persino lo scenario più emergenziale previsto dalla Costituzione vale a dire lo stato di guerra, disciplinato dagli artt. 78 e 87 Cost., è incardinato in un

[37] G. AGAMEBN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, 2003.
[38] Così G. MARAZZITA, *L'emergenza costituzionale: definizione e modelli,* Milano, Giuffrè, 2003, p.138 ss.

procedimento rigoroso, ove la dichiarazione spetta al Presidente della Repubblica, ma solo previa deliberazione del Parlamento, cui compete conferire al Governo i poteri necessari.

La stessa logica di controllo e limitazione permea le ulteriori disposizioni costituzionali. Le deroghe ai principi del giusto processo sono ammesse esclusivamente per il tempo di guerra (art. 111 Cost.); la giurisdizione dei tribunali militari deve essere stabilita dalla legge (art. 103 Cost.); la proroga della durata delle Camere è consentita solo per legge e unicamente in tempo di guerra (art. 60 Cost.).

Tale architettura normativa riflette la chiara volontà dei Padri costituenti, che - ancora segnati dalla memoria dei totalitarismi e dei loro esiti drammatici - hanno inteso precludere ogni possibile varco alla sospensione del diritto e alla concentrazione incontrollata del potere. L'ordinamento costituzionale italiano, proprio in ragione di questa drammatica esperienza storica, è strutturato per impedire che l'emergenza possa tradursi in un regime di eccezione declinato nella sua accezione più estrema. Tuttavia, non può negarsi che, in situazioni di emergenza volte a salvaguardare la sicurezza collettiva, l'ordinamento possa trovarsi a operare in un regime che costituisce un'eccezione rispetto alla regola, o, più precisamente, in una temporanea sospensione del normale assetto giuridico. Si tratta di un fenomeno che il nostro Paese - come tanti altri - ha conosciuto in tempi recenti, in particolare durante l'emergenza sanitaria da Covid-19. Si ricorderà, infatti, come il legislatore abbia fatto ricorso a numerosi decreti-legge, finalizzati, da un lato, a comprimere progressivamente le libertà di circolazione e di iniziativa economica e, dall'altro, a introdurre fattispecie incriminatrici per i soggetti che violavano le disposizioni contenute nei decreti stessi o persino in atti normativi secondari[39].

A ben vedere, si trattava di una forma di stato d'eccezione funzionale a fronteggiare una situazione emergenziale reale e indifferibile, nella quale la temporanea sospensione di categorie giuridiche tradizionali appariva inevitabile.

[39] Cfr. T. EPIDENDIO, *Il diritto nello "stato di eccezione" ai tempi dell'epidemia da Coronavirus*, in Giustizia Insieme, 30 marzo 2020, secondo cui bisogna distinguere uno stato d'eccezione in senso forte, vale a dire quello che Agamben rinviene nel «*iustitium* del diritto romano, proclamato in caso di grave pericolo per la Repubblica da un *senatus consultum ultimum*, che determinava la momentanea sospensione delle leggi con l'attribuzione ai magistrati di un potere illimitato» e uno stato di eccezione in senso debole in cui non è possibile «sospendere il diritto e attribuire ad alcuno pieni poteri».

Pur in presenza di misure eccezionali, i poteri straordinari introdotti per fronteggiare una situazione di grave pericolo per la collettività non si sono mai tradotti in un esercizio arbitrario e incontrollato dell'autorità statale. Tali prerogative, infatti, sono rimaste costantemente incardinate nel quadro delle garanzie costituzionali e sottoposte a forme di controllo idonee ad assicurare il necessario bilanciamento tra esigenze di tutela pubblica e salvaguardia dei diritti fondamentali[40]. Accade, tuttavia, che lo stato di eccezione - e dunque la temporanea sospensione delle ordinarie categorie giuridiche - tenda a protrarsi nel tempo, trasformando ciò che dovrebbe essere un rimedio straordinario e soprattutto momentaneo in un assetto ordinario e permanente.

Anche questa dinamica non è rimasta estranea al nostro ordinamento. Si pensi, ad esempio, alla prassi distorsiva affermatasi a partire dalla seconda metà del Novecento, caratterizzata dal ricorso quasi impulsivo alla reiterazione dei decreti-legge non convertiti in ambito penalistico[41]. La logica dell'eccezione, così normalizzata mediante il ricorso alla decretazione d'urgenza, finisce per incidere sulla fisiologia del sistema delle fonti e per alterare l'equilibrio delle garanzie costituzionali.

Nel quadro così delineato, è possibile individuare un'ulteriore forma di stato d'eccezione riferita a fenomeni emergenziali non generalizzati, quanto piuttosto circoscritti a specifiche forme di devianza sociale e dunque riconducibili alla normativa emergenziale in senso proprio. In tali ipotesi, la causa che legittima l'eccezione - e dunque l'adozione di un regime giuridico derogatorio - determina, soprattutto nella prospettiva penalistica, un progressivo allontanamento dalle garanzie costituzionali, traducendosi in trattamenti sanzionatori più severi. Tale assetto trova giustificazione nella ragionevolezza e nell'accettabilità politica delle misure adottate, ma non comporta mai l'attribuzione di poteri *extra-ordinem*, ossia prerogative conferite a soggetti normalmente privi di esse e sottratte a qualsiasi forma di controllo. In questa prospettiva, il nostro ordinamento offre diversi esempi di impiego del diritto

[40] Seppur non sono mancate critiche da parte dell'orientamento dottrinale sull'utilizzo del diritto penale durante il periodo pandemico. Sul punto vd. G.L. GATTA, *Coronavirus, limitazioni di diritti e libertà fondamentali, e diritto penale: un deficit di legalità da rimediare*, in *Sistema Penale*, 16 marzo 2020.

[41] La Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima tale prassi con la sentenza n.360 del 17 ottobre 1996.

penale per fronteggiare fenomeni percepiti come emergenziali, quali il terrorismo internazionale[42] e la criminalità organizzata transfrontaliera[43].

In tutti questi ambiti, il ricorso all'eccezione è stato giustificato in nome della tutela della sicurezza collettiva. Vi è, tuttavia, un elemento comune alle diverse manifestazioni dello stato d'eccezione - sia esso inteso nella sua accezione più radicale, come sospensione integrale dell'ordine giuridico, sia nella forma di una compressione permanente delle garanzie, sia ancora nel contrasto a fenomeni di devianza sociale circoscritta. In tutti questi casi, l'innalzamento del livello di sicurezza rispetto al pericolo percepito viene perseguito attraverso un ampliamento dei poteri di polizia, con un inevitabile sacrificio dei diritti fondamentali, che iniziano progressivamente a subire limitazioni sempre più incisive[44]. Il rischio è quello di assistere alla trasformazione dello Stato di diritto[45] in ciò che viene definito Stato di polizia[46], ossia un ordinamento che non si limita a punire i reati, ma amministra la pericolosità. In tale prospettiva, la pena si ibrida con le misure di sicurezza, la colpevolezza si dissolve nella presunzione di rischio e il diritto penale si emancipa dai suoi stessi limiti normativi. Parallelamente, occorre osservare come l'espansione dell'area del penalmente rilevante, derivante da situazioni eccezionali ed emergenziali, alimenta un circuito autoreferenziale in cui la domanda di sicurezza produce nuova legislazione d'emergenza, e quest'ultima, a sua volta, rafforza la percezione di un rischio costante e incontrollabile. Si consolida così un paradigma securitario che marginalizza la razionalità garantista, riduce gli spazi della democrazia e

---

[42] Legge 31 luglio 2005, n.155 che ha convertito il decreto-legge 27 luglio 2005, n.144, recante misure urgenti per il contrasto al terrorismo internazionale.

[43] Legge 16 marzo 2006, n.146 che ha introdotto sia la figura del reato transnazionale che la circostanza aggravante speciale della transnazionalità.

[44] Di questo avviso R.E. KOSTORIS, *Processo penale, delitto politico e "diritto penale del nemico"*, in Riv. dir. proc., 2007, pp. 7 ss.

[45] E.R. ZAFFARONI, *La pena come vendetta ragionevole*, *Lectio magistralis*, Università degli Studi di Udine, 2013, cit. 12 secondo cui lo Stato di diritto «non è qualcosa di stabilito ed immutabile, dal momento che ogni Stato di diritto storicamente dato vive in costante lotta per limitare lo stato di polizia che mantiene al suo interno, che a sua volta cerca continuamente di perforare la corazza del primo e sciogliersi dai suoi vincoli».

[46] Modello statale che, nell'Europa del XVIII secolo, costituisce l'espressione più avanzata dell'assolutismo, contrapposto allo Stato di diritto, nel quale il benessere dei sudditi, la prosperità economica e il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica non derivano dalla libera interazione delle forze sociali, ma sono perseguiti mediante un controllo amministrativo rigoroso, di natura autoritaria, centralizzata e paternalistica. Cfr. *Stato di polizia*, Dizionario di Storia Treccani, 2011.

normalizza l'idea che la compressione dei diritti fondamentali sia un prezzo inevitabile per fronteggiare l'emergenza[47].

Dal punto di vista normativo lo stato d'eccezione emerge con tutta evidenza nella legislazione penale in materia di terrorismo che si caratterizza per un regime strutturalmente derogatorio ed emergenziale, nel quale la tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica ha determinato un sistematico arretramento delle garanzie proprie del diritto penale. L'eccezionalità del fenomeno terroristico ha infatti giustificato, sul piano normativo, un ampliamento anticipatorio della soglia di punibilità e una ridefinizione dei criteri di tipicità del fatto, con conseguente frizione rispetto ai principi di materialità ed offensività.

Tale frizione emerge in modo particolarmente evidente nelle due principali tecniche legislative impiegate nel contrasto al terrorismo. Da un lato le fattispecie associative di cui agli artt. 270 (associazione sovversiva) e 270-*bis* c.p. (associazione con finalità di terrorismo anche internazionale), dall'altro le incriminazioni degli atti preparatori previste dagli artt. 302 (istigazione a commettere alcuno dei delitti contro la personalità internazionale dello Stato, la politica estera e la sicurezza comune dell'Unione Europea), 304 (cospirazione politica mediante accordo) e 414 c.p. (istigazione a delinquere), entrambe accomunate da un significativo arretramento della tutela penale rispetto alla soglia dell'offesa.

Nelle incriminazioni degli atti preparatori, la deroga alle categorie giuridiche tradizionali del diritto penale si manifesta nella punibilità di condotte che manifestano un proposito criminoso e come tali collocate in una fase anteriore non solo alla realizzazione del reato e alla conseguente lesione del bene giuridico tutelato, ma addirittura ad una fase precedente a quella che integra gli estremi del tentativo[48]. L'insidia maggiore connessa a tali fattispecie è quella di trasformare il giudizio di accertamento della responsabilità penale in un processo alle intenzioni, in contrasto con il principio di materialità, quale corollario del principio di offensività. La materialità del reato impone infatti che oggetto di incriminazione possano essere esclusivamente fatti materiali suscettibili di

[47] Di questo avviso anche F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Edizione Scientifiche Italiane, 2020.
[48] R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?* in *Diritto penale contemporaneo*, Fasc.3/2017, p.239.

estrinsecarsi nella realtà esterna percepibili con i sensi, come si ricava dall'art. 25, comma 2, Cost., che fa espresso riferimento ai "fatti commessi". Le fattispecie incriminatrici degli atti preparatori pongono dunque rilevanti problematiche rispetto al principio di materialità, poiché anticipano la soglia di rilevanza penale a condotte che, pur esteriorizzandosi in un proposito criminoso, rendono particolarmente difficile coglierne una manifestazione fattuale compiuta e, proprio per questo, non presentano ancora una concreta idoneità lesiva.

Parallelamente, la logica derogatoria si manifesta in modo ancora più marcato nelle fattispecie associative che rappresentano una peculiare tecnica di tutela anticipata che non assume come riferimento un singolo reato determinato, bensì un programma di reati. Ciò significa che l'oggetto della tipicità non è la realizzazione di specifici fatti di reato – la cui individuazione ricondurrebbe la vicenda nell'ambito del concorso di persone *ex* art.110 c.p. – ma l'esistenza di un'organizzazione stabile di persone e mezzi funzionalmente orientata alla futura esecuzione del programma criminoso. Il disvalore si concentra dunque sull'organizzazione in sé, intesa come strumento predisposto per la realizzazione del programma, e non sui singoli reati-fine. Questa impostazione comporta un elevatissimo rischio di soggettivizzazione della tutela, persino superiore a quello che caratterizza l'incriminazione degli atti preparatori, poiché nelle fattispecie associative manca un concreto e specifico proposito criminoso riferibile a un determinato reato[49].

Nel quadro così delineato, la legislazione antiterrorismo si configura come un settore nel quale la logica dell'emergenza ha progressivamente stabilizzato un regime derogatorio rispetto ai principi generali del diritto penale, anticipando la tutela, ampliando notevolmente l'applicazione di modelli normativi incentrarti sulla prevenzione e ridefinendo i criteri di tipicità in funzione della protezione dell'ordine e della sicurezza pubblica, con una frizione costante e strutturale rispetto al modello costituzionale del diritto penale.

6. La crisi del principio di proporzionalità e il populismo penale.

Tra i sintomi più evidenti della deriva autoritaria del diritto penale contemporaneo vi è la crisi dei corollari di cui si compone il principio di

[49] *Ibidem.*

offensività e, in particolare, la proporzionalità[50]. L'offensività si declina in astratto e in concreto[51]. La prima è rivolta al legislatore, che nell'individuare le diverse condotte nei cui confronti attribuire rilevanza penale, deve necessariamente calibrare le scelte di criminalizzazione con un grado più o meno ampio di lesività o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. La seconda invece, è rivolta al giudice, che nel raffronto tra i connotati del fatto storico e la fattispecie incriminatrice astratta, deve verificare se concretamente nella realtà materiale esterna vi sia stata una lesione o la messa in pericolo del bene giuridico tutelato. Al contempo, il principio di proporzionalità dovrebbe rappresentare un criterio guida imprescindibile nelle scelte di criminalizzazione operate dal legislatore, in quanto funzionale a garantire un equilibrio ragionevole tra la gravità dell'offesa e la risposta punitiva dell'ordinamento. Tuttavia, l'evoluzione recente della legislazione penale sembra mostrare una progressiva attenuazione di tale principio, con l'introduzione di fattispecie di reato radicate sull'inasprimento del contenuto sanzionatorio, non sempre coerente con l'effettiva lesività delle condotte incriminate.

Nella tradizione liberale, la pena deve essere proporzionata alla gravità del fatto e alla colpevolezza del *reo*; nella prassi attuale, invece, la proporzionalità è spesso sostituita da criteri di utilità politica, visibilità mediatica e risposta simbolica alla domanda sociale di sicurezza. In questo scenario, assume particolare rilevanza il ruolo del giudice, al quale l'impianto codicistico affida il dovere-potere di individualizzare la pena in concreto. Sebbene tale attività sia necessariamente circoscritta entro i limiti edittali minimi e massimi fissati dal legislatore[52], essa costituisce uno strumento essenziale per il recupero della proporzionalità nel singolo procedimento penale, consentendo di adeguare la sanzione ai connotati del fatto storico e al carattere personale del *reo*. In particolare, la disposizione codicistica più emblematica del paradigma sopra delineato, che assume rilevanza in sede di determinazione del *quantum* di pena da infliggere al *reo*, è rappresentata dall'art. 133 c.p..

Tale norma impone al giudicante di tener conto di diversi fattori imprescindibili per garantire il rispetto della proporzionalità della pena; tra

[50] Sul punto vd. V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 2019, p.2 ss.
[51] E. MEZZETTI, *op. cit.*, p.186 ss.
[52] Art. 132 c.p.

questi si annoverano l'intensità della colpevolezza, la gravità del danno cagionato, il tempo, il luogo e i mezzi impiegati per la realizzazione del fatto di reato. Di contro, si va consolidando, nelle dinamiche sottese alle scelte di politica criminale, la tendenza a concepire la sanzione penale come emblematica, prima ancora che proporzionale.

Il diritto penale si sta affermando sempre più come strumento di comunicazione politica. In molti ordinamenti democratici, la legislazione penale risponde più alla logica del consenso che a quella della giustizia[53]. Si moltiplicano i reati, si inaspriscono le pene, si riducono le possibilità di misure alternative alla detenzione e il diritto penale diventa un linguaggio di potere, un mezzo per rassicurare l'opinione pubblica più che per placare la sete di giustizia del popolo. Questo fenomeno, definito da molti autori come populismo penale[54], rappresenta una delle più insidiose minacce al garantismo. Esso trasforma il diritto penale in un simbolo identitario, in una risposta emotiva e moralistica a problemi complessi di natura economica, sociale e culturale. L'effetto è duplice, da un lato, la sovrapposizione tra pena e vendetta sociale[55]; dall'altro, la perdita della funzione rieducativa della pena[56] e l'evanescenza del contenuto sanzionatorio connesso al precetto violato. Il diritto penale, da strumento di tutela dei diritti, diventa così un mezzo di esclusione, un marchio di disvalore imposto a categorie già marginalizzate.

Nel populismo penale contemporaneo si manifesta in pieno la logica del "nemico interno[57]": lo straniero, il deviato, il dissidente. L'uso simbolico della

---

[53] Così E. RECCIA, *Populismo e diritto penale del nemico nella legislazione del migrante*, in Sistema Penale, Fasc.12/2024, che evidenzia come il populismo penale «se utilizzato impropriamente può divenire strumento di manipolazione del consenso popolare».

[54] M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi Editore, 2019; C. ATZENI, *Il populismo penale come specie del populismo politico: alcune questioni teoriche*, in Riv. *Tigor: rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica*, A. XV (2023), n.2.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario,* in *Discrimen*, 2 settembre 2018; L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019, p.5 ss.

[55] Cfr. M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in Cass. Pen., 2006, p.790. L'autore evidenzia come il populismo penale sia radicato sulla certezza della pena, da intendersi come certezza della vendetta nei confronti del nemico criminale. In particolare, il populismo penale: «esclude delle persone, le separa dalla normalità sociale e quindi le combatte, trattandole in qualche misura come nemici, perché invece di dialogare con il colpevole, lotta contro di esso».

[56] *Ex* art. 27, comma 3, Cost.

[57] In questo senso E. RECCIA, *op cit*, p.26 secondo cui la logica del populismo penale sarebbe rinvenibile nel «consenso di massa ottenuto dalle politiche securitarie, nel colpevolismo diffuso

penalità non mira più alla giustizia, ma alla costruzione di consenso attraverso la repressione. In questa prospettiva, il diritto penale perde ogni contenuto etico e si riduce a un linguaggio del potere, un linguaggio che parla di sicurezza per giustificare la disuguaglianza, che parla di legalità per mascherare la violenza istituzionale[58]. In definitiva, il populismo opera spesso come cassa di risonanza di strategie comunicative che indeboliscono le garanzie costituzionali.

Una delle sue tecniche più ricorrenti consiste proprio nello spostare il baricentro del dibattito pubblico verso questioni marginali, così da occultare le vere criticità che attraversano il Paese. Invece di affrontare temi come la precarizzazione del lavoro, l'aumento del costo della vita, il declino demografico, l'emergenza climatica, la diffusione del razzismo, l'analfabetismo funzionale o l'espansione della povertà, la narrazione penal-populista preferisce concentrare l'attenzione collettiva su figure costruite come "minacce[59]".

La logica penal-populista emerge con particolare evidenza nel cosiddetto decreto Caivano, di cui al Decreto-legge n. 123/2023, successivamente convertito nella Legge n. 159/2023. Il provvedimento nasce come reazione immediata a una serie di episodi di violenza giovanile che hanno scosso l'opinione pubblica, in particolare quelli avvenuti nel Comune di Caivano.

Nel giro di pochi mesi, sospinto da una narrazione mediatica che rappresentava la criminalità minorile come incontrollabile e dilagante, il Governo ha scelto di intervenire attraverso l'ennesimo decreto-legge, assumendo come sussistenti i presupposti di straordinaria necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost. Tuttavia, l'intervento assume un carattere simbolico e fortemente localizzato. Basti pensare che il primo capo del suddetto decreto concentra risorse ascrivibili all'adozione di politiche sociali esclusivamente sul Comune teatro dei fatti di cronaca, nonostante condizioni di degrado e disagio analoghe siano presenti in molte altre aree della città metropolitana di Napoli e, più in generale, del Paese[60]. Al di fuori di Caivano, infatti, il decreto non introduce interventi

---

nell'opinione pubblica, nella tendenza a legittimarsi attraverso l'identificazione di nemici e, non in ultimo, nel paradigma tipico del diritto penale del nemico».

[58] E. RECCIA, *op cit.*, p.37.

[59] Così anche R. BARTOLI, *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, in *Sistema Penale*, 3 ottobre 2024.

[60] Cfr. A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *Penale Diritto e Procedura*, 9 febbraio 2024, p. 2; A. MASSARO, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, *Processo Penale e Giustizia*, Fasc. 2/2024, pp.488 ss.

sociali significativi, ma quasi esclusivamente misure repressive. Persino la dimensione educativa all'interno del nucleo familiare viene affrontata non attraverso politiche di *welfare*, bensì mediante l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice. Difatti, l'art. 12, *comma* 1 del decreto introduce nel codice penale il reato di cui all'art. 570 *ter*, rubricato «Inosservanza dell'obbligo dell'istruzione dei minori», confermando la tendenza a sostituire il sostegno sociale con la sanzione penale. Il capo II, e in particolare l'art. 3 del Decreto, accentua ulteriormente questa impostazione, anticipando la soglia di tutela e affidando all'autorità di pubblica sicurezza un ruolo centrale nell'adozione delle misure di prevenzione.

Il c.d. Daspo urbano viene esteso ai minorenni dai quattordici anni in su anche per reati che possono presentare una lesività minima; il provvedimento, infatti, diventa applicabile a tutte le ipotesi di reato di cui all'art. 73 del D.P.R. 309/1990, comprese quelle di lieve entità di cui al comma 5. Si delinea così una progressiva espansione verso forme di interventi che incidono fortemente sulla libertà personale. In questa stessa direzione si collocano le modifiche introdotte al D.P.R. 448/1988 in materia di processo penale minorile, tra cui figurano l'ampliamento delle misure cautelari, la (re)introduzione del pericolo di fuga e l'aumento dei termini massimi di durata della custodia cautelare[61]. Tutte misure che rafforzano un modello repressivo che privilegia la risposta penale rispetto all'adozione di politiche sociale.

Nel complesso, il c.d. decreto Caivano delinea una politica criminale incentrata su un paradigma securitario e penal-populista. Un intervento che si affida prevalentemente a strumenti repressivi e di polizia, mentre restano quasi del tutto assenti quelle misure sociali, economiche ed educative che sarebbero necessarie per affrontare le radici del disagio minorile.

[61] In particolare, l'art. 6, comma 1, lett. c), del cosiddetto *decreto Caivano* (d.l. 15 settembre 2023, n. 123, conv. con mod. dalla l. 13 novembre 2023, n. 159) interviene in modo significativo sull'art. 23 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, ampliando in maniera rilevante l'ambito applicativo della custodia cautelare in carcere nel processo penale minorile. La modifica consente infatti l'applicazione della misura per i delitti non colposi puniti con l'ergastolo o con la reclusione non inferiore a sei anni, estendendone ulteriormente la portata anche a fattispecie quali la violenza o la resistenza a pubblico ufficiale, comprese le ipotesi tentate, nonché a tutte le ipotesi previsti dall'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, ivi incluse quelle di lieve entità.

7. Profili attuali.

Dalla ricognizione eminentemente filosofica sin qui svolta, è possibile individuare una correlazione giuridico-funzionale con problematiche attuali che investono la relazione tra tutela della dignità umana e irrogazione di sanzioni penali. In particolare, gli aspetti e le tendenze riconducibili al diritto penale del nemico, alle logiche proprie dello stato d'eccezione, alla crisi del principio di proporzionalità e all'emergere di forme di populismo penale, delineati nei paragrafi precedenti, possono essere chiaramente individuati e riconosciuti negli interventi legislativi più recenti. Difatti, negli ultimi anni la legislazione penale ha conosciuto una progressiva espansione quantitativa e qualitativa, alimentata da una spinta securitaria che tende a rigenerarsi ciclicamente e a legittimarsi attraverso una narrazione emergenziale permanente.

Tale dinamica ha contribuito a una trasformazione strutturale del sistema sanzionatorio, nel quale il diritto penale ha progressivamente smarrito la propria funzione di *extrema ratio*, assumendo invece un ruolo centrale e pervasivo nella regolazione dei conflitti sociali. In questa cornice, ad esempio, si colloca l'ultimo intervento normativo in materia di sicurezza pubblica, rappresentato dal Decreto-legge 24 febbraio 2026, n.23[62], che si inserisce, senza soluzione di continuità, in una più ampia sequenza di provvedimenti legislativi[63] accomunati da un'identica matrice politico-criminale. La scelta stessa di etichettare - sia pure nel linguaggio comune - il provvedimento legislativo come "decreto sicurezza" rivela una precisa strategia comunicativa, ossia quella di evocare un bisogno collettivo di protezione e offrire una risposta simbolicamente rassicurante a un'opinione pubblica percepita come allarmata.

La denominazione, lungi dall'essere neutra, assolve a una funzione di immediata legittimazione politica, soprattutto in un contesto nel quale il

[62] Il provvedimento legislativo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n.45 del 24-02-2026, in vigore dal 25-02-2026 e recante: «Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di attività di indagine dell'autorità giudiziaria in presenza di cause di giustificazione, di funzionalità delle forze di polizia e del Ministero dell'interno, nonché di immigrazione e protezione internazionale». Il decreto legge 24 febbraio 2026, n.23 è stato successivamente convertito con modificazioni nella Legge 24 aprile 2026, n.54.

[63] Tra gli altri, D.l. 4 ottobre 2018, n.113, convertito nella Legge 1° dicembre 2018, n.132; D.l. 14 giungo 2019, n.53, convertito nella Legge 8 agosto 2019, n.77; D.l. 21 ottobre 2020, n.130, convertito nella Legge 18 dicembre 2020, n.173 e D.l. 11 aprile 2025, n.48, convertito nella Legge 9 giugno 2025, n.80.

consenso elettorale è costantemente misurato e immediatamente spendibile. Sotto il profilo sostanziale, tuttavia, il pacchetto normativo riproduce criticità già ampiamente emerse nei precedenti interventi legislativi analoghi[64]. Esso si colloca all'interno di quel fenomeno che la dottrina ha efficacemente descritto come panpenalismo[65], vale a dire la tendenza a fare della sanzione penale lo strumento privilegiato — se non esclusivo — di governo della complessità sociale. In tale prospettiva, il diritto penale viene progressivamente sottratto alla sua vocazione sussidiaria e innalzato a fulcro dell'intero sistema delle reazioni giuridiche, con evidenti ricadute in termini di razionalità e proporzionalità.

Proprio per quanto riguarda il profilo della proporzionalità, il decreto-legge sopramenzionato introduce all'art. 5 una forma di confisca obbligatoria applicabile ai delitti in materia di sostanze stupefacenti previsti dall'art. 73 del D.P.R. 309/1990. Si tratta di una misura particolarmente invasiva, che solleva non pochi dubbi di compatibilità costituzionale, soprattutto in relazione alla proporzione tra la gravità del fatto e l'intensità della misura ablativa patrimoniale.

Il rischio è che la confisca venga applicata anche a condotte di minima offensività, trasformandosi di fatto in una sanzione aggiuntiva rispetto a un quadro punitivo, delineato dallo stesso art.73, già di per sé particolarmente rigido[66]. Giova precisare che, in sede di conversione del sopramenzionato decreto, il legislatore ha inteso chiarire — sia pure in termini non particolarmente analitici — mediante l'introduzione di un ulteriore periodo al *comma* 5 dell'art. 73 del D.P.R. 309/1990, operata con la legge 24 aprile 2026, n. 54, che «il fatto non si considera di lieve entità quando, per l'allestimento di mezzi o di strumenti ovvero per le modalità dell'azione, le condotte di cui al *comma* 1 risultino poste in essere in modo continuativo e abituale». In particolare, la presunzione di non lieve entità introdotta in sede di conversione, più che specificare e chiarire la portata applicativa dell'autonoma fattispecie di lieve entità, sembra sovrapporsi

---

[64] *Ibidem.*

[65] Sul punto vd. le lucide critiche di M. PAPA, *Com'è che il diritto penale è diventato una* favola? in *Sistema Penale*, 26 maggio 2025; G. FIANDACA, *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in *Sistema Penale*, 22 marzo 2025; G. GIOSTRA, *Con il Decreto Sicurezza il Governo ignora lo Stato di diritto e maltratta la Costituzione*, il *Domani*, 6 maggio 2025; E. DOLCINI, *Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *Sistema Penale*, 15 maggio 2025.

[66] P. BERNARDONI, *Decreto sicurezza (d.l. 24 febbraio 2026, n.23): una breve analisi dei profili penali e processuali*, in *Sistema Penale*, 3 marzo 2026.

agli elementi già esistenti e delineati nel primo periodo del medesimo comma 5 *ex* art. 73 D.P.R. 309/1990.

Tale intervento normativo, lungi dal fornire un criterio realmente aggiuntivo o delimitativo, rischia di interferire con la struttura originaria della fattispecie attenuata, generando un potenziale scarto interpretativo e compromettendo la linearità del relativo assetto sistematico. La novella, infatti, riproduce i criteri già contemplati dal primo periodo di cui al comma 5. Da un lato, richiama le modalità dell'azione, gli strumenti e gli altri mezzi impiegati per la commissione del fatto di reato, elementi che effettivamente rientrano nel perimetro valutativo della lieve entità. Dall'altro lato, la novella introduce in via alternativa il riferimento alla non abitualità o non continuità delle condotte, parametro che invece non figura tra quelli originariamente previsti dal comma 5, se non nell'ultimo periodo e nella forma — più ridimensionata — della non occasionalità[67]. Il riferimento alla non abitualità o continuità della condotta, per come formulato, rischia di assumere un valore preclusivo generalizzato, poiché verrebbe a operare come indice automaticamente ostativo al riconoscimento della lieve entità e, conseguentemente, all'esclusione dell'applicazione della misura ablativa patrimoniale, indipendentemente dalla concreta offensività del fatto.

Ne deriva un quadro di marcata incertezza applicativa, ove la specificazione introdotta potrebbe essere interpretata come una presunzione quasi automatica di non lieve entità ogniqualvolta la condotta presenti profili di continuità o abitualità, anche laddove l'offensività sia minima e il disvalore del fatto rimanga contenuto[68]. Una simile sovrapposizione imperfetta, collocata all'interno del medesimo piano normativo dell'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/1990

[67] La Corte di legittimità si è pronunciata recentemente sul significato da attribuire alla "non occasionalità" di cui al secondo periodo dell'art. 73, comma 5, D.P.R. 309/1990. Cfr. Cass. Pen., III, 13 febbraio 2025, n. 5842.

[68] Del resto, come pacificamente riconosciuto in giurisprudenza, la configurabilità dell'ipotesi di lieve entità non può essere esclusa sulla base di singoli parametri isolati, quali la diversa tipologia di sostanza ceduta o lo svolgimento non occasionale dell'attività di spaccio. La valutazione richiesta dal comma 5 dell'art. 73 implica, infatti, un apprezzamento complessivo e unitario di tutti gli elementi del fatto, senza che uno solo di essi possa assumere valore dirimente. Cfr. Cass. pen., SS.UU., 27 settembre 2018, n. 51063; Cass. pen., Sez. III, 8 marzo 2018, n. 31378. Giova inoltre precisare, sul piano sistematico, come la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto, di cui all'art.131-*bis* c.p., è applicata anche in capo all'autore di un reato continuato. Sul punto, vd. Cass. Pen. Sez. Un., 27 gennaio 2022, n.18891.

finisce per compromettere la coerenza sistematica dell'autonoma fattispecie di lieve entità e rischia di generare rilevanti difficoltà interpretative, con effetti distorsivi sul principio di proporzionalità.

Ulteriori disposizioni contenute nel recente decreto sicurezza sembrano evocare tratti tipici delle logiche emergenziali e dello stato d'eccezione. L'art. 4, ad esempio, interviene sulla disciplina del cosiddetto *DASPO urbano*[69], attribuendo al Prefetto il potere di individuare aree cittadine considerate ad "alto rischio" dalle quali allontanare soggetti ritenuti pericolosi. La disposizione presenta un contenuto ampiamente indeterminato, tale da lasciare un significativo margine di apprezzamento per l'autorità di pubblica sicurezza, con il rischio di tradursi in applicazioni arbitrarie o comunque non sufficientemente controllabili. Il pericolo sotteso è quello di alimentare una percezione costante di emergenza e, conseguentemente, una richiesta di sicurezza che giustifica l'attribuzione di poteri eccezionali all'autorità amministrativa, con il rischio di scivolare verso assetti riconducibili allo Stato di polizia.

Un'ulteriore disposizione che sembra muoversi nella medesima direzione è l'art. 7 del decreto-legge, che amplia in modo significativo i poteri della polizia giudiziaria. Il primo comma incide sull'art. 4 della legge 152/1975, che attiene alla possibilità di effettuare perquisizioni di propria iniziativa senza una previa autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria, al fine di ricercare armi, esplosivi o strumenti di effrazione. La novella ampia notevolmente la possibilità di effettuare le perquisizioni, estendendo il ricorso a questo mezzo di ricerca della prova ad una pluralità di situazioni, tra cui anche le operazioni di polizia svolte in occasione di manifestazioni pubbliche o aperte al pubblico, con l'obiettivo dichiarato di prevenire reati idonei a turbare l'ordine e la sicurezza in contesti caratterizzati da un elevato afflusso di persone. Il secondo *comma* della medesima disposizione introduce, mediante l'inserimento dell'art. 11-*bis* nel D.l. n. 59/1978[70], un'ipotesi ulteriore di accompagnamento da parte dell'autorità di pubblica sicurezza all'interno degli uffici per espletare procedure di

[69] Disciplinato dal Decreto-legge n. 14/2017, convertito con modificazioni dalla Legge n.48/2017.
[70] Convertito con modificazioni nella Legge n.191/1978.

accertamento[71], oltre a quella già prevista del c.d. fermo di identificazione[72]. La funzione di tale misura però sembra essere quella di allontanare soggetti ritenuti potenzialmente pericolosi dalle manifestazioni pubbliche, più che quella di consentire accertamenti puntuali[73]. La conseguenza preponderante sembra esser quella di una significativa compressione della libertà personale, nonché dei diritti di riunione e di manifestazione del pensiero[74], giustificata da esigenze di prevenzione formulate in termini estremamente generici e affidate a un ampio margine di discrezionalità degli operatori di polizia.

Nel loro complesso, tali disposizioni sembrano richiamare - almeno sul piano strutturale - alcuni tratti del diritto penale del nemico, applicato in questo caso ai manifestanti percepiti come oppositori. Si ha quasi l'impressione che le manifestazioni pubbliche vengano considerate dal legislatore come una delle principali minacce all'ordine e alla sicurezza, al punto da legittimare un'espansione indebita dei poteri attribuiti all'autorità di pubblica sicurezza. Uno degli ulteriori vettori di questa deriva espansiva è rappresentato anche dalla legislazione a contenuto meramente figurativo. In tali interventi il legislatore sembra assumere una postura simbolica, confidando nella capacità performativa della norma penale di plasmare immediatamente la realtà sociale. La legge diviene così veicolo di proclami solenni, destinati più a manifestare un'intenzione politica che a incidere concretamente sui comportamenti dei consociati. La funzione di tali disposizioni appare, in definitiva, prevalentemente comunicativa e il loro scopo si esaurisce nella pubblicizzazione dell'intervento normativo, nella sua mera esistenza come segnale rivolto alla collettività. In questa dimensione si manifesta, al contempo, l'ambizione e la fragilità del legislatore orientato in senso panpenalistico. L'ambizione risiede nella presunzione che l'enunciazione normativa sia di per sé sufficiente a modificare i rapporti sociali; la fragilità, invece, emerge nell'incapacità di cogliere la complessità delle dinamiche relazionali, governate più da interessi e conflitti che

---

[71] Il nuovo accompagnamento coattivo è disposto allorquando, sulla base di specifici elementi fattuali, vi sia fondato motivo di ritenere che i soggetti coinvolti possano costituire un concreto pericolo per il pacifico svolgimento della manifestazione. Cfr. T. PERRELLA, *Il nuovo fermo preventivo di polizia: sicurezza pubblica, diritti fondamentali e prospettive di riforma*, in *Sistema Penale*, 30 marzo 2026.

[72] Di cui all'art.11 del sopramenzionato Decreto - legge.

[73] P. BERNARDONI, *Decreto sicurezza (d.l. 24 febbraio 2026, n.23): una breve analisi dei profili penali e processuali*, in *Sistema Penale*, 3 marzo 2026.

[74] Artt. 17 e 21 Cost.

da comandi formali dell'autorità politica[75]. È all'interno di questo quadro che occorre poi collocare l'analisi delle scelte operate attraverso il decreto-legge, quale ormai fonte privilegiata di produzione di norme incriminatrici, il cui ricorso solleva ancora interrogativi non solo sul piano delle scelte di politica criminale, ma anche e soprattutto su quello delle garanzie costituzionali e della qualità complessiva della legislazione penale[76].

L'intervento normativo sopramenzionato sembra riproporre una dinamica ormai ricorrente nel panorama delle riforme, segnata da una progressiva compressione di quella razionalità intrinseca che dovrebbe presidiare il diritto penale e la cui architettura logica dovrebbe, al contrario, essere preservata quale limite invalicabile all'azione riformatrice, a prescindere dall'indirizzo politico contingente.

L'introduzione di nuove fattispecie incriminatrici, pur talora connotate da una rilevanza sistematica quanto meno problematica, si presenta sovente sganciata da una previa e complessiva valutazione dell'impatto organizzativo ed economico sull'apparato giudiziario, nonché da un'analisi puntuale dei costi che tali interventi determinano in concreto. Del resto, il meccanismo espansivo della legislazione penale determina un'inevitabile scissione valutativa tra l'onere complessivamente generato e i benefici realisticamente conseguibili in termini di efficienza, funzionalità e razionalità complessiva del sistema punitivo[77].

La recente Legge 2 dicembre 2025, n.181, che ha introdotto il delitto di femminicidio di cui all'art. 577-*bis* c.p., si inscrive pienamente in una logica di politica criminale a forte valenza simbolica. Del resto, appaiono condivisibili le

---

[75] Cfr. A. ABUKAR HAYO, *L'ultimo pacchetto sicurezza non molto dissimile dai precedenti*, in *Penale Diritto e Procedura*, 27 ottobre 2025. Per un approfondimento sulla questione inerente la sicurezza e l'ordine pubblico vd. V. MONGILLO, *Ordine pubblico e sicurezza nel diritto penale: per un'ecologia concettuale quale viatico di razionalizzazione*, in *Archivio Penale*, 20 marzo 2025.

[76] Alcuni esponenti della dottrina negano la possibilità di configurare il decreto-legge quale fonte del diritto penale. Così E. DOLICNI, G. MARINUCCI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2025, p.51 ss.

[77] Lo stesso decreto-legge, 24 febbraio 2026, n.23, oltre ad introdurre nuove fattispecie delittuose, come quella prevista in materia di armi di cui all'art. 4, comma 8 della Legge 110/1975, estende la portata applicativa di fattispecie già esistenti come quella prevista dal comma 1 dell'art.4-*bis* della legge n.110/1975 e introduce nuove sanzioni come la confisca per le ipotesi di cui all'art.73 D.P.R. 309/1990. Per un approfondimento sulle criticità di maggior rilievo sistematico si rimanda a P. BERNARDONI, *op cit.*, 2026.

criticità già evidenziate da autorevole dottrina[78], in ordine alle ricadute applicative di tale intervento normativo. In primo luogo, sotto il profilo della sua effettiva utilità sistematica e dell'evidente frizione con i principi costituzionali[79], in secondo luogo, perché sembra riaffiorare l'idea — ricorrente nell'attuale prassi legislativa — che le complesse e stratificate problematiche sociali e culturali

[78] G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di* femminicidio, in *Sistema Penale*, 14 marzo 2025. Così anche M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, in *Sistema penale*, 18 marzo 2025. Peraltro, le criticità erano già state sollevate durante l'*iter legis* anche da diverse professoresse, ricercatrici e studiose del diritto penale, nel documento *Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà*, 26 maggio 2025 e pubblicato in diverse riviste giuridiche.

[79] La nuova fattispecie delittuosa autonoma pone, sin da subito, rilevanti criticità non solo sul piano della proporzionalità della risposta punitiva — poiché il legislatore ha scelto di sanzionare i fatti riconducibili alla norma con la pena base dell'ergastolo, soluzione che appare di per sé problematica rispetto alla graduazione sanzionatoria — ma anche, e soprattutto, rispetto al canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.. In particolare, la scelta di precisare che la morte deve essere cagionata a una donna "in quanto donna" rischia di risultare non solo ridondante, ma addirittura tautologica. La disposizione, infatti, non chiarisce se il termine "donna" debba essere inteso in senso biologico o secondo una prospettiva di genere, lasciando irrisolte questioni interpretative di immediata rilevanza applicativa. Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui venga cagionata la morte di una persona transessuale che non abbia ancora ottenuto il formale riconoscimento anagrafico del cambio di identità. Tale condotta dovrà essere sussunta nella figura del femminicidio o ricadrà nell'omicidio, eventualmente aggravato dalle circostanze di cui agli artt.576 e 577 c.p.. L'incertezza definitoria rischia di tradursi in disparità di trattamento e in violazioni del principio di tassatività. Ulteriori criticità emergono con riferimento al secondo comma dell'art. 577-bis c.p., che rinvia alle aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p., tra le quali sono annoverate ipotesi — quali il fatto commesso in occasione del reato di maltrattamenti, ovvero dall'autore di atti persecutori, o ancora dall'attuale o ex partner — che si sovrappongono in modo pressoché speculare alla realtà fenomenologica che costituisce il referente oggettivo del nuovo reato di femminicidio. Si tratta, infatti, delle medesime dinamiche relazionali e dei medesimi contesti criminologici che il legislatore ha assunto come presupposto tipico della nuova fattispecie autonoma. La conseguenza è che l'area applicativa del femminicidio finisce per coincidere, quasi senza residui, con quella già coperta dalle aggravanti speciali dell'omicidio, generando una duplicazione normativa priva di reale valore aggiunto sul piano della tipicità. Tale sovrapposizione non è un mero problema di tecnica legislativa, ma sembra collidere con il principio del *ne bis in idem* sostanziale, poiché la medesima situazione fattuale — la relazione affettiva pregressa, la condotta persecutoria, il contesto di maltrattamenti — verrebbe valorizzata due volte. Una prima volta come elemento costitutivo del femminicidio delineato dal primo comma dell'art.577-*bis* c.p. e una seconda volta come aggravante delineata dal comma 2 della medesima disposizione che a sua volta rinvia agli artt. 576 e 577 c.p.. La struttura della norma, così come formulata, rischia dunque di determinare una doppia valutazione del medesimo fatto, in contrasto con i principi di ragionevolezza e proporzionalità *ex* art. 3 Cost. e con il divieto di duplicazione punitiva che permea l'intero sistema penale.

sottese al crescente numero di femminicidi possano essere ricondotte a una carenza o addirittura ad una lacuna dell'apparato normativo vigente. Tuttavia, è bene ricordare come l'impianto codicistico, prima di tale intervento[80], era già di per sé idoneo a garantire un'adeguata ed egualitaria risposta sanzionatoria e i recenti procedimenti penali che hanno interessato il fenomeno, seppur caratterizzati da un'elevata risonanza mediatica, ne costituiscono un esempio emblematico[81]. In questa prospettiva, l'introduzione di una nuova fattispecie incriminatrice finisce per attribuire alla sola risposta penale una funzione impropriamente risolutiva, come se l'introduzione della nuova figura di reato fosse, di per sé, sufficiente a incidere in modo determinante sulle cause strutturali del fenomeno.

La dimensione didattico-pedagogica, all'interno della quale potrebbero esser sviluppate ed attuate efficaci politiche sociali per contrastare il fenomeno del femminicidio, risulta del tutto estranea al diritto penale, che viene così piegato a funzioni improprie. In tale prospettiva, si intravede una logica di populismo penale che, nel tentativo di rispondere alle istanze dell'opinione pubblica, privilegia un approccio marcatamente sanzionatorio, finendo per spostate l'attenzione dalle necessarie politiche sociali verso un intervento incentrato esclusivamente sulla repressione.

Nel solco di analoga impostazione si colloca(va), da ultimo, anche la riforma relativa alla separazione delle carriere tra magistrati requirenti e giudicanti[82], che sembra(va) muovere dal medesimo paradigma simbolico ed innalzata, nel dibattito politico, a vera e propria "madre di tutte le riforme", in grado di

---

[80] Basti penare che il delitto di omicidio, che ricomprende(va) inevitabilmente anche il femminicidio, di cui all'art.575 c.p. è già punito con la pena dell'ergastolo se: il fatto è commesso in occasione di taluno dei fatti di cui agli artt. 572, 583 *quinquies*, 600-*ter*, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*octies* e 612-*bis* c.p.. Tutte ipotesi in cui più frequentemente si cagiona la morte di una donna.

[81] Si pensi, ad esempio, ai fatti di cronaca avvenuti prima dell'introduzione del delitto di femminicidio. In particolare, all'omicidio di Giulia Cecchettin**,** per il quale l'autore del delitto è stato condannato in via definitiva dalla Corte d'Assise d'Appello di Venezia alla pena dell'ergastolo. Oppure all'omicidio di Giulia Tramontano**,** per il quale l'autore è stato condannato dalla Corte d'Assise d'Appello di Milano, anch'egli, alla pena dell'ergastolo.

[82] La legge costituzionale pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 30 ottobre 2025 e approvata in seconda votazione a maggioranza assoluta, ma inferiore ai due terzi dei membri di ciascuna Camera e recante «Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare», che è stata recentemente oggetto di referendum popolare *ex* art.138 Cost., con esito negativo.

rimuovere integralmente, o quantomeno di attenuare in misura significativa, le criticità strutturali[83] che interessano la giustizia penale.

8. Garantismo penale e Stato di diritto.

Contro queste tendenze ad un utilizzo improprio del diritto penale, la teoria del garantismo, elaborata in modo sistematico da Luigi Ferrajoli[84], rappresenta una delle più importanti risposte filosofico-giuridiche.

Il garantismo nasce come teoria della legittimazione e del limite al potere punitivo, fondata sull'idea che la pena possa essere giusta solo se limitata da una rete di garanzie processuali e sostanziali. Le prime sono finalizzate ad apporre un limite al potere giudiziario, nel tentativo di ridurre al massimo i margini arbitrari del giudicante e si sostanziano nel contraddittorio, nella parità di posizione processuale tra accusa e difesa, nella presunzione di innocenza, nell'onere probatorio che grava su chi accusa, nell'oralità e pubblicità del giudizio e nella terzietà del giudice[85]. Le seconde, invece, sono finalizzate ad apporre un argine alla previsione legale dei reati e si traslano nel principio di stretta legalità, tassatività, offensività, materialità e colpevolezza.

Ferrajoli, nel delineare il "diritto penale minimo[86]", idealizza una potestà punitiva conforme al principio di legalità e alla tutela dei diritti fondamentali, differenziando così tutto ciò che, invece, è espressione di un potere autoritario che fa del diritto penale un mezzo di repressione e controllo politico.

I principi cardine del garantismo penale – legalità, offensività, colpevolezza, materialità, sussidiarietà – non sono meri strumenti formali, ma costituiscono gli assiomi tradizionali che esprimono la subordinazione del potere politico alla razionalità giuridica. Laddove questi principi vengono erosi, il diritto penale cessa di essere diritto per trasformarsi in amministrazione politica del castigo. Il

---

[83] Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alla durata dei processi, alla carenza di organico o al sovraffollamento carcerario: criticità che, tuttavia, non presentano alcuna correlazione funzionale con la riforma. Così anche G. CANZIO, *La separazione delle carriere dei magistrati*, in *Giustizia Insieme*, 17 marzo 2026.

[84] L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989; *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Roma-Bari, Laterza 2007; *Il paradigma garantista*, Editoriale Scientifica, 2016.

[85] L. FERRAJOLI, *Criminalia*. Annuale di scienze penalistiche, 2014, Edizioni ETS, p.130.

[86] Che si contrappone al diritto penale massimo, il quale «si contraddistingue, oltre che per l'eccessiva severità, anche per l'incertezza e l'imprevedibilità delle condanne e delle pene». Così L. FERRAJOLI, *op. cit.*, 1989, p.82

garantismo, dunque, non è un ostacolo alla sicurezza, bensì la condizione di possibilità di una sicurezza democratica, fondata sul rispetto delle libertà individuali. Tuttavia, la tensione tra garantismo e istanze di sicurezza si riaccende in ogni momento di crisi: terrorismo, gestione dei flussi migratori, pandemie. In tali contesti, il potere statuale tende a giustificare l'eccezione come necessità. È qui che il diritto penale mostra la sua vera natura di "braccio armato" dello Stato, pronto a sospendere le garanzie in nome di un ordine di rilievo apparentemente pubblicistico. La crisi del diritto penale contemporaneo non può essere risolta mediante meri adattamenti sul piano della tecnica normativa. Essa richiede una (ri)elaborazione in chiave filosofico-giuridica del rapporto tra potere e diritto, tra sicurezza e libertà.

Il paradigma garantista rappresenta tutt'oggi l'unico orizzonte in grado di restituire al diritto penale la sua funzione di limite, prima ancora che di dominio. Luigi Ferrajoli ha mostrato come il garantismo non sia una posizione ideologica, bensì una teoria della legittimazione del potere punitivo fondata sulla logica pregnante di tutela dei diritti fondamentali. In un sistema realmente garantista, la pena non è il luogo dell'arbitrio, ma il risultato di un procedimento razionale e rigorosamente normato. Il diritto penale deve essere "minimo" non per indulgenza verso il *reo*, ma perché solo così esso può essere coerente con la tutela della dignità della persona umana e con i principi fondanti lo Stato di diritto, che a loro volta trovano legittimazione nella Costituzione. Occorre, dunque, rifondare il sistema penale, sottraendolo alla sua attuale funzione distorsiva quale strumento di potere, volto da un lato a preservare gli interessi di una ristretta categoria e, dall'altro, a perpetuare l'emarginazione di gruppi sociali già strutturalmente vulnerabili[87]. Ciò implica un duplice movimento: in senso negativo-restrittivo, la riduzione delle aree di criminalizzazione superflue e la riaffermazione del principio di *extrema ratio*; in senso positivo-ampliativo, la costruzione di un diritto penale orientato alla tutela effettiva dei diritti

[87] La giustizia penale italiana manifesta una marcata impronta classista: la popolazione detenuta è composta in larga misura da persone tossicodipendenti, da soggetti immigrati e da autori di reati connessi alla marginalità sociale, mentre i soggetti penalmente responsabili di reati economico finanziari ascrivibili alla criminalità dei c.d. "colletti bianchi" rappresentano meno del 2% della popolazione carceraria. Il diritto penale, che dovrebbe costituire lo spazio dell'eguaglianza formale dinanzi alla legge, si configura invece, nella prassi applicativa, come l'ambito in cui le disuguaglianze sociali raggiungono la loro massima espressione. Cfr. L. FERRAJOLI, *Il garantismo come legge del più debole e dell'oppresso, contro il potere*, *Antigone*, 21 febbraio 2021.

fondamentali, anziché alla mera difesa di un generico e pressoché astratto "ordine".

Il nuovo paradigma garantista deve inoltre confrontarsi con le trasformazioni della società globale. La dimensione transnazionale dei rischi – nella quale oggi si tende a ricomprendere il *cybercrime* – tende a spingere gli Stati verso un incremento delle prerogative punitive e preventive. La sfida del garantismo è quella di universalizzare le garanzie, sottraendole alla logica sovrana in capo ai singoli Stati e promuovere una cultura "mondiale" della pena. Ciò richiede una rivoluzione culturale, prima ancora che normativa, la consapevolezza che ogni restrizione di libertà, ogni pena inflitta, rappresenta una lacerazione del tessuto sociale di uno Stato[88] e deve essere giustificata da una necessità reale e non da un calcolo politico di potere basato sulla mera convenienza del consenso elettorale.

9. Conclusioni.

In conclusione, la storia del diritto penale può essere letta come la storia del tentativo — mai pienamente riuscito — di civilizzare la violenza. Dalla concezione di sovranità assoluta del Leviatano alla legalità garantista dello Stato di diritto, l'umanità ha cercato di trasformare la forza in norma, la vendetta in giustizia, la punizione in educazione. Tuttavia, ogni volta che la paura prevale sulla libertà, il diritto penale rivela la propria natura ambivalente: esso torna a essere braccio armato dello Stato, strumento di difesa più che di giustizia. Se, come delineato, l'utilizzo improprio del diritto penale costituisce una realtà prevalentemente normativa — benché la giurisprudenza tenti costantemente, ove possibile, di riequilibrare le distorsioni legislative attraverso un'attività ermeneutica raffinata che vede coinvolti giudici costituzionali, di merito e di legittimità — la radice più profonda di tale fenomeno va rinvenuta in un mutamento culturale. Nel senso che, prima ancora di tradursi in scelte legislative e dunque in strategie di politica criminale, esso affonda le proprie origini in una trasformazione del modo in cui la collettività percepisce il ruolo del diritto penale. È come se, progressivamente, si fosse radicata nell'immaginario collettivo la convinzione che la sanzione penale possieda una capacità risolutiva e quasi taumaturgica. La credenza che il ricorso alla pena possa offrire risposte rapide e

[88] Del resto, «l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione». Così C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Letteratura Italiana Einaudi, 1973, p.20

rassicuranti a ogni fenomeno sociale finisce per snaturare la stessa essenza del diritto penale, al quale viene attribuita una funzione impropria e che tende dunque ad eccedere e sconfinare rispetto ai limiti delineati nella Costituzione. Ed è proprio quest'ultima, invece, che dovrebbe costituire la bussola del legislatore nelle singole scelte di politica criminale, garantendo il presidio della razionalità complessiva del sistema e impedendo che il diritto penale venga piegato a funzioni che non gli appartengono. La storia insegna come le derive sociali, culturalmente prodotte, non si presentano mai come tali e si nascondono nel linguaggio della sicurezza, della moralità, dell'ordine. Ma dietro queste parole si cela spesso una regressione etico-giuridica, una rinuncia ai principi fondanti lo Stato di diritto.

Il diritto penale, quando oltrepassa il confine della necessità, non difende più la società, bensì la domina. Il garantismo penale, al contrario, rappresenta il cuore razionale delle scienze penalistiche, la sua vera essenza. Esso ricorda che la forza dello Stato non risiede nella severità delle sue pene, ma nella capacità di autolimitarsi; che la sicurezza autentica nasce dal rispetto dei diritti, non dalla loro compressione; che ogni potere punitivo legittimo è un potere che si riconosce come limitato. In un'epoca di emergenze e paure globali, la sfida più grande resta quella di punire meglio e non di più; solo così il diritto penale potrà cessare, o perlomeno ridimensionare, la pretesa di elevarsi quale braccio armato dello Stato.

QUALCHE APPUNTO SU INTELLIGENZA ARTIFICIALE E DIRITTO PENALE DEL NUOVO MILLENNIO: GLI INCERTI CONTORNI DELL'AI *ACT* ED IL PROBLEMA DELLA RESPONSABILITÀ PENALE

Some notes on artificial intelligence and criminal law in the new millennium: the unclear contours of the AI Act and the issue of criminal liability

di

Andrea Fortunato *

Il progresso della società tecnologica non ha lasciato indenne la legislazione penale, costretta a correre ai ripari per evitare un'arretratezza sistemica che rischiava di segnare un punto di non ritorno in materia di intelligenza artificiale. Tuttavia, le modifiche apportate al codice penale con la Legge 132/2025 non appaiono risolutive delle numerose problematiche afferenti all'ambito di applicabilità della sanzione penale alle persone fisiche e giuridiche. Nondimeno, risposte solo parziali si ottengono dal regolamento UE 1689/2024 c.d. AI *Act* che ha delineato un modello sanzionatorio di tipo amministrativo, lasciando agli Stati membri ampia libertà con riguardo alla materia penale. Nel solco di una regolamentazione penalistica appena accennata si innestano una serie di riflessioni sui possibili modelli adottabili nel prossimo futuro, con la necessità di stabilire il perimetro d'azione della tutela penale senza che, per converso, siano impediti lo sviluppo e la commercializzazione dei sistemi di intelligenza artificiale. La delimitazione delle regole cautelari e dell'alveo del rischio consentito in questo specifico settore costituisce una delle sfide più complesse per il legislatore interno, chiamato ad una delicata operazione di bilanciamento tra progresso tecnologico e tutela dei beni giuridici primari.

***

The progress of the technological society has not left criminal law unscathed; it has been forced to take remedial action to avoid a systemic lag that threatened to mark a point of no return in the field of artificial intelligence. However, the amendments made to the Criminal Code by Law 132/2025 do not appear to resolve the numerous issues relating to the scope of application of criminal sanctions to individuals and legal entities.

* Dottore di Ricerca in Diritto penale nell'Università Magna Graecia di Catanzaro.

Nevertheless, only partial answers are provided by EU Regulation 1689/2024 (the so-called AI Act), which has outlined an administrative sanctioning model, leaving Member States considerable discretion with regard to criminal matters. In the wake of the criminal regulation briefly mentioned above, a series of considerations arise regarding possible models that could be adopted in the near future, with the need to establish the scope of criminal protection without, conversely, impeding the development and commercialisation of artificial intelligence systems. Defining the scope of precautionary rules and the permissible level of risk in this specific business sector constitutes one of the most complex challenges for national legislators, who are called upon to delicately balance technological progress against the protection of fundamental legal rights.

Sommario: 1. Premessa metodologica: lo scarno quadro penalistico attuale. - 2. La difficile perimetrazione della responsabilità penale. - 3. Una gestione del rischio dai caratteri problematici. - 4. Le sanzioni previste dall'AI *Act* ed il ruolo delle Autorità Nazionali di Vigilanza. - 5. Riflessioni conclusive.

Parole chiave: AI *Act*, responsabilità penale, regole cautelari

Key Words: AI Act, criminal liability, precautionary measures

1. Premessa metodologica: lo scarno quadro penalistico attuale.

La profonda ricaduta dell'innovazione digitale implica la necessità di affrontare con un nuovo sguardo la sfera del diritto penale sostanziale, soggetta ad un cambiamento epocale a causa dello sviluppo incessante delle nuove tecnologie e gravata da esigenze di modernizzazione.

A livello interno i primi segnali verso un aggiornamento della materia provengono dalla Legge 23 Settembre 2025, n. 132, recante «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale» che non ha lesinato di introdurre una nuova fattispecie ed un novero di aggravanti comuni e speciali legate ad un uso improprio dell'AI[2].

Lungi dall'aver dissipato le molteplici perplessità che avvolgono il tema, l'intervento normativo è in dichiarata correlazione con la fonte sovranazionale

[2] Per un'analisi delle singole modifiche apportate al codice penale dalla L. 23 Settembre 2025, n. 132, v. per tutti L. PICOTTI, *I contenuti della legge sull'intelligenza artificiale*, in *www.sistemapenale.it*, 2 Dicembre 2025.

rappresentata dall'AI *Act*[3], muovendosi anche nella dimensione penalistica. La criminalizzazione di una serie di condotte fraudolente poste in essere grazie all'ausilio dell'intelligenza artificiale ha tuttavia riguardato un ambito piuttosto limitato[4], lasciando aperti degli interrogativi sul versante delle possibili torsioni applicative[5].

---

[3] Reg. UE 2024/1689. In tema, sui possibili risvolti penalistici interni dell'*AI Act*. v., prima dell'entrata in vigore della L. 132/2025, *ex multis* F. CONSULICH, *Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act*, in *Dir. dif*, 3-4, 2024, pp. 723 ss; G. BARONE, *Artificial Intelligence Act: un primo sguardo al regolamento che verra*, in *Cass. pen.*, 3, 2024, pp. 1047 ss; G. CANZIO, *Ai act e processo penale: sfide e opportunità*, in *Sist. Pen*., 14 Ottobre 2024; M. COLACURCI, *Quale diritto penale dell'IA?*, in *Jus*, 3, 2023, pp. 357 ss.

[4] Art. 26 L. 23 Settembre 2025, n. 132 « Al codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:*((a) all'articolo 61, dopo il numero 11-decies) è aggiunto il seguente: "11-undecies)))*: l'avere commesso il fatto mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, quando gli stessi, per la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato»; b) all'articolo 294 è aggiunto, in fine, il seguente comma: «La pena è della reclusione da due a sei anni se l'inganno è posto in essere mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale»; c) dopo l'articolo 612-*ter* è inserito il seguente: «Art. 612-*quater* (Illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale). - Chiunque cagiona un danno ingiusto ad una persona, cedendo, pubblicando o altrimenti diffondendo, senza il suo consenso, immagini, video o voci falsificati o alterati mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale e idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio ovvero se è commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità, o di una pubblica autorità a causa delle funzioni esercitate». 2. All'articolo 2637 del codice civile è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La pena è della reclusione da due a sette anni se il fatto è commesso mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale». 3. All'articolo 171, primo comma, della legge 22 aprile 1941, n. 633, dopo la lettera a-*bis*) è inserita la seguente: «a-*ter*) riproduce o estrae testo o dati da opere o altri materiali disponibili in rete o in banche di dati in violazione degli articoli 70-*ter* e 70-*quater*, anche attraverso sistemi di intelligenza artificiale». 4. All'articolo 185, comma 1, del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La pena è della reclusione da due a sette anni e della multa da euro venticinquemila a euro sei milioni se il fatto è commesso mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale».

[5] Osserva L. PICOTTI, *I contenuti della legge sull'intelligenza artificiale*, cit., p. 21 come «[..] Non poche sono le incongruenze rilevate, a partire da una impostazione già censurata come "panpenalistica" che punta molto sull'aggravamento delle sanzioni, mediante nuove circostanze comuni e speciali, aventi un valore soprattutto simbolico di messaggio politico, oltre alla creazione di nuovi reati, mentre il diritto penale dovrebbe restare l'ultima ratio di tutela e governo della materia, che dovendosi intervenire a

Nell'ordine di inquadrare più precisamente la questione, va rilevato come si sia provveduto ad inserire nuove previsioni che puniscono od aggravano il trattamento sanzionatorio in presenza di un utilizzo lesivo dei sistemi di intelligenza artificiale attuato dalla persona fisica che se ne avvale per la commissione del delitto. Ad essere censurato sarà dunque l'indebito sfruttamento della tecnologia – intesa come mezzo insidioso – da parte del singolo consociato, con una particolare attenzione dedicata alla protezione della libertà morale della persona, testimoniata dalla creazione di un'autonoma fattispecie inserita all'art. 612-*quater* c.p[6].

---

monte con altri strumenti, a partire da una dettagliata promozione di regole cautelari e standard di sicurezza nei diversi settori (dalle auto a guida autonoma, all'impiego dell'intelligenza artificiale e della robotica nella medicina, nelle contrattazioni di borsa, nella domotica, e così via)».

[6] L'articolo in questione rubricato «Illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale» punisce con la reclusione da uno a cinque anni chiunque cagiona un danno ingiusto ad una persona, cedendo, pubblicando o altrimenti diffondendo, senza il suo consenso, voci, immagini o video falsificati o alterati mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale e idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità. Sul punto v. S. QUATTROCOLO, *Deepfake e fine della tipicità probatoria? fatto, prova e giudizio penale a confronto con la realtà delle immagini sintetiche*, *in www.lalegislazionepenale.eu*, 31 Luglio 2025, pp. 27 ss, ove l'A. già precedentemente alla sua introduzione puntualizzava come esso non potesse definirsi uno strumento efficace per attribuire un valore normativo al concetto di *deepfake*, ricomprendendo al suo interno «Un nucleo di condotte non baricentriche, cioè non necessariamente legate alla generazione del contenuto artefatto, quanto piuttosto alla sua circolazione (non può sfuggire che, per le ragioni sopra rappresentare, chi realizzi le condotte indicate nel proposto art. 612-*quater* c.p. potrebbe non aver alcun modo di sapere che i contenuti multimediali in questione sono stati proditoriamente generati…)». Sulle questioni connesse alla produzione dei *deepfake* tramite i sistemi di intelligenza artificiale generativa, specie con riguardo all'ambito della pornografia, limitatamente alla dottrina penalistica italiana, v. B. FRAGASSO, *Le disposizioni penali: L'IA come instrumentum sceleris*, in AA. VV. *Commentario tematico del regolamento (UE) 2024/ 1689 e della legge italiana 23 Settembre 2025, n. 132*, Milano, pp. 680 ss.; S. QUATTROCOLO, *Deepfake e fine della tipicità probatoria? fatto, prova e giudizio penale a confronto con la realtà delle immagini sintetiche, cit., passim.;* C. SALVI, *Emerging trends in criminalising deepfake pornography: challenges and perspectives*, in G. VERMEULEN - N. PERŠAK - S. DE COENSEL (eds.), *Researching the boundaries of Sexual integrity, gender violence and image-based abuse*, in *Revue Internationale de Droit Penal*, 95, 2, 2024, p. 5 ss.; G.M. CALETTI, *Habeas corpus digitale. Lo statuto penale dell'immagine corporea tra privatezza e riservatezza*, Torino, 2024, pp. 157 ss.; M. PICCARDI, *L'impatto del deepfake sul diritto penale*, in A. CADOPPI -S. CANESTRARI - A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, II ed., Torino, 2023, pp. 1462 ss.; Sotto altro profilo v. A. GULLO, R. FLOR, *Italian report on criminalisation of AI-related offences*, in F. MIRÓLLINARES - C. DUVAC, T. TOADER - M. SANTISTEBAN GALARZA (EDS.), *Criminalisation of AIrelated offences. International Colloquium*, Bucharest, Romania, 14-16 June 2023, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 95, 1, 2024, p. 193; L. FLORIDI, *Artificial intelligence, deepfakes and a future of Ectypes*, in *Ethics, governance and policies in artificial*

Essa è invero l'unica direttamente preposta al contrasto dell'illecita diffusione di materiale prodotto mediante l'impiego dell'intelligenza artificiale generativa[7], subordinando la punibilità del fatto alla causazione di un danno ingiusto alla persona ed all'idoneità dei contenuti digitali a trarre in inganno sulla loro genuinità, oltre che all'assenza di consenso.

Stante la vaghezza della norma in questione si profilano delle difficoltà sul piano dell'accertamento in concreto dell'offensività della condotta, considerata la nozione ampia di danno ingiusto – riferibile anche alla sfera non patrimoniale – che rimanda inevitabilmente alla possibilità di un'eccessiva estensione applicativa dell'art. 612-*quater* c.p[8].

---

intelligence, 2021, pp. 307-312; T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, Torino, 2020, *passim*. In tema va ricordato come la direttiva UE 2024/1385 all'art. 5 par. 1 lett. b) richieda invero l'introduzione di una fattispecie di mera condotta volta sanzionare chi produca, manipoli o alteri e successivamente renda accessibile al pubblico, tramite TIC, immagini, video o analogo materiale in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti, senza il consenso della persona interessata, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave a tale persona. Sui possibili profili di contrasto tra l'art 612-*quater* c.p. e l'art. 5 della Direttiva UE v. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., 204 «L'introduzione di una fattispecie in grado di sanzionare la diffusione non consensuale di immagini manipolate è certamente da salutare con favore, dal momento che tale condotta – oltre che costituire un'offesa alla reputazione – costituisce altresì un'aggressione all'intimità, alla riservatezza e all'autodeterminazione nel campo della sfera sessuale individuale, non meno di quanto lo siano le condotta punite dall'art. 612-*ter* c.p. 224. La sanzione penale per la diffusione di *deepfakes porn*, tuttavia, avrebbe forse potuto passare, in maniera più lineare, per la formulazione di una fattispecie *di condotta* specificamente ritagliata su tale ipotesi. Si tenga presente, a tal proposito, che l'introduzione di uno specifico reato *di condotta*, volta a punire la diffusione di immagini manipolate sessualmente esplicite, è prevista anche dalla direttiva 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica 225, che richiede agli Stati membri che venga incriminata la seguente condotta intenzionale: «produrre, manipolare o alterare e successivamente rendere accessibile al pubblico, tramite TIC 226, immagini, video o analogo materiale in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti, senza il consenso della persona interessata, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave a tale persona» 227. Il requisito, contenuto nell'art. 612-*quater* c.p., della causazione di un danno non costituirebbe, dunque, una precisa implementazione della direttiva».

[7] In senso ampio, un'analogia può rintracciarsi nel dettato dell'art. 600-*quater*, 1 c.p. che punisce la realizzazione di materiale pornografico effettuata per il tramite di immagini virtuali ritraenti minori degli anni diciotto.

[8] Riflettono su tale problematica G.M CALETTI, *Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti (art. 612-ter c.p.) e di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale (art. 612-quater c.p.), Milano,* pp. 199-227*;* D.M. SCHIRÒ, *Commento all'art. 612 quater c.p..,* in M. RONCO - B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato on line, 2025,* pp. 1-5. Con riguardo all'art. 612-*quater* c.p. sottolinea la

Nondimeno il requisito dell'idoneità appare difficilmente valutabile in maniera oggettiva, poiché variabile a seconda del fruitore e dipendente da una serie di fattori che abbracciano altresì caratteristiche personali, basti pensare ad un contenuto prodotto in maniera grossolana che tuttavia ben potrebbe trarre in inganno dei soggetti non in possesso delle conoscenze basilari per riconoscerne la falsità e cagionare comunque un danno ingiusto alla persona.

In ragione del suo fragile dettato lessicale, l'ambito di applicazione della norma appare virtualmente indeterminato, specie se si tiene a mente che la circolazione di materiale audio-videografico falso può arrecare lesioni a diversi beni giuridici costituzionalmente tutelati nonché mettere in pericolo la credibilità di figure istituzionali.

Il legislatore si è mostrato sensibile a tale summenzionato aspetto, prevedendo all'ultimo comma dell'art. 612-*quater* c.p. la procedibilità d'ufficio nelle ipotesi in cui il fatto sia commesso nei confronti di persone vulnerabili o di «una pubblica autorità a causa delle funzioni esercitate».

Emerge la volontà di tutelare in maniera più pregnante quest'ultima categoria di soggetti, maggiormente esposta ad una distorsione delle loro dichiarazioni operata grazie all'impiego dell'intelligenza artificiale generativa, con ricadute non indifferenti dal punto di vista della produzione di *fake news* pregiudizievoli per la reputazione ed in grado di condizionare i risultati elettorali[9]. Tale eventualità,

---

riferibilità del danno ingiusto anche all'ambito non patrimoniale *ex multis* S. DE FLAMMINEIS, *Fattispecie penali nel contesto dell'intelligenza artificiale. lo spunto del d.d.l. 1146/2024,* in *Sist. Pen.*, 9, 2024, pp. 8-9. In senso critico sull'utilizzo della locuzione «danno ingiusto» v. G. FIORINELLI, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, Torino, 2024, pp. 303 ss, ove l'A. pone in guardia sul rischio di una possibile «repressione penalistica illimitata e para-civilistica dei "danni" cagionati dall'intelligenza artificiale generativa» dal carattere simbolico.

[9] Cfr. T. GUERINI, *Fake news e diritto penale*, cit., pp. 46 e 209 secondo cui la potenzialità lesiva dei *deepfake* sarebbe in grado di influenzare un'elezione incerta « I rischi per la corretta allocazione del consenso in ambito politico elettorale ci sembrano infatti particolarmente concreti, sia in ragione del continuo perfezionamento dei programmi che consentono di realizzare questi contenuti – ormai tecnicamente molto accurati, salvo alcune imperfezioni nel doppiaggio, difficilmente percepibili da un utente non particolarmente attento – sia in ragione della politica scarsamente repressiva posta in essere dalle aziende che gestiscono i principali siti di diffusione di video. [..]Si pensi, ad esempio, al problema dei *deepfake* e a come la condivisione massiva di un video che mostri – falsamente – un candidato alle elezioni formulare frasi oscene o compiere atti abietti, nell'imminenza dell'apertura dei seggi o addirittura a urne aperte, possa influenzare una elezione incerta».

tutt'altro che remota, rappresenta uno dei pericoli più grandi che si annidano nelle pieghe dello sviluppo tecnologico, data anche l'incontrollabilità dei sistemi tramite i quali è possibile produrre il materiale alterato.

In senso ampio, l'art. 612-*quater* c.p. si presta alla tutela di molteplici interessi che seppur intrinsecamente differenti tra loro fanno tutti capo alla necessità di impedire la proliferazione di contenuti non veritieri e potenzialmente dannosi.

Da una prima lettura si può ragionevolmente affermare che la norma ha il pregio di aver colmato un'arretratezza codicistica che rischiava di risultare anacronistica rispetto all'avanzare del fenomeno, ormai divenuto piuttosto comune soprattutto a causa della rapida diffusione di contenuti falsificati per mezzo dei *social networks*. Sotto altro profilo, ad un più attento esame, risulta però evidente che le condotte individuate dal 612-*quater* c.p. potevano astrattamente essere ricomprese nell'alveo di altre fattispecie già presenti nel codice penale – diffamazione, pornografia minorile od anche la diffusione di riprese e registrazioni fraudolente[10] – le quali, malgrado non specificamente designate per lo scopo in questione forniscono comunque le tutele necessarie alla persona offesa. L'impiego di criteri malleabili tradisce i confini del tutto aperti dell'art. 612-*quater* c.p. che nel prossimo futuro si presterà inevitabilmente ad una delimitazione giurisprudenziale non priva di insidie ed esposta al creazionismo giudiziario[11]. Pur senza voler bollare la norma come

---

[10] Cfr. S. DE FLAMMINEIS, *Fattispecie penali nel contesto dell'intelligenza artificiale. lo spunto del d.d.l. 1146/2024*, cit., 8, che «Si tratta di una fattispecie costruita come reato di evento a carico del soggetto (umano) autore della condotta che cagiona un danno ingiusto ad una persona offesa. Uno strumento, dunque, di reazione dell'ordinamento e di protezione dei beni giuridici piuttosto circoscritto e determinato, che richiede la dimostrazione non solo dell'avvenuta condotta di cessione, pubblicazione o diffusione indebita – per l'interpretazione delle quali azioni si potrebbe senz'altro far ricorso ai risultati ermeneutici raggiunti in relazione ad altre fattispecie tra cui, ad esempio, quelle di diffamazione *ex art*. 595 c.p.p., pornografia minorile ex art. 600-*ter* c.p. o, ancora meglio, di diffusione di riprese e registrazioni fraudolente ex art. 617-*septies* c.p.». Critico nei confronti dell'applicabilità delle fattispecie relative alla diffamazione per le ipotesi riconducibili ai *deepfake porn* C. SALVI, *Emerging trends in criminalising deepfake pornography: challenges and perspectives*, cit., p. 18.

[11] Sui pericoli insiti nel creazionismo giudiziario v. diffusamente L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Roma, 2018. Di recente, nella dottrina penalistica v. C. CUPELLI, *Tentazioni e contraddizioni del sistema penale contemporaneo: creazionismo giudiziario, panpenalismo legislativo e caccia al colpevole*, in *Cass. Pen.*, 2023, pp. 693 ss.; G. FIANDACA, *Considerazioni sul ruolo del giudice nella realtà contemporanea*, in A.M. MAUGERI - R. SICURELLA, F. SIRACUSANO - G.M. VAGLIASINDI -V. SCALIA - A. LUCIFORA (a cura di), *Diritto penale dell'Unione Europea e nell'Unione Europea. Studi in onore di Giovanni Grasso*, I, Pisa, 2023, pp. 1003 ss; F. PALAZZO, *Legalità penale vs creatività giudiziale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3, 2022, pp.

espressione di un diritto penale simbolico[12] va rilevato che la tecnica legislativa prescelta palesa l'approccio "conservativo" rispetto ai numerosi problemi che la produzione di determinati sistemi di intelligenza artificiale pone a proposito dell'estensione della responsabilità penale verso figure diverse dai fruitori materiali[13].

Nonostante sia apprezzabile il tentativo di adeguare l'impianto sanzionatorio ad i reati di nuovo conio che possono essere commessi per mezzo dello sfruttamento

---

959 ss; ID., *Interpretazione penalistica e armonizzazione europea nell'attuale momento storico*, in *Ars interpretandi*, 2016, pp. 77 ss.

[12] Con riguardo al diritto penale simbolico la letteratura è vastissima, si richiamano pertanto le opere essenziali degli autori italiani dedicate specificamente al tema dell'ultimo trentennio v. A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale: lineamenti di una teoria del bene giuridico*, Milano, 1990, *passim*; A. MANNA, *Legislazione «simbolica» e diritto penale: a proposito del recente ddl governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacen*ti., in *Pol. dir.*, 1990, pp. 217 ss.; E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 80-92; M. PAVARINI, *La penitenziarizzazione della giustizia penale*, in S. MOCCIA, (a cura di), *La giustizia contrattata. Dalla bottega al mercato globale*, Napoli, 1998, p. 177; S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 491 ss.; E. STRADELLA, *Recenti tendenze del diritto penale simbolico*, in E. D'ORLANDO - L. MONTANARI, (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008*, Torino, 2009, pp. 201 ss.; F. SCHIAFFO, *Le minime ragioni della legislazione penale simbolica: la criminalità mediata*, in *Crit. dir.*, 2010, 2, p. 127; A. SESSA, *Ostinata criminalizzazione della clandestinità e tenuta democratica del sistema: fondamento e limiti alle opzioni della politica criminale simbolica*, in *Dir. pen. cont.*, 2016, pp. 19 ss.; AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista. (Compendio degli interventi formulati nel dibattito),* in *Dir. pen. cont.*, 2016, pp. 1-44; S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Trento, 2018, *passim*.

[13] Cfr. *ex multis* F. CONSULICH, *Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act, cit.*, p. 16, che rilevava tale aspetto già con riguardo al ddl 1146/2024, precedente alla L. 132/2025 «Tra i principi di delega di cui all'art. 22 vi è una grande assente: la responsabilità della persona giuridica. Non vi è alcun riferimento all'accorto ricorso al d. lgs. 231 del 2001, per quanto essenziale per la definizione di un livello di risposta adeguata alla criminalità connessa all'impiego dell'AI. Non solo perché spesso la persona giuridica è il più corretto centro di imputazione dell'interesse alla commissione dell'illecito (soprattutto quando sono in gioco utilità economiche), ma anche in ragione dell'impossibilità, non infrequente, del rimprovero soggettivo e finanche del collegamento oggettivo tra il fatto della macchina intelligente e un qualche individuo all'interno dell'organizzazione. Si ripercuotono qui i problemi della parcellizzazione delle condotte, della opacità delle strutture aziendali e della decisione autonoma del software che interpreta o esegue a proprio piacimento delle indicazioni operative del programmatore e dello sviluppatore. Solo la responsabilizzazione della *societas*, per il tramite dell'art. 8 d. lgs. 231 del 2001 (che come noto consente di prescindere dalla colpevolezza e finanche dalla identificazione dell'organo o dipendente infedele), assicura una pronta e adeguata reazione sanzionatoria dell'ordinamento».

dell'AI, il recente intervento normativo tralascia di affrontare uno dei nodi cruciali, rintracciabile sul terreno impervio della responsabilità penale per i danni provocati dall'utilizzo del sistema difettoso[14]. La questione più ingombrante che si staglia all'orizzonte riguarda l'eventuale porzione di responsabilità attribuibile all'ente ed ai componenti della struttura societaria[15] per non aver predisposto gli adeguati

[14] La problematica citata rimanda necessariamente al tema della responsabilità penale per danno da prodotto, oggetto di ampio studio da parte della dottrina. In argomento, senza pretesa di esaustività, v. C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca, Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1994, pp. 1220 ss; C. PIERGALLINI, *La responsabilità del produttore: avamposto o Sackgasse del diritto penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1996, pp. 354 ss.; ID., *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004; A. DI MARTINO, *Danno e rischio da prodotti. Appunti per la rilettura critica di un'esperienza giurisprudenziale italiana*, in R. BARTOLI (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa: (un dialogo con la giurisprudenza)*, Firenze University press, 2010, p. 437 ss; C.E. PALIERO, *Responsabilità per danno da prodotto tra persona fisica ed ente collettivo*, in G. DE FRANCESCO - G. MORGANTE (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della «società del rischio»*, Torino, 2017, pp. 286 ss. In ambito civilistico, il nuovo perimetro delle nozioni di «prodotto» e «prodotto difettoso» è stato ridisegnato dalla Direttiva UE 2024/2853 agli artt. 4 e 7, al fine di adeguare la tutela allo sviluppo tecnologico, superando la precedente Direttiva 85/ 374 CEE. Sul punto v. R. PETRUSO, *La nuova direttiva ue sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi: una prima lettura*, in *Riv. dir. ec. trasp. amb*., XXII, 2024, pp. 547-548 che tuttavia osserva come «[..] La nuova normativa preserva l'impostazione di fondo della regolamentazione adottata nel luglio del 1985, la quale, pur presentando alcune criticità, conserva ancora i suoi indiscutibili elementi di attualità. Al centro della scena della nuova regolamentazione continuano a campeggiare i due principali pilastri attorno ai quali era stato costruito - non senza poche difficoltà - il regime di responsabilità per danno da prodotto difettoso di matrice europeo: da un lato, l'ascrizione della fattispecie nel perimetro della responsabilità oggettiva, e, dall'altro, la distribuzione degli oneri probatori tra le parti secondo una logica che assegna al danneggiato - liberato dall'onere di dover dimostrare la colpevolezza della controparte - la prova del danno, del difetto e della connessione causale tra difetto e danno». In tema v. E. BELLISARIO, voce *Responsabilità per i prodotti difettosi*, in *Enc. dir., I tematici*, VII, *Responsabilità civile*, Milano, 2024, pp. 1240 e 1279; G. AFFERNI, *La nuova direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi: una analisi economica*, in *Resp. civ. e prev*., 2025, pp. 351 ss.; A. FUSARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotti difettosi: la direttiva 2024/2853*, in *NGCC*, 2025, II, 488 ss.; T. DE MARI CASARETO DAL VERME, *La nuova direttiva sulla responsabilità da prodotto difettoso: riflessioni sulla distribuzione del rischio nella filiera digitale*, in *Accademia*, 9, 2024, pp. 933 ss. Nella dottrina penalistica, per un'analisi sulle nuove frontiere della responsabilità civilistica per danno da prodotto in relazione ai danni cagionati dall' AI in rapporto alla Direttiva UE 2024/2853 v. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, Milano, 2024, pp. 222-314 e bibliografia *ivi* citata.

[15] Cfr. F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 3, 2022, p. 1042 ove l'A. si mostra critico nei confronti della

sbarramenti ad un uso improprio del prodotto-sistema commercializzato nonché le cautele idonee a prevenire i rischi per i beni giuridici primari.

2. La difficile perimetrazione della responsabilità penale.

Esclusa la possibilità di configurare una responsabilità diretta della macchina[16] – seguendo l'assioma *machina delinquere non potest*[17] – permane comunque intatta la

possibilità d'imputare la responsabilità alla persona fisica per l'utilizzo improprio del sistema d'intelligenza artificiale nel contesto aziendale, affermando come «Può ben accadere, per le ragioni più volte dette, che l'individuo non possa rispondere del fatto dell'AI per carenza di elemento soggettivo, ma ciò non preclude di formulare un addebito all'ente, anzi, si tratta forse in alcune occasioni, quelle di più accentuata complessità fattuale, dell'unica possibilità per l'ordinamento di garantire un meccanismo di *accountability* per l'azione di un'intelligenza artificiale. L'imputazione assumerebbe una forma sincopata, in cui la condotta della persona fisica funge solo da giunto elastico oggettivo tra il fatto dell'algoritmo e il centro di interesse finale rappresentano dall'ente. Questo sarebbe chiamato a rispondere dell'*impiego* di agenti artificiali malevoli o comunque eccessivamente rischiosi senza un adeguato controllo. Mentre per l'individuo spesso è impossibile individuare un congruo coefficiente di colpevolezza, per l'ente è in questi casi possibile comunque formulare un rimprovero a titolo di colpa di organizzazione, ogni qual volta si sia avvalso di uno strumento in assenza di idonee cautele. Si tratterebbe qui di una imputazione, concettualmente vicariale, ma autonoma ed esclusivamente incentrata sull'organizzazione». Interamente dedicata al tema è l'opera monografica di A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, Torino, 2024.

[16] Su questo punto nella dottrina estera si segnalano posizioni favorevoli, v. G. HALLEVY, *The Criminal Liability of Artificial Intelligence Entities – from Science Fiction to Legal Social Control*, in *Akron Intellectual Property Journal*, 2010, pp. 171 ss.; ID., *"I, Robot – I, Criminal"— When Science Fiction Becomes Reality: Legal Liability of AI Robots committing Criminal Offences*, in *Syracuse Science & Technology Law Reporter*, 2010, pp. 1 ss.; ID., *Virtual Criminal Responsibility*, in *Original Law Review*, 2010, pp. 6 ss.; ID., *Dangerous Robots – Artificial Intelligence vs. Human Intelligence*, in *SSRN*, 21 Febbraio 2018; C. MULLIGAN, *Revenge Against Robots*, in *South Carolina Law Review*, 69, 2018, p. 579; M. SIMMLER - N. MARKWALDER, *Guilty Robots? – Rethinking the Nature of Culpability and Legal Personhood in an Age of Artificial Intelligence*, in *Crim. Law Forum*, 30, 2019, pp. 1 ss; Y. HU, *Robot Criminals*, in *Univ. Michigan Law Rev*., 2019, p. 490 ss. In senso affermativo, tra gli autori italiani, pur con alcune differenze v. P. CASANOVA - U. PAGALLO - M. PALMIRANI - G. SARTOR (a cura di), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems*, Berlin-New York, 2014, pp. 145 ss.; D. PIVA, *Machina discere, (einde) delinquere et puniri potest*, in R. GIORDANO -A. PANZAROLA - A. POLICE - S. PREZIOSI - M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, 2022, pp. 684 ss.; S. RIONDATO, *Robotica e diritto penale (robot, ibridi, chimere, "animali tecnologici")*, in D. PROVOLO - S. RIONDATO - F. YENISEY (a cura di), *Genetics, Robotics, law, punishment*, Padova, 2014, pp. 602 ss.

[17] Si riprende l'espressione coniata da A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest*? *Brevi appunti su intelligenza artificiale e diritto penale*, in *Criminalia*, 2019, pp. 499 ss. Su tale posizione si è di fatto allineata gran parte della dottrina penalistica italiana.

problematica afferente al criterio di imputazione dell'evento lesivo verificatosi. Nello specifico, minore è l'interpolazione umana più sarà complesso rintracciare una forma di responsabilità penale in capo all'utilizzatore, tenuto conto peraltro dell'alto grado di autonomia ed automazione che caratterizza i sistemi dotati delle AI più avanzate[18].

Andando oltre, non meno ardua risulta la categorizzazione degli obblighi gravanti in capo al produttore od al fornitore[19], alla cui mancata ottemperanza potrebbe seguire – secondo lo schema tipico della posizione di garanzia – un'espansione della responsabilità omissiva per il mancato impedimento dell'evento[20].

Ci si trova alle soglie di un'*impasse* che rischia di paralizzare lo sviluppo della legislazione penale in questo delicato campo d'azione, imbrigliato tra prospettive di iper-criminalizzazione e carenze sistemiche favorite dagli evidenti vuoti normativi, ineliminabili conseguenze della rapida evoluzione del fenomeno nell'ultimo quinquennio.

---

[18] Da ultima, traccia una distinzione tra i concetti di autonomia ed automazione B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., pp. 49 ss., ove l'A. inquadra l'autonomia come capacità di agire in situazione di incertezza da parte del sistema, mentre per il concetto di automazione si fa riferimento alla capacità di svolgere attività in assenza di un intervento umano.

[19] Come si vedrà nei paragrafi successivi, una risposta solo parziale a questo interrogativo è stata fornita da alcune disposizioni contenute nell'AI *Act*.

[20] In senso critico, con riguardo al ricorso al paradigma omissivo v. F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, cit., p. 1049 «Più di una riserva però si impone rispetto al ricorso, anche in questa sede, ad una responsabilità omissiva, già proliferata oltre ogni limite in molteplici settori penalistici, soprattutto nel campo delle attività a rischio lecito di base. Innanzitutto, deve rilevarsi che spesso, soprattutto con riguardo al programmatore, egli non omette, ma semmai agisce in modo pericoloso, consapevolmente o meno, costruendo una forma di intelligenza artificiale non adeguatamente istruita per evitare danni. Dunque, non vi è necessità di costruire una imputazione per non aver impedito un evento avverso, essendo sufficiente constatare che egli ha prodotto una condizione di pericolo. In secondo luogo, rimane il dato empirico della molteplicità di soggetti che intervengono nella costruzione di un'AI: difficile allora pensare che vi sia un unico soggetto chiamato a rispondere per tutti perché dotato del potere organizzativo di coordinarne le attività; qui il capitolo penalistico da implementare non è quello della responsabilità omissiva, ma, come detto, del concorso di persone, per lo più colposo». Va ricordato che L'AI *Act*, pur adottando un approccio *risk-based*, non risponde a delle logiche di tipo penalistico con riguardo all'individuazione di responsabilità per il produttore-fornitore Cfr. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., p. 362.

Lo stadio ancora embrionale della conoscenza tecnica sui modelli di funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale – in special modo con riguardo al processo di *decision making*[21] – contribuisce ad aumentare l'incertezza in materia, causata dall'intersezione di varie nozioni connesse al settore scientifico-informatico. Tale barriera, lungi dal rappresentare insormontabile ostacolo ad un approccio penalistico al problema, stimola le riflessioni sul possibile futuro delle scelte di politica criminale da compiere per adeguare l'impianto normativo ai cambiamenti della società tecnologica.

Le opzioni ermeneutiche a disposizione – riferibili prevalentemente al regime civilistico di responsabilità per danno da prodotto difettoso – sebbene offrano un possibile spunto per l'elaborazione di modelli conciliabili con i principi penalistici, non appaiono in grado di cogliere nel segno proprio per la prospettiva oggettivistica che le caratterizza[22]. In termini pratici è inoltre particolarmente complicato riuscire a

---

[21] In termini pratici, la dottrina italiana si riferisce a tale problematica utilizzando la locuzione «opacità» sottolineando le difficoltà di delineare le modalità del processo decisionale di un sistema di intelligenza artificiale. In tema v. *ex multis* tra i penalisti C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2020, p. 1760; I. SALVADORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, p. 83; A. CAPPELLINI, *Reati Colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, in G. BALBI - F. DE SIMONE - A. ESPOSITO - S. MANACORDA (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale. "Nuovi scenari"*, Torino, 2022, pp. 20 ss.; U. RUFFOLO - A. AMIDEI, *La regolazione ex ante dell'intelligenza artificiale tra gestione del rischio by design, strumenti di certificazione preventive e «autodisciplina» di settore*, in A. PAJNO - F. DONATI - A. PERRUCCI (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione*, Bologna, 2021, pp. 492 ss; B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento: profili di responsabilità penale del produttore di sistemi di ia*, in F. BASILE - M. BIASI - L. CAMALDO - G. CANESCHI - B. FRAGASSO - D. MILANI (a cura di), *Intelligenza artificiale. Diritto, giustizia, economia ed etica*, Torino, 2025, pp. 52 ss. Per una rassegna delle fonti bibliografiche della dottrina anglosassone su questo aspetto v. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., pp. 58-59.

[22] Sull'importanza di evitare la sovrapposizione tra i due piani v. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., pp. 440-441 «Com'è evidente, il dibattito sui confini della nozione di rischio consentito sembra riprodurre sul versante penalistico la querelle sulla possibile difettosità del prodotto conforme alle normative in materia di *product safety*. Il rischio consentito [..], sembrerebbe invece delineare un'area di impunità nei confronti di coloro che esercitino un'attività produttiva nel rispetto delle regole cautelari positivizzate. La differenza, a nostro parere, si giustifica per il fatto che, in ambito civile, la responsabilità per il danno da prodotto difettoso è imputata oggettivamente al produttore, indipendentemente dalla dimostrazione della colpa: la diligenza che il produttore dimostra rispettando gli *standard* tecnici non sarà dunque rilevante ai fini di un'esclusione di una responsabilità a suo carico; l'osservanza degli standard potrà avere soltanto un ruolo indicativo

rintracciare la figura – sia essa un ente o una persona fisica – verso cui muovere un rimprovero penale a titolo di colpa.

Il problema è sintetizzabile tramite l'espressione «*many hands problem*»[23], con la quale si fa riferimento ai molti soggetti che intervengono nella produzione tecnica dei sistemi di intelligenza artificiale – basti pensare alle varie figure di sviluppatori coinvolte a vario titolo – a cui vanno aggiunti coloro che ricoprono delle posizioni

---

(comunque, va detto, piuttosto rilevante) in sede di accertamento dell'oggettiva difettosità del prodotto. Nell'ambito della responsabilità penale, al contrario, gli standard tecnici di sicurezza fungono da regole cautelari e, di conseguenza, integrando la nozione di colpa, hanno altresì una funzione "permissiva" e di garanzia nei confronti dell'agente – con la conseguenza che, quantomeno in via tendenziale, la loro osservanza dovrebbe escludere una responsabilità dell'agente per l'evento lesivo verificatosi». Invero la dottrina civilistica sembra avere respinto l'idea che la nuova Direttiva sul danno da prodotto abbia introdotto una ipotesi di responsabilità oggettiva del produttore Cfr. A. FUSARO, *Intelligenza artificiale e responsabilità da prodotti difettosi: la direttiva 2024/2853, cit.*, 501« Non si può dire, però, che il legislatore europeo abbia scelto un approccio di particolare favore per il danneggiato: di fronte alla complessità crescente dei prodotti moderni, forme di alleggerimento probatorio così come la richiesta al Giudice di divulgazione degli elementi di prova – il cui esito non è certo scontato – potrebbero risultare del tutto insufficienti ad offrire una tutela adeguata del danneggiato. È chiaro che il punto di equilibrio tra l'esigenza di favorire ricerca e innovazione da un lato e garantire una giusta tutela della parte danneggiata dall'altro è rappresentato da una sorta di compromesso al ribasso. E d'altro canto la logica seguita traspare chiaramente dalla documentazione prodotta negli anni in sede europea e che si può riassumere nella seguente valutazione: poche modifiche ad una direttiva che ha mostrato piena capacità di operare. Per quanto però si legga nel Considerando 2 della direttiva che "la responsabilità oggettiva degli operatori rimane l'unica soluzione adeguata per affrontare il problema di una giusta ripartizione del rischio inerente alla produzione tecnologica moderna", non sembra potersi davvero affermare, così come in passato con riferimento alla direttiva dell'85, che si sia di fronte ad una responsabilità di carattere oggettivo. La portata delle innovazioni non è tale da far propendere per una lettura di questo tipo». Per una recente ricostruzione del quadro evolutivo delle diverse posizioni dottrinali in relazione alla responsabilità del produttore v. A. AMIDEI, *La responsabilità del produttore tra novella e sistema*, Napoli, 2025.

[23] In tema, con riguardo all'intelligenza artificiale generativa v. B. PANATTONI, *Generative AI and criminal law*, in *Cambridge Forum on AI: Law and Governance, Vol. 1.*, 2025. Più in generale, nella dottrina italiana v. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale*, cit., pp. 398 ss.; C. NOVELLI - M. TADDEO -L. FLORIDI, *Accountability in artificial intelligence: what it is and how it works*, in *Ai & Society*, *39*(4), 2024, 1871-1882.; A. GIANNINI - J. KWIK, *Negligence failures and negligence fixes. A comparative analysis of criminal regulation of AI and autonomous vehicles*, in *Criminal law forum*, 34, 2023, pp. 43-85; T. C. KING-N. AGGARWAL - M.TADDEO, *Artificial Intelligence Crime: An Interdisciplinary Analysis,* in *The 2020 Yearbook of the Digital Ethics Lab,* 2021, p. 195.; M. TADDEO - L. FLORIDI, *How can AI be a force for good*, in *Science*, 361, 2018, pp. 751-752.

manageriali all'interno delle imprese fornitrici del software o del prodotto messo a disposizione dell'utilizzatore finale.

L'evidente frammentarietà del processo di produzione ed immissione sul mercato complica di gran lunga il già difficile accertamento delle responsabilità in sede penale, con il pericolo che si giunga ad un bivio ove le strade che si diramano tenderanno l'una ad allargare l'alveo dei soggetti ritenuti responsabili per "posizione"[24] mentre l'altra, in una prospettiva più garantista ma non del tutto rassicurante, ad escludere *tout court* la punibilità della condotta in ragione dell'opacità che permea l'intero settore.

L'aspetto in rilievo è costituito dall'imprevedibilità dei rischi connessi alle nuove tecnologie, unita al consistente livello di autonomia riferibile alla natura stessa dell'algoritmo che regola il funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale più avanzati.

A ben vedere, in gran parte dei casi potrebbe essere *de facto* impossibile ricostruire la catena causale dietro ad un evento lesivo prodottosi a seguito di un erroneo processo decisorio della macchina, poiché anche volendo andare a ritroso non sarebbe agevole – a meno di possedere specifiche ed avanzatissime competenze tecniche – stabilire quale contributo o carenza produttiva abbia effettivamente provocato l'anomalia[25]. Pur senza voler rinunciare ad un accertamento in concreto, salvo evidenti manomissioni algoritmiche – ed in quel caso si rientrerebbe nel campo delle ipotesi commissive – rivolgere l'attenzione alla singola persona fisica intesa come "tecnico" e non mero utilizzatore si risolverebbe in un'operazione infruttuosa proprio per l'elevatissimo coefficiente di difficoltà.

---

[24] Sul punto v. C. GRANDI, *Positive obligations (Garantestellung) grounding criminal responsibility for not having avoided an illegal result connected to the AI functioning*, in L. PICOTTI - B. PANATTONI (eds.), *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisi or Paligenesis? International Colloquium Section I, Siracusa, 15-16 September 2022*, in *Revue Internationale de Droit Pénal*, 94, 1, 2023, pp. 70-71; A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto pe*nale, cit., pp. 362 ss.

[25] Cfr. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., p. 403 «L'inscrutabilità dei meccanismi decisionali algoritmici, di conseguenza, porrà non poche criticità nell'imputazione degli eventi lesivi: in concreto sarà difficile stabilire con certezza se a causare la decisione algoritmica errata (causa, a sua volta, dell'evento lesivo) sia stata la condotta del *data engineer*, del *data traineer*, del *machine learning engineer* etc. Senza contare, poi, che, nella maggior parte dei casi, i tecnici lavorano in team molto numerosi, e l'individuazione del preciso apporto di ciascun professionista al processo di sviluppo del sistema di i.a. rischia di rivelarsi impossibile».

Preso atto di questa circostanza, è fisiologico l'accentramento verso la sfera della colpa per omissione dei componenti della struttura societaria dell'ente, in cui si annida il pericolo di una generalizzazione simbolica dell'obbligo di impedimento dell'evento. Il *focus* si sposta dunque dal singolo garante alla pluralità di soggetti gravati da obblighi impeditivi[26], permanendo sullo sfondo uno dei problemi più spinosi, legato alla tipizzazione delle regole cautelari la cui violazione comporterebbe profili di responsabilità penale.

L'attenzione ricade verso la causalità omissiva[27], poiché dall'accertamento del nesso causale tra l'omissione e l'evento verificatosi dipenderà la conseguente individuazione dei soggetti potenzialmente responsabili. Tuttavia, tale accertamento – di per sé già foriero di notevoli criticità in relazione ai contesti aziendali[28] – incontra degli ostacoli ancor più irti nel campo dell'intelligenza artificiale, proprio a causa del c.d. «*many hands problem*» che rende la causalità – intesa come criterio di spiegazione

---

[26] Su tale aspetto, con riguardo alla responsabilità omissiva in ambito societario ed il riparto delle posizioni di garanzia v. in tempi recenti, senza pretesa di esaustività, A. MELCHIONDA, *Genesi, sviluppo e caratteri attuali del diritto penale dell'economia*, in *Riv. trim dir. pen. ec.*, 3-4, 2024, pp. 504-505; A. GARGANI, *L'impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, 2022, pp. 52 ss.; ID., *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *Riv. trim dir. pen. ec,* 3-4, 2017, pp. 508 ss.; E.M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI - M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2009, *passim.*; A. ALESSANDRI, *Diritto penale ed attività economiche*, Bologna, 2010, *passim*. Più nel dettaglio, in relazione al contesto dell'intelligenza artificiale ed attività d'impresa v. A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, cit., pp. 266 ss.

[27] Data l'ampiezza dell'argomento ci si limita al rinvio ad alcune delle opere più rilevanti in materia di causalità omissiva F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Milano, 1975; G. FIANDACA, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano, 1979; G. GRASSO, *Il reato omissivo improprio. La struttura obiettiva della fattispecie*, Milano, 1983; C.E. PALIERO, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. Leg*., 14, 4, 1992, pp. 821 ss. M. DONINI, *La causalità omissiva e l'imputazione per aumento del rischio significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, p. 81; C. PIEMONTESE, *Le problematiche della causalità omissiva*: *tendenze emergenti e modelli prasseologici*, in AA.VV., *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, 2001, pp. 603 ss; O. DI GIOVINE, *Lo statuto epistemologico della causalità penale tra cause sufficienti e condizioni necessarie*, in *Riv. it. dir proc. pen*., 2002, pp. 665 ss.; F. STELLA, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi contro fattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. Pen*., 2003, pp. 1062 ss; R. BLAIOTTA, *Causalità Giuridica*, Torino, 2010, pp. 249 ss.; R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale. Dal modello unitario al modello differenziato*, Torino, 2010.

[28] Da ultimo, in argomento v. *amplius* A. GARGANI, *L'impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., pp. 54 ss e bibliografia *ivi* citata.

– fallace sotto due aspetti principali, relativi alla concreta attribuzione del ruolo di autore dell'omissione ed all'elemento soggettivo[29].

Alle sovracitate problematiche se ne aggiunge una ulteriore – non meno importante e ad esse strettamente connessa – attinente alla frammentazione delle posizioni di garanzia, dettata dal frazionamento del processo produttivo[30]. All'atto

[29] In questo senso v. A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale,* cit., pp. 180-181 che sottolinea le criticità della causalità come criterio di spiegazione «La causalità può allora definirsi «silenziosa». Quel che residua è dunque una eziologia veramente debole che, fra l'altro, rischia di trasfigurare l'evento in condizione obiettiva di punibilità. In buona sostanza, si dovrebbe ritornare a quelle posizioni rinunciatarie e scettiche, emerse già in letteratura sui temi della modernità o della società del rischio, secondo le quali quel che si può pretendere dal giudice è un giudizio di mera «prossimità tra fatti» (cronologica o funzionale), senza avanzare pretese sulla esplicitazione del legame sottostante fra gli stessi. Il che, nei contesti multifattoriali, significa non sapere se vi è una relazione realmente condizionante, o se al contrario siamo in presenza del caso ossia di un 'fatto muto' e privo di significato. Ma nel contesto dell'intelligenza artificiale una siffatta prospettiva si traduce in qualcosa di molto diverso e dalla carica potenzialmente erosiva nell'ottica del giudizio di responsabilità penale. In primo luogo, ciò significa non sapere se l'evento inatteso e dannoso è stato determinato da altri fattori, quali l'errore di programma-zione, di addestramento, l'impiego di *data-set* dalla cattiva qualità (fattori che, in limine e con grande difficoltà, potrebbero in qual certa misura imputarsi al produttore-garante), l'uso improprio e dunque imperito da parte dell'utente; ovvero se, più semplicemente, l'evento inatteso è la imprevedibile risultante del processo di autoapprendimento basato sull'esperienza nel frattempo maturata dalla macchina nel nuovo ambiente operativo. La causalità fallisce già sul piano della sua primaria funzione di selezione e individuazione del soggetto autore della condizione necessaria (cd. *many hands problem*). In secondo luogo, emerge un limite destinato a detonare retrospettivamente sul piano dell'elemento soggettivo dell'illecito penale. Il contenuto preventivo della regola cautelare si nutre di quella medesima conoscenza che spiega le relazioni di pericolo e le interferenze condizionali fra condotta ed evento. La domanda su cosa sarebbe accaduto se il soggetto avesse posto in essere una determinata condotta rimanda ineluttabilmente al grado di conoscenza disponibile per casi simili, ossia alle medesime generalizzazioni che si sono formate sul piano causale». Nel prosieguo L'A. osserva, con riferimento all'evento dannoso, come l'opacità e l'imprevedibilità dei sistemi di intelligenza artificiale sterilizzino alla radice il postulato del potere di signoria o dominio sul fatto, ponendo a rischio il «substrato materiale della personalità della responsabilità penale».

[30] Di recente su tale aspetto v. le considerazioni di G. DE FRANCESCO, *Brevi riflessioni sulla posizione di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3 Febbraio 2020; A. GARGANI, *L'impedimento plurisoggettivo dell'offesa,* cit., pp. 142-143 «[..] All'interno di tale quadro ricostruttivo che si inserisce la valorizzazione della concatenazione dei doveri di intervento e della verifica delle modalità di coordinamento e dei nessi di correlazione tra singole posizioni di garanzia nell'ambito delle attività complesse, secondo una visione "integrata", volta a superare la considerazione atomistica dei doveri di intervento: è, infatti, proprio il

pratico si realizza una vera e propria scissione tra «titolarità dell'obbligo e titolarità del potere impeditivo»[31] che rimanda – al fine di non abdicare sul versante dell'attribuzione della responsabilità penale – al concetto di una posizione di garanzia "collettiva" riferibile ai diversi soggetti dotati dei poteri impeditivi ed a coloro gravati

---

fenomeno dell'interferenza reciproca tra *Garantenstellungen* nella vicenda lesiva ad assumere un ruolo cruciale nella ricostruzione delle responsabilità connesse alla cooperazione colposa. Si ritiene che, nell'ambito della ripartizione funzionale delle varie posizioni di garanzia, quest'ultime siano «concepite a garanzia dell'efficacia e al contempo dei limiti connessi ai singoli ruoli all'interno dell'organizzazione», con la conseguente necessità che ciascun garante metta in condizione gli altri partecipanti all'attività di espletare correttamente il proprio ruolo, ponendo le basi affinché «le circostanze in cui gli altri soggetti sono tenuti ad operare non risultino distorte ed alterate da chi ricopra la posizione di garanzia che vi si riconnette funzionalmente». Tale assunto poggia sul presupposto secondo cui il singolo operatore non sia in grado e non possa essere tenuto «a "signoreggiare" gli sviluppi complessivi della vicenda» (lavorativa, terapeutica, ecc.) ma, per l'appunto, «soltanto a mettere i propri colleghi nelle condizioni di intervenire sulla base del corretto assolvimento delle proprie "personali" incombenze». In un contesto in cui assumono un ruolo preminente la relazione funzionale e il nesso teleologico tra garanti, la responsabilità penale è, dunque, condizionata dalla sussistenza di «un rapporto di interconnessione teleologica tra la condotta inadempiente e le scelte compiute da altro soggetto a sua volta titolare di una posizione di garanzia». Dovrà, perciò, essere ritenuto esente da responsabilità non soltanto chi si sia conformato ai propri doveri, ma anche chi abbia tenuto una condotta inosservante della regola cautelare, che, però, non si sia "comunicata" «al tipo di violazione riferibile al perimetro della garanzia affidata ad un altro membro dell'organizzazione».

[31] Così A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale,* cit., pp. 283 che osserva come «Al singolo «non si richiede nella logica di un siffatto scenario di incombenze multiple e sia pure interagenti tra loro di impedire direttamente l'evento (oltre tutto, con il rischio di postulare irragionevoli ingerenze nei compiti ad altri spettanti), bensì di porre le condizioni maggiormente funzionali all'adozione di scelte da parte di terzi». La pretesa di attivazione, dunque, non si misura sull'inafferrabile piano della valenza causale impeditiva quanto piuttosto, su quello prettamente strumentale, della sua adeguatezza e funzionalità verso l'obiettivo. La condotta doverosa, oggetto dell'obbligo di garanzia, diviene modale e relazionale. La dinamica interrelazionale, coordinata e organizzata, muta la prospettiva: la scissione fra titolarità dell'obbligo e titolarità del potere impeditivo - irrisolta negli approcci tradizionalmente ancorati al dogma della causalità lineare - trova qui la sua coerente composizione, nel senso che la garanzia complessiva è assicurata dal collante funzionale fra gli uni (i titolari dell'obbligo) e gli altri (dotati di poteri impeditivi). Quel che emerge è il volto ossia il contenuto e la perimetrazione soggettiva di un dovere di impedimento del reato altrui di natura sistemica e organizzata, quale risultante dell'attivazione di una pluralità di soggetti. Ciò che, in questa frammentazione (la «parte»), resta ai margini della tipicità dell'art. 40, cpv, c.p., può essere recuperato (l'«insieme») dalla funzione di incriminazione svolta dall'art.110 e dall'art. 113 c.p. 47».

da obblighi di attivazione[32]. Il coinvolgimento di più figure rende logica la dilatazione dei garanti, funzionale ad adattarsi alla complessità dell'organizzazione societaria e ad evitare un'automatica responsabilità per posizione nei confronti dei vertici dell'amministrazione, molto spesso privi di reali poteri impeditivi.

3. Una gestione del rischio dai caratteri problematici.

Il quadro si complica ulteriormente a seguito dell'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nel solco della pronuncia a Sezioni Unite *Thyssenkrupp*[33] che nell'ottica di risolvere le controversie riguardanti l'attribuzione

---

[32] Cfr. A. GARGANI, *L'impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., p. 144. Sulla stessa scia le considerazioni di A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale,* cit., pp. 284 ss. che rimarca la validità della concezione relativa all'impedimento plurisoggettivo dell'offesa nel contesto aziendale, funzionale ad evitare lo «schiacciamento verso l'alto» della penale responsabilità ed alla prevenzione del rischio da AI «[..] La prospettiva in parola consente di cogliere appieno il significato dell'implementazione dell'intelligenza artificiale nei meccanismi, nei luoghi, negli organi e, più in generale, nella struttura e nelle funzioni della governance della società per azioni. Inoltre, mostra evidenti assonanze e convergenze con i risultati delle raffinate analisi sviluppate dalla dottrina commercialistica, nonché col modello di gestione del rischio da Al introdotto dal regolamento europeo 2024/1689. La tesi ha, in secondo luogo, il pregio di voler contenere lo schiacciamento verso l'alto della responsabilità e sgancia la trama imputativa dall'esclusivo ancoraggio al rapporto organico, cui invece s'ispira il Libro V del codice civile, per redistribuire le responsabilità penali ai vari livelli dell'organizzazione (le «filiere di garanti»). [..] La tesi si lascia apprezzare per il tentativo di ricondurre, o meglio, riavvicinare la selezione dei soggetti responsabili ad una metrica più squisitamente penalistica, attenta a cogliere le peculiarità rappresentate dalla «dominante collettiva». Il prezzo da pagare è la perdita di significato della tradizionale distinzione fra azione ed omissione, e l'estensione della garanzia anche alle condotte commissive: ma ciò è l'inevitabile conseguenza trasformativa della complessità, la quale - come attestato dal diritto vivente - accomuna tutte le condotte entro una pretesa unitaria che è oggi rimessa alla posizione di garanzia nell'ambito delle società di capitali. L'idea di un impedimento plurisoggettivo dell'offesa [..]contiene spunti preziosi nella prospettiva di una «garanzia collettiva» per dominare il «rischio da AI». In senso parzialmente critico v. F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, pp. 289 ss. ove l'A. mette in luce il rischio di giungere – per il tramite del modello basato sull'impedimento plurisoggettivo dell'offesa – ad un'estensione eccessiva del perimetro della posizione di garanzia.
In argomento, nella recente letteratura penalistica v. L. CORNACCHIA, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino, 2021; T. PADOVANI, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa, 2015; G. LOSAPPIO, *Plurisoggettività eventuale colposa. Un'introduzione allo studio nei delitti causali di evento in senso naturalistico*, Bari, 2012.

[33] Cass. Sez. Un. 24 Aprile 2014, n. 38343. Per un commento organico a tale pronuncia v. *ex multis* A. AIMI, *Il dolo eventuale alla luce del caso Thyssenkrupp*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 Novembre 2014.

della responsabilità penale per gli eventi verificatisi nell'esercizio di attività d'impresa, ha provveduto a rinsaldare il criterio facente capo all'effettiva gestione del rischio[34]. Tale modello, che già presenta degli ampi margini di oscurità con riferimento alle attività d'impresa di cui sono noti – grazie alle massime d'esperienza scientifiche – i rischi per la collettività, presta inoltre il fianco ad una serie di critiche giustificate anche dalla sua rigidità[35], che sembra mal conciliarsi con il settore dell'intelligenza artificiale.

---

[34] In particolare v. le considerazioni espresse a p. 126 dalle Sezioni Unite «Occorre cioè che il coinvolgimento integrato di più soggetti sia imposto dalla legge, da esigenze organizzative connesse alla gestione del rischio, o almeno sia contingenza oggettivamente definita senza incertezze e pienamente condivisa sul piano della consapevolezza. In tali situazioni, l'intreccio cooperativo, il comune coinvolgimento nella gestione del rischio giustifica la penale rilevanza di condotte che, come si è accennato, sebbene atipiche, incomplete, di semplice partecipazione, si coniugano, si compenetrano con altre condotte tipiche. In tutte tali situazioni ciascun agente dovrà agire tenendo conto del ruolo e della condotta altrui. Si genera così un legame ed un'integrazione tra le condotte che opera non solo sul piano dell'azione, ma anche sul regime cautelare, richiedendo a ciascuno di rapportarsi, preoccupandosene, pure alla condotta degli altri soggetti coinvolti nel contesto. Tale pretesa d'interazione prudente individua il canone per definire il fondamento ed i limiti della colpa di cooperazione. La stessa pretesa giustifica la deviazione rispetto al principio di affidamento e di autoresponsabilità, insita nell'idea di cooperazione colposa».

[35] Di recente, in senso critico su questo punto v. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., pp. 411 e 413 che ne sottolinea i limiti «Stante l'esigenza di trovare un equilibrio, dunque, tra flessibilità delle competenze nei contesti d'impresa e necessità di predeterminare le posizioni di garanzia, la sentenza sul caso *Thyssenkrupp* individua un criterio di attribuzione della responsabilità che fa leva sull'effettiva gestione del rischio, nella «prospettiva di ricercare responsabilità e non capri espiatori». Se il superamento dello schema strettamente formalistico si pone senza dubbio obiettivi meritevoli di attenzione, il criterio individuato dalla Corte presenta nondimeno alcune criticità, rivelandosi, al contempo, vago ed eccessivamente rigido. È infatti vago perché prevede una ricostruzione basata su canoni che vengono di volta in volta individuati dalla giurisprudenza, con un evidente vulnus del principio di legalità, sub specie di prevedibilità. D'altra parte, il criterio della gestione del rischio è altresì rigido, poiché presuppone una rigorosa definizione (ancorché eventualmente non formalizzata) del perimetro delle competenze: assunto che, invece, come già sottolineato, trova difficilmente conferma nelle dinamiche d'impresa, in cui il rischio è gestito collettivamente, secondo un'articolazione "liquida" delle competenze [..]. Ci preme qui sottolineare che le incertezze interpretative relative alla *Garantenstellung* rischiano di accentuarsi quando l'evento lesivo deriva dall'agire di un sistema di i.a. In questi casi, infatti, l'assenza di un apparato nomologico che consenta di spiegare eziologicamente i "danni da intelligenza artificiale" potrà concretamente impedire l'individuazione dei fattori causali *reali* che hanno cagionato l'offesa, così come l'identificazione delle violazioni cautelari che siano state determinanti nella verificazione dell'evento lesivo».

Nondimeno l'individuazione dei nuovi confini del rischio consentito in questo specifico ambito appare l'operazione caratterizzata dalla maggiore difficoltà, considerata peraltro la stretta interdipendenza con l'area del penalmente rilevante[36].

[36] Nella recente letteratura penalistica italiana, propongono dei criteri per la delimitazione dell'area del rischio consentito in materia di Intelligenza artificiale *ex multis* v. A.R. CASTALDO-F. COPPOLA, *Rischioso ma utile: cinque suggestioni per un modello di gestione del rischio da ia generativa*, in *Sist. Pen*, 5, 2025, pp. 42, secondo cui «Il tema è dunque quello di individuare una soglia al di sopra della quale non vogliamo (né possiamo) ammettere macchine più pericolose dell'uomo. In altre parole, alla IA non possiamo consentire una rischiosità maggiore di quella dell'uomo per lo svolgimento della medesima attività. Compito della politica è pertanto quello di delineare la percentuale di eventi dannosi che, pur nella incertezza delle modalità di realizzazione, caratterizza il rischio socialmente consentito alla macchina in quanto complessivamente inferiore al numero di danni che realizzerebbe l'uomo per la medesima attività. La formula che immaginiamo possa guidare il legislatore per disciplinare la rischiosità concessa alla macchina è: %Eμ <%Ea dove" Eμ "sta per Errore imprevedibile della macchina, ed "Eα" sta per Errore dell'uomo. La tollerabilità del rischio ignoto da IA "Θ" presuppone dunque un rapporto di incidenza necessariamente in favore della macchina». Sotto altro profilo, trai penalisti v. A. FIORELLA, *Responsabilità penale del tutor e dominabilità dell'intelligenza artificiale. Rischio permesso e limiti di autonomia dell'intelligenza artificiale*, in R. GIORDANO - A. PANZAROLA - A. POLICE-S. PREZIOSI - M. PROTO (a cura di), *Il diritto nell'era digitale. Persona, Mercato, Amministrazione, Giustizia*, Milano, 2022 pp. 656 ss. Per delle riflessioni sulla gestione del rischio in materia di auto a guida autonoma v. M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale. La gestione del "rischio stradale" nell'era dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2023; R. COMPOSTELLA, A*uto a guida autonoma e diritto penale. Profili di responsabilità individuale e collettiva*, Napoli, 2024; L. PICOTTI, *Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma*, in M. CATENACCI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, vol. 1, Roma Tre Press, 2021, pp. 813 ss.; A. CAPPELLINI, *Profili penalistici delle self-driving cars*, in *Dir. pen. cont*, 2, 2019, pp. 325 ss. Più in generale, per una panoramica sull'evoluzione del concetto di rischio consentito in ambito colposo, senza pretesa di esaustività v. tra le opere italiane M. GALLO, *Colpa penale*, in *Enc. Dir*, VII, 1960, p. 638; G. FIANDACA, *Il comportamento alternativo lecito*, in *Riv. Trim. dir e proc. civ*., 1975, pp. 1598 ss.; F. ALBEGGIANI, *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984, pp. 162; V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, pp. 55 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, pp. 250 ss.; U. PIOLETTI, *Fattispecie soggettiva e colpevolezza nel delitto colposo. Linee di una analisi dogmatica*, in *Riv. It. dir. proc. pen., 34*(2), 1991, pp. 529 ss.; F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittim*e, Torino, 2003; F. HERZOG, *Società del rischio, diritto penale del rischio, regolazione del rischio. Prospettive al di là del diritto penale*, in L. STORTONI - L. FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo*, Milano 2004, pp. 357 ss; C. PERINI, *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, 2010; R. BLAIOTTA, *Causalità giuridica*, cit., pp. 151 ss G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013; V. MILITELLO, *Diritto penale del rischio e rischi del diritto penale fra scienza e società,* in *Processo alla scienza,* 2017, pp. 135 ss.; F. CONSULICH, (voce) *Rischio consentito*, in *Enc. Dir*., Milano, 2021, pp. 1103 ss; E. MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di «regresso» nella società del rischio*,

Invero – come si vedrà nel prosieguo della trattazione – la minimizzazione del rischio si staglia come una delle linee guida principali seguite dall'AI *act*, da cui si evince l'impegno profuso per la creazione di standard procedurali in grado di garantire la sicurezza della collettività ed al contempo impedire la punizione indiscriminata per la concretizzazione di rischi in realtà assolutamente imprevedibili. Sarà dunque l'insieme delle prescrizioni dettate dal regolamento – intese nella loro globalità – a delimitare in prima battuta l'area del rischio consentito nell'ambito della produzione, distribuzione ed utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale, restando ferma la quota di rischio ineliminabile connaturata alla tipologia di tali attività[37].

Sotto questo profilo il legislatore sovranazionale per il tramite dell'art. 14 del regolamento rubricato «sorveglianza umana»[38] pare aver sottolineato la necessità di

---

Napoli, 2021; M. DONINI (a cura di), *Il reato colposo*, Milano, 2021. Sul concetto di «società del rischio» è d'obbligo il richiamo all'opera di U. BECK, *La società del rischio*, Roma, 2000.

[37] Cfr. A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale,* cit., pp. 205. Sottolinea l'intervento necessario di più soggetti giuridici per la delimitazione dell'area del rischio consentito B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., pp. 437 «La decisione di delineare un'area di rischio consentito è infatti una scelta che implica l'esercizio (e il non-esercizio) di un potere punitivo, che per esplicita previsione costituzionale (art. 25, co. 2, Cost.) spetta al legislatore. Sia detto per inciso, d'altra parte, che un simile orientamento – debitore di un modello istituzionale otto-novecentesco, e incentrato sul monopolio parlamentare della produzione legislativa – rischia di apparire assolutamente distante da una realtà in cui il Parlamento condivide la definizione delle politiche di regolazione delle attività pericolose con almeno altri tre attori: l'Unione europea e gli organismi internazionali , il potere esecutivo e amministrativo, e gli organismi di standardizzazione privati, che sempre più spesso sono i veri *rule makers* per quanto concerne la definizione dei limiti nello svolgimento delle attività pericolose. La definizione del rischio consentito, in un contesto in cui la legge sembra ormai aver perso irrimediabilmente la sua capacità regolativa, è dunque, oggi, attività *policentrica*, che coinvolge una serie di soggetti eterogenei».

[38] Art. 14 Reg. UE 2024/1689 «I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso. 2. La sorveglianza umana mira a prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i diritti fondamentali che possono emergere quando un sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista o in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile, in particolare qualora tali rischi persistano nonostante l'applicazione di altri requisiti di cui alla presente sezione. 3. Le misure di sorveglianza sono commisurate ai rischi, al livello di autonomia e al contesto di utilizzo del sistema di IA ad alto rischio e sono garantite mediante almeno uno dei tipi di misure seguenti: a) misure individuate e integrate nel sistema di IA ad alto rischio dal fornitore prima della sua immissione sul mercato o messa in servizio, ove tecnicamente possibile; b) misure individuate dal fornitore prima

orientare i modelli organizzativi aziendali alla prevenzione degli specifici rischi derivanti dall'AI, ribadendo l'importanza della sussistenza di un sistema multilivello capace di prevenire le varie tipologie di rischio[39].

---

dell'immissione sul mercato o della messa in servizio del sistema di IA ad alto rischio, adatte ad essere attuate dal *deployer*. 4. Ai fini dell'attuazione dei paragrafi 1, 2 e 3, il sistema di IA ad alto rischio è fornito al *deployer* in modo tale che le persone fisiche alle quali è affidata la sorveglianza umana abbiano la possibilità, ove opportuno e proporzionato, di: a) comprendere correttamente le capacità e i limiti pertinenti del sistema di IA ad alto rischio ed essere in grado di monitorarne debitamente il funzionamento, anche al fine di individuare e affrontare anomalie, disfunzioni e prestazioni inattese; b) restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'output prodotto da un sistema di IA ad alto rischio ("distorsione dell'automazione"), in particolare in relazione ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati per fornire informazioni o raccomandazioni per le decisioni che devono essere prese da persone fisiche; c) interpretare correttamente l'output del sistema di IA ad alto rischio, tenendo conto ad esempio degli strumenti e dei metodi di interpretazione disponibili; d) decidere, in qualsiasi situazione particolare, di non usare il sistema di IA ad alto rischio o altrimenti di ignorare, annullare o ribaltare l'output del sistema di IA ad alto rischio; e) intervenire sul funzionamento del sistema di IA ad alto rischio o interrompere il sistema mediante un pulsante di "arresto" o una procedura analoga che consenta al sistema di arrestarsi in condizioni di sicurezza. 5. In aggiunta, per i sistemi di IA ad alto rischio di cui all'allegato III, punto 1, lettera a), le misure di cui al paragrafo 3 del presente articolo sono tali da garantire che il *deployer* non compia azioni o adotti decisioni sulla base dell'identificazione risultante dal sistema, a meno che tale identificazione non sia stata verificata e confermata separatamente da almeno due persone fisiche dotate della necessaria competenza, formazione e autorità. Il requisito di una verifica separata da parte di almeno due persone fisiche non si applica ai sistemi di IA ad alto rischio utilizzati a fini di contrasto, migrazione, controllo delle frontiere o asilo, qualora il diritto dell'Unione o nazionale ritenga sproporzionata l'applicazione di tale requisito.

[39] In questo senso v. A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, cit., pp. 201 e 296 « Si tratta di mettere in pista processi, strutture, reti e presidi per il governo del rischio, compito questo che non può di certo considerarsi assolto nella (ingenua) prospettiva di un obbligo impeditivo a soggettività individuale e ristretta: quest'ultimo sentiero non può che condurre ad una sola e scontata destinazione, la «irresponsabilità organizzata».
La diffusione estensiva dell'Al e la sua implementazione nelle organizzazioni complesse possono concorrere a incrementare gli ulteriori e tradizionali fattori di rischio, dando luogo a dinamiche del tutto nuove e diverse qualitativamente e quantitativamente. Un modello di gestione del «rischio da AI», moderno e davvero funzionale allo scopo, non può che affidarsi ad una logica organizzata e organizzativa: la stessa, come si dirà, su cui è avviata la riflessione della dottrina commercialistica sulla implementazione dell'intelligenza artificiale negli assetti e nelle funzioni di gestione e controllo della società per azioni. In questa direzione, sembra chiaro il contenuto dell'art. 9 e del considerando 65, ove si disegna un sistema organizzato di gestione del rischio avente ad oggetto sia la fase della produzione che quella del successivo utilizzo. E infatti, il fornitore deve già individuare e mappare,

Tuttavia le perplessità avvolgono in primo luogo le regole cautelari da imporre ai produttori-fornitori, soltanto tratteggiate all'interno dell'AI *Act* che si è occupato di dettare soprattutto in relazione ai c.d. «sistemi ad alto rischio»[40] una effettiva

attraverso un processo in continuo aggiornamento che tenga conto sia dell'evoluzione tecnico-scientifica sia dei risultati dell'esperienza, i rischi e gli impatti negativi dei sistemi artificiali, anche prevedendo - nei limiti della ragionevolezza - l'uso improprio che possano farne terzi soggetti o che possa insorgere dalla interrelazione con l'ambiente e altri sistemi intelligenti. [..] Le funzioni di sorveglianza previste dall'art. 14 reg. UE 2024/ 1689 sono eminentemente tecniche e richiedono competenze specialistiche che, in un'organizzazione complessa qual è la grande impresa azionaria, possono essere assicurate esclusivamente da una unità funzionale, appositamente strutturata e dotata delle necessarie risorse umane e tecnologiche. La disposizione regolamentare detta un sistema complesso e continuativo di controllo definito 'circolare' - human in the loop - che si esercita attraverso costanti feedback uomo-macchina. Il responsabile della funzione deve assicurare un insieme composito di prestazioni: conoscenza della macchina e comprensione del suo funzionamento, del data-set impiegato per il suo training, delle specifiche fornite dal produttore, delle sue modalità di utilizzo corrispondenti alle finalità d'impiego; sulla base di questa conoscenza, deve saper riconoscerne le anomalie operative, adottare le misure di intervento adeguate al caso, e saper attivare - quale *extrema ratio* - i sistemi di arresto e disattivazione della macchina (appositamente congegnati dal produttore, in termini tali da evitare il rischio che la macchina intelligente possa eludere autonomamente le dette manovre). Deve altresì essere assicurato il costante aggiornamento delle conoscenze e delle competenze tecniche. A questo proposito, il regolamento costruisce un sistema multilivello di raccolta, analisi e registrazione delle segnalazioni, osservazioni e valutazioni sulle caratteristiche operative, sulla funzionalità e soprattutto sulle anomalie e sugli imprevisti riscontrati nell'utilizzo dei sistemi di *machine learning*».

[40] Le condizioni per definire un sistema di intelligenza artificiale come ad «alto rischio» sono contenute nell'art. 6 reg. 1689/2024. Più in generale, sui diversi livelli di rischio delineati nell'AI Act v. J. LAUX - S. WATCHER - B. MITTELSTADT, *Trustworthy artificial intelligence and the European Union AI act: On the conflation of trustworthiness and acceptability of risk*, in *Regulation and governance*, 2024, pp. 1-30; C. NOVELLI - F. CASOLARI - A. ROTOLO - M. TADDEO -L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, proportional methodology for the AI act*, in *Digital Society*, 2024, pp.13; G. ZANOTTI - D. CHIFFI - V. SCHIAFFONATI, *Ai-related risk: an epistemological approach.*, in *Philosophy and Technology,*, 2024, pp. 66; E. THELISSON -V. HIMANSHU, *Conformity assessment under the EU AI act general approach*, in *AI and Ethics*, 2024, pp. 113-121; D. CZYŻEWSKA - MISZTAL, *The european union's approach to artificial intelligence from a territorial perspective: the case of dihs and edihs programmes,* in *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, 2024, pp. 1-11.; J. SCHUETT, *Risk Management in the Artificial Intelligence Act*., in *European Journal of Risk Regulation,* 2024, pp. 1-19.

disciplina – ancorché sommaria – contenente delle indicazioni sulle modalità di gestione del rischio[41].

[41] Art. 9 reg. 1689/2024. «1. In relazione ai sistemi di IA ad alto rischio è istituito, attuato, documentato e mantenuto un sistema di gestione dei rischi. 2. Il sistema di gestione dei rischi è inteso come un processo iterativo continuo pianificato ed eseguito nel corso dell'intero ciclo di vita di un sistema di IA ad alto rischio, che richiede un riesame e un aggiornamento costanti e sistematici. Esso comprende le fasi seguenti: a) identificazione e analisi dei rischi noti e ragionevolmente prevedibili che il sistema di IA ad alto rischio può porre per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali quando il sistema di IA ad alto rischio è utilizzato conformemente alla sua finalità prevista; inteso come un processo iterativo continuo pianificato ed eseguito nel corso dell'intero ciclo di vita di un sistema di IA ad alto rischio, che richiede un riesame e un aggiornamento costanti e sistematici. Esso comprende le fasi seguenti: b) stima e valutazione dei rischi che possono emergere quando il sistema di IA ad alto rischio è usato conformemente alla sua finalità prevista e in condizioni di uso improprio ragionevolmente prevedibile; c) valutazione di altri eventuali rischi derivanti dall'analisi dei dati raccolti dal sistema di monitoraggio successivo all'immissione sul mercato di cui all'articolo 72; d) adozione di misure di gestione dei rischi opportune e mirate intese ad affrontare i rischi individuati ai sensi della lettera a). 3. I rischi di cui al presente articolo riguardano solo quelli che possono essere ragionevolmente attenuati o eliminati attraverso lo sviluppo o la progettazione del sistema di IA ad alto rischio o la fornitura di informazioni tecniche adeguate. 4. Le misure di gestione dei rischi di cui al paragrafo 2, lettera d), tengono in debita considerazione gli effetti e la possibile interazione derivanti dall'applicazione combinata dei requisiti di cui alla presente sezione, al fine di ridurre al minimo i rischi con maggiore efficacia e raggiungere nel contempo un equilibrio adeguato nell'attuazione delle misure volte a soddisfare tali requisiti. 5. Le misure di gestione dei rischi di cui al paragrafo 2, lettera d), sono tali che i pertinenti rischi residui associati a ciascun pericolo nonché il rischio residuo complessivo dei sistemi di IA ad alto rischio sono considerati accettabili. Nell'individuare le misure di gestione dei rischi più appropriate, occorre garantire quanto segue: a) l'eliminazione o la riduzione dei rischi individuati e valutati a norma del paragrafo 2, per quanto possibile dal punto di vista tecnico attraverso un'adeguata progettazione e fabbricazione del sistema di IA ad alto rischio; b) ove opportuno, l'attuazione di adeguate misure di attenuazione e di controllo nell'affrontare i rischi che non possono essere eliminati; c) la fornitura delle informazioni richieste a norma dell'articolo 13 e, ove opportuno, la formazione dei *deployer*. Al fine di eliminare o ridurre i rischi connessi all'uso del sistema di IA ad alto rischio, si tengono debitamente in considerazione le conoscenze tecniche, l'esperienza, l'istruzione e la formazione che ci si può aspettare dal *deployer* e il contesto presumibile in cui il sistema è destinato ad essere usato. 6. I sistemi di IA ad alto rischio sono sottoposti a prova al fine di individuare le misure di gestione dei rischi più appropriate e mirate. Le prove garantiscono che i sistemi di IA ad alto rischio funzionino in modo coerente per la finalità prevista e che siano conformi ai requisiti di cui alla presente sezione. 7. Le procedure di prova possono comprendere prove in condizioni reali conformemente all'articolo 60».

Leggendo tra le righe del compendio fornito dall'art. 9 dell'AI *Act* è possibile rintracciare l'adesione ad un paradigma che prescrive al produttore-fornitore una serie di obblighi, concernenti essenzialmente all'individuazione dei rischi noti e prevedibili *ex ante* nonché allo svolgimento di analisi sui potenziali rischi emergenti in seguito alla commercializzazione del prodotto. Si assiste ad una sorta di delega in bianco, cui beneficiarie sono chiaramente le imprese produttrici, in ragione del fatto che le competenze specifiche da esse possedute consentono *ex se* di provvedere alla compiuta valutazione del rischio.

Il legislatore europeo, stante l'impossibilità di entrare così in profondità nei gangli della materia, ha optato per un rinvio a formule generiche – si noti l'inciso contenuto all'art. 9 par. 2 relativo alla necessità di un aggiornamento continuo e costante – in modo da responsabilizzare le imprese coinvolte nel processo di produzione e distribuzione dei sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio. Tale delega costituisce la presa di coscienza della natura articolata del tecnicismo caratterizzante l'intero processo di formazione dei sistemi, che sfugge ad una regolamentazione fissa in grado di inquadrare con anticipo le cautele da adottare per la prevenzione degli accadimenti lesivi.

Affidare alle imprese la parziale delimitazione delle regole cautelari si rivela una scelta necessaria non priva comunque di insidie data la vasta portata che assume l'autonormazione[42] in un campo dotato di notevole capacità espansiva come quello dell'intelligenza artificiale. La preoccupazione viene acuita dalla prospettiva "liberatoria" celata all'interno di modelli interamente concepiti dagli stessi soggetti potenzialmente passibili di sanzioni penali, che avrebbero il monopolio sulla definizione del «rischio accettabile»[43] e delle regole cautelari[44].

---

[42] In tempi recenti, sui caratteri e limiti dell'autonormazione in materia penale v. per tutti D. BIANCHI, *Autonormazione e diritto penale*, Torino, 2021 e bibliografia *ivi* citata.

[43] V. Art. 9 reg UE 2024/1689 Par. 5

[44] Un ulteriore rischio collaterale di tale autonormazione viene individuato da B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., p. 431 ove l'A. rileva come «[..] In questo contesto, si staglia all'orizzonte il rischio – già manifestatosi in passato – che il giudice possa sostituirsi al legislatore nella formulazione, ex post, delle cautele doverose (e, in questo caso, della definizione del "rischio accettabile" nel settore dell'intelligenza artificiale)».

L'inesistenza di una netta linea di demarcazione – fatta eccezione per le pratiche di AI vietate dal regolamento[45], espressione del rischio illecito – rafforza i dubbi dogmatici in merito alla concreta organizzazione della legislazione penale in materia.

La vaghezza delle nozioni contenute nell'AI *Act* contribuisce ad intricare i nodi della questione, fermo restando che la fonte sovranazionale non si occupa di individuare autonomamente le ipotesi in cui possano sorgere profili di responsabilità penale per le diverse figure coinvolte nello sviluppo, produzione e distribuzione dei sistemi di AI.

In assenza di una disciplina penalistica organica, escluso il ricorso ad una modalità d'imputazione oggettiva in sede penale, sarà fondamentale indicare dei parametri dai caratteri fluidi il cui mancato rispetto comporti – qualora vengano posti in pericolo beni giuridici primari – la possibilità di muovere un rimprovero al singolo sviluppatore od all'ente produttore-distributore[46].

La manovra incontra tuttavia degli ostacoli non indifferenti considerato l'inarrestabile progresso dei sistemi di intelligenza artificiale, al quale dovrà essere contrapposto un contemporaneo sviluppo delle regole cautelari – sia previste *ex lege* che contenute nei modelli di *compliance* aziendali –.

Volendo immaginare una precisa normazione da parte del legislatore interno, va rilevato come la creazione di una disciplina settoriale rigida potrebbe rivelarsi

---

[45] Per una disamina relativa ai profili penalistici connessi allo sviluppo dei sistemi di AI vietati dall' ampio catalogo contenuto nell'art. 5 del Reg. 1689/2024 v. nella letteratura italiana S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e processo penale: le novità dell'AI Act*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 16 Gennaio 2025, pp. 4 ss; L. PULITO, *Algoritmi predittivi e valutazione della pericolosità sociale: livelli di rischio alla luce dell'AI Act e prospettive interne di impiego*, in *Arch. pen.*, 3, 2025, pp. 1 ss.; G. CANZIO, *AI ACT e processo penale: sfide e opportunità*, in *www.sistemapenale.it*, 14 Ottobre 2024; A. BALSAMO, *L'impatto dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia*, in *Sist. pen.*, 24 maggio 2024; R. BLAIOTTA, *Giustizia, errore, intelligenza artificiale*, in *Sist. pen.*, 23 ottobre 2023; M. AMISANO, *Prevedere – e non predire – attraverso gli algoritmi e le loro insidie*, in *Arch. pen.*, 2, 2022; D. PERRONE, *La prognosi postuma tra distorsioni cognitive e software predittivi*, Torino, 2022; O. DI GIOVINE, *Il judge-Bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cass. pen.*, 2020, pp. 951 ss.; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale – Il diritto, i diritti, l'etica*, Milano, 2020, pp. 547 ss;

[46] Sulla responsabilità dell'ente va precisato che sarebbe comunque necessaria una rivisitazione del catalogo dei reati presupposto contenuti nel d.lgs 231/2001. Sottolineano tale problematica V. MONGILLO, *Responsabilità da reato degli enti e crimini connessi all'intelligenza artificiale: tecniche giuridiche di intervento e principali ostacoli*, in *Arch. pen.*, 3, 2024, pp. 7; A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale,* cit., *passim.*; B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., pp. 740-741.

inefficace a causa del rapido aumento delle conoscenze tecnologiche. In tal modo verrebbe a generarsi un effetto paradossale, con l'impossibilità di sanzionare l'operatore che abbia sfruttato la sua posizione di superiorità pur essendo allo stesso nota l'obsolescenza delle regole cautelari grazie all'attività di aggiornamento svolta.

A rigor di logica, la predilezione verso un modello aperto al contributo necessario delle imprese che posseggono un elevato grado di competenze specifiche in relazione ai sistemi di intelligenza artificiale appare votata a scongiurare una futura – e del resto probabile – frattura tra il reale livello di avanzamento scientifico e le previsioni normative.

L'AI *Act* sembra cogliere l'importanza di un dialogo tra soggetti pubblici e privati, puntando sulla proficua collaborazione dei secondi, chiamati – in ragione delle maggiori competenze tecniche a loro disposizione – ad un'interazione costante, funzionale alla prevenzione del rischio e proporzionata alle caratteristiche del sistema[47]. Con tutti i suoi limiti[48], la soluzione prescelta risulta condivisibile poiché permette l'adeguamento graduale delle tutele nei confronti della collettività senza bloccare in maniera irragionevole gli amplissimi margini di crescita del settore. La corretta gestione del rischio impone una diligenza irrinunciabile da parte dei privati, il cui apporto sarà fondamentale per tracciare congiuntamente le linee guida utili a limitare il "rischio da AI". Sul punto è bene precisare che in capo ad essi permarrà

[47] Va sottolineato come siano differenti i requisiti delineati dall'AI Act in relazione al grado di rischio attribuito al sistema di AI, in dettaglio v. gli artt. 5-7, 8-15 e 50 del Regolamento. Sul modello di *core governance* ipotizzabile v. per tutti A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, cit., pp. 386 ss.

[48] Cfr. F. BASILE - B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale: prove tecniche di convivenza*, cit., pp. 11 ove gli A. rilevano i *vulnera* di alcune previsioni contenutistiche dell'art. 9 dell'AI Act, sottolineando come alcune di esse sfiorino la tautologia «Una volta individuati ed analizzati i rischi (ai sensi dell'art. 9, par., 2, lett. a, b e c), che fare? Quali rischi dovranno essere necessariamente eliminati, al fine di poter commercializzare il sistema di i.a., e quali, invece, dovranno essere semplicemente ridotti e "gestiti"? L'AI Act, da questo punto di vista, non è particolarmente d'aiuto, arrivando a sfiorare la tautologia quando dispone che «Le misure di gestione dei rischi di cui al paragrafo 2, lettera d), sono tali che i pertinenti rischi residui associati a ciascun pericolo nonché il rischio residuo complessivo dei sistemi di IA ad alto rischio sono considerati accettabili» (art. 9, par. 5). Quella del "rischio accettabile" è, infatti, di per sé, una formula vuota, che – come già sottolineato – necessita di essere "riempita" da considerazioni e decisioni eminentemente politiche. Si attendono, in questa prospettiva, le normative settoriali e gli standard tecnici, che dovrebbero contribuire ad una più precisa definizione del bilanciamento tra rischio da intelligenza artificiale e tutela dei diritti fondamentali dei cittadini (o, in un'ottica penalistica, dei beni giuridici».

l'obbligo di aggiornare con regolarità le procedure di controllo – specie nei casi di produzione di sistemi ad alto rischio[49] – onde evitare possibili elusioni delle cautele imposte dal legislatore sovranazionale.

[49] In linea generale l'art. 16 del Regolamento stabilisce gli obblighi a cui sono soggetti i fornitori dei sistemi ad alto rischio, con un rimando agli artt. 17-20 e 47-49 «I fornitori dei sistemi di IA ad alto rischio: a) garantiscono che i loro sistemi di IA ad alto rischio siano conformi ai requisiti di cui alla sezione 2; b) indicano sul sistema di IA ad alto rischio oppure, ove ciò non sia possibile, sul suo imballaggio o sui documenti di accompagnamento, a seconda dei casi, il loro nome, la loro denominazione commerciale registrata o il loro marchio registrato e l'indirizzo al quale possono essere contattati; c) dispongono di un sistema di gestione della qualità conforme all'articolo 17; d) conservano la documentazione di cui all'articolo 18; e) quando sono sotto il loro controllo, conservano i log generati automaticamente dai loro sistemi di IA ad alto rischio di cui all'articolo 19; f) garantiscono che il sistema di IA ad alto rischio sia sottoposto alla pertinente procedura di valutazione della conformità di cui all'articolo 43 prima che sia immesso sul mercato o messo in servizio; g) elaborano una dichiarazione di conformità UE a norma dell'articolo 47; h) appongono la marcatura CE sul sistema di IA ad alto rischio oppure, ove ciò non sia possibile, sul suo imballaggio o sui documenti di accompagnamento per indicare la conformità al presente regolamento a norma dell'articolo 48; i) rispettano gli obblighi di registrazione di cui all'articolo 49, paragrafo 1; j) adottano le necessarie misure correttive e forniscono le informazioni necessarie in conformità dell'articolo 20; k) su richiesta motivata di un'autorità nazionale competente, dimostrano la conformità del sistema di IA ad alto rischio ai requisiti di cui alla sezione 2; l) garantiscono che il sistema di IA ad alto rischio sia conforme ai requisiti di accessibilità in conformità delle direttive (UE) 2016/2102 e (UE) 2019/882». Sul punto rileva F. CONSULICH, *Il diritto penale al tempo dell'intelligenza artificiale prospettive punitive nazionali dopo l'AI Act*, cit., pp. 733 che «Si tratta di vincoli che si applicano anche se un software non ad alto rischio venga modificato in un secondo momento in modo tale da rientrare nella categoria per cui il regolatore mostra maggiore preoccupazione (cfr. art. 25 comma 1, lett. c). Nel caso in cui il sistema intelligente venga rielaborato da un nuovo fornitore, il primo deve collaborare fornendo tutte le informazioni necessarie e l'accesso tecnico per garantire la conformità alle normative, a meno che abbia chiaramente vietato l'innalzamento del livello di rischio (art. 25 comma 2)». Obblighi meno stringenti sono invece previsti in relazione ai sistemi di AI non ad alto rischio, la cui disciplina da parte del Regolamento è dettata in via residuale come si coglie dal contenuto dell'art. 50. Cfr. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., pp. 163-164 «L'art. 50 dell'AI Act, in particolare, impone ai fornitori alcuni (generici) obblighi di trasparenza e *labeling*, al fine di consentire alle persone che si interfacciano con tali sistemi di essere a conoscenza della loro natura "artificiale". Per quanto riguarda i *chatbot*, sono i fornitori che devono progettare il sistema in modo tale che gli utenti siano informati di stare interagendo con una macchina piuttosto che con un essere umano; non sono invece previsti obblighi di trasparenza in capo agli utenti. Così, sarà solo la persona (fisica o giuridica) che ha progettato il *chatbot* a dover garantire il rispetto degli obblighi di trasparenza, non anche il *deployer* che impiega il software nell'ambito di un'attività professionale. Al contrario, in relazione agli *emotion recognition systems* e ai sistemi di categorizzazione biometrica, gli obblighi di trasparenza ricadono soltanto sui *deployer*. Quanto ai

L'obiettivo è la creazione di regole protocollari – opportunamente validate da esperti, imprese ed autorità pubbliche – in grado di adattarsi progressivamente allo sviluppo tecnologico e che siano preordinate alla tutela dei diritti fondamentali, tenuto conto che nel campo dell'AI l'azzeramento assoluto del rischio appare irrealistico. Le prescrizioni dell'AI *Act* mirano alla selezione di adeguate cornici di rischio al fine di ridurre il più possibile la verificazione di eventi dannosi, mostrando la loro natura «programmatica e modale»[50] orientata ad una funzione precauzionale.

Il modello di gestione del rischio delineato nei suoi contorni si presta ad una necessaria integrazione dal punto di vista pratico-organizzativo, da attuare di concerto con l'ampliamento delle conoscenze a disposizione degli operatori di settore intesi *sensu largo* come garanti della sicurezza collettiva proprio per la loro posizione privilegiata. L'adeguatezza sistemica delle regole cautelari elaborate seguendo la stella polare della "prevenzione ragionevole" fungerà da scudo all'estensione indiscriminata della responsabilità penale, evitando il ricorso ad un'imputazione oggettiva dell'evento in capo ai garanti che abbiano rispettato le procedure prescritte[51]

---

sistemi di i.a. generativa, il fornitore dovrà garantire che «gli output del sistema di IA siano marcati in un formato leggibile meccanicamente e rilevabili come generati o manipolati artificialmente». D'altra parte, qualora tale sistema generi un deepfake – ovverosia, nella definizione dell'AI Act, «un'immagine o un contenuto audio o video generato o manipolato dall'IA che assomiglia a persone, oggetti, luoghi o altre entità o eventi esistenti e che apparirebbe falsamente autentico o veritiero a una persona» (art. 3, par. 1, n. 60) – il *deployer* dovrà rendere noto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente (v. art. 50, par. 4)».

[50] Così A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale,* cit., pp. 307.

[51] Cfr. B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e crisi del diritto penale d'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1, 2024, pp. 287 ss; A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale,* cit., 311«Il rispetto di queste procedure sta alla base della valutazione normativa in termini di accettabilità del rischio: e dunque di adeguatezza delle regole individuate e prescritte, le quali costituiscono la primaria indicazione che costituisce l'oggetto della garanzia. Sul versante della titolarità degli obblighi, il regolamento, poi, cattura l'intera filiera: dal produttore all'utilizzatore finale. Appare evidente che, poste le direttive generali, sarà la normativa di dettaglio e l'autonormazione a cesellare le figure dei garanti nell'organizzazione imprenditoriale. Si potrebbe allora concludere affermando che tutti gli eventi avversi derivanti da tali rischi, e che si siano verificati nonostante l'attuazione delle procedure e delle misure predette, non possono dar luogo ad alcuna responsabilità penale per difetto di tipicità obiettiva. La situazione di garanzia non richiede che non si agisca o non si ometta, bensì e più semplicemente che si rispettino queste procedure preventive e organizzative». Tuttavia nel prosieguo l'A. evidenzia i molteplici ostacoli che si frappongono ad una tale lettura, con il pericolo di un'indebita estensione giurisprudenziale del paradigma omissivo.

– purché esse siano state debitamente aggiornate in coerenza con l'avanzamento del sapere tecnologico –.

4. Le sanzioni previste dall'AI *Act* ed il ruolo delle Autorità Nazionali di Vigilanza.

Come precisato nel corso della nostra analisi, l'AI *Act* sembra muoversi in una direzione che lascia l'intervento penalistico sullo sfondo, concentrandosi sulla creazione di sanzioni di tipo amministrativo[52] legate all'eventuale mancata ottemperanza dei numerosi obblighi contenuti all'interno del regolamento.

L'Art. 99 al comma primo lascia libertà di manovra agli Stati membri, non menzionando espressamente misure di carattere penale «In conformità dei termini e delle condizioni di cui al presente regolamento, gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni e alle altre misure di esecuzione, che possono includere anche avvertimenti e misure non pecuniarie, applicabili in caso di violazione del presente regolamento da parte degli operatori, e adottano tutte le misure necessarie per garantirne un'attuazione corretta ed efficace, tenendo conto degli orientamenti emanati dalla Commissione a norma dell'articolo 96. Le sanzioni previste sono effettive, proporzionate e dissuasive. Esse tengono conto degli interessi delle PMI, comprese le start-up, e della loro sostenibilità economica».La predilezione verso l'approccio amministrativo può cogliersi anche con riguardo ai commi successivi, ove si provvede ad individuare l'entità delle diverse sanzioni di tipo pecuniario applicabili alle imprese, parametrate all'entità della violazione[53] ed alla tipologia del

---

[52] Invero, come segnala B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., pp. 628, per la loro entità esse dovrebbero essere ritenute rientranti nella *matière pénale*, dovendo dunque le stesse essere assoggettate alle garanzie sostanziali e processuali della materia penale.

[53] Art. 99 co.7 «Nel decidere se infliggere una sanzione amministrativa pecuniaria e nel determinarne l'importo in ogni singolo caso, si tiene conto di tutte le circostanze pertinenti della situazione specifica e, se del caso, si tiene in considerazione quanto segue: a) la natura, la gravità e la durata della violazione e delle sue conseguenze, tenendo in considerazione la finalità del sistema di IA, nonché, ove opportuno, il numero di persone interessate e il livello del danno da esse subito; b) se altre autorità di vigilanza del mercato hanno già applicato sanzioni amministrative pecuniarie allo stesso operatore per la stessa violazione; c) se altre autorità hanno già applicato sanzioni amministrative pecuniarie allo stesso operatore per violazioni di altre disposizioni del diritto dell'Unione o nazionale, qualora tali violazioni derivino dalla stessa attività o omissione che costituisce una violazione pertinente del presente regolamento; d) le dimensioni, il fatturato annuo e la quota di mercato dell'operatore che ha commesso la violazione; e) eventuali altri fattori aggravanti o attenuanti applicabili alle circostanze del caso, ad esempio i benefici finanziari conseguiti o le perdite evitate, direttamente o indirettamente, quale conseguenza della violazione; f) il grado di cooperazione con le autorità nazionali competenti al

sistema di intelligenza artificiale[54]. Nonostante un'impostazione del genere possa essere accolta con favore, considerata la totale assenza di una disciplina sul punto sino all'emanazione dell'AI *Act*, va rilevato come essa comporti una serie di problematiche non indifferenti sotto il profilo del meccanismo sanzionatorio.

Anzitutto, dette sanzioni dovrebbero essere irrogate dalle Autorità Nazionali di Vigilanza, da dotare di figure altamente qualificate che siano in grado di accertare le attività contrarie al regolamento poste in essere dagli operatori del settore. All'orizzonte si staglia la necessità di creare *ex novo* organismi specializzati nel controllo e prevenzione del rischio derivante dalla produzione di sistemi di intelligenza artificiale, fermo restando che a norma dell'art. 70 co. 1 dell'AI *Act* la decisione è affidata al singolo Stato membro che può nominare Autorità già esistenti[55].

Alle singole Autorità Nazionali sono affidati compiti di primaria importanza, relativi non solo a funzioni di ausilio delle imprese ma soprattutto alla vigilanza da esercitare nei loro confronti ed alla decisione sull'emissione delle sanzioni *ex* art. 99

---

fine di porre rimedio alla violazione e attenuarne i possibili effetti negativi; g) il grado di responsabilità dell'operatore tenendo conto delle misure tecniche e organizzative attuate; h) il modo in cui le autorità nazionali competenti sono venute a conoscenza della violazione, in particolare se e in che misura è stata notificata dall'operatore; i) il carattere doloso o colposo della violazione; j) l'eventuale azione intrapresa dall'operatore per attenuare il danno subito dalle persone interessate».

[54] Art. 99 co. 3 ss. «3. La non conformità al divieto delle pratiche di IA di cui all'articolo 5 è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 35 000 000 EUR o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 7 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore. 4. La non conformità a qualsiasi delle seguenti disposizioni connesse a operatori o organismi notificati, diverse da quelle di cui all'articolo 5, è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 15 000 000 EUR o, se l'autore del reato è un'impresa, fino al 3 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore: a) gli obblighi dei fornitori a norma dell'articolo 16; b) gli obblighi dei rappresentati autorizzati a norma dell'articolo 22; c) gli obblighi degli importatori a norma dell'articolo 23; d) gli obblighi dei distributori a norma dell'articolo 24; e) gli obblighi dei *deployer* a norma dell'articolo 26; f) i requisiti e gli obblighi degli organismi notificati a norma dell'articolo 31, dell'articolo 33, paragrafi 1, 3 e 4, o dell'articolo 34; g) gli obblighi di trasparenza per i fornitori e i *deployers* a norma dell'art. 50. 5. La fornitura di informazioni inesatte, incomplete o fuorvianti agli organismi notificati o alle autorità nazionali competenti per dare seguito a una richiesta è soggetta a sanzioni amministrative pecuniarie fino a 7 500 000 EUR o, se l'autore del reato è un'impresa, fino all'1 % del fatturato mondiale totale annuo dell'esercizio precedente, se superiore».

[55] Art. 70 co. 1 «Ciascuno Stato membro istituisce o designa come autorità nazionali competenti ai fini del presente regolamento almeno un'autorità di notifica e almeno un'autorità di vigilanza del mercato».

del regolamento[56].
L'Italia con l'art. 20 della L. 132/2025[57] ha scelto di delegare tali funzioni a due agenzie

[56] Cfr. S. VILLANI, *I sistemi di vigilanza sull'applicazione dell'AI Act: ognun per sé*?, in *Quaderni AISDUE*, 2, 2024, pp. 4-5 «La prima funzione sarà essenzialmente di supporto dal momento che le autorità potranno fornire orientamenti e consulenza sull'attuazione del regolamento, in particolare in favore delle PMI, comprese le startup, tenendo conto, a seconda dei casi, degli orientamenti e della consulenza del Comitato scientifico e della Commissione. La seconda funzione, ben più articolata, comprende invece la pura vigilanza. Sebbene, infatti, la maggior parte dei sistemi di IA non sia soggetta a requisiti e obblighi specifici in quanto non categorizzati come ad alto rischio, le autorità di vigilanza del mercato potranno adottare misure in relazione a tutti i sistemi di IA che presentino un rischio conformemente al regolamento. Le autorità potranno quindi chiedere ai fornitori informazioni e accedere alla documentazione, sollecitare l'adozione di misure correttive e il ritiro del sistema dal mercato qualora non conforme a quanto previsto dal regolamento. [..] Qualora le misure correttive di cui sopra non siano sufficienti, l'art. 99 introduce la possibilità per le autorità di vigilanza di adottare sanzioni pecuniarie e altre misure di esecuzione, inclusi avvertimenti e misure di natura non pecuniaria, applicabili in caso di violazione del regolamento da parte degli operatori».

[57] Art. 20 co.1 «Al fine di garantire l'applicazione e l'attuazione della normativa nazionale e dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale, l'Agenzia per l'Italia digitale (AgID) e l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN) sono designate quali Autorità nazionali per l'intelligenza artificiale, ferma restando l'attribuzione alla Banca d'Italia, alla CONSOB e all'IVASS del ruolo di autorità di vigilanza del mercato ai sensi e secondo quanto previsto dall'articolo 74, paragrafo 6, del regolamento (UE) 2024/1689. Conseguentemente, nel rispetto dei principi di cui alla presente legge e ferme restando le funzioni già rispettivamente attribuite: a) l'AgID è responsabile di promuovere l'innovazione e lo sviluppo dell'intelligenza artificiale, fatto salvo quanto previsto dalla lettera b). L'AgID provvede altresì a definire le procedure e a esercitare le funzioni e i compiti in materia di notifica, valutazione, accreditamento e monitoraggio dei soggetti incaricati di verificare la conformità dei sistemi di intelligenza artificiale, secondo quanto previsto dalla normativa nazionale e dell'Unione europea; b) l'ACN, anche ai fini di assicurare la tutela della cybersicurezza, come definita dall'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 14 giugno 2021, n. 82, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2021, n. 109, è responsabile per la vigilanza, ivi incluse le attività ispettive e sanzionatorie, dei sistemi di intelligenza artificiale, secondo quanto previsto dalla normativa nazionale e dell'Unione europea. L'ACN è altresì responsabile per la promozione e lo sviluppo dell'intelligenza artificiale relativamente ai profili di cybersicurezza; c) l'AgID e l'ACN, ciascuna per quanto di rispettiva competenza, assicurano l'istituzione e la gestione congiunta di spazi di sperimentazione finalizzati alla realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale conformi alla normativa nazionale e dell'Unione europea, sentiti il Ministero della difesa per gli aspetti relativi ai sistemi di intelligenza artificiale impiegabili in chiave duale e il Ministero della giustizia per i modelli e i sistemi di intelligenza artificiale applicabili all'attività giudiziaria. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 36, commi da 2-bis a 2-novies, del decreto-legge 30 aprile 2019, n. 34, convertito, con modificazioni, dalla legge 28

già esistenti, AgID[58] e ACN[59], non optando per l'istituzione di un nuovo soggetto giuridico a cui attribuire in via esclusiva le valutazioni afferenti al rispetto del regolamento, dotandosi di un modello che presenta vistose criticità sul versante dell'intreccio di competenze già proprie delle due autorità designate ed in seno all'imparzialità[60].

In *ultima facie*, ritornando sull'irrogazione in concreto della sanzione amministrativa, è bene sottolineare che i poteri sanzionatori delle suddette autorità saranno soggetti alle «garanzie procedurali adeguate in conformità del diritto dell'Unione e nazionale, inclusi il ricorso giurisdizionale effettivo e il giusto processo»[61]. Tramite quest'espressa previsione si rinviene l'intento di non sganciare il procedimento applicativo da un successivo controllo giurisdizionale che appare affidato in via primaria alle autorità giudiziarie degli Stati membri, stante il dettato del co.9 dell'art. 99 dell'AI *Act* «A seconda dell'ordinamento giuridico degli Stati membri, le norme in materia di sanzioni amministrative pecuniarie possono essere applicate in modo tale che le sanzioni pecuniarie siano inflitte dalle autorità giudiziarie nazionali competenti o da altri organismi, quali applicabili in tali Stati membri. L'applicazione di tali norme in tali Stati membri ha effetto equivalente».

Dal combinato disposto dei due commi in questione emerge con nettezza la scelta di operare una delega implicita in favore delle normative nazionali, vero fulcro delle modalità sanzionatorie delineate nell'AI *Act*[62]. Gli articoli citati rappresentano

---

giugno 2019, n. 58, per quanto concerne la sperimentazione di sistemi di intelligenza artificiale destinati ad essere immessi sul mercato, messi in servizio o usati da istituti finanziari».

[58] Agenzia per l'Italia Digitale

[59] Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale

[60] In senso critico v. F. FAINI, *Intelligenza artificiale e sovranità digitale: il modello europeo*, in *BioLaw Journal - Rivista di Biodiritto*, 2025, 4, pp. 263 «Anche la prevista governance duale con la designazione di AgID e ACN come autorità nazionali non risulta convincente, alla luce di una prevedibile difficoltà di distinzione delle rispettive competenze e conseguenti conflitti e sovrapposizioni. Lo snodo della governance è però cruciale per costruire la sovranità regolatoria europea. Peraltro, date le rilevanti competenze già agite da tali autorità e la complessità dell'intelligenza artificiale, sommare questa competenza ad organismi esistenti potrebbe non rivelarsi la soluzione ottimale al momento dell'implementazione. Un'autorità terza e indipendente rispetto a quelle esistenti avrebbe garantito maggiore efficacia, neutralità e imparzialità, oltre ad assicurare un monitoraggio effettivo degli impatti etico-giuridici-sociali».

[61] Art. 99 co. 10 del Regolamento.

[62] In questo senso v. S. VILLANI, *I sistemi di vigilanza sull'applicazione dell'AI Act: ognun per sé*?,, cit., pp. 7 «[..] In linea con l'autonomia procedurale degli Stati membri, non solo la dimensione organizzativa

il manifesto programmatico della risposta sanzionatoria, con le previsioni in essi racchiuse che fungeranno da criteri guida per il legislatore interno.

5. Riflessioni conclusive.

Come evidenziato nel corso dell'analisi, alla complessità intrinseca dei sistemi di intelligenza artificiale è connaturata una certa difficoltà insita nell'individuare con precisione il perimetro della responsabilità penale. Da ciò deriva un duplice ordine di incertezze, attinenti al già citato rischio di deresponsabilizzazione ed alla contrapposta ricerca di una "vittima sacrificale" – persona fisica od ente – da innalzare sull'altare del diritto penale. Entrambi gli approcci potrebbero rivelarsi particolarmente dannosi per il futuro sviluppo della legislazione penale in materia, essendo ad essi riferibili delle criticità che risultano insuperabili a meno di non voler tralasciare le innumerevoli implicazioni connesse alla produzione ed utilizzo dell'AI.

Sebbene optare per l'esclusione a priori di una più ampia regolamentazione a livello penalistico significherebbe inevitabilmente alleggerire la pressione sull'intero settore e potrebbe comportare delle libertà maggiori per i soggetti coinvolti nello sviluppo dei sistemi tecnologici – con potenziali ricadute positive – il sacrificio delle esigenze di tutela collettiva non appare giustificabile[63].

Lungi dal voler rinvigorire tendenze panpenalistiche, tale linea di pensiero deve raccordarsi con la visione di un diritto penale che renda ossequio alla sua natura frammentaria, evitando per converso il facile ed appetibile scivolamento verso un

---

delle autorità di vigilanza ma anche la distribuzione dei poteri rispetto all'imposizione di eventuali sanzioni in caso di violazioni dell'AI Act si configura sotto un profilo scarsamente armonizzato a livello sovranazionale, se non rispetto a dei criteri minimi, e sostanzialmente affidato alle normative nazionali».

[63] Della stessa opinione A. MANGIONE, *Intelligenza artificiale, attività d'impresa e diritto penale*, cit., p. 193, secondo cui «[..] E' semplicemente inimmaginabile una prospettiva di abdicazione e rinuncia del diritto penale alle istanze di protezione di beni giuridici fondamentali. Sarebbe persino una prospettiva iniqua perché finirebbe col tradursi in una «smobilitazione selettiva» del diritto penale in quanto circoscritta solo a quel comparto economico e produttivo composto - lo si è già segnalato - da pochi e globali players del «mercato dell'AI» anche sul piano della percezione simbolica, si veicolerebbe il messaggio di un gendarme che si ritrae innanzi ai pericoli generati da pochi "potenti", che traggono per sé i massimi benefici rilasciando tutte le esternalità sul capo dei "deboli". E tutto questo non alimenterebbe affatto le prospettive di fiducia e consenso sociale verso questa nuova tecnologia intelligente, e anzi finirebbe per far smarrire di vista gli innegabili benefici e vantaggi collettivi che essa promette».

modello di responsabilità oggettiva del produttore-fornitore o dell'utilizzatore[64]. Su questo punto, l'incompatibilità tra diritto penale liberale ed una simile impostazione rimanda alla necessità di adottare delle scelte di politica criminale prodromiche a garantire una risposta sanzionatoria di carattere penalistico – pur confinandola alle ipotesi di lesione dei beni giuridici primari – in grado di agganciarsi coerentemente alla dimensione della colpevolezza.

Il terreno apparentemente sterile sopra il quale dovrebbe innestarsi la sanzione penale, invero più fecondo per i rimedi di carattere amministrativo-civilistico, non impedisce tuttavia la proposizione di alcune linee d'intervento funzionali a scongiurare una pericolosa "ignavia" legislativa. L'obiettivo non dovrà essere quello di rallentare l'auspicato sviluppo tecnologico bensì di porre degli avamposti a presidio dei parametri di sicurezza in parte già delineati nell'AI *Act*.

Stanti le criticità insite nell'accertamento del nesso di causalità tra la condotta imprudente e l'evento lesivo, la soluzione più logica porta l'attenzione verso la creazione di fattispecie di pericolo concreto[65]. L'opzione, comunque foriera di insidie

---

[64] Con riguardo alla responsabilità penale dell'utilizzatore finale del sistema di intelligenza artificiale, oltre ai problemi riguardanti l'uso distorto dell'intelligenza artificiale generativa ed i veicoli a guida autonoma, anche il settore della robotica medica ha portato la dottrina penalistica italiana ad ampie riflessioni v. L.A. TERRIZZI, *Medical devices e diritto penale. Profili di responsabilità del produttore e dell'utilizzatore*, Milano, 2023; N. AMORE, *L'effetto della robotica e dell'IA nell'imputazione giuridica degli eventi infausti*, in E. ROSSERO - N. AMORE, *Robotica e intelligenza artificiale nell'attività medica. Organizzazione, autonomia, responsabilità*, Bologna, 2023; C. IAGNEMMA, *I 'robot medici': profili problematici in tema di alleanza terapeutica e di responsabilità penale*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2020, pp. 442 ss.; L. PICOTTI, *Spunti di riflessione per il penalista di fronte all'utilizzo della robotica nella medicina*, in *Responsabilità sanitaria, rischio clinico e valore della persona*, 2022, 1, pp. 111 ss.; F. LA GIOIA, *L'intelligenza artificiale in sanità: un'analisi giuridica*, Milano, 2020, pp. 204 ss.; F.C. LA VATTIATA, *Artificial Intelligence in Healthcare: Risk Assessment and Criminal Law*, in *Dir. pen. uomo*, 2 dicembre 2020.

[65] Precedentemente all'introduzione dell'AI *Act* sembra propendere per questa soluzione F. CONSULICH, *Flash offenders. Le prospettive di accountability penale nel contrasto alle intelligenze artificiali devianti*, cit., p. 1051 «La responsabilità da assunzione colposa o dolosa di rischio illecito concentra la valutazione di disvalore proprio sulla perdita, volontaria o per negligenza del controllo sulla fonte del pericolo, lasciando sullo sfondo l'evento, che il più delle volte, anzi pressoché sempre, sfugge alle possibilità di previsione dell'agente. La responsabilità di enti e persone fisiche in questa materia potrebbe basarsi dunque su fattispecie di pericolo che puniscano la mancata realizzazione di una rete protettiva attorno all'operatività dell'AI e l'omessa tempestiva attivazione di misure di sicurezza in caso di segnali di allarme. Ad esse potrebbero affiancarsi ipotesi costruite sulla tecnica ingiunzionale ove il privato (soggetto individuale o collettivo) risponda penalmente se non ottempera alla prescrizione di riparare una falla nei meccanismi preventivi di protezione individuata dalle Autorità

sul piano ermeneutico, permetterebbe di colmare il c.d. *responsibility gap*[66] che aleggia intorno alla sfera penalistica, stretta tra le difficoltà di elaborazione normativa determinate dagli ampi margini di sviluppo del settore tecnologico.

Rimarcare l'importanza di un intervento normativo *ad hoc* non significa negare la validità dell'impianto previsto nell'AI *Act* e nella Direttiva UE 2024/2853 sul danno da prodotto, considerato che alla tutela penale sarebbe assegnata una funzione di *extrema ratio* nell'ottica di prevenire lesioni dei beni giuridici primari.

Limitare il perimetro di operatività delle nuove disposizioni al paradigma del pericolo concreto costituirà un compromesso fondamentale per schiudere delle prospettive sull'orizzonte penalistico, attualmente privo di un complesso di fattispecie capace di cogliere nel segno. La validità dell'osservazione sembra essere confermata dalle proposte provenienti dalla dottrina, incentrate sulla creazione di un novero di previsioni funzionali a sanzionare l'immissione in commercio di sistemi pericolosi per la vita o l'incolumità individuale[67].

---

di controllo o non ripara i danni prodottisi a seguito di un disguido nel funzionamento dell'AI». Invero tale esigenza sembra essere riconosciuta anche dal legislatore come si legge dall'art. 24 co.5 lett. b) della Legge 23 Settembre 2025 n. 132, che prevede trai principi e criteri direttivi « Introduzione di autonome fattispecie di reato, punite a titolo di dolo o di colpa, incentrate sull'omessa adozione o sull'omesso adeguamento di misure di sicurezza per la produzione, la messa in circolazione e l'utilizzo professionale di sistemi di intelligenza artificiale, quando da tali omissioni deriva pericolo concreto per la vita o l'incolumità pubblica o individuale o per la sicurezza dello Stato». Sul punto osserva B. FRAGASSO, *Profili penalistici della legge sull'intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura*, in *www.sistemapenale.it*, 16 ottobre 2025 come «Sebbene la scelta del legislatore ci paia tendenzialmente condivisibile, nella misura in cui consente di mantenere un presidio penalistico in un settore in cui sono evidenti i rischi di deresponsabilizzazione di produttori e utilizzatori, non può sottacersi come la tecnica del pericolo concreto richiamata dalla norma renda pur sempre necessario, per il giudice, l'accertamento dell'esistenza di un pericolo illecito, nonché del nesso tra violazione cautelare e pericolo: valutazioni, quelle menzionate, che potrebbero rivelarsi tutt'altro che immediate, stante l'opacità e l'inesplicabilità che attualmente caratterizzano i risultati algoritmici».

[66] Nella letteratura italiana, riflettono sull'ampiezza del *responsibility gap* nel settore dell'intelligenza artificiale, trai penalisti, I. SALVADORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*, 1, 2021, pp. 83 ss.; A. CAPPELLINI, *Reati Colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale,* cit., pp. 25-26; B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale*, cit., *passim;* M.C. CANATO, *La responsabilità da reato degli enti di fronte al 'rischio da intelligenza artificiale': responsibility gap e 'rinnovata' corporate liability,* in *Quaderni del dottorato in giurisprudenza dell'Università di Padova,* 2025, pp. 61 ss.

[67] Sul punto v. per tutti le proposte di B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale,* cit., pp. 708 ss., che immagina la possibile creazione di varie fattispecie penali incentrate sul pericolo concreto,

L'aspetto più complesso, a nostro avviso, risiede proprio nella circoscrizione delle regole cautelari dalla cui violazione possa sorgere un pericolo concreto per i beni giuridici primari[68], problematica che rende imprescindibile un dialogo con le imprese produttrici, in possesso di competenze tecniche specifiche di grande rilievo. Solo tramite una collaborazione costante tra soggetti pubblici e privati potranno

segnatamente «Messa in commercio di sistemi di i.a. pericolosi per la vita o l'incolumità individuale», «Messa in commercio di un sistema di i.a. privo delle misure di sorveglianza umana», «Inosservanza degli ordini dell'autorità di vigilanza sull'intelligenza artificiale», «Omessa segnalazione delle morti e delle lesioni derivanti dall'intelligenza artificiale», «Utilizzo di sistemi di i.a. di manipolazione del mercato». Per una trattazione approfondita delle singole fattispecie proposte si rimanda al cap. XII dell'opera citata. In argomento v. anche V. MONGILLO, *Responsabilità da reato degli enti e crimini connessi all'intelligenza artificiale: tecniche giuridiche di intervento e principali ostacoli,* cit., pp. 21-22, che prende in esame il possibile sviluppo di tre tipologie di strategie sanzionatore con riguardo alla responsabilità degli enti «In linea teorica, potrebbero essere prese in considerazione e sviluppate tre strategie sanzionatorie. 1) La prima strategia consiste nella previsione di sanzioni penali/punitive applicabili al sistema di IA in quanto tale, vale a dire quale autore diretto di un reato, ovviamente previo riconoscimento della personalità giuridica. Sotto questo profilo, andrebbe considerata anche la possibilità di far scattare, in aggiunta, le ordinarie regole sulla responsabilità penale o ex crimine degli enti vigenti nelle varie giurisdizioni, nel caso in cui gli illeciti penali collegati alla IA siano compiuti nel contesto di un'organizzazione societaria. 2) Il secondo modello di intervento potrebbe declinarsi nell'introduzione di sanzioni penali/punitive dirette contro l'impresa che abbia prodotto o utilizza to un sistema di IA, causando danni a terzi e/o realizzando gli elementi costitutivi di un reato. Secondo questo meccanismo ascrittivo, la responsabilità autonoma e diretta dell'ente imprenditoriale potrebbe basarsi sulla mancata adozione, prima dell'evento avverso dovuto al cattivo funzionamento dell'IA, di misure di compliance legale con funzione preventiva. Si tratterebbe, così, di un caso di responsabilità societaria fondata su un requisito di colpa d'organizzazione. 3) La terza soluzione consiste nel comminare sanzioni punitive alle imprese, a prescindere dal verificarsi di danni e/o reati, in ragione della mera violazione dei requisiti e degli obblighi di compliance che devono essere soddisfatti in relazione all'introduzione di strumenti di IA sul mercato e al loro monitoraggio post-distribuzione e vendita. Questa strategia presuppone, come già segnalato, la previa adozione di una regolamentazione pubblica che disciplini olisticamente il fenomeno in esame». Nel prosieguo l'A. ritiene percorribile la terza soluzione a patto che sia introdotta «[..]una legislazione che, in linea con il nuovo regolamento europeo citato, detti le "regole del gioco" e tutti i requisiti di conformità connessi all'immissione sul mercato e al monitoraggio degli strumenti di IA».

[68] Della stessa opinione, tra gli altri, B. FRAGASSO, *Intelligenza artificiale e diritto penale,* cit., pp. 705 «E' infatti evidente come i reati di pericolo concreto richiedano pur sempre – oltre, ovviamente, all'accertamento del pericolo – anche la dimostrazione dell'efficacia preventiva ed impeditiva delle regole cautelari violate: una dimostrazione che, in un contesto in cui gli standard cautelari sono spesso privi di un chiaro fondamento epistemologico, potrebbe risultare particolarmente ostica».

delinearsi degli *standard* qualitativi efficienti per la gestione del rischio, perno centrale della questione.

Inoltre l'elaborazione concreta dei precetti impone una certa precisione metodologica, finalizzata ad evitare la creazione di norme "vuote" inidonee a far fronte all'ampliamento inevitabile delle conoscenze scientifiche sulle *performance* dei sistemi di intelligenza artificiale, senza dimenticare lo spazio da assegnare ad ipotesi di limitazione della responsabilità penale che fungano da barriera alla paventata iper-criminalizzazione. La sfida che attende il sistema penale italiano comporta un necessario ammodernamento normativo da attuare in ossequio alle previsioni sovranazionali, onde evitare possibili zone d'ombra pericolose per la sicurezza collettiva.

Tenendo conto delle summenzionate complessità, è in questa direzione che dovranno muoversi i passi del legislatore, chiamato ad un compito dalla vasta portata, dati gli incessanti progressi nel campo dell'intelligenza artificiale che determinano la necessità di adeguare i meccanismi di controllo della messa in commercio, sviluppo ed utilizzo dei sistemi, primi fra tutti quelli considerati ad alto rischio.

L'APPROPRIAZIONE INDEBITA DI FILE INFORMATICI E BITCOIN: NOTE CRITICHE SULLA RECENTE GIURISPRUDENZA ALLA LUCE DELLA DIMENSIONE TESTUALE DELL'INTERPRETAZIONE

Misappropriation of computer files and bitcoin: critical notes on recent case law in relation to the textual interpretation

di

Flora Trapani *

Il lavoro indaga la problematica riconducibilità del dato informatico e dei bitcoin al concetto di "cosa mobile" rilevante ai fini dell'applicazione del reato di cui all'art. 646 c.p. alla luce della recente giurisprudenza. Tradizionalmente il dato informatico e i bitcoin sembrano non possedere i caratteri di fisicità e materialità che lo rendano compatibile con la condotta di appropriazione. Per contro la recente giurisprudenza, con interpretazioni svincolate dalla dimensione testuale della lettera della legge e sostanzialmente analogiche, ritiene sussistente il carattere fisico degli stessi, affermando, di conseguenza, che essi possono formare oggetto delle condotte di appropriazione indebita.

***

The work investigates the problematic linkage of computer data and bitcoin to the concept of "movable thing" relevant for the purposes of applying the crime referred to in art. 646 c.p. in light of recent jurisprudence. Traditionally, computer data and bitcoins do not seem to possess the characteristics of physicality and materiality that make them compatible with the conduct of appropriation. On the other hand, recent jurisprudence, with interpretations free from the textual dimension of the letter of the law and substantially analogous, deems the physical nature of the same to exist, affirming, consequently, that they can be the object of appropriation conduct.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La nozione di "cosa mobile" nel diritto penale: cenni. - 3. L'estensione del concetto di "cosa mobile" ai file informatici nella recente giurisprudenza: fisicità, materialità, mobilità nel delitto di appropriazione

* Dottoressa di Ricerca in "Imprese, Istituzioni e Comportamenti" nell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

indebita. – *3.1. I punti di tensione della riconducibilità del file informatico alla nozione di cosa mobile rilevante ex art. 646 c.p.* – 4. L'appropriazione indebita di bitcoin. – *4.1. I punti di tensione della riconducibilità dei bitcoin alla nozione di cosa mobile rilevante ex art. 646 c.p.* - 5. Brevi conclusioni: la dimensione analogica del ragionamento della recente giurisprudenza.

1. Premessa.

L'evoluzione tecnologica e il suo incessante sviluppo[2], hanno dato vita, tra l'altro, alla dematerializzazione dei rapporti giuridici e delle cose[3]. Sul versante del diritto penale, una delle più questioni che ha impegnato dottrina e giurisprudenza riguarda la possibilità di qualificare tali beni dematerializzati, come dati informatici[4] e bitcoin[5], come "cosa mobile" e, conseguentemente, l'eventualità che questi possano costituire l'oggetto materiale del delitto di appropriazione indebita[6].

La dematerializzazione delle cose determina il superamento del limite di funzionalità dei delitti contro il patrimonio che per come tradizionalmente inteso, è ancorato ad una concezione fisico-materiale degli oggetti in proprietà[7].

Ed invero, la riconducibilità del dato informatico alla nozione di cosa mobile sembra risolversi in un'operazione svincolata dalla dimensione testuale della

---

[2] In tema, di recente, G. DI GENNARO, *Le sfide poste dalla società digitale al riconoscimento dei diritti tra normatività e garanzie di sicurezza*, in ID. (a cura di), *Modelli di cybersecurity e prevenzione dei cyber crimes: aporie della legislazione vigente, problematiche applicative e prospettive de iure condendo*, Napoli, 2025, 7 ss.

[3] In argomento, l'approfondito studio di C. COLUCCI, *I dati informatici come "cosa mobile" oggetto di furto o appropriazione indebita*, in AA.VV., *Cybercrime*, a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, Torino, 2023, 877 ss.

[4] A. SCARCELLA, *Dato informatico, nozione penale di cosa mobile ed appropriazione indebita*, in *Cass. pen.*, 2, 2021, 556 ss.; N. PISANI, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. e processo*, 5, 2020, 651 ss.

[5] G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, Torino, 2019, 41 ss.; ID., *L'acquisto di bitcoin con denaro di provenienza illecita*, in *Arch. pen*., 2, 2020; ID., *Bitcoin and Money Laundering in Italian Law,* in *Jour. Law Crim Jus*., 2020, 8, 2, 111 ss.; ID., *L'utilizzo di moneta virtuale a scopo di (auto)riciclaggio*, in *Dir. pen. proc*., 8, 2022, 1095 ss.

[6] C. PEDRAZZI, (voce) *Appropriazione indebita*, in *Enc. dir*., 1958, 840; D. PULITANÒ, *Concetti generali tra penale e civile,* in Id. (a cura di), *Diritto penale. Parte speciale, II, Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, 22. Si veda anche S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 80.

[7] V. MILITELLO, *Patrimonio (delitti contro il)*, in *Digesto pen.*, IX, Torino, 1995, 279.

lettera della legge e di tipo analogico[8], con grave pregiudizio del corollario costituzionale del principio di stretta legalità; le condotte aggressive che abbiano per oggetto il dato informatico non sempre possono essere ricondotte agli schemi aggressivi tipici dell'appropriazione[9].

La struttura dei delitti contro il patrimonio è, come rileva attenta dottrina, caratterizzata da una fisiologica correlazione tra "*oggetto e modalità dell'aggressione, in forza della quale la res oggetto di usurpazione contribuisce a rendere archetipica la modalità di aggressione, definendone la fisionomia*"[10]. Su queste basi, in ragione della consistenza del bene aggredito e della struttura dell'aggressione, la tutela è ontologicamente collegata al rapporto materiale tra il soggetto e la cosa.

Le caratteristiche specifiche del dato informatico e dei bitcoin, che li rendono 'oggetti materiali' del tutto nuovi, rendendo ardua la loro riconduzione alla tipicità propria delle fattispecie contro il patrimonio, facendo sorgere la necessità di elaborare nuovi e differenti modelli di tutela[11].

2. La nozione di "cosa mobile" nel diritto penale: cenni.

Il termine «cosa» identifica un'entità naturale, una parte del mondo esterno funzionale all'attuazione di un interesse umano, individuale o collettivo[12].

In termini giuridici, per contro, non esistono «cose» se non nei limiti in cui esse costituiscano termine di riferimento di una relazione giuridicamente qualificata. Sebbene non sia oggetto di una espressa definizione, il termine interviene nella specificazione di altre nozioni. Nel diritto civile, ad esempio, *"la cosa rileva quale complemento oggetto nell'ambito dell'art. 810 c.c., a tenore del quale si identificano i beni come quelle «cose suscettibili di formare oggetto di diritti»*"[13].

Il codice penale, nella parte genale, non fornisce una definizione di cosa mobile se non indirettamente, limitatamente all'estensione dei confini della

[8] Su tali canoni V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, Napoli, 2020. Più di recente, I. GIUGNI, *Riserva di legge e sindacato di costituzionalità in materia penale*, Roma, 2026, nonché l'approfondita indagine, che si innesta nella dimensione complessa e proteiforme dell'ordinamento penale, di P. TRONCONE, *Stato normativo diffuso e diritto penale. Spunti di riflessione sulle tensioni tra regola ed eccezione nella riformulazione dell'assetto fondante la divisione dei poteri,* Napoli, 2026.
[9] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.
[10] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.
[11] L. PICOTTI, *Diritto penale e tecnologie informatiche: una visione d'insieme*, in AA.VV., *Cybercrime*, cit., 32 ss.
[12] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.
[13] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.

nozione stessa, atteso che il secondo comma dell'art. 624 c.p., affermando che «*agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica e ogni altra energia che abbia un valore economico*» opera un'espressa equiparazione tra un bene (considerato) immateriale e la cosa mobile[14].

Le caratteristiche essenziali della cosa mobile vengono tuttavia ricostruite in chiave empirico-naturalistica[15], laddove requisito imprescindibile della cosa mobile rilevante nella categoria di delitti contro il patrimonio "mediante aggressione", incentrata sulla specifica relazione tra soggetto e cosa, è rappresentato dalla fisicità. Seguendo tali cadenze argomentative, dovrebbero considerarsi estranee al perimetro della nozione le espressioni del pensiero, le dichiarazioni o manifestazioni di volontà, le invenzioni dell'ingegno: entità immateriali che, per le loro caratteristiche non sono suscettibili di essere sottratte e non possono formare oggetto di furto o di appropriazione[16]. Per contro, costituisce *cosa* il supporto materiale su cui le entità immateriali vengono trasfuse (c.d. materializzazione), in un'opera di concretizzazione che unifica contenente e contenuto in un *unicum*[17].

La cosa deve anche essere mobile, cioè suscettibile di essere materialmente spostata da una sfera patrimoniale all'altra, di essere appresa o sottratta[18].

La nozione di "cosa mobile" rilevante per il diritto penale, dunque, non coincide con la nozione civilistica, rivelandosi rispetto a quest'ultima per certi versi più ridotto e, per altri, più ampio. Si rileva infatti che "*da una parte, infatti, la nozione di "cosa mobile" ai fini penali non è atta a ricomprendere le entità immateriali che, al contrario, potendo ben essere «oggetto di diritti», rientrano a pieno titolo in quella delineata dal codice civile. Dall'altra, poiché il carattere mobile della cosa ai fini penali rimane estranea alle presunzioni civilistiche e si determina, invece, unicamente in funzione della circolazione materiale e della sottraibilità della stessa, la nozione include tutte le cose che, originariamente immobili, siano successivamente mobilizzate*"[19].

---

[14] V. MILITELLO, *op. cit.*, 279 ss.
[15] V. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, II, *Delitti contro il patrimonio*, Padova, 2021, 28 ss.
[16] B. PETROCELLI, *L'appropriazione indebita*, Napoli, 1933, 167 ss., la cui posizione è ripresa da C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.
[17] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.
[18] Il dato è pacifico in dottrina, come rileva C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss. In argomento, per tutti, C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.
[19] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.

La nozione ricomprende dunque ogni entità fisico-materiale idonea ad essere appresa ovvero trasportata da un luogo all'altro senza perdere le proprie caratteristiche funzionali, che presenti i caratteri della definitezza spaziale, esistenza autonoma e corporeità, in grado di formare oggetto di diritti patrimoniali[20].

3. L'estensione del concetto di "cosa mobile" ai file informatici nella recente giurisprudenza: fisicità, materialità, mobilità nel delitto di appropriazione indebita.

Brevemente descritti i caratteri essenziali del concetto di cosa mobile agli effetti penali, si pone il problema di capire se il file informatico possa rientrarvi.

Non appaiono dirimenti le definizioni legislative di dato informatico: né quelle formulate a livello nazionale né quelle contenute in documenti sovranazionali. Da un lato, infatti, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica (Convenzione *Cybercrime*), approvata a Budapest il 23.11.2001, fornisce una definizione "funzionalizzata" del dato, riferendosi ad esso come «qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato»; dall'altro, la legge di ratifica della suddetta Convenzione (L. n. 48/2008), operando con interventi puntuali, si è limitata ad estendere l'applicabilità di alcune norme del codice penale e di quello di rito, precedentemente applicabili alle sole cose, anche ai dati informatici.

Una simile equiparazione, tuttavia, se per "*un verso può costituire la prova del fatto che il dato informatico sia ontologicamente riconducibile al concetto di cosa, può essere altresì letta come la dimostrazione del contrario: limitando l'estensione delle sole fattispecie ed istituti espressamente modificati, il legislatore avrebbe confermato la diversità strutturale tra i dati informatici e le cose. Al di fuori di simili interventi, dunque, qualunque assimilazione dovrebbe ritenersi illegittima*"[21].

La nozione è infatti data dal combinarsi delle caratteristiche di fisicità, corporeità e mobilità, che si presentano come insiemi tra loro intersecantesi, il cui centro è rappresentano dal concetto di "cosa", solo dopo aver definito il quale può passarsi ad analizzare il profilo della mobilità. I temi della fisicità del dato, della mobilità e, infine della sua sottraibilità e appropriabilità secondo gli schemi

[20] V. SGUBBI, *Patrimonio (reati contro il)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1982, 168 ss.
[21] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.

aggressivi propri del furto e dell'appropriazione indebita, seppur fortemente connessi, non risultano sovrapponibili e devono, di conseguenza, essere trattati distintamente.

La dottrina maggioritaria esclude la riconducibilità del dato informatico al concetto di cosa, non essendo dotato di fisicità e materialità[22]: la carenza di tali connotati rende i file informatici, oltre che ontologicamente estranei alla categoria in esame, anche concretamente insuscettibili di impossessamento, ravvisandovi un ostacolo logico.

Per contro, la riconduzione del dato informatico al concetto di cosa mobile è stata fatta propria dalla più recente giurisprudenza[23] la quale, al fine di affermare l'applicabilità del reato di cui all'art. 646 c.p. alle condotte appropriative di *files* informatici, si è concentrata sul dimostrarne la struttura fisica, qualificandoli quali insiemi di dati numerici che, anche al di là della loro rappresentazione grafica, «assumono carattere materiale».

In particolare, si afferma che integra appropriazione indebita la sottrazione definitiva di dati informatici o *file* copiati da un computer aziendale affidato all'agente per ragioni di lavoro e poi restituito con l'*hard disk* formattato[24]. In tale occasione era stato chiarito che i dati informatici possono essere qualificati come cose mobili ai fini della legge penale, in ragione della loro fisicità strutturale, della possibilità di misurarne le dimensioni e della loro trasferibilità da un luogo all'altro.

Tale pronuncia sembra sovrapporre la nozione di fisicità con quella di misurabilità; quest'ultima, infatti, non può essere considerata sintomo della corporeità del bene essendo caratteristica che riguarda una molteplicità di entità, anche diverse dalle cose: sono misurabili le distanze, le intensità dei suoni, le vibrazioni ecc. Pur vero, dunque, che tutto ciò che è dotato di corpo ha una dimensione misurabile non si può affermare con altrettanta certezza il contrario, dal momento che la misura non è altro che un concetto di relazione che presuppone due grandezze, non necessariamente fisiche.

---

[22] G. AMARELLI, *Furto (art. 624 c.p.)*, in *I reati contro il patrimonio*, diretto da S. FIORE, Torino, 2010, 51 ss.

[23] Cass. pen., sez. II, 7 novembre 2019, n. 11969.

[24] Cass. pen., sez. II, 7 novembre 2019, n. 11969, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 566, con nota di G. GENTILE, *Sull'appropriazione indebita dei dati informatici*. Si veda anche N. PISANI, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i file informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2020, 651.

Inoltre, sebbene nella ricostruzione operata dalla giurisprudenza fisicità e materialità siano considerate espressioni in grado di indicare il medesimo attributo della cosa – e perciò spesso usate in un'endiadi –, una parte della dottrina le definisca separatamente. Per "fisicità" dovrebbe intendersi l'appartenenza del fenomeno al mondo naturale e non a quello metafisico o astratto (come potrebbe essere nel caso dei pensieri o delle idee); la "materialità", invece, sarebbe sinonimo di corporeità, di consistenza materiale. Operando una simile distinzione si giunge ad affermare che, differentemente dai beni immateriali, le entità digitali, essendo dotate di un'esistenza autonoma e una definitezza spaziale, «non sono entità astratte» ma al tempo stesso, al pari di questi, esse non sono composte di materia e dunque dotate di corporeità[25].

Il *file* informatico rientrerebbe nel concetto di "cosa" in ragione della sua dimensione "fisica", rappresentata dalla quantità di dati che lo compongono, come dimostrerebbero l'esistenza di unità di misura relative alla sua capacità di contenere informazioni e la diversa capienza dei supporti fisici nei quali può essere conservato ed elaborato.

Il *file*, inoltre, presenterebbe i caratteri della "mobilità", potendo essere trasferito da un supporto informatico a un altro mantenendo inalterate le proprie caratteristiche strutturali, e configurerebbe, dunque, a pieno titolo una "cosa mobile".

3.1. I punti di tensione della riconducibilità del file informatico alla nozione di cosa mobile rilevante ex art. 646 c.p.

La Suprema Corte, come visto, ha individuato i caratteri della "cosa mobile" nella «*materialità*» e «*fisicità*» dell'oggetto, «*che deve risultare definibile nello spazio e suscettibile di essere spostato da un luogo a un altro*».

Va ancora rilevato che le condotte astrattamente offensive del dato informatico possono risultare assai eterogenee. Basti pensare alla condotta di chi, inserendo una chiavetta *usb* nel *computer* della vittima, "scarichi" i dati ivi contenuti trasferendoli sul proprio supporto, oppure utilizzando il sistema *bluetooth*, capti le informazioni mediante le onde elettromagnetiche; oppure, approfittando di una linea telematica aperta, si inserisca nel dispositivo informatico e attui la copiatura. Ovvero, ancora, "fotografi" direttamente la pagina

[25] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.

aperta sullo schermo altrui o, ancora, ricopi su un supporto cartaceo le informazioni ricavabili da quella stessa pagina[26].

In questo contesto, la pronuncia presenta tuttavia molteplici profili di problematicità, come puntualmente rilevati di recente dalla migliore dottrina[27].

Ed invero, identificare la "materialità" e la "fisicità", come elementi minimi della nozione di cosa mobile, non assume reale senso classificatorio, perché i due concetti non si pongono in rapporto di alternatività. La fisicità, testualmente, è già "*implicita nella materialità: se un elemento fisico può anche non essere materiale, ogni elemento materiale possiede necessariamente una dimensione fisica. Ne deriva che, se i caratteri minimi della "cosa mobile" sono fisicità e materialità, il richiamo alla fisicità risulta ridondante, poiché già ricompreso nella nozione di materialità*"[28].

Se poi l'elemento della fisicità risulta ridondante, per definire la nozione di "cosa mobile" avrebbe dovuto rilevare esclusivamente la materialità[29], laddove la Suprema Corte attribuisce centralità alla sola fisicità, collocando in ombra quel requisito della materialità che essa stessa aveva indicato come secondo elemento qualificante della nozione di cosa mobile. Tale profilo risulta decisivo, poiché un'applicazione coerente del criterio "*avrebbe dovuto portare a qualificare come "cosa mobile" qualsiasi entità caratterizzata dalla materialità e dalla corporeità*"[30]. Breve, i *file* informatici non possono essere qualificati come cose mobili, poiché, pur presentando una dimensione fisica, non possiedono una vera e propria materialità. Il *file* è fisicamente delimitato all'interno del computer, dove occupa una determinata porzione di memoria, ma è innegabile la carenza dei requisiti di

---

[26] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.

[27] G.J. SICIGNANO, *Il giudice che scambiò il bitcoin per una cosa mobile: alcune riflessioni in tema di appropriazione indebita di criptovalute,* in corso di pubblicazione in *Dir. pen. proc.*, n. 5/2026, 1 ss. del dattiloscritto.

[28] Così, lucidamente, G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto. In argomento, su tale significativa pronuncia, G. GENTILE, *Sull'appropriazione indebita dei dati informatici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 566 ss.; L. GROSSI, *I tormenti della "cosa mobile" penalmente rilevante: la Corte di cassazione ne estende la portata ai documenti informatici*, in *Giur. pen. web.*, 10, 2020; N. PISANI, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i file informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2020, 651 ss.

[29] A. CADOPPI, P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2012, 317, i quali definiscono la cosa come «*oggetto materiale fisicamente tangibile, ossia dotato di una sua corporeità*».

[30] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto, e la bibliografia ivi indicata. In giurisprudenza, tra tante, Cass. pen., sez. II, 26 settembre 2007, n. 36592 in *ced Cassazione* (rv. 237807); Cass. pen., sez. II, 11 maggio 2010, n. 20647, in *ced Cassazione* (rv. 247270); Cass. pen., sez. II, 12 luglio 2011, n. 33839, in *ced Cassazione* (rv. 251179); Cass. pen., sez. II, 9 ottobre 2018, n. 53373, in *ced Cassazione* (rv. 274084-01).

tangibilità/corporeità/materialità[31]. Lo stesso, quindi, diventa una cosa, ai fini della legge penale, solo quando è inglobato in un supporto materiale corporeo[32].

La medesima pronuncia individua nel *file* la possibilità di essere "spostato da un luogo a un altro", vale a dire un ulteriore requisito della cosa mobile.

Si sottolinea lucidamente in dottrina che la pronuncia incorre in un equivoco, in quanto "*il dato informatico non viene mai spostato da un luogo a un altro, ma viene semplicemente copiato. Il presunto trasferimento consiste nella lettura dei bit presenti nella memoria sorgente e nella scrittura di una loro copia nella memoria di destinazione. All'esito di questa operazione, il file risulta presente sia nella memoria del processo sorgente sia in quella di destinazione*"[33].

Anche laddove la pronuncia passa ad analizzare la condotta di sottrazione e appropriazione di un file informatico, la dottrina[34] ravvisa un equivoco di fondo, in quanto "*dopo aver riconosciuto la natura immateriale del dato informatico, la Cassazione ritiene tale circostanza irrilevante, sostenendo che le condotte di sottrazione e di impossessamento possono realizzarsi anche in assenza di un contatto fisico con l'oggetto materiale del reato. Del resto – si osserva – anche il denaro può costituire oggetto di appropriazione indebita quando venga detenuto mediante operazioni informatiche del tutto prive di qualsivoglia contatto materiale*"[35].

Ed invero, pur muovendo da una lettura evolutiva del concetto di materialità, va registrata l'impossibilità di ricondurre i dati informatici alla categoria delle "cose mobili" in ragione della loro "ubiquità": detto altrimenti, l'ubiquità del dato informatico, non solo impedisce di assimilare il *file* al denaro, che ovviamente non è ubiquo, ma consente anche di escludere la configurabilità dei reati di furto e di appropriazione indebita in ipotesi di *file* informatici. Basti considerare il caso del furto: nel momento in cui il *file* entra nella sfera di signoria dell'agente mediante una normale operazione di duplicazione, il detentore originario non ne viene

---

[31] G. GENTILE, *op. cit.*, 573.

[32] Tra tante, Cass. pen., sez. II, 11 maggio 2010, n. 20647, in *ced. Cassazione* (rv. 247272); Cass. pen., sez. II, 12 luglio 2011, n. 33839, in *ced Cassazione* (rv. 251179); Cass. pen., sez. III, 25 gennaio 2012, n. 8011, in *ced Cassazione* (rv. 252757); Cass. pen., sez. V, 30 settembre 2014, n. 47105, in *ced Cassazione* (rv. 261917); Cass. pen., sez. II, 18 febbraio 2016, n. 21596, in *ced. Cassazione* (rv. 267162); Cass. pen., sez. VI, 17 luglio 2018, n. 33031, in *ced. Cassazione* (rv. 273775).

[33] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto. Sotto tale aspetto la giurisprudenza afferma che che non risponde di furto chi effettua la mera copiatura di file. Si veda Cass. pen., sez. IV, 13 novembre 2003, n. 3449, in *ced Cassazione* (rv. 229785); Cass. pen., sez. IV, 26 ottobre 2010, n. 44840, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 2, 161.

[34] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto.

[35] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto.

immediatamente privato; egli subirà la sottrazione del dato informatico soltanto in un secondo momento, quando l'agente, dopo averne effettuato la copia, procederà a cancellarlo dal processore sorgente. La natura dell'entità digitale, duplicabile all'infinito senza perdere la sua consistenza, rende impossibile il verificarsi della sottrazione; in seguito al processo di copiatura il dato rimane nel dispositivo e non fuoriesce dalla sfera di disponibilità nella quale si trovava originariamente. L'impossessamento del dato – nella sua versione "copia" – da parte dell'agente non dovrebbe dunque avere alcuna rilevanza perché non preceduto dalla sottrazione, che è condizione e presupposto per il "nuovo impossessamento". Se, dunque, il patrimonio dell'autore si arricchisce, quello della vittima non si depaupera, o almeno non direttamente; esso, infatti, potrà risultare leso solo indirettamente, a seguito del venir meno dell'esclusività del possesso. Dunque, se questa è la sequenza dei fatti, risulta chiaro che il furto non è configurabile: nel momento in cui avviene la sottrazione, l'agente è già in possesso del bene. Come noto, non può rispondere di furto chi, nel momento in cui pone in essere la sottrazione, è già possessore della cosa[36].

Lo stesso discorso vale qualora si volesse qualificare la condotta come appropriazione indebita: anche qui, viene da ricordare che, nel momento in cui il file, mediante indebita estrazione da un sistema informatico, entra nella sfera di signoria dell'agente, il detentore originario non viene per ciò stesso immediatamente privato della possibilità di utilizzarlo. Quando l'agente si appropria del *file*, quest'ultimo rimane nella disponibilità e nella detenzione del suo titolare. Ciò esclude "*l'appropriazione indebita: come noto non può rispondere di appropriazione colui che si appropria di un bene detenuto materialmente dalla persona offesa*"[37]. La compatibilità della condotta di copiatura del dato con il delitto di appropriazione indebita non passa dalla realizzabilità o meno della sottrazione che presuppone l'esistenza di un rapporto di fatto tra l'agente e la *res*. L'interrogativo in ordine al se la copiatura del dato possa rappresentare o meno un indice dell'*interversio possessionis* riporta piuttosto in auge il tema dei «limiti dell'appropriazione», oggetto di risalente dibattito in dottrina, con il fine di determinare se forme di uso indebito o arbitrario della cosa (uso *ultra titulum*) diano luogo all'incriminazione. Sebbene "*la dottrina maggioritaria e la giurisprudenza prevalente forniscano risposta affermativa circa tale estensione del perimetro*

[36] G. AMARELLI, *op. cit.*, 64.
[37] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto.

dell'appropriazione, deve tuttavia evidenziarsi come tutte le condotte ritenute espressive di un rapporto uti dominus dell'agente sulla cosa debbano essere, al tempo stesso, caratterizzate dalla loro incompatibilità con l'esercizio delle medesime facoltà da parte del legittimo proprietario; tanto che dottrina e giurisprudenza, nell'ammettere l'appropriazione d'uso, espungono dal relativo paradigma le ipotesi che non si sostanzino in un utilizzo logorante della cosa. E ciò non potrebbe affermarsi con riferimento alla copia di file dal momento che, come si è detto, essa lascia inalterato il documento originale"[38]. La ricostruzione giurisprudenziale peraltro finisce per invertire la sequenza tipica dell'appropriazione: l'espropriazione, che dovrebbe precedere l'impropriazione, si verifica solo in un secondo momento, e cioè quando, dopo che il dato copiato è entrato nella sfera di controllo dell'autore, questi proceda con la distruzione dell'originale, assicurandosi così l'unicità del possesso. Inoltre, un'argomentazione basata sull'equivalenza offensiva e proiettata sul disvalore dell'azione complessivamente intesa comporta, da un lato, il rischio di trasformare la norma in una fattispecie a forma libera di evento, dall'altro il pericolo di torcere il paradigma aggressivo incentrandolo sulla componente del danno, estranea alla struttura delle fattispecie di usurpazione[39].

4. L'appropriazione indebita di bitcoin.

In una dimensione di continuità con la posizione assunta in materia di appropriazione indebita di file informatici, una recente pronuncia[40], inquadrando i *bitcoin*[41] nella categoria dei *file*, ha affermato la configurabilità del delitto di cui all'art. 646 c.p.

La Suprema Corte richiama l'art. 3, comma 1, n. 5, del Reg. UE 2023/1114 (MiCAR)[42], che definisce le "cripto-attività" come rappresentazione digitale di un

[38] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.
[39] C. COLUCCI, *op. cit.*, 877 ss.; N. PISANI, *op. cit.*, 651.
[40] Cass. pen., 29 maggio 2025, n. 20138, sulla quale non può che rinviarsi all'approfondito commento di G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto.
[41] Imprescindibile punto di riferimento, in materia, l'accurata indagine di G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, cit., *passim*.
[42] Reg. UE 2023/1114 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i Reg. UE 1093/2010 e Reg. UE 1095/2010 e le Dir. 2013/36/UE e Dir. 2019/1937/UE. L'acronimo MiCAR sta per *Markets in Crypto-Assets Regulation*.

valore o di un diritto, trasferibile e memorizzabile elettronicamente tramite tecnologie a registro distribuito o sistemi analoghi[43].

La natura digitale con cui un valore o un diritto viene rappresentato nell'ambito delle criptovalute consente, nelle scansioni argomentative della pronuncia, di assimilare i *bitcoin* ai dati informatici.

Con un ragionamento di tipo sillogistico, la Suprema Corte afferma lapidariamente che una volta attribuita ai *file* informatici la natura di cosa mobile ed equiparati ad essi i *bitcoin*, la mancata restituzione della criptovaluta "integra l'appropriazione indebita del bene mobile costituito dai dati informatici relativi al bitcoin" e, con essi, "dello stesso bitcoin".

4.1. I punti di tensione della riconducibilità dei bitcoin alla nozione di cosa mobile rilevante ex art. 646 c.p.

Come visto la Suprema Corte muove dalla equiparazione *file* informatico/*bitcoin*, con un ragionamento definito dalla dottrina quale "*vero e proprio fraintendimento*"[44], in quanto il *bitcoin* non è in alcun modo paragonabile a un *file* informatico[45].

Come si rileva in dottrina, un *file* è un insieme di *bit* memorizzato su un supporto materiale, come un *hard disk*, un *server* o una chiavetta *usb*, laddove il *bitcoin* è una "annotazione contabile" all'interno di un registro pubblico e

---

[43] In tema, G.J. SICIGNANO, *Il giudice che scambiò il bitcoin per una cosa mobile: alcune riflessioni in tema di appropriazione indebita di criptovalute,* cit., 1 ss. del dattiloscritto. La nozione è richiamata anche dall'art. 1, comma 2, lett. m-*bis*), D.Lgs. 21 novembre 2007, n. 231 (lettera inserita dall'art. 1, comma 1, lett. a, n. 3, D.Lgs. 27 dicembre 2024, n. 204). La definizione introdotta dal Regolamento europeo si fonda, oltre che sulla natura digitale del valore o diritto rappresentato, sul ricorso a una tecnologia a registro distribuito (*DLT, Distributed Ledger Technologies*). Le tecnologie a registro distribuito sono sistemi informatici che consentono a una pluralità di soggetti di condividere, registrare e aggiornare dati su un registro comune, senza la necessità di un'autorità centrale di controllo. In sostanza, esse si configurano come un libro mastro digitale che: a) non è conservato in un unico luogo; b) è replicato su una pluralità di nodi della rete; c) viene aggiornato mediante meccanismi di consenso tra i partecipanti; d) presenta un elevato grado di resistenza alle modifiche non autorizzate e alle falsificazioni. Le *DLT* sono impiegate per la registrazione sicura e trasparente di informazioni quali, a titolo esemplificativo, transazioni finanziarie, trasferimenti di proprietà, contratti digitali e, più in generale, attività di tracciamento di beni e dati. La *blockchain* rappresenta la tipologia di *DLT* più nota, ma non l'unica: esistono infatti registri distribuiti che non si basano su una struttura a blocchi, pur perseguendo il medesimo obiettivo di garantire fiducia tra le parti in assenza di un intermediario centrale.

[44] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto.

[45] L'analisi più approfondita della tematica è di G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, cit., 41 ss.; ID., *L'utilizzo di moneta virtuale a scopo di (auto)riciclaggio*, cit., 1095 ss.

distribuito, denominato *blockchain*, attraverso cui si attesta che un determinato soggetto dispone di una certa quantità di criptovaluta. Non esistono quindi dati, *bit* o supporti fisici che possano rappresentarlo come entità autonoma, bensì una posizione giuridica digitale.

Per contro, come sopra visto, il *file* occupa uno spazio nella memoria del dispositivo e può essere duplicata o spostata altrove senza compromettere l'integrità del dato originale, a differenza dei *bitcoin* che non possiedono tali requisiti.

Del resto, si osserva in dottrina che "*se il bitcoin fosse simile a un file, non potrebbe mai essere utilizzato come moneta virtuale. Un file, infatti, può essere copiato all'infinito senza subire alterazioni: è possibile inviare la foto salvata sul proprio telefonino a una persona, poi a un'altra e così via, anche a cento utenti. Tutti avranno una copia identica della foto e l'utente originario continuerà a possederne una sua. Un bitcoin, invece, non può essere duplicato. Se fosse possibile copiarlo, nessuno lo accetterebbe come moneta, poiché vi sarebbe il rischio del cosiddetto double spending, cioè la possibilità che un utente possa spendere più volte la stessa unità di valore*"[46].

Discutibile dunque risulta l'equiparazione file informatico/*bitcoin*, come discutibile è l'argomento secondo cui, dal momento che l'art. 3, comma 1, n. 5, del Regolamento (UE) 2023/1114 definisce le criptoattività quali beni digitali, esse dovrebbero essere ricondotte alla nozione di *file* informatico. L'esperienza del *bitcoin* dimostra per contro che è possibile concepire entità digitali che non risultano assimilabili a un *file* [47].

Il *bitcoin* (BTC) è una entità virtuale, decentralizzata, parzialmente anonima, che si basa sulla crittografia e sulla tecnologia *peer-to-peer*.[48]

Rientra nel più ampio *genus* delle criptovalute, ovvero delle unità di scambio create digitalmente e implementate con la scrittura in codice. Si tratta di una criptovaluta "*open-flow*", in quanto può essere utilizzata anche in ambienti diversi da quelli virtuali e può essere riconvertita in denaro avente corso legale in qualunque momento. Ciò, al contrario delle criptovalute "*closed-flow*", che sono utilizzabili solo in ambito virtuale, e di quelle "*hybrid-flow*", che, pur essendo

[46] G.J. SICIGNANO, *Il giudice che scambiò il bitcoin per una cosa mobile: alcune riflessioni in tema di appropriazione indebita di criptovalute,* cit., 1 ss. del dattiloscritto.
[47] Riferimenti in G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, cit., *passim*.
[48] S. WISEMAN, *Property or Currency? The Tax Dilemma Behind Bitcoin*, *Utah Law Review*: Vol. 2016, No. 2, Article 5.

spendibili al di fuori del mondo virtuale, non sono riconvertibili in moneta avente corso legale[49].

Per convenzione, mentre il vocabolo *"bitcoin"*, scritto in minuscolo, indica la moneta, il termine "*Bitcoin*", con l'iniziale maiuscola, indica il protocollo, ovvero la tecnologia e la rete utilizzata per generare e traferire moneta[50].

Il *bitcoin* è dunque una entità virtuale. Esiste solo nel mondo digitale e non è stampato o distribuito in forma fisica[51]. È generato da un *software* open source, disponibile per tutti sulla piattaforma *on line Github*. È pur vero che i *bitcoin* sono "contenuti" in un portafoglio virtuale (c.d. *wallet*) e possono essere trasferiti da un utente a un altro, ma come ben evidenziato dalla dottrina[52] nel *wallet* non sono conservati i *bitcoin*, ma le chiavi private, ossia le credenziali che consentono di autorizzare le "annotazioni" sulla *blockchain*[53]. I "portafogli elettronici" sono meri

---

[49] B. AKINS, J. CHAPMAN, J. GORDON, *A Whole New World: Income Tax Considerations of the Bitcoin Economy*, Pittsburgh Tax Review, Forthcoming, Ssrn.com, 16 Febbraio 2014.

[50] F. AMETRANO, *Hayek Money: The Cryptocurrency Price Stability Solution*, Ssrn.com, 13 Agosto 2016.

[51] M. Van Alstyne, *Why Bitcoin Has Value?*, Communications of the ACM, vol. 57, n. 5, pag. 30-32.

[52] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, *passim*.

[53] Precisa G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, cit., *passim*, che "*nel wallet è conservata una coppia di chiavi crittografiche, formata da una chiave pubblica e una chiave privata. La chiave pubblica è una stringa alfanumerica che identifica il wallet, quasi fosse un normalissimo IBAN bancario. Essa, chiamata anche indirizzo, inizia sempre con la cifra 1 e contiene 34 caratteri. È composta da numeri e lettere, maiuscole e minuscole. È utile sia per trasferire i bitcoin sia per riceverli. Se un utente vuole trasferire denaro a un terzo, deve conoscere la sua chiave pubblica. La chiave privata, invece, è una sorta di password e non deve essere comunicata a terzi. Essa è utilizzata per "firmare" le transazioni. Quando un utente invia bitcoin a un terzo, usa la propria chiave privata per dimostrare di avere la titolarità della moneta che vuole trasferire. Nel mondo bitcoin esistono varie tipologie di portafogli elettronici. L'applicazione più comune consente di memorizzare il wallet direttamente sul desktop del proprio computer. In questo modo, l'utente ha il pieno controllo delle sue operazioni, ma corre il rischio che il portafoglio possa essere rubato o danneggiato tramite attacchi informatici. Esistono poi portafogli elettronici online, collegati in rete su un bitcoin exchange. Per accedere al portafoglio è necessario registrarsi e creare un account. In questo caso non occorre scaricare nulla sul proprio computer. L'utente, tuttavia, corre il rischio di perdere i bitcoin se il sito subisce un attacco informatico. In passato è capitato anche che i gestori dei siti dedicati alla raccolta dei bitcoin siano "fuggiti con la cassa". Le applicazioni più recenti offrono anche la possibilità di creare portafogli elettronici sugli smartphone. Le transazioni vengono effettuate tramite QR code o tecnologia NFC. Anche in questo caso, tuttavia, l'utente non è garantito contro gli attacchi informatici né contro l'eventuale danneggiamento o furto del dispositivo. Se il telefono mobile viene rubato, perso o deteriorato, l'utente può perdere i suoi bitcoin. Il modo più sicuro per conservare i bitcoin è memorizzare il wallet su piccoli dispositivi non connessi a internet, simili a una pen drive usb. In questo modo l'utente mantiene il controllo sulla propria moneta e riduce il rischio di attacchi informatici. Rimane comunque il rischio di perdere la pen drive, ma esistono numerosi accorgimenti, anche non particolarmente tecnologici, per limitarne la probabilità. Una tipologia di portafoglio ancora più recente è il paper wallet. In questo caso, la chiave pubblica e un QR code contenente la chiave privata vengono stampati su un foglio di carta e conservati*".

file di dati, in cui sono contenute le informazioni sull'*account*, sulle transazioni registrate e sulle chiavi crittografate necessarie per spendere o trasferire la moneta.

È bene chiarire che il portafoglio non possiede alcun *bitcoin.* Conserva semplicemente una coppia di chiavi crittografiche. La coppia è formata da una chiave pubblica e una chiave privata.

La chiave pubblica è una stringa alfanumerica che identifica il *wallet*, quasi fosse un normalissimo IBAN bancario (o una email dell'utente). Essa, chiamata anche indirizzo, inizia sempre con la cifra 1 e contiene 34 caratteri. È composta da numeri e lettere, maiuscole e minuscole. E' utile sia per trasferire i *bitcoin*, sia per riceverli. Non deve essere tenuta segreta, in quanto è pubblica. Se un utente vuole trasferire denaro a un terzo, deve conoscere la sua chiave pubblica.

La chiave privata, invece, è una sorta di *password*. Non deve essere comunicata a terzi. Essa è utilizzata per "firmare" le transazioni. Quando un utente invia *bitcoin* ad un terzo, usa la sua chiave privata per dimostrare di avere la titolarità della moneta che vuole trasferire.[54]

Nel mondo *bitcoin* esistono varie tipologie di *"portafogli elettronici".*

L'applicazione più comune è quella che consente di memorizzare il *wallet* direttamente sul *desktop* del proprio pc. In questo modo, l'utente avrà il pieno controllo delle sue operazioni, ma corre il rischio che il suo portafoglio possa essere rubato o danneggiato attraverso attacchi informatici.

Esistono poi "portafogli elettronici *on line*", collegati in rete su un *bitcoin exchange*. Per accedere al portafoglio, è necessario registrarsi e creare un *account*. In questo caso, non occorre scaricare nulla sul proprio pc. L'utente, tuttavia, corre il rischio di perdere i *bitcoin*, se il sito a cui si è rivolto subisce un attacco informatico. In passato è capitato anche che i gestori dei siti dedicati alla raccolta dei *bitcoin* "siano fuggiti con la cassa".

Le più recenti applicazioni offrono anche la possibilità di creare "portafogli elettronici" sugli *smartphone*. Le transizioni vengono consentite attraverso il *QR-CODE* o la tecnologia *NFC*. Anche in questo caso, tuttavia, l'utente non è garantito contro gli attacchi informatici o contro l'eventuale danneggiamento o il furto del dispositivo. Se il telefono mobile viene infatti rubato, perso o deteriorato, l'utente perde i suoi *bitcoin*.

Il modo più sicuro per conservare i *bitcoin* è quello di memorizzare il *wallet* su piccoli dispositivi, non connessi a internet, simili ad una *pen-drive usb*. In questo

[54] C. HARVEY, *Bitcoin Myths and Facts*, Ssrn.com, 19 Agosto 2014.

modo l'utente possiede il controllo sulla propria moneta e non corre il rischio di subire attacchi informatici. Rimane sempre il rischio di perdere la *pen drive*, ma esistono numerosi *escamotage* non troppo tecnologici per escludere una tale eventualità.

Una nuova tipologia di portafoglio, invece, è il "*paper wallet*". In questo caso, la chiave pubblica per ricevere bitcoin, e un QR-CODE contenente la "chiave privata", vengono stampate su una tessera di carta e conservate. Questa operazione viene solitamente prescelta nel caso in cui è necessario custodire i *bitcoin* per periodi medio-lunghi.

Per evitare inconvenienti, molti utenti sono soliti effettuare il *backup* del proprio *file-wallet* su più dispositivi. Se, infatti, per qualsiasi motivo, l'utente dovesse perdere il file del suo "portafoglio elettronico", non avrà alcun modo per ripristinare il conto e recuperare i *bitcoin*.

Anche le transazioni di *bitcoin* hanno natura virtuale e possono essere effettuate esclusivamente con dispositivi informatici.

Il trasferimento dei *bitcoin*, pertanto, seguendo le argomentazioni del più approfondito studio italiano[55], non implica lo spostamento di alcun bene digitale da un soggetto a un altro. Se un soggetto vuole trasferire moneta virtuale, il procedimento può essere schematizzato come segue: i) l'utente genera una transazione nel proprio *wallet*, indicando l'importo da trasferire e l'indirizzo del destinatario; ii) successivamente, il medesimo utente appone la firma digitale sulla transazione mediante la propria chiave privata, attestando così la disponibilità e la legittima titolarità dei *bitcoin*; iii) la transazione firmata viene, poi, inoltrata alla rete *bitcoin*, che la propaga a tutti i nodi; iv) i nodi verificano la validità della transazione, accertando sia che Tizio disponga effettivamente dei *bitcoin* oggetto di trasferimento, sia la correttezza della firma digitale; v) la transazione, una volta validata, viene inclusa in un blocco e inserita nella *blockchain*, operazione eseguita dai *miner*[56] attraverso un processo di validazione crittografica; vi) con l'avvenuta

[55] G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, cit., *passim.*

[56] Nel sistema *bitcoin*, il *miner* è il soggetto che partecipa al processo di validazione delle transazioni (definito *mining*) mediante il meccanismo di consenso denominato *Proof of Work* (PoW). In sintesi, quando viene effettuata una transazione, il sistema richiede agli utenti della rete di risolvere un problema crittografico basato su un algoritmo; la risoluzione di tale problema è necessaria per la validazione della transazione. In questo momento, tutti i partecipanti alla rete competono tra loro per individuare per primi la soluzione valida. L'utente che riesce per primo a risolvere l'algoritmo ottiene una determinata quantità di moneta virtuale. Questo processo è definito *mining* poiché,

"annotazione" nella *blockchain*, il destinatario dell'operazione di trasferimento risulta titolare dei *bitcoin*. Ne consegue che, nel trasferimento di *bitcoin*, non avviene alcuna trasmissione effettiva di dati digitali da un soggetto a un altro. L'idea che i *bitcoin* siano "contenuti" in un portafoglio virtuale, così come l'affermazione secondo cui essi vengano trasferiti da un individuo a un altro, costituisce pertanto "*una mera semplificazione linguistica che si basa su una percezione visiva e non sulla descrizione fisica del fenomeno*"[57].

Le difficoltà di inquadramento disvelano l'impossibilità di qualificarli, in un sistema retto dal principio di stretta legalità, come oggetto del delitto ex art. 646 c.p.

Quando si parla di Bitcoin si è di fronte ad un sistema di pagamento totalmente nuovo e slegato dai normali sistemi che siamo soliti usare, non gode nel nostro ordinamento dello status di moneta avente "corso legale", come potremmo dire dell'euro. Quest'ultimo, avendo corso legale, non può essere rifiutato da nessuno come metodo di pagamento o come modo di estinzione delle obbligazioni pecuniarie.

In definitiva il nostro ordinamento accoglie "la teoria statalista della moneta", per la quale la moneta è solo quella coniata dallo Stato, e dunque, seguendo questo principio, il bitcoin non può considerarsi tale. Detto ciò, i bitcoin non sono assolutamente assimilabili ad una moneta poiché è strumento di pagamento non coniato da alcuno Stato e quindi non ha nessuna efficacia solutoria *ex lege*.

Il Bitcoin non può essere assimilato alla moneta anche perché non assolve a tutte le funzioni tipiche della moneta: vale a dire mezzo di scambio, riserva di valore e unità di conto. In particolare, se può essere utilizzato come mezzo di scambio, qualora ci sia l'accordo di entrambe le parti, non riesce ad essere una riserva di valore affidabile in quanto non preserva il proprio valore nel tempo.

Limite del Bitcoin è infatti l'esponenziale volatilità del tasso di cambio, che non lo fa essere una buona unità di conto: le fluttuazioni del prezzo rendono difficile quantificare e bloccare il valore di un prodotto attorno ad un numero "certo".

---

mediante l'impiego di risorse computazionali, gli utenti, definiti appunto *miner*, "estraggono" nuova moneta virtuale, come fanno i minatori con le pepite d'oro.

[57] G.J. SICIGNANO, *Il giudice che scambiò il bitcoin per una cosa mobile: alcune riflessioni in tema di appropriazione indebita di criptovalute,* cit., 1 ss. del dattiloscritto.

Dunque, il bitcoin è creato da un protocollo informatico, non è sottoposto al controllo di un'autorità centrale, può essere proposto in adempimento di un'obbligazione solo previo accordo delle parti.

Non è possibile inquadrarli nella sfera dei sistemi di pagamento.

La definizione di "strumento di pagamento" si rinviene nella Dir. 64/2007/CE, convertita in legge con il D.Lgs. 27 gennaio 2011, n. 163 dove all'art. 1, comma 1, lett. s), viene definito come "qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utente e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utente di servizi di pagamento si avvale per impartire un ordine di pagamento".

Sembrerebbe possibile inserire i bitcoin in questa categoria: infatti, quando si decide di operare attraverso l'interfaccia del mio *wallet* si dà un ordine di pagamento che, invece di essere elaborato da un istituto bancario, viene elaborato attraverso la rete dal protocollo Bitcoin e viene verificato attraverso la crittografia e il mining.

Ragionando in questi termini, ci si rende perfettamente conto, che il protocollo Bitcoin diventa un perfetto "strumento di pagamento" e diventa irrilevante il fatto che lo si consideri, o meno, una moneta, perché quando si decide di elaborare una transazione e anche l'altra parte la considera come tale e c'è accordo, il protocollo Bitcoin diventa solo il "mezzo operativo" come lo può essere una normale carta di credito, anche se i due sistemi funzionano diversamente.

Tuttavia, la dottrina contraria ritiene che tale direttiva non sia applicabile poiché la moneta elettronica è esclusa dalla sfera di applicazione della direttiva, pertanto, dovrebbe conoscere identico destino anche la Moneta virtuale.

Inoltre, si sottolinea che la nuova categoria di "prestatori di servizi di pagamento" non è autorizzata ad emettere moneta elettronica. Questo orientamento si presta a due considerazioni: da un lato è assolutamente vero che il sistema di pagamento bitcoin e la valuta che genera non hanno corso legale nel nostro ordinamento e, quindi, non sarebbe inquadrabile nel sistema dei pagamenti. Dall'altro lato, come conferma la CONSOB, si tratta di un "sistema di pagamento" che dà origine ad una valuta accettata su base volontaria, quindi, può perfettamente rientrare nell'ambito applicativo della Direttiva[58].

Una ulteriore teoria prende spunto dal pensiero dell'economista austriaco Friederich Hayek, il quale aveva teorizzato la possibilità di superare il monopolio

[58] G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, cit., 86 ss.

statale della moneta: prendendo le mosse da questo pensiero, i bitcoin rappresenterebbero "oro digitale" utilizzabile come asset di riserva, per una successiva generazione di criptovalute, con politica monetaria elastica. Anche nei confronti di questa è possibile obiettare che i bitcoin non possono essere paragonati all'oro perché non hanno un valore intrinseco.

Nel 2016 interviene anche l'Agenzia delle Entrate italiana, la quale, con risoluzione 2 settembre 2016, n. 72/E assimila le monete virtuali alle valute estere: tuttavia, anche questa definizione non ha trovato largo consenso poiché il bitcoin non ha corso legale in nessuno Stato.

Nel tempo si è sviluppata anche la tesi per la quale i bitcoin sono da considerare un bene immateriale: in quanto tale è caratterizzato dalla estrinsecazione (necessitando di un supporto fisico), dalla trascendenza (in quanto il supporto è separabile dal suo contenuto intellettuale) e dalla circolabilità e riproducibilità.

Anche questa teoria non è stata accettata dalla dottrina poiché giuridicamente, sono beni immateriali solo quelli che il diritto prende espressamente in considerazione come tali[59].

Un orientamento più recente qualifica i bitcoin come "prodotto finanziario"[60]. Nel nostro ordinamento i "prodotti finanziari" sono disciplinati dal T.U.F., art. 1, comma 1, lett. u): "'prodotti finanziari': gli strumenti finanziari e ogni altra forma di investimento di natura finanziaria; non costituiscono prodotti finanziari i depositi bancari o postali non rappresentati da strumenti finanziari".

I bitcoin potrebbero poi essere assimilati ai beni immateriali in base al fatto che essi sono costituiti da una parte materiale, data dal supporto fisico su cui si trovano e da una parte immateriale, data dalla stringa alfanumerica che li identifica. In realtà questa tesi non può trovare seguito in quanto oggetto delle seguenti critiche: i beni immateriali sono prodotto dell'intelletto, sono riproducibili e sono solo quelli previsti dalla normativa. I bitcoin non sono opera dell'intelletto ma creati da un protocollo informatico; non se ne può riprodurre una copia uguale e non sono previsti espressamente come tali dal legislatore[61].

---

[59] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 86 ss.
[60] S. FAMILIARI, *Inquadramento normativo*, in R. RAZZANTE (a cura di), *Bitcoin e riciclaggio*, Milano, 2018, 30 ss.
[61] G.J. SICIGNANO, *Bitcoin e riciclaggio*, cit., 86 ss.

Queste brevi osservazioni radicano l'idea che, fino a quando il legislatore non interverrà con opportune norme definitorie, di raccordo e di sistemazione razionale nella materia penale[62], il problema resterà sul tappeto. In questo contesto le fattispecie penali, come l'appropriazione indebita, risulteranno caratterizzate da una dimensione testuale che non ne consentirà l'applicazione ai bitcoin, salvo l'utilizzo dell'interpretazione analogica in quanto tale non ammessa in un sistema di cui il principio di legalità costituisce la stella polare.

5. Brevi conclusioni: la dimensione analogica del ragionamento della recente giurisprudenza.

La recente giurisprudenza, per contro, ampliando il concetto di cosa mobile oltre la dimensione testuale della legge penale, pare spingersi oltre i limiti imposti dal divieto di analogia in materia penale[63].

Sebbene le motivazioni che hanno spinto la giurisprudenza finanche oltre l'interpretazione analogica siano fondate sull'esigenza di non mantenere sprovviste di sanzioni condotte che, dal punto di vista politico criminale, richiederebbero una risposta penale, deve evidenziarsi il carattere fondante del principio di stretta legalità in tutti i suoi corollari.

L'ampliamento del concetto di "cosa mobile", ottenuto mediante l'introduzione di un requisito come quello della fisicità, inteso in via alternativa rispetto alla materialità[64], conduce "*alla costruzione di una nuova fattispecie, nella quale la condotta tipica non consiste più nell'appropriazione di un bene, bensì in una forma di*

---

[62] Per quest'ordine di idee, cfr. P. TRONCONE, *La ricerca di un nuovo assetto teleologico in materia di sicurezza nel settore informatico*, in G. DI GENNARO (a cura di), *Modelli di cybersecurity e prevenzione dei cyber crimes: aporie della legislazione vigente, problematiche applicative e prospettive de iure condendo*, cit., 46 ss.

[63] In argomento, da ultimo l'approfondita indagine di G.J. SICIGNANO, *L'analogia nelle circostanze attenuanti: dalla logica del diritto alle applicazioni pratiche*, Napoli, 2024, 95 ss. Sul divieto di analogia in materia penale, in una bibliografia ormai sterminata, C. CUPELLI, *Divieto di analogia in* malam partem *e limiti dell'interpretazione in materia penale: spunti dalla sentenza 98 del 2021*, in *Giur. cost*., 2021, 4, 1805; V. MAIELLO, *Legalità della legge e dintorni. Tra Consulta, Cassazione e auspici riformistici*, in *Sist. pen*., 12, 2022, 122; V. MANES, *sub art. 1*, in E. Dolcini - G.L. Gatta (diretto da), *Codice penale commentato*, Milano, 2025, 3 ss.

[64] G. GENTILE, *Il furto dei dati informatici*, cit., 98, esclude che nella specie sia configurabile un'analogia: osserva infatti l'A. che la Cassazione, nella sentenza del 2019, avrebbe formalmente adottato la definizione tradizionale di "cosa mobile"; piuttosto, a suo avviso, l'errore risiederebbe nell'aver individuato nel file informatico un ulteriore requisito della cosa mobile, vale a dire la sua capacità di muoversi nello spazio.

"abuso smaterializzato del patrimonio altrui", avente ad oggetto la mera riproduzione non autorizzata dello stesso"[65].

Nell'ipotesi dei bitcoin, dove la giurisprudenza appare falsata da un'erronea equiparazione concettuale, è altresì evidente, per una conseguenzialità influenzata dalle premesse di partenza, la violazione della dimensione testuale dell'interpretazione, con un ragionamento di tipo analogico in *malam partem*[66].

Tale argomentare appare in tensione e controtendenza rispetto al nuovo corso del principio di stretta legalità enucleabile dalla giurisprudenza costituzionale[67] (segnatamente le sentenze n. 230 del 2012, n. 115 del 2018, n. 25 del 2019 e n. 98 del 2021) che celebra l'imprescindibilità degli argini sostanziali di garanzia offerti dal *nullum crimen*. Si tratta di pronunce che muovono tutte dal presupposto che la legalità penale — in ogni suo corollario — rappresenta un tratto identitario del nostro ordinamento costituzionale[68], non rinunciabile o sostituibile da interpretazioni giurisprudenziali dirette a rimediare a (vere o presunte) carenze originarie del tipo legislativo. In particolare, nella sentenza n. 115 del 2018 (che può essere considerata il referente più immediato della n. 98 del 2021[69]), la Corte, riconoscendo alla legalità penale il rango di *principio fondamentale dell'ordinamento*, in grado di arginare financo la primazia del diritto europeo, ha insistito sul deficit di determinatezza delle espressioni contenute nella c.d. *regola Taricco* — *i.e.* frodi tributarie di *rilevante entità* altrimenti impunite in un *numero considerevole* di casi — per bloccarne in via definitiva l'ingresso nel nostro ordinamento, esaltandone il ruolo a garanzia della separazione dei poteri; se è vero, infatti, che la precisione linguistica s'impone, a un tempo, come vincolo di produzione di regole chiare e

---

[65] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto.

[66] G.J. SICIGNANO, *op. ult. cit.*, 1 ss. del dattiloscritto, secondo cui il rischio "*non è soltanto quello di oltrepassare il limite dell'interpretazione analogica, ma di giungere addirittura a una sostanziale abrogazione di un elemento costitutivo della fattispecie. L'inclusione dei beni dichiaratamente immateriali come i bitcoin nell'ambito dell'oggetto materiale del reato si risolve di fatto in una* interpretatio abrogans *in* malam partem *del requisito originario della "cosa mobile altrui"*. Per tale nozione G.J. SICIGNANO, *L'analogia nelle circostanze attenuanti*, cit., 204, laddove afferma che con "*l'*interpretatio abrogans *in* malam partem *ci si riferisce a quelle ipotesi in cui la Cassazione opera un giudizio solo apparentemente analogico, giungendo in realtà a una vera e propria abrogazione di un elemento della fattispecie*".

[67] In argomento, V. MAIELLO, *La legalità della legge nel tempo del diritto dei giudici*, cit., *passim*.

[68] Il tema del valore fondante del principio di legalità è recentemente analizzato da P. TRONCONE, *Stato normativo diffuso e diritto penale. Spunti di riflessione sulle tensioni tra regola ed eccezione nella riformulazione dell'assetto fondante la divisione dei poteri,* cit., *passim*.

[69] L. RISICATO, *Argini e derive della tassatività. Riflessioni a margine della sentenza costituzionale n. 98/2021*, in *disCrimen* 16 luglio 2021; F. C. PALAZZO, *Costituzione e divieto di analogia*, in *Dir. pen. proc.* 2021, 1218 ss.

garanzia di una percezione sufficientemente determinata delle stesse da parte dei consociati, è altrettanto evidente — e consequenziale — che finisce per ridurre anche lo spazio di manovra riconosciuto all'interprete, spettando (solo) al legislatore il compito di stabilire, per il tramite della legge scritta, quali fatti punire, con quale pena ed entro quale limite temporale, residuando al giudice una funzione ausiliaria, quella di interpretare la disposizione, trarne il suo significato proprio e scrutare nelle eventuali zone d'ombra.

La Corte Costituzionale, poi, con la sentenza n. 98 del 2021, ha ribadito il peso della *testualità* della legge e dell'interpretazione ma anche, e soprattutto, ha riaffermato la pluralità di funzioni garantiste ascrivibili al divieto di analogia e al correlato principio di tassatività, e cioè: *i*) limitare gli spazi di azione del potere giudiziario, ribadendo il monopolio del legislatore nella materia penale e la concentrazione della potestà punitiva nelle mani dell'unico soggetto legittimato a compiere — nella garanzia procedimentale della dialettica parlamentare — scelte politico criminali idonee a incidere sulla libertà personale dei consociati; *ii*) assicurare l'accessibilità e la conoscibilità delle norme incriminatrici e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie e dunque la libertà delle scelte d'azione, la capacità di autodeterminarsi e la motivabilità dei consociati attraverso le norme penali; *iii*) tutelare l'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge penale, evitando che casi identici siano valutati difformemente da parte dei singoli giudici che li scrutinano; *iv*) salvaguardare la funzione rieducativa della pena, che rischierebbe di essere frustrata laddove si legittimasse l'applicazione di una pena per un fatto non espressamente previsto dalla legge come reato, ma valutato penalmente rilevante dal giudice sulla base di una *eadem ratio*; *v*) garantire la frammentarietà del diritto penale, che si traduce non solo nel delimitare in maniera selettiva e chiara i fatti di rilievo penale ma anche (come nel caso di specie) nel rispettare i confini punitivi tra le diverse ipotesi criminose e la relativa gradualità offensiva indicata dalla legge.

In questa ambientazione teorica, la giurisprudenza analizzata potrebbe essere ripensata e per eventuali vuoti di tutela, connessi alla fisiologica evoluzione tecnologica, sarebbe necessario un intervento legislativo, sempre in ossequi al canone della *extrema ratio* ed al modello costituzionale di lotta al delitto.

LA SOTTRAZIONE FRAUDOLENTA AL PAGAMENTO DI IMPOSTE E LA *PAR CONDICIO CREDITORUM*

Fraudulent evasion of tax payment and the par condicio creditorum

di

Alì Abukar Hayo *

Il presente contributo dottrinale ravvisa il bene giuridico tutelato dall'art. 11 D. Lgs. 74/2000 nella garanzia del credito d'imposta dello Stato. Si osserva che il privilegio che assiste tale credito nelle procedure concorsuali, similmente agli altri privilegi, non esclude la *par condicio creditorum*, anzi ne è parte integrante. Ne deriva, secondo l'autore, che il reato di bancarotta fraudolenta per distrazione, che offende la garanzia patrimoniale di tutti i creditori, assorbe quello di sottrazione al pagamento di imposte, che offende la garanzia patrimoniale dell'erario. D'altronde egli osserva che gli atti fraudolenti, in qualunque fase compiuti, hanno le medesime caratteristiche, le quali in ultima analisi si possono riassumere nell'artificio che nasconde la finalità di depauperare il patrimonio a garanzia dei creditori, privati o pubblici che siano.

***

This article argues that the legal interest protected by Article 11 of Italian Legislative Decree No. 74/2000 is the safeguarding of the State's tax claim. It contends that the statutory priority accorded to such claims in insolvency proceedings, like the system of priorities applicable to other preferential claims, does not derogate from the par condicio creditorum; rather, it constitutes an integral component of that principle. On this basis, the author submits that the offence of fraudulent bankruptcy by asset diversion (bancarotta fraudolenta per distrazione), which infringes the proprietary guarantee securing the claims of all creditors, subsumes the offence of fraudulent evasion of tax payment, which instead infringes the proprietary guarantee securing the Treasury's tax claim. The article further argues that fraudulent acts, irrespective of the stage at which they are committed, share the same essential characteristics, ultimately consisting in a deceptive scheme designed to conceal the purpose of dissipating assets forming the common guarantee of creditors, whether public or private.

* Professore Ordinario di Diritto penale nell'Università di Roma "Niccolò Cusano".

Sommario: 1. Profili storici - 2. La pretesa fiscale nell'ambito dei rapporti di credito - 3. Il bene giuridico protetto - 4. Il rapporto di assorbimento tra la bancarotta e la sottrazione fraudolenta

1. Profili storici

L'antecedente dell'attuale sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, disciplinata dall'art. 11 D.lgs. 74/2000, si può ravvisare nel delitto di "frode nell'esecuzione esattoriale", previsto dal sesto comma dell'art. 97 del D.P.R. n. 602 del 1973, la cui condotta illecita consisteva in atti fraudolenti che "rendono inefficace" l'esecuzione coattiva[2]. Sintetizzando e schematizzando, si può osservare che la fattispecie previgente non presentava profili di problematicità, quanto alla determinatezza e tassatività della condotta, legata com'era al fatto empiricamente evidente dell'esecuzione esattoriale, ma poteva dirsi carente in ordine alla protezione degli interessi fiscali[3]; mentre l'esatto inverso può dirsi della vigente, funzionalmente efficiente eppure, come vedremo, in rapporto di tensione coi principi costituzionali. Su queste premesse, pare ragionevole porsi innanzitutto una domanda di fondo: se l'interesse protetto dalla norma incriminatrice debba consistere nella frustrazione della procedura esecutiva, come sembrerebbe suggerire la formula adoperata dal legislatore del 1973, o sia più congruo ravvisarla nella garanzia patrimoniale dei crediti d'imposta, come sembrerebbe suggerire la formula attuale. Per rispondere con ponderazione alla domanda, è necessario dare uno sguardo fugace alla storia dell'istituto.

La prima formulazione della frode nell'esecuzione esattoriale risale all'art. 30 del R.D. del 17 settembre 1931 n. 1608[4]. Affinché si configurasse il delitto, dovevano

---

[2] L'art. 97, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, rubricato "Morosità nel pagamento di imposte riscosse mediante ruoli", sostanzialmente, riproduceva l'art. 261, d.p.r. 645/1958. Al primo comma disponeva che: «Per il mancato pagamento di tutte o dell'unica rata di un medesimo ruolo quando il relativo ammontare è superiore alle lire 500.000 si applica la pena pecuniaria da lire 50.000 a lire 300.000»; al quarto comma disponeva che «il contribuente incorso in morosità che, al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte dovute, abbia compiuto sui propri o sugli altrui beni *atti fraudolenti che rendono in tutto in parte inefficace l'esecuzione esattoriale*, è punito con la reclusione fino a tre anni».

[3] In questo senso E. VAGNOLI, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in *Rass. Trib.*, 4/2004, p. 1319; C. LONGOBARDO, *La sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte: presidio per la garanzia erariale o strumento di forzatura dei principi costituzionali in materia penale?*, in *Giurisprudenza delle Imposte*, 4/2023, pp. 363 ss.

[4] Il R.D. 17 settembre 1931, n. 1608 (Testo unico delle disposizioni concernenti le dichiarazioni dei redditi e le sanzioni in materia di imposte dirette) così disponeva: «Art. 30. Il contribuente moroso per sei rate successive di imposta diretta, il quale per sottrarsi al pagamento compie sui propri o

sussistere due elementi: la mora del debitore, protrattasi per sei rate consecutive d'imposta; il compimento di atti fraudolenti successivi al verificarsi della mora. Più tardi, con la legge del 5 gennaio 1956 n.1, la norma in questione venne travasata nell'art. 261 del nuovo testo unico delle leggi sulle imposte dirette, approvato con D.P.R. del 29 gennaio 1958 n. 645. Il primo comma sanzionava con ammenda il mancato pagamento di sei rate consecutive d'imposta per un ammontare complessivo non inferiore a lire 12.000; il quarto comma puniva con la reclusione fino a tre mesi il contribuente "in corso in morosità" che, al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte dovute, avesse compiuto, su beni propri o altrui, atti fraudolenti che frustravano in tutto o in parte l'esecuzione esattoriale. Tale norma incriminatrice venne poi riproposta integralmente nel sesto comma dell'art. 97 del D.P.R. n. 602 del 1973, con una piccola modifica: l'omesso versamento, a presupposto degli atti fraudolenti, doveva riguardare tutte o l'unica rata di un medesimo ruolo[5]. L'incriminazione continuava ad essere limitata agli atti fraudolenti compiuti dopo il verificarsi della mora. Ciò comportava il rischio che sfuggisse alla sanzione penale l'attività fraudolenta compiuta in vista di una morosità successiva, magari prevista e programmata. Paradossalmente poteva sfuggire ai rigori della legge penale la personalità di maggiore spessore criminale, ossia quel soggetto più "astuto" e determinato, che avesse compiuto in anticipo atti dispositivi fraudolenti, nel quadro di un disegno criminoso non improvvisato.

Ciò indusse il legislatore a modificare, con la legge finanziaria del 1992, il sesto comma dell'art. 97 del D.P.R. n. 602 del 1973, legando la sussistenza del reato a due requisiti: che l'ammontare del debito fiscale non fosse inferiore ai 10 milioni di lire; che la condotta illecita fosse compiuta a seguito di atti dell'amministrazione finanziaria, quali l'inizio di accessi, ispezioni, verifiche o la notifica di inviti, richieste di atti di accertamento o iscrizioni a ruolo[6].

---

sugli altrui beni atti fraudolenti, che rendano in tutto o in parte inefficace l'esecuzione forzata promossa dall'esattore, è punito con la reclusione fino a tre mesi, senza pregiudizio delle sanzioni stabilite negli articoli 25, 26 e 27». Per un l'*excursus* storico sugli antecedenti normativi dell' 11 D.lgs. 74/2000 si rinvia a V. NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, 192 ss.; T. PADOVANI, *La frode fiscale*, in C.F. Grosso (a cura di), *Responsabilità e processo penale nei reati tributari*, Milano 1986, 228; C.M. PRICOLO -A. TRABACCHI, *sub art. 11*, in AA.VV., *La riforma dei reati tributari*, a cura di C. Nocerino-S. Putinati, Torino, 2015, p. 260 ss.; M. ROMANO, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte (art. 11 d.lgs. 74/2000)*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 2009, p. 1003 ss.

[5] F. SCEVOLA, *Riscossione delle imposte e atti fraudolenti*, in *Il fisco*, 46/1988, pag. 7278.

[6] Il nuovo testo dell'art. 97 così recitava: «Il contribuente che, al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte, interessi, sopratasse e pene pecuniarie dovuti, ha compiuto, dopo che sono iniziati accessi, ispezioni e verifiche, o sono stati notificati gli inviti e le richieste previste dalle singole leggi di

Tuttavia, la norma, pur modificata, continuava ad avere uno spettro applicativo limitato dalla contestualità temporale con l'esecuzione esattoriale, sicché risultava inidonea a contrastare le frodi precedenti all'insorgere dell'insolvenza e all'uopo programmate. Le esigenze di efficienza sanzionatoria continuarono a rivelarsi incompatibili con il requisito di attualità del procedimento esecutivo, sia pure nella sua forma anticipata e prefigurata dagli atti preliminari, cosicché il legislatore optò per eliminare del tutto qualsivoglia riferimento all'attività esecutiva in corso o *in itinere*. Si pervenne così, con il d. lgs. 74/2000, all'incriminazione degli atti fraudolenti comunque finalizzati alla sottrazione di garanzia, senza alcuna connessione di contestualità con la procedura esecutiva.

L'attuale formulazione della norma, prescindendo dal riferimento alla mora del contribuente, amplia di molto - com'è evidente - l'ambito dell'incriminazione[7], al contempo determina due conseguenze: per un verso, tutela con più efficacia l'interesse dell'amministrazione finanziaria, per l'altro entra in rapporto di tensione coi principi di tassatività, determinatezza e offensività del fatto[8].

Le problematiche interpretative che ne sortiscono sono molteplici. Ai fini del presente lavoro, è necessario appurare se gli atti fraudolenti *de quibus* costituiscano una *species* del *genus* degli atti in frode ai creditori. Tale questione a sua volta ne presuppone un'altra: se la pretesa fiscale, pur in veste di credito privilegiato, sia comunque sottoposta al principio della *par condicio creditorum*. Si pone allora la

---

imposta ovvero sono stati notificati atti di accertamento o iscrizioni a ruolo, atti fraudolenti sui propri o su altrui beni che hanno reso in tutto o in parte inefficace la relativa cartella esattoriale, è punito con la reclusione sino a tre anni; la disposizione non si applica se l'ammontare delle somme non corrisposte non è superiore a lire 10 milioni».

[7] Anche a prescindere dal mancato riferimento all'esecuzione, l'ampliamento della tipicità è considerevole. Le imposte non sono più definite "dovute"; non sono più riferite solo ai redditi, ma è ricompresa anche l'Iva. Cfr. C. LONGOBARDO, *op. cit.*, pp. 363 ss.

[8] Cfr. sul punto A. IORIO, *I nuovi reati tributari*, Milano, 2012, pp. 69 ss.; E. LO MONTE, *Aspetti problematici del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rass. trib.*, 2000, pp. 1139 ss.; D. MARSELLA, *Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte: le novità,* in *Altalex*, 4 marzo 2011; E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2021, pp. 288 ss.; V. NAPOLEONI, *op. cit.*, 192 ss.; M.C. PARLATO, *Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte ex art. 11, comma 1, D.Lgs. n. 74/2000: considerazioni critiche*, in *Riv. Dir. Trib*. 7-8/2013, pp. 154 ss.; A. PERINI, *Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte: reato di pericolo e limiti costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2018, pp. 1190 ss.; C.M. PRICOLO -A. TRABACCHI, *op. cit.*, pp. 260 ss.; M. ROMANO, *op. cit.*, pp. 1003 ss.; C. SANTORIELLO, *Abuso del diritto e conseguenze penali*, Torino, 2017, pp. 523 ss.; E. VAGNOLI, *Il delitto di sottrazione,* cit., pp. 1319 ss.; R. ZANOTTI, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rass. Trib.*, 2001, pp. 771 ss.

questione se l'offesa recata dalla bancarotta fraudolenta al patrimonio dei creditori assorba anche quella del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte. Da qui si possono trarre argomenti per recingere la tipicità del fatto entro i confini dell'offensività.

2. La pretesa fiscale nell'ambito dei rapporti di credito

La nozione di "Stato di diritto", pilastro della democrazia liberale, suppone la paritaria condizione giuridica dello Stato rispetto alle parti private e l'uguale soggezione dell'uno e delle altre all'imperio della legge. La specificità della relazione tra l'amministrazione fiscale e il contribuente, certamente afferente all'area del diritto amministrativo, in cui una parte esercita la potestà e l'altra soggiace alla volontà sovraordinata dell'organo pubblico, non esclude la riconducibilità generale al paradigma del rapporto di credito. Il fisco fa valere la sua pretesa con mezzi potestativi ed esercita la *vis* coattiva della *res publica*, ma ciò non toglie che il suo credito, ancorché privilegiato, sia pur sempre un credito. Il contribuente versa in condizione di soggezione di fronte alla volontà sovraordinata, espressa nella pretesa fiscale, ma può essere considerato, sotto certi aspetti, un semplice debitore, con determinate prerogative di diritto privato. È debitore nei confronti dello Stato, come lo è nei confronti di altri creditori. Se inadempiente, non contribuisce alla spesa pubblica, violando un interesse essenziale dell'intera collettività. Ciò giustifica, in determinate circostanze, l'irrogazione della pena, esclusa invece nei rapporti privatistici; tuttavia, la sua condotta può comunque essere sussunta sotto il paradigma generale dell'inadempimento di un'obbligazione. In sintesi, il rapporto tra il contribuente e l'amministrazione fiscale può essere visto sia in termini di potestà-soggezione, sia in termini di credito-debito.

La riconducibilità al rapporto creditizio emerge soprattutto nelle procedure concorsuali. Il credito dello Stato relativo alle imposte concorre con gli altri crediti alla formazione della massa passiva del fallimento ed è sottoposto al principio della *par condicio creditorum*. È un credito tra i crediti, privilegiato al pari di altri; tanto che, nel riparto dell'attivo, i crediti da lavoro hanno priorità rispetto a quelli fiscali; eppure i primi sono certamente di carattere privatistico. Ciò conferma appieno che nello Stato di diritto la *res publica* e la *res privata* stanno sullo stesso piano e sono differenziate solo nei casi e nella misura necessari.

Ciò posto, ci si chiede se la bancarotta fraudolenta per distrazione, che punisce gli atti commessi in frode ai creditori, possa concorrere con la sottrazione

fraudolenta di cui all'art. 11 del d.lgs. 74/2000[9]. Poiché i crediti fiscali fanno parte della massa creditizia globale, i reati fallimentari offendono gli interessi del fisco nello stesso tempo e allo stesso modo di quelli degli altri creditori. Fin quando l'offesa al fisco è isolata e distinguibile rispetto alle altre recate a creditori diversi, gli atti commessi in frode all'uno e agli altri seguono sorti giuridiche diverse. I primi, a determinate condizioni, sono penalmente sanzionati, i secondi in linea di massima sono penalmente irrilevanti e subiscono solo la sanzione civile della revocabilità. Ben diversamente, nella procedura fallimentare tutti i crediti sono riuniti in una sola massa e si differenziano secondo una scala di priorità (in privilegiati, ipotecari, pignoratizi, chirografari), non già per la natura pubblica o privata del creditore, cosicché l'offesa giuridica recata dal reato fallimentare si dirige a tutta la massa dei creditori, nella quale concorrono le pubbliche amministrazioni e i soggetti privati. Ne discende che il reato fallimentare danneggia la garanzia patrimoniale di tutti i crediti, tra i quali sono ricompresi quelli relativi alle imposte. Insomma, la bancarotta fraudolenta per distrazione contiene al suo interno la frode al fisco, sicché punire la prima equivale anche a punire la seconda.

Si pone, dunque, il problema se il concorso dei due reati, di bancarotta fraudolenta e sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte, collida col principio del *ne bis in idem* sostanziale, nel caso in cui gli atti fraudolenti siano i medesimi. Sulla base delle nostre premesse, pare fin da subito che si debba riconoscere un rapporto di consunzione, tale che il reato più grave (bancarotta fraudolenta) assorba in sé il disvalore del meno grave (sottrazione fraudolenta) per

[9] In argomento cfr. F. DI VIZIO, *Il delitto di sottrazione fraudolenta del pagamento delle imposte ed i rapporti con i reati di bancarotta fraudolenta per distrazione e riciclaggio*, in *www.avvocaturaindipendente.it*, pag. 6 ss.; G. MINICUCCI, *Sul (preteso) concorso di reati tra bancarotta documentale ed art. 10 d.lgs. 74/2000 specialità, beni giuridici eterogenei, clausole di riserva,* in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, n. 3-4, 1 luglio 2017, p. 647; E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2021, 390; L. SALVINI – F. CAGNOLA (a cura di), Manuale professionale di diritto penale tributario, Torino, 2021, pp. 848 ss.. Lo stesso interrogativo ci siamo posti con riferimento al rapporto tra il delitto di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti (art. 2, D.Lgs 74/2000) e quello di indebita compensazione (art. 10-*quater* , D. lgs 74/2000), propendendo per la soluzione secondo cui 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 rappresenti il naturale sviluppo dell'offesa al bene giuridico. Sul punto sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *Il carattere fittizio dei costi alla base del dolo di evasione*, in *Penale Dir. proc.*, 20.03.2026.

l'identità dell'offesa[10]. Ovviamente tale opzione ermeneutica presuppone appunto che il bene protetto dall'una e dall'altra norma incriminatrice sia il medesimo o quanto meno, suppostane la diversità, sussista un rapporto di continenza tra i due beni. È noto che la giurisprudenza della Suprema Corte risolve la questione interpretativa, escludendo il rapporto di assorbimento o continenza, sul presupposto della diversità del profilo offensivo dei due reati[11]. Il che ci impone di individuare con precisione il bene giuridico protetto dall'art. 11, essendo comunque pacifico che la norma incriminatrice della bancarotta fraudolenta sia diretta a tutelare la garanzia patrimoniale dei creditori del soggetto fallito.

3. Il bene giuridico protetto

In relazione alla fattispecie *de qua*, si può pensare che il bene tutelato sia il procedimento di esecuzione fiscale[12] o in alternativa la garanzia patrimoniale

---

[10] Dello stesso avviso C. SANTORIELLO, *Commento all'art. 10 d.lgs. 74/2000* , in Moschetti (a cura di), *Commentario breve alle leggi tributarie*, Padova 2011, pp. 600 ss.; R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *La bancarotta e gli altri reati fallimentari*, Milano 2011, 130 ss.; V. NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 185; G.L. SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2013, 281; C. MANDUCHI, Commento all'art. 10 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74 , in Padovani (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano 2007, 1123 ss. Cfr. altresì T. PADOVANI, *Sub art. 216 R.D. 16 marzo 1942, n. 267,* in T. Padovani (a cura di) *Le leggi penali d'udienza*, Milano, 2003, pp. 881 – 882, secondo cui «la condotta criminosa prevista nella fattispecie tributaria (art. 10 D.lgs 74/2000) deve ritenersi assorbita in quella di bancarotta fraudolenta documentale. Se pertanto si accerta che l'imprenditore ha occultato o distrutto le scritture contabili, o parte di esse, il reato fallimentare, per la cui integrazione non è richiesto che il fatto abbia impedito la ricostruzione del patrimonio o del movimento di affari, non lascia spazio all'applicabilità concorrente della disposizione penale tributaria (che richiede, tra l'altro, che la condotta abbia causato l'impossibilità di ricostruire redditi o volume d'affari)».

[11] *Ex multis*, cfr. Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 20/01/2025, n. 10750; Cass. pen., Sez. II, 27/11/2024, n. 47; Cass. pen., Sez. III, 03/11/2021, n. 46182; Cass. pen., Sez. III, 24/02/2017, n. 18927; Cass. pen., Sez. III, 20/11/2015, n. 3539; Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 10/11/2011, n. 1843 (rv. 251524). È fuori discussione la specificità del credito fiscale: le imposte finanziano la spesa pubblica, cosicché il credito d'imposta assume una natura pubblicistica che lo differenzia dagli altri crediti; nasce dalla legge, non da un atto contrattuale; in ciò risiede il carattere distintivo. Tale diversità ovviamente è innegabile, ma essa non esclude che il credito d'imposta, per quanto speciale, sia comunque un credito e concorra con gli altri crediti a formare la massa passiva nella procedura fallimentare. Cfr. nota 14.

[12] P. ALDROVANDI, *Commento sub art. 11*, in I. Caraccioli, A. Giarda, A. Lanzi (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, commentario al Decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, Padova, 2001. Come osserva A. INGRASSIA, *Le diverse forme di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in R. Bricchetti - P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari*, Torino, 2017, a sostegno di tale opzione vengono addotti tre fondamentali argomenti: «(a) la *voluntas legis* espressa nella Relazione Governativa di accompagnamento al d.lgs. n. 74/2000 ove si sottolinea l'intenzione di punire «condotte fraudolente [...] che il debitore d'imposta ponga in essere [...] al fine di frustrare la procedura di riscossione coattiva»; (b) il tipo descritto dalla norma, nella misura in cui non punisce qualsiasi condotta che

costituita dai beni del contribuente[13]. Ci pare preferibile la seconda opzione interpretativa per due ragioni.

La prima ragione si connette al carattere strumentale del procedimento. L'atto amministrativo procedimentale è necessariamente diretto a un fine che lo trascende; non è fine a sé stesso, per il semplice ed evidente motivo che l'amministrazione non tutela sé stessa ma i beni della vita appartenenti ai soggetti amministrati. Lo stesso discorso si può fare per gli atti del procedimento giudiziario, finalisticamente orientati a risolvere una controversia (nel processo di cognizione) o dare attuazione al diritto riconosciuto dal giudice (nel processo di esecuzione). Insomma, il procedimento, amministrativo o giudiziario che sia, non può in alcun caso essere considerato un bene finale, bensì lo strumento per tutelarlo. Ne discende che assumere il bene tutelato dall'art. 11 come mera procedura, per certi versi, significa "fermarsi a metà strada". Il bene procedurale sottende un bene finale ed è quest'ultimo, a nostro avviso, l'autentico bene penalmente protetto che vale la pena evidenziare.

Guardare al fine piuttosto che allo strumento non equivale a sottovalutare l'importanza intrinseca dello strumento. Nel mondo giuridico la forma è importante quanto la sostanza, ma rimane pur sempre forma, di cui è possibile ravvisare la necessaria finalizzazione alla sostanza. Se il diritto processuale è orientato alla realizzazione del diritto sostanziale e il bene processuale sottende necessariamente un bene sostanziale, la vera questione è se il punto di vista dell'interprete debba spingersi fino alla *ratio legis* finale o debba arrestarsi a quella strumentale. I due punti di vista sono ugualmente giustificabili sotto il profilo della razionalità, ma non lo sono, a nostro avviso, sotto il profilo valoriale.

Ci si deve chiedere se il diritto penale debba sanzionare la mera disobbedienza ai comandi dell'autorità o piuttosto l'offesa ai beni della vita. Se si ritiene che l'ordinamento penalistico sia costituito di comandi autoritari e la sanzione sia giustificata per il solo fatto della disobbedienza, è consequenziale ritenere che ogni *vulnus* alla sequenza procedimentale, espressivo di disobbedienza volontaria, sia meritevole di sanzione penale. In quest'ordine di idee, qualunque (volontario) impedimento o mero ostacolo al corso regolare della

impoverisca il patrimonio del contribuente, ma solo quelle simulate o fraudolente, che non solo incidano sulla garanzia patrimoniale, ma anche e soprattutto sul positivo esperimento di una procedura esecutiva; (c) le precedenti formulazioni del delitto e, in particolare, l'art. 97 comma 6 d.P.R. n. 602/1973, trovavano il loro perno nel preservare il buon esito della procedura esecutiva».

[13] E. MUSCO – F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2013, p. 305; V. NAPOLEONI, *op. cit.*, p. 195.

procedura trasgredisce il comando dell'autorità, nel quale si immedesima infine il bene giuridico. Laddove la violazione del comando è di per sé meritevole di sanzione, la *ratio* della norma è immanente: è insita nella norma stessa. In tale ipotesi, il bene giuridico e il comando si identificano, sicché non c'è alcun bisogno di cercare, nel complesso dei rapporti sociali, una *ratio legis* al di fuori della norma/strumento. Ebbene, a nostro avviso, ipotizzare che il bene processuale corrisponda alla *ratio legis* finale comporta - almeno implicitamente - il rischio di allontanarsi dal diritto penale del fatto e incamminarsi lungo la china pericolosa del diritto penale autogiustificato, che punisce la mera disobbedienza ai comandi autoritari.

Se al contrario si ritiene che la norma penale non si giustifichi da sé, ma solo in funzione di tutela di un bene sostanziale, è necessario chiedersi il "perché" di ogni norma procedimentale-processuale. Lo strumento non si giustifica da sé, ma solo per l'adeguatezza rispetto al fine; il suo "perché" risiede nella tutela del bene finale ed è proprio quest'ultimo l'oggetto giuridico della norma, quel bene che il giurista deve prendere in considerazione. Nel caso di specie, la norma incriminatrice della sottrazione fraudolenta sanziona il comportamento del contribuente che nuoce ovviamente alla procedura esecutiva del fisco; ma è altrettanto ovvio che l'*animus* del reo, nel compiere atti dispositivi sul suo patrimonio, è quello di sottrarre all'esecuzione coattiva i beni alienati, ossia di frustrare la garanzia patrimoniale del credito fiscale. Se dunque il procedimento esecutivo è il mezzo per il soddisfacimento della pretesa fiscale (bene finale), pare preferibile ravvisare il bene giuridico penalmente protetto nella garanzia patrimoniale, perché solo la *ratio legis* finale dà senso a uno strumento che non può giustificarsi da sé. L'autogiustificazione della norma strumentale, poiché oblitera il fine, non lascia cogliere il nucleo offensivo del reato, ossia il vero "perché" della norma, e perciò ci conduce direttamente alla rilevanza penale della mera disobbedienza. E dal momento che riteniamo preferibile intendere il diritto penale come un ordinamento di sanzioni per comportamenti offensivi di beni sostanziali, non già meramente disobbedienti, ravvisiamo il bene giuridico *de quo* nella garanzia patrimoniale del creditore.

D'altronde quest'opzione interpretativa è, per certi versi, obbligata, in ragione della vigente formulazione testuale del delitto. Come detto, tutte le versioni della fattispecie precedente richiedevano che fosse in corso la procedura esecutiva; o quanto meno si fosse in presenza di atti ad essa preliminari. Oggi non

si richiede l'attualità, né la preliminarità, ma solo la finalizzazione degli atti fraudolenti alla "sottrazione"[14]. E poiché tale sottrazione non può che incidere sulla garanzia patrimoniale del credito, rappresentata dai beni del debitore, è inevitabile intendere il bene giuridico come garanzia e non già come procedimento in sé. Come si offende infatti un procedimento che ancora non è in corso e neppure annunciato da atti preliminari? Da un punto di vista logico, non si può danneggiare ciò che non c'è, dunque una procedura non ancora in corso e neppure prefigurata non può essere oggetto di offesa[15].

Per le due anzidette ragioni, si deve pensare che il bene giuridico tutelato si identifichi nella garanzia patrimoniale che i beni del contribuente offrono alla pretesa fiscale[16].

---

[14] Tuttavia, l'attualità, o almeno preliminarità, degli atti che manifestano la pretesa può comunque avere una certa residuale rilevanza, poiché la fattispecie in parola prevede una soglia di punibilità di 50.000 euro. Ciò pare attribuire rilievo ad una sussistente attività dell'amministrazione finanziaria, dal momento che gli interessi decorrono comunque dalla scadenza del termine per il pagamento, che può essere successivo alla condotta, e le sanzioni, irrogate dall'Ufficio, dipendono da scelte dello stesso. Difficilmente il contribuente può prefigurarsi il valore della pretesa fiscale, per cifre prossime a 50.000, sicché dovrebbero essere puniti i soli atti fraudolenti diretti a frustrare una pretesa di gran lunga superiore alla soglia di punibilità. Dunque, la finalità del legislatore, di ampliare la sfera della punibilità non sarebbe conseguita nella sua interezza, in relazione agli atti anteriori al sorgere e al manifestarsi della pretesa fiscale. In questo senso A. PERINI, *"Reati tributari"*, in *Digesto delle discipline penalistiche*. *Aggiornamento*, Torino, 2015, pp. 477 ss., p. 543; S. DORIGO, *I nuovi confini giurisprudenziali del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2017, 4, pp. 1577 ss.

[15] Al contempo è evidente che la garanzia, in tanto può essere offesa, in quanto correlata a un rapporto di debito/credito, sicché la preesistenza della pretesa fiscale non può essere del tutto ignorata nel quadro offensivo della fattispecie. La dottrina distingue dunque l'attualità della procedura di riscossione dall'insorgere del debito d'imposta; si ritiene che il reato può sussistere, solo se la condotta sia successiva al debito; in questo senso G.L. SOANA, *op. cit.*, 281 ss.; F. DI VIZIO, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte e i rapporti con i reati di bancarotta fraudolenta per distrazione e di riciclaggio*, Relazione a Convegno, Firenze 18 febbraio 2018; E. VAGNOLI, *Il delitto di sottrazione,* cit., pp. 1317 ss.; A. GIAMMARINI - M. SACCA', *La frode nella riscossione coattiva delle imposte e nella transazione fiscale: un confronto costruttivo tra fattispecie differenti*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 26 marzo 2024.

[16] In questo senso anche la giurisprudenza. A titolo esemplificativo Cass. Sez. III, 6 marzo, 2018, n. 10161, in *Il Fisco*, 2018, 14. L'offesa giuridica, consistente nella dispersione della garanzia, è ritenuta sussistente quand'anche il tributo sia stato successivamente pagato (Cass. Pen., sez. III, 6 ottobre 2011, n. 36290). In dottrina *ex multis*, P. ALDROVANDI, *Bene giuridico e principio di offensività nello specchio del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in *Riv. dir. Trib.*, 2020, 3, 149; A. GIAMMARINI - M. SACCA', *La frode nella riscossione,* cit., p. 5.

4. Il rapporto di assorbimento tra la bancarotta e la sottrazione fraudolenta

Se l'offesa del reato previsto dall'art. 11 d. lgs. 74/2000 si dirige alla garanzia patrimoniale del credito fiscale, come noi riteniamo, è pensabile che sia assorbita dall'evento offensivo della bancarotta fraudolenta per distrazione. Nella procedura fallimentare tutti i creditori, posti sullo stesso piano in virtù del principio della *par condicio creditorum*, versano nella condizione egualitaria di persone offese dal reato, unitariamente rappresentate dal curatore fallimentare, che per definizione si prende cura dei loro interessi. Ne consegue che la condotta del bancarottiere, punita ai sensi dell'art. 216 della legge fallimentare (R.D. 267/1942), offende tutti i creditori (tra il quali il fisco) alla stessa maniera, seppure in misura diversificata secondo l'ammontare e l'ordine di priorità del credito. La sua condotta è fraudolenta, proprio perché i beni nella sua disponibilità sono stati intenzionalmente sottratti alla garanzia dei creditori, tutti ugualmente danneggiati. Orbene, l'interesse del fisco, leso dal reato commesso dal bancarottiere, non può essere leso una seconda volta dallo stesso soggetto per lo stesso fatto, che si è risolto in ultima analisi nella medesima sottrazione dei beni alla garanzia patrimoniale del credito.

L'unica differenza riguarda non già la sottrazione in sé, bensì i destinatari di essa; più precisamente, riguarda la considerazione astratta del fatto, non il fatto, né il suo nucleo offensivo fattuale[17]. Sotto il profilo della bancarotta, quella sottrazione viene riguardata come offensiva di tutti i crediti facenti parte della massa passiva del fallimento; sotto il diverso profilo della fattispecie *de qua*, viene riguardata come offensiva del solo credito fiscale. Ma la garanzia del credito fiscale, facente parte della massa passiva del fallimento, è già stata offesa dalla "sottrazione" presa in considerazione come bancarotta, non può essere offesa per la seconda volta dalla medesima sottrazione, presa in considerazione come reato

[17] Dal punto di vista della concreta "fattualità", tutti gli atti fraudolenti possono dirsi appartenenti a un *genus* unitario. Non per nulla gli atti che integrano il delitto *de quo* e quelli che integrano la frode nella transazione fiscale sono considerati identici intrinsecamente e differenti solo in relazione alla fase procedimentale in considerazione; cfr. A. CIARCIA, *Diritto della crisi d'imèpresa: le novità in tema di tema di transazione fiscale, Riv. dir. trib.*, 2021, 1, V, 162 ss.; A. GIAMMARINI - M. SACCA', *op. cit.* p. 5; C. SANTORIELLO, *Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte e falso in transazione fiscale, Il fisco* 2011, 16, p. 2529.

ex art. 11. Insomma, la seconda offesa è già contenuta nella prima, pertanto pare ragionevole applicare il principio del *ne bis in idem* sostanziale[18].

Al contempo, la direzionalità offensiva, intesa soggettivamente come intenzionalità e oggettivamente come idoneità alla sottrazione dei beni alla garanzia patrimoniale, ci pare anche la chiave di volta per superare quel *deficit* di tipicità della fattispecie, derivato dall'abrogazione di tutti i riferimenti alla procedura esecutiva del fisco. La configurazione del bene tutelato in termini di garanzia patrimoniale non consente di superare *de plano* tutte le possibili tensioni coi principi di tassatività, precisione e offensività della fattispecie, ampiamente sottolineate in letteratura, ma quanto meno può indicare un criterio interpretativo tendente a ridurle.

È stato osservato che è difficile distinguere gli atti dispositivi fraudolenti, penalmente rilevanti, da quelli posti in essere legittimamente nell'esercizio dell'autonomia negoziale dei privati[19]. Certamente gli uni e gli altri non sono differenti per natura e specie giuridica; si può dire che siano "ontologicamente" identici. Al contempo, l'elemento soggettivo del reato, in mancanza di una procedura esecutiva in corso o *in itinere*, si rivela particolarmente sfuggente. Infatti, quando sono in corso atti esecutivi o preliminari, è legittimo presumere che

---

[18] In questo senso S. SEMINARA, *I reati tributari*, in *Trattato di diritto penale. p*arte speciale, diretto da C.F. Grosso, M. Pelissero, P. Petrini, Milano, 2011; A. PERINI, *Profili penali della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Fabiani, Milano, 2016; C. SANTORIELLO, *Il rapporto tra reati tributari e reati fallimentari*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2015. Al contrario, la giurisprudenza prevalente esclude il rapporto di consunzione tra i due reati. Con la pronuncia Cass pen., 35591/2017, la Corte, nel decidere tra concorso apparente di norme o concorso formale (o materiale) di reati, ha ribadito il consolidato orientamento che esclude che possano operare criteri valutativi diversi da quello di specialità previsto dall'art. 15 c.p., il quale è unicamente incentrato sulla comparazione della struttura astratta delle fattispecie al fine di apprezzare l'implicita valutazione di correlazione tra norme effettuata dal legislatore (*ex multis* e più di recente Sez. Un., n. 20664 del 23 febbraio 2017, Stalla ed altri, Rv. 269668). Ne discende non solo l'estromissione dei criteri valoriali della sussidiarietà e della consunzione da quelli legittimamente impiegabili nella valutazione in considerazione, in quanto intrinsecamente ambigui e fondati su considerazioni arbitrarie che finirebbero per assegnare al giudice una discrezionalità esorbitante e contraria al principio di legalità (*ex multis* Sez. Un., n. 47164 del 20 dicembre 2005, Marino, Rv. 232302-4), ma anche del criterio della c.d. specialità in concreto, che ammette il concorso apparente di norme laddove queste concorrano a sanzionare il medesimo fatto o gruppo di fatti storici (e ciò per l'assorbente considerazione per la quale non ha senso far dipendere da un fatto concreto l'instaurarsi di un rapporto di genere a specie tra due norme: la specialità o esiste già in astratto o non esiste neppure in concreto - cfr. in motivazione Sez. Un. n. 1963 del 21 gennaio 2011, Di Lorenzo).

[19] Per tutti A. DELFINO - N. FASANO, *Sottrazione al pagamento delle imposte: il labile confine fra atti dispositivi legittimi e atti dispositivi fraudolenti*, in *Il fisco*, 2016, 21, p. 2048.

il contribuente ne sia consapevole; *ergo* si può ragionevolmente pensare che compia atti dispositivi del suo patrimonio nella consapevolezza di rendere inefficace la procedura di riscossione. Se al contrario non c'è traccia di essa, non se ne può inferire la consapevolezza, né, a maggior ragione, si può desumere l'intenzionale direzionalità degli atti dispositivi alla "sottrazione" di garanzia.

Si corre il rischio di incriminare tutti gli atti del contribuente che abbiano determinato, in un modo o nell'altro, l'incapienza del suo patrimonio per il soddisfacimento della pretesa fiscale[20]. Bisogna tener conto, tuttavia, che l'incriminazione si dirige agli atti preordinati all'incapienza, non già a tutti gli atti che l'hanno determinata per altra via. Se gli atti di alienazione hanno una causa, che li giustifica e trova nella regolarità della vita di relazione la sua autentica *ratio*, non possono considerarsi fraudolenti, solo perché hanno determinato l'incapienza.

La nozione di "frode" è soggettivamente pregnante di per sé, a prescindere dall'indicazione di una finalità illecita specifica, cosicché gli atti di alienazione causalmente giustificati non potranno essere considerati "fraudolenti", posto che non emerge quella causa illecita implicita nel concetto di "frode".[21] Al contempo la finalità soggettivamente pregnante non deve intendersi semplicemente come intima inclinazione del soggetto agente, bensì come *animus* esteriorizzato in atti idonei a raggiungere la finalità illecita di "frodare" il creditore, frustrandone la

[20] Un orientamento giurisprudenziale a maglie larghe ritiene sussistente il reato per il solo fatto che sia diminuita la capacità patrimoniale del contribuente e ostacolata la riscossione dei tributi. A titolo esemplificativo Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2012, n. 40561: «perché siano integrati gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice basta unicamente che la condotta risulti idonea a rendere in tutto o in parte una procedura di riscossione coattiva da parte dello Stato».

[21] La causa negoziale lecita non esclude sempre e comunque l'illiceità del risultato, dal momento che il venir meno della garanzia patrimoniale potrebbe essere la conseguenza di atti pienamente regolari. Da questo punto di vista, può essere esemplare la figura del *trust*, la cui causa negoziale è proprio quella di proteggere e mettere in sicurezza i beni patrimoniali che lo costituiscono, esternalizzandone il possesso e la gestione; sul punto cfr. T. TASSANI, *I trusts nel sistema fiscale italiano*, Pisa, 2012. L'orientamento giurisprudenziale che vi ravvisa automaticamente l'intento fraudolento è criticato da S. DORIGO, *I nuovi confini,* cit., 1577. In ogni caso, quand'anche si dovesse ravvisare in atti leciti una direzione finalistica illecita, si dovrebbe ritenere integrata la fattispecie di abuso del diritto ex art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente. La frode è un *quid pluris* rispetto all'abuso, proprio perché la reale finalità degli atti fraudolenti è illecita di per sé e dissimulata con artifizi. In altri termini, la differenza consiste in ciò: nella sottrazione fraudolenta, l'eventuale causa lecita apparente non è vera e autentica; mentre nell'abuso la causa lecita sussiste realmente.

pretesa creditizia[22]. Orbene nella fattispecie *de qua* sono presenti tutti gli elementi che servono a delimitare la tipicità del fatto, riconducendola nell'alveo dei principi di tassatività, determinatezza e offensività: a) la connotazione di fraudolenza; b) il riferimento al fine illecito, che trascende la condotta; c) l'ulteriore riferimento all'idoneità oggettiva degli atti. La pregnante intenzionalità si poteva desumere, come detto, anche solamente dal primo requisito *sub* a); in più il dolo specifico è espressamente menzionato in fattispecie, sia nella sua accezione soggettiva *sub* b), sia nella proiezione oggettiva *sub* c). L'interprete ha dunque tutti gli elementi che gli consentono di discernere gli atti dispositivi causalmente giustificati, da quelli fraudolenti, intenzionalmente diretti a sottrarsi al pagamento delle imposte. Solo questi ultimi sono incriminati, cosicché, a nostro avviso, non rientrano nella tipicità del fatto gli atti di mera dissipazione del patrimonio.

Se così non fosse, non avrebbe ragion d'essere la netta distinzione tra la bancarotta semplice e quella fraudolenta per distrazione. Se gli atti di mera dissipazione, che riducono la garanzia patrimoniale dei creditori, non rientrano tra quelli puniti a titolo di bancarotta "fraudolenta", allo stesso modo non rientrano nell'ambito di previsione della sottrazione "fraudolenta" *ex* art. 11, perché manca il dolo specifico, nell'accezione soggettiva e nella proiezione oggettiva. Se il cattivo gestore del proprio patrimonio non è di per sé un soggetto dedito alla "frode", nel caso di bancarotta, allo stesso modo il contribuente che sottrae il suo patrimonio alla garanzia che assiste il credito fiscale non è necessariamente responsabile del delitto di cui all'art. 11 d. lgs. 74/2000, che punisce solo gli atti dispositivi intenzionalmente preordinati a tale "sottrazione". Conseguentemente, non si può ritenere integrato il reato quando sia manchevole la prova di siffatta univoca intenzionalità, l'accertamento della quale dovrebbe essere particolarmente rigoroso, quando l'amministrazione fiscale non abbia ancora palesato l'intendimento di procedere all'esecuzione e soprattutto sia incerto il fondamento della pretesa fiscale. Il legittimo dubbio del contribuente che verta sulla sussistenza o sulla legittimità della pretesa esclude di per sé l'univoca intenzionalità e la direzionalità offensiva degli atti di alienazione e dispositivi, esclude dunque che siano integrati gli estremi della fattispecie *de qua*.

[22] Il requisito generale dell'idoneità degli atti, nelle fattispecie a dolo specifico, è riconosciuto da gran parte della dottrina. Cfr. L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli elementi finalistici delle fattispecie penali*, Milano, 1993; M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Padova, 1993.

In conclusione, l'assimilazione delle frodi, fallimentare e fiscale, nei limiti di quanto esposto fin qui, risulta decisiva, non solo per spiegare la relazione che sussiste tra le due offese, ma anche per delimitare con più precisione l'offesa tipica della sottrazione fraudolenta. L'intenzionalità soggettiva e l'attitudine oggettiva costituiscono due facce di una direzionalità offensiva univoca, che può leggersi come finalità di sottrarsi alle conseguenze dell'inadempimento di obbligazioni (contrattuali o fiscali). Dal punto di vista soggettivo, è evidente che l'omologa finalità di ridurre la garanzia patrimoniale che assiste il credito rende "omologabile" anche la colpevolezza personale insita nei due delitti. Dal punto di vista oggettivo, il più contiene il meno, pertanto il danno arrecato a tutti i creditori contiene in sé quello arrecato a uno solo di essi. Ciò, come detto, spiega il rapporto di consunzione che avvince i due reati, ma spiega anche - per assimilazione - come la frode al fisco ex art. 11 D. Lgs. 74/2000 non consista nella mera diminuzione della garanzia (dissipazione), ma solo nella preordinazione intenzionale degli atti di alienazione alla riduzione della garanzia patrimoniale in favore del fisco (sottrazione).

ORDINE PUBBLICO E SICUREZZA URBANA, ALLA LUCE DELLE RIFORME INTRODOTTE DALLA L. 24 APRILE 2026, N. 54 (C.D. "DECRETO-SICUREZZA 2026")

Public Order and Urban Security in light of the reforms introduced by Law No. 54 of April 24, 2026 (the so-called "2026 Security Decree")

di

Stefano Di Pinto *

Il presente studio analizza la normativa entrata in vigore in Italia nel 2017 in materia di ordine pubblico e sicurezza urbana, che mira a rendere le città più sicure e vivibili, intervenendo rapidamente contro chi mette a rischio la tranquillità e il decoro degli spazi pubblici, unitamente alle importanti modifiche apportate dalla l. 24 aprile 2026, n. 54 (c.d. Decreto Sicurezza 2026). Con la l. 18 aprile 2017, n. 48 sono state introdotte le nuove definizioni e gli obiettivi della sicurezza urbana e della sicurezza integrata, insieme al rafforzamento dei poteri delle autorità locali (Sindaci, Prefetti, Questori). In particolare, a seguito dell'ultima riforma, il Prefetto ha assunto sempre più un ruolo centrale nell'individuazione delle zone a rischio e nella gestione delle misure straordinarie, mentre il Sindaco mantiene poteri di ordinanza e di allontanamento, soprattutto per la tutela del decoro urbano e della vivibilità.
Emergono alcune peculiari misure introdotte, quali l'ordine di allontanamento immediato (c.d. DASPO urbano) ed il divieto di accesso urbano del Questore (c.d. DACUR), nonché la previsione dell'arresto in flagranza differita (e di sanzioni più severe) e nuove categorie di destinatari (parcheggiatori abusivi e writers), con possibile estensione delle misure ai minori di 18 anni (dai 14 anni in su). Si focalizza l'attenzione su aree e comportamenti specifici: aree sensibili: stazioni, trasporti, scuole, musei, aree turistiche, mercati, parchi, ecc., e sui comportamenti sanzionati: ubriachezza, atti contrari al decoro, commercio abusivo, accattonaggio molesto, prostituzione con modalità ostentate.
La l. 24 aprile 2026 ha introdotto ulteriori misure di sicurezza urbana che puntano al rafforzamento dei poteri di allontanamento e delle misure preventive: si vedano, ad esempio: a) l'estensione dell'ordine di

* Docente a contratto di Diritto penale nel Master Interfacoltà di II Livello in Scienze Forensi (Criminologia – Investigazione – Security - Intelligence) dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

allontanamento (DASPO urbano), che può ora essere adottato anche contro chi tenga comportamenti violenti, minacciosi o insistentemente molesti, da cui derivi un concreto pericolo per la sicurezza, nelle aree sensibili (stazioni, trasporti, aree pubbliche, ecc.). b) L' introduzione delle "zone a vigilanza rafforzata" (nuovi commi 3-bis e 3-ter dell'art. 9, l. n. 48/2017, introdotti dal Decreto Sicurezza 2026), individuate dal Prefetto e caratterizzate da gravi o ripetuti episodi di criminalità o illegalità**,** nelle quali chi sia stato anche solo denunciato (non serve la condanna definitiva) nei 5 anni precedenti per determinati reati (contro la persona, il patrimonio, stupefacenti, armi) e tenga comportamenti violenti, minacciosi o molesti può essere destinatario di un ordine di allontanamento e divieto di accesso urbano. c) In correlazione a tali previsioni, si dispone il potenziamento dei poteri del Questore, che, con il DACUR, che può vietare l'accesso a specifiche aree a chi abbia reiterato condotte pericolose o sia stato denunciato/condannato per determinati reati, con durata collegata a quella della zona a vigilanza rafforzata (fino a 18 mesi). d) Infine, nell'ambito del coordinamento tra misure amministrative e penali, in caso di condanna per reati commessi in aree sensibili, si prevede che il giudice possa obbligare il colpevole a non frequentare più quei luoghi come condizione per la sospensione della pena.

***

This study analyzes the legislation regarding Public Order and Urban Security that came into force in Italy in 2017—aimed at making cities safer and more livable by taking swift action against those who compromise the tranquility and decorum of public spaces—alongside the significant amendments introduced by Law no. 54 of April 24, 2026 (the so-called "2026 Security Decree").

Law no. 48 of April 18, 2017, introduced new definitions and objectives regarding urban security and integrated security, while also strengthening the powers of local authorities (Mayors, Prefects, and Police Commissioners). In particular, following the most recent reform, the Prefect has assumed an increasingly central role in identifying high-risk areas and managing extraordinary measures, whereas the Mayor retains powers to issue ordinances and exclusion orders, primarily to safeguard urban decorum and livability. Certain distinctive measures have been introduced, such as the immediate removal order (the so-called "urban DASPO") and the Police Commissioner's ban on urban access (known as "DACUR"), alongside provisions

*for deferred arrest *in flagrante* (and harsher penalties) and new categories of subjects (illegal parking attendants and graffiti artists), with the possibility of extending these measures to minors aged 14 and older. The focus is placed on specific areas—such as sensitive locations like stations, public transport, schools, museums, tourist areas, markets, and parks—and on sanctioned behaviors, including drunkenness, acts violating public decency, illegal trading, aggressive begging, and prostitution involving overt solicitation.*

*The Law of April 24, 2026, introduced further urban security measures aimed at strengthening removal powers and preventive measures; examples include: a) the expansion of the removal order (the so-called "urban DASPO"), which may now be issued against individuals engaging in violent, threatening, or persistently harassing behavior—posing a concrete danger to safety—in sensitive areas (such as stations, public transport, and public spaces); b) the introduction of "enhanced surveillance zones" (new paragraphs 3-bis and 3-ter of Art. 9, Law no. 48/2017, introduced by the 2026 Security Decree). These zones, designated by the Prefect, are characterized by serious or repeated incidents of crime or illegality; within them, individuals who have merely been reported to the authorities (a final conviction is not required) within the previous five years for specific offenses (against the person, property, or involving drugs or weapons)—and who engage in violent, threatening, or harassing behavior—may be subject to an urban removal and access ban order; c) in conjunction with these provisions, the powers of the Police Commissioner (*Chief Constable*) are enhanced; through the *DACUR* mechanism, the Commissioner may ban access to specific areas for individuals who have repeatedly engaged in dangerous conduct or have been reported/convicted for certain offenses, with the duration of the ban linked to that of the enhanced surveillance zone (up to 18 months); d) finally, regarding the coordination between administrative and criminal measures, in the event of a conviction for offenses committed in sensitive areas, the judge may mandate that the offender refrain from frequenting those locations as a condition for the suspension of the sentence.*

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La sicurezza integrata. - 3. La sicurezza urbana. - 4. L'estrinsecazione del potere straordinario di ordinanza nel governo dell'Ente comunale: le c.d. ordinanze sindacali "creative". - 5. L'Ordine pubblico e la "pericolosità per la sicurezza" (artt. 10, comma 2 e 13 comma 2, l. 18 aprile 2017, n. 48). - 6. La scomparsa del concetto di Ordine pubblico. - 7. I soggetti istituzionalmente preposti alla promozione della sicurezza urbana. Il Sindaco. - *7.1. La tutela dei luoghi. Sanzioni amministrative pecuniarie, divieto di stazionamento e provvedimento/ordine del Sindaco di allontanamento. - 7.2. (Segue) Il provvedimento/ordine di allontanamento, c.d. "D.A.SPO urbano". L'interpretazione costituzionalmente orientata della Corte del 24 gennaio 2024 sui confini di legittimità della misura. – 7.3. Ulteriori divieti di stazionamento previsti dall'art. 9, comma 3, l. n. 48/2017.* - 8. Le modifiche all'art. 9 l. n. 48/2017 apportate dalla l. 24 aprile 2026, n. 54 (c.d. "*Decreto-Sicurezza 2026*") e le zone cosiddette a "vigilanza rafforzata". Le modifiche al comma 2. – *8.1. (Segue) I nuovi commi 3 bis e 3 ter dell'art. 9.* - 9. Ordine di allontanamento ed esercizio della prostituzione. – 10. Poteri interdittivi del Questore. Il divieto di accesso urbano (c.d. "DACUR") ex art. 10, l. n. 48/2017. – *10.1. (Segue) Le modifiche apportate al comma 1 dell'art. 10, l. n. 48/2017 dal Decreto Sicurezza 2026: integrazione dei casi di ordine di allontanamento. – 10.2. (Segue) Il potenziamento del divieto di accesso ai centri urbani. Le modifiche apportate dal Decreto Sicurezza 2026 ai commi 2 e 3 dell'art. 10: l'integrazione dei casi di divieto di accesso. - 10.3 (Segue) Il nuovo comma 3 bis dell'art. 10: nuovi casi di divieto di accesso. - 10.4. (Segue) Le modifiche al comma 6 quater: l'arresto in flagranza differita. - 10.5. Divieto di accesso urbano e c.d. "doppia conforme". - 10.6. Divieto di accesso e artt. 164 e 165 c.p. - 10.7. Divieto di accesso e foglio di via obbligatorio del Questore. - 10.8. Il DACUR quale misura di contrasto al fenomeno dei disordini e dei reati nei locali.* - 11. Poteri interdittivi del Questore nel caso di spaccio di sostanze stupefacenti. – 12. L'inosservanza di provvedimenti amministrativi: interferenze con l'art. 650 c.p. – 13. L'irrigidimento delle sanzioni nei confronti dei parcheggiatori abusivi. – 14. Sospensione condizionale con divieto di accesso (anche per spaccio di stupefacenti). – 15. *Writers* condannati a pulire.

1. Introduzione.

Il concetto di sicurezza deve necessariamente porsi in un rapporto di mezzo a fine rispetto alla primaria esigenza di salvaguardare i diritti dei terzi sia *uti singuli* sia *uti cives* e porsi nei confronti di questi diritti in una posizione servente.

Ciò non toglie che, come esattamente rilevato, quando si parla di tutela costituzionale dei diritti e delle libertà, questa finisce inesorabilmente per trovare un suo limite insuperabile nell'esigenza che l'esercizio di questa, non venga a configgere con altrettanti beni-interessi pubblici primari o privati secondari, di rango almeno pari e per questo non meno garantiti dalla Costituzione, con il risultato che i diritti dei singoli, come dei corpi intermedi, finiscano inevitabilmente per essere regolati o conformati, sia pure nella ineludibile ricerca di un equo bilanciamento dei valori in campo[2].

Di qui il fatto che la ricerca della vivibilità, del decoro e della sicurezza dei centri urbani come delle loro periferie, spesso ritenute pericolose ed abbandonate a loro stesse ed al loro degrado, debba passare necessariamente attraverso la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica: una materia quest'ultima riservata alla competenza esclusiva dello Stato giusto il novellato art. 117 Cost.

Ne discende che l'analisi e lo studio delle disposizioni emanate in materia di sicurezza urbana richiamano temi giuridici estremamente complessi e delicati.

Il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14 (recante "*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*", c.d. decreto "Minniti" sulla sicurezza urbana)[3], convertito con modificazioni nella l. 18 aprile 2017, n. 48[4], mira a rafforzare il concetto "spaziale" (in quanto correlato a determinate problematiche situazionali proprie dei grandi centri urbani) di "*sicurezza urbana*", definita dal suo art. 4 come: "il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione (urbanistica, sociale e culturale) e recupero delle aree o dei siti più degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità ed esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di

---

[2] M. MANCIN PROIETTI, *Alla ricerca della sicurezza perduta. Luci ed ombre della legge n. 132 del I dicembre 2018*, *Riv. Pol.*, XI-XII, 2018, p. 1147.

[3] In G.U. 20 febbraio 2017, n. 42, a commento del quale si vedano, tra gli altri, S. BEDESSI, E. BEZZON, G. NAPOLITANO, M. ORLANDO, F. PICCIONI (a cura di), *Il nuovo decreto sicurezza urbana*, Rimini, 2017; C. RUGA RIVA, *Il d.l. in materia di sicurezza delle città: verso una repressione urbi et orbi?* In *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, pp. 272 ss.; R. CORNELLI, *Decreto sicurezza, un concetto pigliatutto poco mirato sui diritti*, in *Guida al Diritto, il Sole 24 ore*, n. 13, 18 marzo 2017, pp. 10 ss.

[4] In G.U. 21 aprile 2017, n. 93. Su tale legge di conversione, con particolare riferimento alle misure di prevenzione e al D.A.SPO, cfr. C. FORTE, *Il decreto Minniti: sicurezza integrata e "D.A.SPO. urbano"*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. n. 5 del 2017, pp. 175 ss.

coesione sociale e convivenza civile (…)", definizione non dissimile da (e quasi in continuità con) quella contenuta nel D.M. Interno del 5 agosto 2008 (c.d. decreto "Maroni").

Invero, il concetto di sicurezza urbana trova migliore specificazione negli *scopi* cui il legislatore indirizza i rafforzati poteri dei Sindaci, secondo quanto si avrà modo di spiegare nel prosieguo. Come è stato esattamente osservato, la sicurezza urbana si atteggia quale bene giuridico "onnivoro", tanto ampio da promettere scarsa capacità selettiva rispetto a comportamenti predeterminati, e non privo di venature estetiche (il "*decoro delle città")* e soggettivo-emozionali (la "*vivibilità*")[5].

Nel concetto di "sicurezza", come sottolineato nella Relazione al Disegno di legge n. 4310 approvato alla Camera dei Deputati[6] il 16 marzo 2017, convergono un'idea di

– sicurezza *primaria* (prevenzione e repressione dei reati) ed un'idea di
– sicurezza *secondaria*, volta alla "prevenzione situazionale" di situazioni di degrado e di promozione di fattori di coesione sociale.

In sede di conversione in legge, si evidenzia che l'aspetto promozionale della sicurezza secondaria ha trovato spazio attraverso il comma 2 bis dell'art. 1, il quale ha aggiunto che concorrono alla promozione della sicurezza integrata gli interventi per la riqualificazione urbana e per la sicurezza nelle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia, finanziati con i fondi della l. 11 dicembre 2016, n. 232.

A ben vedere, l'aggiunta sembra un poco posticcia, perché richiama un provvedimento di oggetto più ampio, dedicato al finanziamento degli investimenti e dello sviluppo infrastrutturale del Paese (all'interno del quale vengono menzionati il contrasto al dissesto idrogeologico e il sostegno alle attività industriali ad alta tecnologia, e non solo investimenti per la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie), nulla aggiungendo, di per sé, in termini di finanziamenti e azioni per il futuro nell'ottica di una politica della

[5] C. RUGA RIVA, R. CORNELLI, A. SQUAZZONI, P. RONDINI, B. BISCOTTI, *La sicurezza urbana i suoi custodi (Il Sindaco, il Questore e il Prefetto),* in *Dir. pen. cont.*, 18 luglio 2017, all'indirizzo *www.penalecontemporaneo.it*, p. 3.
[6] Cfr. Relazione al Disegno di Legge C. 4310 - A. E-PUB, di conversione del d.l. 20 febbraio 2017, n. 42, *Stampato Camera*, 16 marzo 2017, p. 2.

sicurezza davvero integrata, e nulla prevedendo per le città non metropolitane e non capoluogo di provincia.

Un primo aspetto interessante, è legato, dunque, alla definizione dei concetti di "sicurezza integrata" e di "sicurezza urbana", affidata alla parte iniziale del testo, nonché al rapporto che la norma stabilisce tra essi e la diversa nozione di "pericolosità per la sicurezza".

2. La sicurezza integrata.

Si procede, pertanto, a tratteggiare il peculiare concetto di "*sicurezza integrata*" in rapporto alla "sicurezza urbana".

La "sicurezza integrata", che coinvolge profili di *governance* multilivello e di coordinamento, viene intesa come l'insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle Regioni, dalle Province autonome di Trento e Bolzano e dagli enti locali, nonché da altri soggetti istituzionali, per garantire la promozione e l'attuazione di un sistema unitario e integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali (art. 1, comma 2, l. 18 aprile 2017, n. 48).

Si tratta di una definizione non priva di elementi tautologici e che trova nel laconico riferimento al benessere della comunità un ancoraggio ideale. Ma a cosa ci si riferisce quando si parla di benessere, che nella traduzione anglosassone, *welfare*, rimanda a sistemi e a politiche che hanno caratterizzato l'evoluzione in senso solidaristico degli Stati europei nel secondo dopoguerra?

Innanzitutto, assistiamo a una rigida selezione dei diritti da tutelare: l'enfasi sembra riporsi sulla tranquillità e sul riposo dei residenti, da un lato, e sul decoro della città, dall'altro.

L'estetica della sicurezza si salda alla serenità del quartiere quasi a voler allontanare dalla città ogni fattore di perturbamento visivo e uditivo (quello olfattivo derivante da odori insoliti o sgradevoli è in qualche modo sottinteso ai primi due) che possa infastidire o scuotere i "residenti", che evidentemente sono meritevoli di attenzione nella misura in cui rivendicano i propri diritti alla tranquillità e al riposo.

E vi è di più. Sulla base dell'analisi letterale del testo, la legge mira al "benessere delle comunità territoriali" (art. 1, comma 2, l. 18 aprile 2017, n. 48), in un'accezione esplicitamente soggettiva, come si evince dall'incipit della Relazione: "La nuova società, ormai tendenzialmente multietnica, richiede infatti – unitamente ai necessari interventi di sostegno rivolti ai « nuovi consociati » –

una serie di misure di rassicurazione della comunità civile globalmente intesa, finalizzate a rafforzare la percezione che le pubbliche istituzioni concorrono unitariamente alla gestione delle conseguenti problematiche, nel superiore interesse della coesione sociale".

Il benessere della comunità non sembra avere come riferimento l'intera collettività, ma una cittadinanza ristretta (i residenti nelle città non metropolitane e non capoluogo di provincia) elevata al ruolo di comunità legittima a cui vanno garantite risposte pronte.

Come già si è avuto modo di osservare, alla stregua del comma 2 bis, introdotto in sede di conversione, concorrono alla promozione della sicurezza integrata gli interventi per la riqualificazione urbana e per la sicurezza nelle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia finanziati con il fondo di cui all'art. 1, comma 140, l. 11 dicembre 2016, n. 232.

Le linee generali per la promozione della sicurezza integrata (art. 2, comma 1, l. 48/2017), che costituiscono le direttrici fondamentali anche per concludere specifici Accordi in sede regionale, diretti a disciplinare formazione e aggiornamento della Polizia locale (art. 3, comma 1, l. 48/2017) e a sostenere gli enti locali maggiormente interessati da fenomeni di criminalità diffusa (art. 3, comma 2, l. 48/2017), e per sottoscrivere patti locali tra Prefetti e Sindaci (art. 5, l. 48/2017), sono proposte dal Ministro dell'Interno, con accordo sancito dalla Conferenza Unificata.

Risulta evidente come l'architettura istituzionale che sottende la nozione di sicurezza integrata sia di tipo verticale, sia pure temperata dalla necessità di un accordo tra i soggetti istituzionali coinvolti: Stato, Regioni, Province autonome ed enti locali, nonché altri soggetti istituzionali (il Ministro dell'Interno[7], ferme restando, com'è ovvio, le competenze esclusive dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza), sono chiamati, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario e, appunto, integrato (art. 1 l. 48/2017).

[7] Per uno spaccato, spesso poco conosciuto, ma che connota una delle attività più delicate svolta dal Ministero dell'Interno, cfr. M. DE NICOLÒ (a cura di), *Tra Stato e società civile. Ministero dell'interno, Prefetture, autonomie locali*, Bologna, 2006, che ripercorre con puntualità, storicamente, le alterne vicende del Ministero dell'Interno e delle Autonomie locali.

Di qui la previsione di molteplici strumenti di coordinamento: Accordi per la promozione della sicurezza integrata, sia a livello nazionale, attraverso linee generali delle politiche pubbliche, da concordarsi in sede di Conferenza Unificata (art. 2), sia a livello locale, attraverso specifici accordi (art. 3); Patti per la sicurezza urbana sottoscritti da Prefetto e Sindaco (art. 5); Comitato metropolitano per l'analisi e la valutazione dei temi della sicurezza urbana, copresieduto dal Prefetto e dal Sindaco metropolitano, cui partecipano i Sindaci dei Comuni interessati (art. 6, novità).

La volontà di dare un assetto legislativo stabile e definito alle forme di coordinamento in materia di sicurezza tra Stato, Regioni ed Enti locali, attraverso una prima attuazione di quanto previsto dall'art. 118, comma 3, Cost., appare sicuramente positiva, tuttavia la sostanziale duplicazione dei canali di coordinamento (Stato-Regioni, da un lato; Stato-Enti locali, dall'altro) rischia di comportare problemi di sovrapposizione e potenziali conflitti tra Regioni ed Enti locali[8].

Sistema integrato di tipo verticale, si diceva, e non orizzontale: non v'è traccia di previsioni volte a promuovere (e finanziare) il coordinamento degli attori della coesione sociale (scuole, famiglie, associazioni ecc.).

L'obiettivo di favorire la collaborazione tra le Forze di Polizia e la Polizia locale viene perseguito attraverso lo scambio informativo: una interconnessione tra le sale operative della Polizia locale e quelle delle Forze di Polizia.

3. La sicurezza urbana.

In questa direzione e nel quadro del *trend* securitario[9], la *sicurezza urbana* attiene, invece, alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione (pure urbanistica, sociale e culturale) e recupero delle aree e dei siti più degradati, nonché puntando all'eliminazione dei fattori di marginalità ed esclusione sociale, alla prevenzione della criminalità (in particolare, quella di tipo predatorio), alla promozione della cultura, del rispetto della legalità e all'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e

[8] T.F. GIUPPONI, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel decreto legge n. 14/2017*, *Istituzioni del Federalismo*, 1.2017, p. 28, all'indirizzo www.regione.emilia-romagna.it.
[9] Un quadro d'insieme in AA. VV., a cura di M. DONINI – M. PAVARINI, *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011.

convivenza civile (art. 4). Si tratta, quindi, di un concetto "*spaziale*", in quanto correlato a determinate problematiche situazionali proprie dei grandi centri urbani.

La nuova definizione di sicurezza urbana si pone in evidente continuità con quella contenuta nel c.d. decreto "Maroni" del 5 agosto 2008, in attuazione della l. 24 luglio 2008 n. 125, nell'ottica di regolare un problema non nuovo, né divenuto di maggiore gravità rispetto al passato, e già ampiamente dibattuto nel primo pacchetto sicurezza urbana (l. n. 125/2008) e nei provvedimenti ad esso collegati, come ad es. la l. 15 luglio 2009 n. 94, recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, nota tra l'altro per avere disciplinato le cosiddette "ronde urbane".

La suddetta normativa, pertanto, intende innanzitutto rassicurare i cittadini sull'impegno dello Stato (nelle sue varie articolazioni anche territoriali) e punta a migliorare la loro percezione della sicurezza delle città. In altre parole, come opportunamente evidenziato, la legge mira più (immediatamente) a contrastare l'insicurezza vissuta dai ben-viventi che a prevenire/reprimere le condotte tenute dei mal-viventi[10].

Ne consegue che la sicurezza urbana si atteggia così come un *bene-scopo*, caratterizzato da una certa vaghezza e indeterminatezza, che lo Stato mira a proteggere attraverso interventi di varia natura – (di riqualificazione urbanistica, sociale e culturale, di recupero di aree degradate, di eliminazione di marginalità ed esclusione sociale, di prevenzione della criminalità, di promozione della cultura della legalità ecc.) (art. 4, l. 18 aprile 2017, n. 48) –, indicati in via esemplificativa, come si desume dall'"anche" che precede l'elenco.

Ergo, così intesa, la sicurezza urbana, più che un bene giuridico afferrabile si pone come un'aspirazione esistenziale alla vita serena, ovvero, in versione più comunitaria, un obbiettivo politico di benessere delle comunità territoriali, come in effetti recita l'art. 1 della legge. Una sorta di contenitore emotivo che vorrebbe riassumere un sentimento collettivo[11]. Il farsi carico di problemi di convivenza da parte della politica presuppone la capacità di intercettare bisogni e istanze di tutela che trovano emersione anche attraverso la voce delle emozioni. Punto problematico è il sottile confine fra l'ascolto critico delle risonanze emotive della

[10] C. RUGA RIVA, in AA. VV., *La sicurezza urbana i suoi custodi,* cit., p. 4.
[11] C. RUGA RIVA, in AA. VV., *La sicurezza urbana i suoi custodi,* cit., p. 5.

società e l'uso strumentalizzante ed acritico delle medesime. Alto è in questo caso, evidentemente, il rischio di politicizzazione dello strumento normativo, soprattutto a livello locale, a maggior ragione se si considera che le ordinanze sindacali assumono spesso il carattere di provvedimenti miranti a risolvere criticità strutturali dell'Ente comunale che vanno ben oltre l'ordine pubblico in senso stretto.

Al sistema integrato di tipo verticale è stato affiancato, solo in sede di conversione in legge, un più modesto approccio di tipo orizzontale: l'art. 5, comma 2 lett. a), della l. n. 48/2017, prevede il coinvolgimento di volontari per la tutela e la salvaguardia dell'arredo urbano, delle aree verdi e dei parchi cittadini nella prevenzione della criminalità; l'art. 5, comma 2, lett. c) *bis* prevede il coinvolgimento di enti e associazioni operanti nel privato sociale ai fini della promozione dell'inclusione, della protezione e della solidarietà sociale (che si traducono in accordi con privati e associazioni per il controllo del territorio: amministratori di condominio, imprese con impianti sul territorio, associazioni di categoria, consorzi e comitati di residenti e negozianti).

4. L'estrinsecazione del potere straordinario di ordinanza nel governo dell'Ente comunale: le c.d. ordinanze sindacali "creative".

La nuova responsabilità in materia di sicurezza urbana attribuita al Sindaco si giustifica anche in ragione del più elevato grado di rappresentatività correlato alla sua elezione diretta ed alla constatazione che la soluzione del problema della sicurezza è ormai divenuta una parte estremamente significativa del suo mandato.

Tuttavia, la riforma dei poteri sindacali di ordinanza in materia di sicurezza urbana, di lotta al degrado del territorio e tutela del decoro cittadino, attraverso una nuova definizione legislativa dei rispettivi ambiti di intervento, insieme all'introduzione di nuove misure di prevenzione personale, di competenza del Sindaco e del Questore, volte a garantire la piena fruibilità di determinati luoghi pubblici caratterizzati da consistenti flussi di persone, costituisce un disegno ambizioso e di non facile realizzazione.

Nel nuovo scenario, infatti, ancora più che in passato, ciò che caratterizza il potere (straordinario) di ordinanza del Sindaco è la mancanza di un contenuto predefinito, che invece viene di volta in volta determinato con lo stesso atto di

ordinanza, restando il relativo potere virtualmente libero di scegliere qualunque oggetto entro quella materia e per quei fini[12]. All'autorità sindacale viene, in sostanza, conferita la speciale "capacità"[13] di esercitare, in determinate circostanze imprevedibili e transitorie, ogni tipo di potere che si renda necessario allo scopo, o perché la fattispecie che la pubblica Amministrazione vuole disciplinare non era prevista da alcuna norma o perché quella stessa fattispecie è tale da esigere, a giudizio dell'Amministrazione, una disciplina diversa da quella individuata in astratto. Il punto più controverso delle disposizioni che ragionano di straordinarietà, necessità ed urgenza è che allo stesso soggetto pubblico competente all'emanazione dell'atto spetta il compito di stabilire se si siano verificati l'evento o la condizione che lo abilitano a intervenire, non essendo possibile predeterminare tassativamente i casi in cui il potere straordinario sarà effettivamente necessario. Il "problema" ha una doppia valenza: da una parte è, innanzitutto, vicenda intimamente connessa alla discrezionalità amministrativa; dall'altra si pone in termini di tecnica normativa. La clausola generale della "necessità ed urgenza" risulta evidentemente "incanalata" dal legislatore verso specifici obiettivi di amministrazione attiva; la norma, infatti, pur individuando i settori all'interno dei quali il sindaco può fare ricorso allo strumento straordinario, non elimina la difficoltà qualificatoria delle fattispecie, che discende dalla fisiologica genericità delle finalizzazioni in essa contenute. Nel tutelare la fumosa "vivibilità cittadina", il Sindaco interviene per prevenire e contrastare le più varie situazioni di incuria e degrado, di scadimento della qualità urbana, nonché i fatti o i comportamenti che costituiscono intralcio allo svolgimento delle attività urbane. Si consideri, a titolo esemplificativo, l'esperienza delle numerose c.d. ordinanze sindacali "creative", emanate prima e dopo l'entrata in vigore del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, che vietano di bivaccare e mendicare nei centri urbani o che proibiscono tutti quei comportamenti idonei ad alterare il decoro urbano (quali il conferimento dei rifiuti, l'attività dei locali notturni, gli schiamazzi); le ordinanze che pongono il divieto di consumare bevande alcoliche al di fuori dei pubblici esercizi regolarmente autorizzati

[12] G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e amministrativo*), *Nov.mo Dig. it.*, XII, Torino, 1965, pp. 90 ss.
[13] Secondo parte della dottrina si tratterebbe di una sorta di capacità generale di diritto pubblico, Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, *Dir. Pub.*, /2/2007, pag. 350 segg.

ovunque oltre un certo orario o, molto più spesso, limitatamente all'utilizzo di bottiglie e/o bicchieri di vetro o di metallo che possano essere successivamente abbandonati nelle vie e piazze del Comune, ovvero i provvedimenti che vietano di creare situazioni che intralcino la viabilità, quali la vendita o l'offerta di servizi per le strade[14]. Ancor più nello specifico, meritano di essere esaminate, a titolo esemplificativo, due pionieristiche ordinanze "emergenziali"[15].

Il Sindaco di Ventimiglia nel marzo 2017 vietò con ordinanza (poi successivamente revocata) la somministrazione di cibo e bevande ai migranti su area pubblica da parte di persone non autorizzate, ovvero al di fuori dei due luoghi preposti sul territorio comunale, gestiti dalla Croce Rossa e dalla Caritas[16].

Da parte sua, il Sindaco di Gallarate, *in illo tempore*, emanò altresì un'ordinanza contingibile e urgente, poi sostituita da altra successiva alla conversione in legge (ordinanza n. 4/2017), valida per 120 giorni, con la quale poneva "il divieto di 1) bivaccare nel centro abitato e il divieto di consumare

---

[14] Cfr., *ex multis*, ordinanza del Sindaco di Monza, n. 2 del 23 luglio 2014, in www.comune.monza.it; ordinanza del Sindaco di Lodi, n. dell'11 agosto 2017, in www.comune.lodi.it.

[15] Con la locuzione "ordinanza emergenziale" s'intende un atto autoritativo volto ad imporre, vietare o regolamentare (in termini più articolati rispetto ad un semplice ordine) un determinato comportamento in relazione ad un evento più o meno imprevisto o imprevedibile. Si tratta, dunque, di un provvedimento giustificato da una necessità non altrimenti fronteggiabile, il cui contenuto non viene prestabilito dalla legge, ma dalla fonte primaria semplicemente autorizzato e rimesso alla scelta discrezionale dell'amministrazione. Nel diritto amministrativo italiano, la locuzione "ordinanza" non si riferisce ad un singolo istituto giuridico; come osservato dalla dottrina, le ordinanze coprono una vasta area di atti e provvedimenti: «*oltre ai provvedimenti (puntuali e concreti), il nome è utilizzato sia per atti normativi (es. regolamenti, bandi militari, ecc.) sia per atti generali attribuiti alla competenza di un organo monocratico (es. ordinanze del sindaco previste dal codice della strada)*» (cfr. R. CAVALLO PERIN, *Ordine e Ordinanza nel diritto amministrativo* (aggiornamento 2010), in *Dig. disc. pubbl., X*, 1995, pp. 366 ss.). Gli "ordini", invece, possono essere più specificamente qualificati come i comandi ed i divieti che – sul presupposto di un rapporto di gerarchia esistente all'interno dell'organizzazione amministrativa, ovvero in virtù di una specifica prescrizione normativa – definiscono esattamente il comportamento che in concreto deve tenere il loro destinatario. Laddove si volesse effettuare una valutazione comparativa tra le ordinanze contingibili ed urgenti e gli ordini, il discrimine dovrebbe essere rinvenuto nel fatto che, mentre questi ultimi si atteggiano sempre come atti vincolati o frutto di discrezionalità tecnica, le ordinanze conseguono invece ad un processo valutativo, più o meno complesso. Sul punto, si vedano anche F. BARTOLOMEI, *Ordinanza (diritto amministrativo), in Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980; G.U. RESCIGNO, *Ordinanza e provvedimenti di necessità e di urgenza (diritto costituzionale e amministrativo),* in *Noviss. Dig. it.*, XII, Torino, 1965, pp. 90 ss.

[16] C. RUGA RIVA in AA. VV., *La sicurezza urbana i suoi custodi,* cit., p. 5.

bevande alcoliche, al di fuori delle aree pertinenziali dei pubblici esercizi regolarmente autorizzati; 2) detenere o utilizzare strumenti idonei all'imbrattamento di immobili e arredi urbani; 3) praticare ogni forma di accattonaggio, sollecitare o richiedere denaro o altra utilità economica, con particolare riguardo ai parcheggi pubblici o nelle adiacenze (...) dell'ospedale cittadino".

L'ordinanza prevedeva che l'organo accertatore potesse disporre l'allontanamento del trasgressore, qualora la violazione fosse stata commessa nelle pertinenze della stazione ferroviaria, dandone informativa alle autorità e ai servizi sociali.

L'ordinanza poneva problemi già sorti in costanza della precedente esperienza delle c.d. ordinanze "creative": l'interferenza con diritti costituzionalmente garantiti (ad esempio, la libertà di riunione ex art. 17 Cost.) e la relativa legittimità di provvedimenti amministrativi che li limitano; la vaghezza del divieto (cosa si intende per bivacco? Il mero assembramento di persone sedute a bighellonare, come potrebbe evincersi dal preambolo dell'ordinanza? O lo sdraiarsi o il dormire in luogo pubblico?); la legittimità di ordinanze che, indirettamente, cioè ove violate reiteratamente, costituiscono il presupposto di sanzioni, irrogate dal Questore, limitative della libertà di circolazione fino a due anni; la legittimità di divieti (l'accattonaggio) oggetto di depenalizzazione con l. 25 giugno 1999 n. 205, con consapevole rinuncia, da parte del legislatore statale, ad ogni sanzione, quand'anche amministrativa, e addirittura dichiarato incostituzionale nella forma non molesta, forma che viceversa verrebbe sanzionata nel Comune di Gallarate (e nei tanti altri ove vigono, tutt'oggi, divieti analoghi)[17].

In definitiva, vengono attribuiti al Sindaco in prima battuta, e più stabilmente al Questore, in seconda battuta, provvedimenti fortemente limitativi di libertà personali, rispetto a condotte "disturbanti" (il decoro o la vivibilità) dai contorni assai vaghi, che i Sindaci possono selezionare in modo assai disomogeneo sul territorio nazionale, con ovvie tensioni sul principio di

[17] C. RUGA RIVA, in AA. VV., *La sicurezza urbana i suoi custodi,* cit., p. 5.

uguaglianza, a seconda di valutazioni/concezioni largamente soggettive del benessere delle comunità da loro amministrate[18].

Oggi, il potere di emettere ordinanze anti-bivacco è regolamentato dal Ministero dell'Interno e si focalizza sul decoro urbano e l'igiene, con divieti che variano a seconda del comune (si vedano, quali altri esempi diversificati, i Comuni di Siena e di Viterbo). Ma è tutt'oggi materia fluida.

5. L'Ordine pubblico e la "pericolosità per la sicurezza" (artt. 10, comma 2 e 13, comma 2, l. 18 aprile 2017, n. 48).

Il richiamo alle categorie concettuali proprie dell'area della prevenzione è confermato dai riferimenti contenuti nell'art. 10 comma 2, al "*pericolo per la sicurezza*", quale condizione che deve necessariamente sussistere affinché il Questore possa disporre la misura del divieto di accesso a determinati luoghi, e nell'art. 13, comma 2, alle "*ragioni di sicurezza*" che consentono alla medesima autorità di irrogare analogo divieto di accedere a locali pubblici, locali aperti al pubblico e pubblici esercizi.

La valenza del testo in commento sotto il profilo del sistema prevenzionale, sia in sede amministrativa che giurisdizionale, impone a questo punto una riflessione sull'incidenza delle nuove nozioni ("sicurezza integrata", "sicurezza urbana" e "pericolosità per la sicurezza" *tout court*) testé coniate sui "tradizionali" concetti di sicurezza pubblica, pericolosità sociale e ordine pubblico[19].

È noto che, per quanto riguarda le misure di prevenzione - secondo la tradizionale denominazione, c.d. *ante delictum* (ovvero *praeter delictum* o *sine delicto*), perché non presuppongono necessariamente l'accertamento in concreto,

[18] La differenziazione territoriale dei divieti oltre a caricare ulteriormente un sistema normativo già appesantito, comporta la nascita di una quantità incalcolabile di "micro-ordinamenti" ed alimenta la probabilità di situazioni di disuguaglianza connesse alla sola residenza. Il tema è estremamente ampio e non può, in tale sede, essere oggetto di approfondimento. Sul punto si rinvia, per una ricostruzione generale, a F. MANGANARO, *Il concetto di cittadinanza alla luce dei livelli essenziali di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali*, in *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, a cura di F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA, Torino, 2006.

[19] C. FORTE, *Il Decreto Minniti: sicurezza integrata e "DA.SPO. urbano"*, *Dir. pen. cont.*, 2017, p. 181.

e in un giudizio penale, di fatti di reato o quasi reato pregressi[20] - il presupposto fondamentale per la loro irrogazione è costituito dalla pericolosità per la sicurezza pubblica (di cui già alla l. 27 dicembre 1956, n. 1423), pericolosità che qualifica le persone nei confronti delle quali tali misure difensive o impeditive vengono applicate[21].

Al riguardo, si definisce, genericamente, "*Pubblica sicurezza*" tutto ciò che attiene all'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà, nonché all'osservanza delle leggi, concetto che include la pacifica esplicazione di tutte le manifestazioni della vita associata e dell'ordinato esercizio delle funzioni inerenti ai pubblici poteri. Come si vede, la Sicurezza pubblica è comprensiva delle condizioni che garantiscono il rispetto di certe leggi fondamentali, che attengono alla vita dello Stato, alla vita ed all'incolumità dei cittadini, alla salvaguardia dei beni pubblici e privati e non è mancato chi ha autorevolmente distinto il concetto di ordine pubblico, che tutela un interesse dello Stato e dei cittadini come collettività, da quello di sicurezza pubblica che proteggerebbe, invece, più specificamente i singoli individui e i loro beni[22]. Particolarmente significativa appare, da questo punto di vista, la disciplina dell'art. 1, R.D. 18 giugno 1931, n. 773, Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, T.U.L.P.S., dove vengono indicati, come compiti dell'Autorità di Pubblica sicurezza, per un verso, il mantenimento dell'Ordine pubblico, e, per altro verso, la vigilanza sulla Sicurezza e la incolumità dei cittadini, intesi *uti singuli*, e come tali portatori di interessi non riconducibili all'area normativa dell'ordine pubblico.

Il concetto di Pubblica sicurezza viene associato generalmente alla nozione di Ordine pubblico; una distinzione in merito è concettualmente difficile in quanto i due termini vengono ad essere usati essenzialmente come sinonimi ovvero come endiadi. È dunque complessa la definizione di Ordine pubblico: il concetto infatti è di natura evolutiva (così come quello di buon costume), e cioè

---

[20] M. LA MONICA, G. MARINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Manuale del Diritto di Polizia*, Milano, 1993, p. 430; P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1976, XXVI, p. 633; E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *Enc. giur., Treccani*, XX, 1990, p. 1.
[21] M. LA MONICA, G. MARINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Manuale*, cit., p. 429; sul punto, ampiamente, P. MAZZA, *Pericolosità sociale e legalità*, Padova, 2012.
[22] M. LA MONICA, G. MARINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Manuale*, cit., p. 50.

variabile nel tempo e nei luoghi[23]; com'è stato suggestivamente osservato, esso definisce un "mero ripostiglio concettuale"[24]. L'espressione è variamente intesa e definita, perché si riferisce non solo a quel particolare stato di fatto della società in cui sia la collettività che i singoli consociati debbono essere garantiti da ogni lesione al normale e pacifico esercizio dei loro diritti, ma anche allo specifico profilo della sicurezza pubblica come salvaguardia della sicurezza fisica delle persone, intesa e come incolumità personale e come integrità patrimoniale.

Ai fini del diritto penale, due sono i significati nei quali l'Ordine pubblico è stato storicamente, e ancor oggi può essere, inteso: esso viene in evidenza, nell'uno in senso empirico - materiale, nell'altro in senso normativo ideale.

La nozione di *Ordine pubblico materiale* viene definita talvolta "in positivo" in un'accezione equivalente a pubblica tranquillità[25], a quiete e sicurezza collettiva, (…) buon ordine esteriore e sensibile[26]; talaltra "in negativo" caratterizzata dall'assenza di violenza, ovvero dall'assenza di fatti umani e naturali che abbiano la capacità di turbare la sicurezza[27], identificandosi, in ultima analisi, in una condizione di pacifica convivenza immune da disordine e violenza[28]. L'ordine pubblico ha così un significato ristretto: è il buon assetto e il regolare andamento della vita sociale; è l'armonica e pacifica coesistenza dei cittadini sotto la sovranità dello Stato e del diritto e, in questo senso, è sinonimo di pace pubblica. Ad esso corrisponde nei cittadini il senso della tranquillità e della sicurezza[29].

La nozione di *Ordine pubblico ideale* è, invece, ricostruita come insieme di principi e valori che costituiscono l'integrità dell'assetto legislativo. È stato detto che essa, "in positivo" evoca una realtà ideale cui si connette l'esigenza del rispetto di determinati principi che l'ordinamento ritiene indispensabili per la sua sopravvivenza[30]; "in negativo", indica il complesso di principi inderogabili

---

[23] M. DI RAIMONDO, *Diritto di Polizia*, Rimini, 2002, p. 33.
[24] K. BINDING, *Die Normen und ihre Ubertretung*, I, Leipzig, 1922, p. 352.
[25] S. MOCCIA, *Ordine pubblico (Disposizioni a tutela dell')*, *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, p. 3.
[26] C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.), Enc. dir*., XXX, Milano, 1980, pp. 1084-1093.
[27] A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, pp. 156 ss.
[28] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, I, Bologna, 1997, p. 460.
[29] F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 1995, p. 216.
[30] C. FIORE, *op. cit*., 1091, p. 1097.

sottratti al dibattito e alla possibilità di modifica o con possibilità di modifica realizzabile solo a mezzo di rottura della Costituzione[31].

La dottrina oggi dominante propende per una nozione di "Ordine pubblico in senso materiale" ritenendola connotata di rilevanza costituzionale sulla base dei riferimenti contenuti negli artt. 13, comma 3, 14, commi 3, 15, 16, 17 e 41, comma 2 della Carta fondamentale: essa funzionerebbe come limite a quelle manifestazioni esteriori delle libertà che più direttamente aggrediscono la convivenza pacifica[32]. In quest'ottica, l'Ordine pubblico materiale integra un legittimo oggetto di tutela penale (assurgendo, quindi, a indice del giudizio politico-criminale di meritevolezza di pena), al contrario dell'Ordine pubblico ideale che può rappresentare una mera *ratio* di tutela[33].

In altra lata accezione, per *Ordine pubblico (costituzionale*) può intendersi, da un punto di vista generale, l'ordinato sviluppo sociale, sulla base dei valori affermati dalla Costituzione (ad esempio libertà di movimento, di impresa, di culto) e l'assenza di turbative, quali guerre, rivoluzioni, sedizioni, tumulti, disordini o rivolte, in grado di minacciarlo o, addirittura, di rovesciarlo.

Nell'art. 159, comma 2, d. lg. 31 marzo 1998, n. 112, l'*Ordine pubblico, come istituto di diritto amministrativo,* è più ampiamente definito come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza della comunità nazionale. Il concetto di ordine pubblico non era mai stato, prima di questa norma, definito con una formula di diritto positivo.

Per la Corte costituzionale, poi, "*sicurezza pubblica*" ha il significato di "situazione nella quale viene assicurato al cittadino, per quanto possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza", ossia condizione in cui "il cittadino può svolgere le proprie lecite attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica o morale" e

[31] G. CORSO, *Ordine pubblico (Dir. pubblico*), *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1061.
[32] S. MOCCIA, *op. cit.*, p. 3.
[33] S. MOCCIA, *op. loc. cit*.

quindi identificabile con "l'ordinato vivere civile, che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto libero e democratico"[34].

Più restrittivamente, nel 1962, il Giudice delle leggi ha fornito del concetto una definizione un po' limitata, secondo la quale l'ordine pubblico consiste nell'ordine sociale fissato dal diritto contro ogni trasgressione e ogni turbamento realizzato mediante la violenza, dato che l'ordine in parola "tende a coincidere con gli interessi alla prevenzione della delinquenza, individuale e organizzata", e più in generale della salvaguardia della incolumità e della quiete pubblica[35].

Successivamente, i giudici costituzionali hanno precisato che la locuzione "interessi pubblici primari", utilizzata dall'art. 159, comma 2, d. lg. 31 marzo 1998, n. 112, deve essere interpretata nel senso di considerare "non qualsiasi interesse pubblico, alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile"[36]. Questa precisazione è necessaria perché la definizione contenuta nell'art. 159 citato è stata posta dal d. lg. n. 112/1998 al fine di dare attuazione alla delega contenuta nella l. 15 marzo 1997, n. 59; in base a tale legge, nel quadro della riforma da essa avviata in tema di federalismo amministrativo, le funzioni amministrative relative a talune materie, quale è appunto l'"ordine pubblico e sicurezza pubblica" (art. 1, comma 3, lett. l), ossia la materia della polizia di sicurezza, erano da considerare escluse dal conferimento a Regioni ed Enti locali e, quindi, dovevano rimanere riservate alla competenza dello Stato affinché ne fosse assicurato l'esercizio unitario.

Sotto questo profilo, il *novum* del testo in commento risiede nella delimitazione dei concetti specifici di sicurezza "integrata" (in cui viene valorizzato il dato della *governance* multilivello, in uno con il necessario coordinamento tra autorità operanti in settori distinti, ma miranti a perseguire il medesimo, comune, obiettivo) e di sicurezza "urbana" (connotata, invece, dal punto di vista "spaziale", per la sua correlazione alle particolari problematiche situazionali proprie dei grandi centri urbani).

---

[34] Corte cost. 23 giugno 1956, n. 2; Corte cost., 25 febbraio 1988, n. 218, all'indirizzo www.giurcost.org.
[35] Corte cost. 16 marzo 1962, n. 19, all'indirizzo www.giurcost.org.
[36] Corte cost., 25 luglio 2001, n. 290, all'indirizzo www.giurcost.org.

Il sistema punitivo è, attualmente, tuttora costruito sulle coppie concettuali responsabilità-pena[37] e pericolosità-misura di sicurezza; esso trova la sua *ratio* nella diversità di funzioni che sono assegnate rispettivamente alla pena e alla misura di sicurezza. E non sfugge come pure il particolare settore delle misure di sicurezza *post delictum*, anch'esse ancorate al presupposto della pericolosità accertata in concreto (questa qualificata dall'aggettivo "sociale" alla stregua dell'art. 203 c.p.), venga forse lambito dal testo della presente legge: deve, infatti, osservarsi come le nuove misure del divieto di accesso di cui agli artt. 10 e 13 possano essere altresì irrogate, e per un più lungo periodo, proprio nei confronti di soggetti che siano già stati condannati in via definitiva, ovvero con sentenza di primo grado confermata in appello, per determinate categorie di reati.

A differenza della pena, che ha finalità anzitutto di retribuzione della colpevolezza del reo[38], proporzionata all'entità o gravità del reato perpetrato[39] (per quanto sia chiamata a svolgere, non di rado, contro natura, funzioni di difesa sociale nonché di prevenzione generale dei reati che assolutamente non le spetterebbero a livello costituzionale[40]), e soltanto tendenzialmente scopo rieducativo, secondo il modello della prevenzione speciale, soprattutto nella fase esecutiva della sanzione[41], ed è pertanto una sanzione in senso proprio, conforme alla sua ontologia, di tipo repressivo, collegata direttamente ad un illecito intersubiettivo colpevolmente commesso, secondo lo schema comando – responsabilità - castigo[42] (anche se, di fatto è in grado di svolgere compiti di

[37] È evidente che il problema della responsabilità penale assume un valore centrale rispetto all'intera tematica penalistica, venendo a costituire il "capitolo", per così dire, in cui si instaurano e si modellano i rapporti tra il fatto di reato, quale fondamento della punibilità, e le sanzioni criminali, quali risposte dell'ordinamento alla condotta del reo, cfr. M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano, 1966, p. 53.

[38] M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, cit., p. 123.

[39] G. BETTIOL, R. BETTIOL, *Istituzioni di Diritto e Procedura penale*, Padova, 1995, p. 107,

[40] M. SPASARI, *Diritto criminale e scienza del diritto criminale. Oggetto e metodo della dommatica criminale e della criminologia*, *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, p. 530.

[41] G. BETTIOL, *Il mito della rieducazione*, in AA. VV., *Sul problema della rieducazione del condannato*, Padova, 1964, p. 1.

[42] G. BETTIOL, *Diritto penale*, *parte generale*, Padova, 1976, p. 688; P. NUVOLONE, *op. loc. cit*., G. MARINI, *Lineamenti di diritto penale*, cit., p. 966. In proposito è stato autorevolmente sottolineato che le pene, tenute ben distinte dalle misure di sicurezza negli artt. 25 e 27 Cost., anche perché, a differenza di queste non possono essere previste in forza di legge retroattiva (art. 25, comma 2, Cost.) hanno sicuramente una spontanea attitudine a sviluppare auspicabili effetti di prevenzione generale e speciale, ma non da ciò resta individuata la loro essenza, assolutamente incompatibile con l'ontologia delle misure di sicurezza sociale a carattere preventivo, chiamate dalla loro logica

neutralizzazione[43]), le misure di prevenzione non servono a prevenire in via generale ed eventualmente colpire la persona per la colpevole commissione di fatti antigiuridici lesivi di determinati interessi. Nella misura di prevenzione, infatti, così come nella misura di sicurezza, deve riconoscersi solo uno strumento di polizia amministrativa, pur se applicata con garanzie giurisdizionali. E, tuttavia, tale misura è inquadrabile nella categoria delle sanzioni (in senso lato, *rectius*: misure) criminali[44], dato che soggiace a canoni propri della legalità penale, ed è strumento assistito (che deve essere assistito) dalla garanzia della giurisdizione, in quanto comunque incide sulla libertà personale o altri beni di rilevanza costituzionale, o postula giudizi riservati al potere giurisdizionale.

Le misure di prevenzione si applicano a seguito di un procedimento completamente autonomo rispetto a quello di applicazione della pena, seguendo i dettami del c.d. Codice Antimafia (d. lg. 6 settembre 2011, n. 159)[45]. Presupposti di applicabilità sono:

- riconducibilità della persona ad una delle categorie di pericolosità delineate dal legislatore;
- pericolosità sociale della persona;
- attualità della pericolosità.

---

ad operare in relazione ad un fatto previsto come reato, ma non a causa della commissione di questo, bensì di quello pronosticato per il futuro a carico del reo o addirittura di terzi ("danno o pericolo sociale mediato"), nei margini di una evidente relativa indeterminatezza della prognosi della personalità e dei suoi svolgimenti anche effettuali, cfr. M. SPASARI, *Diritto criminale*, cit., *passim*.

[43] Sulla distinzione tra neutralizzazione e rieducazione, all'interno della prevenzione speciale, v. per tutti F.C. PALAZZO, *Pene accessorie e sanzioni interdittive nella riforma del codice penale*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, Milano, 1982, p. 246.

[44] Si veda, peraltro, in relazione agli ampi spazi di discrezionalità lasciati all'autorità di polizia nonché giudiziaria (non del tutto annullatisi con l'evolversi della legislazione), F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione, in Le misure di prevenzione (Convegno di studio "Enrico de Nicola")*, Milano, 1975, p. 40.

[45] Sulle misure di prevenzione si vedano, tra gli altri, F. FIORENTIN, *Le misure di prevenzione personali*, Milano, 2012; F. BRIZZI, P. PALAZZO, A. PERDUCA (a cura di), *Le nuove misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Rimini, 2012; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, Milano, 2012. Sugli effetti derivanti dall'applicazione di tali misure, sia consentito rinviare a S. DI PINTO, *Gli effetti delle misure personali e patrimoniali di prevenzione nel Codice Antimafia*, in *Rivista di Polizia*, 2013, IV, pp. 237-248.

La l. 27 dicembre 1956, n. 1423, in vigore prima del Codice antimafia, destinava le misure di prevenzione a cinque tipologie di soggetti, in quanto ritenuti socialmente pericolosi, già presi in considerazione dal T.U.L.P.S. del 1931: oziosi e vagabondi; soggetti dediti a traffici illeciti; proclivi a delinquere; sospetti sfruttatori di prostitute o contrabbandieri o trafficanti di stupefacenti; soggetti abitualmente dediti allo svolgimento di attività contrarie alla morale pubblica o al buon costume. Oggi è del tutto superata tale obsoleta ripartizione, distinguendo invece il codice antimafia tra due categorie di soggetti, ovvero i *pericolosi generici* (art. 1) e i *pericolosi qualificati* (art. 4): gli uni destinatari di misure applicate dal Questore, gli altri di misure applicate dall'Autorità giudiziaria.

La pericolosità generica è desunta, stando al disposto di cui all'art. 1 del Codice antimafia, dalla abitualità ai traffici delittuosi (e non a mere contravvenzioni), dalla condotta di vita con i proventi di attività delittuose (e non contravvenzionali), nonché dalla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

La categoria dei pericolosi qualificati, d'altro canto, comprende soggetti indiziati di più gravi reati, tra cui spicca l'appartenenza ad associazioni di stampo mafioso (art. 416 *bis* c.p.) ovvero la commissione dei delitti previsti dall'art. 51 comma 3 *bis* c.p.p. o del delitto di cui all'art. 12 *quinquies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306.

La dottrina pone in evidenza come i presupposti descritti dal Codice antimafia siano, in realtà, ben lungi dall'avere il carattere di sufficiente determinatezza che impone il principio di legalità ex art. 25 Cost. – e ancor più ex art. 1 c.p. - nelle sue declinazioni di principio di tassatività e principio di determinatezza. L'applicazione di misure di prevenzione postula, infatti, un giudizio prognostico sulla ragionevole probabilità che un certo soggetto commetta in futuro reati, valutazione che rischia di sfociare in una inammissibile discrezionalità dell'organo giudicante secondo i principi costituzionali e di civiltà giuridica se non ne vengono definiti i contorni. Per lungo tempo, infatti, le misure di prevenzione personali sono state applicate sulla base della mera appartenenza di un soggetto ad una delle categorie individuate dalla legge come socialmente pericolose, con la conseguenza che quello che doveva essere un giudizio basato

su una valutazione complessiva delle circostanze riguardanti il destinatario della misura sfociava in un mero sistema presuntivo.

Senonché, immediatamente la Corte Costituzionale, accompagnata dalla Corte di Cassazione, si rese conto che la pericolosità di un soggetto non potesse essere desunta dalla mera appartenenza ad una delle categorie tipizzate dal Legislatore, tra l'altro neppure con sufficiente determinatezza. Al contrario, si affermò che "l'appartenenza a quelle categorie è invero condizione necessaria, ma non sufficiente per la sottoposizione a misure di prevenzione: poiché in concreto tali misure possano essere adottate occorre, infatti, anche un particolare comportamento che dimostri come la pericolosità sia effettiva ed attuale e non meramente potenziale"[46]. È necessario, dunque, compiere un autonomo giudizio di pericolosità nel caso concreto perché solo se la persona è effettivamente pericolosa per la sicurezza pubblica è opportuna l'applicazione di misure di vigilanza. La pericolosità va vagliata sulla base di una valutazione globale della pericolosità del soggetto sulla scorta di elementi sintomatici, quali possono essere comportamenti illeciti e antisociali della persona o i suoi rapporti con altri soggetti socialmente pericolosi.

In ordine alla problematica se tra pericolosità per la sicurezza pubblica, presupposto delle misure di prevenzione, e pericolosità sociale, presupposto delle misure di sicurezza, esista una sostanziale differenza o se invece si tratti di un concetto unitario, sono state espresse in dottrina diverse e opposte tesi. Anche qui sembra da escludere che vi sia coincidenza tra le due nozioni di pericolosità: sono pericolosi per la sicurezza pubblica quei soggetti, appartenenti alle categorie indicate nell'art. 1, che, in rapporto al loro sistema di vita e alle relazioni con ambienti della malavita, appaiono come possibili centri motori di iniziative criminali che, andando oltre la condotta individuale, mettono in pericolo le basi fondamentali della convivenza e tolgono alla polizia le normali possibilità di controllo e di prevenzione.

Sulla stessa linea chi afferma che la pericolosità cui fa riferimento il sistema della prevenzione è quella "sociale" in senso lato, comprendente cioè l'accertata predisposizione al delitto, ovvero la presunta vita delittuosa di un soggetto nei cui riguardi non sia stata raggiunta una prova sicura di reità in ordine a un fatto

[46] Corte cost., 17 marzo 1969 n. 32, all'indirizzo www.giurcost.org.

di reato o quasi reato[47]. Tale connotazione soggettiva, a differenza di quella richiesta dall'art. 202 c.p. per l'irrogazione di una misura di sicurezza, non è necessariamente collegata a un'affermazione di pregressa colpevolezza in sede penale, ma si ricava dall'esame della complessiva personalità del proposto e da situazioni che giustificano presunzioni, purché appaiano fondate su elementi obiettivi e su fatti specifici e accertati[48].

Del resto, in materia di misure di prevenzione la giurisprudenza della Suprema Corte ha fatto riferimento alla pericolosità sociale generica in senso lato, seppur attuale e concreta[49] e, da diversi anni, utilizza costantemente il termine

---

[47] M. LA MONICA, G. MARINI, L. MAZZA, S. RIONDATO, *Diritto di Polizia*, cit., p. 430.

[48] C. FORTE, *op. cit*., p. 9.

[49] Cass., Sez. Un., 4 gennaio 2018, n. 111, all'indirizzo www.giurisprudenzapenale.com. La pericolosità, infatti, deve esistere al momento della decisione. Ciò significa che la pericolosità deve essere attuale, ovvero concreta e specifica, desunta da comportamenti in atto nel momento in cui la misura deve essere applicata e dunque deve sussistere nel momento in cui viene emessa la decisione del giudice di primo grado. Con la conseguenza che se la pericolosità, inizialmente esistente, viene meno per cause sopravvenute, la misura va revocata ai sensi dell'art. 11 comma 2 del Codice antimafia con efficacia *ex nunc*, mentre va revocata *ex tunc* nel caso in cui si rilevi che tale pericolosità era del tutto insussistente al momento dell'emissione della decisione del giudice. L'applicazione di tale principio di diritto è stata quasi immediata con riguardo alla categoria della pericolosità generica, grazie anche al notevole contributo offerto dalla giurisprudenza sovranazionale. Tra gli interventi più recenti si può senz'altro citare la sentenza "*De Tommaso c. Italia*" della Corte Europea dei diritti dell'uomo (EDU), Grande Camera, 23 febbraio 2017, ric. n. 43395 del 1999 (cui è seguita la sentenza c.d. "Paternò" delle Sezioni Unite Penali, la Cass., S. U., 27 aprile 2017/dep. 5 settembre 2017, n.40076, che ha ridefinito i limiti delle misure di prevenzione personali in Italia, recependo i principi stabiliti dalla Corte EDU nella sentenza De Tommaso c. Italia), con la quale i Giudici di Strasburgo hanno condannato l'Italia per l'assenza di una base legale sufficientemente determinata in materia di misure di prevenzione personali (con particolare riferimento alla sorveglianza speciale di pubblica sicurezza). Tale caratteristica, infatti, incide sulla stessa prevedibilità delle misure di limitazione alla libertà di circolazione e sotto questo aspetto rappresenta una violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Nel complesso, la Corte EDU ha dunque condannato l'Italia non solo per l'eccessiva indeterminatezza delle categorie di soggetti potenzialmente destinatari delle misure di prevenzione, ma anche per la vaghezza degli obblighi imposti agli stessi.
Più complessa è stata, invece, l'affermazione di un corretto giudizio di pericolosità con riferimento agli appartenenti alla categoria della pericolosità qualificata. A lungo, infatti, si è sostenuto che la pericolosità andasse presunta nei confronti di soggetti indiziati di appartenenza ad associazioni di stampo mafioso o di concorso esterno in associazioni di stampo mafioso. In particolare, si riteneva che l'appartenenza ad una associazione di stampo mafioso andasse desunta da massime di esperienza, che insegnavano che in tali associazioni la stabilità del vincolo è talmente forte che *semel mafioso semper mafioso*, ovvero che chi è stato mafioso, lo sarà sempre. Richiamando le parole della Cass. pen., Sez. II, 16 febbraio 2006 n. 7616, pronuncia fondamentale in tema di misure di prevenzione personali antimafia e confisca dei beni (il principio di diritto

pericolosità sociale, senza altra aggettivazione, per indicare la pericolosità richiesta per l'applicazione di una misura di prevenzione; alcune volte, peraltro, si afferma il ricorso della situazione di pericolosità senza nemmeno l'aggettivo sociale, ritenendosi implicita anche tale qualificazione. Questa nozione appare, invero, riconducibile più alla pericolosità per la sicurezza pubblica (intesa, in considerazione delle esigenze di prevenzione speciale cui sono ispirate le misure di prevenzione personale, come pericolosità in senso lato, in essa compresa anche l'accertata predisposizione al delitto pur in assenza di prova di consumazione, da parte del soggetto, di fatti penalmente rilevanti), che non alla pericolosità funzionale all'applicazione di una misura di sicurezza, connessa alla già intervenuta condanna in sede penale. Prova ne sia il fatto che presupposto per l'applicazione del divieto di accesso a determinati luoghi è la reiterazione delle condotte già stigmatizzate con la sanzione pecuniaria e l'ordine di

---

stabilito riguarda la distinzione tra "partecipazione" e "appartenenza" e l'onere della prova in merito all'attualità del vincolo mafioso), "*in tema di misure di prevenzione nei confronti degli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, il requisito dell'attualità della pericolosità è da considerarsi implicito nella ritenuta attualità dell'appartenenza*", e ciò anche in caso di concorso esterno. Ciò era ancora più vero laddove si trattasse di c.d. mafia storica, ovvero di associazioni tanto radicate sul territorio, da non poter immaginare un successivo distacco degli appartenenti. Un simile sistema di presunzioni comportava inevitabilmente anche un'inversione dell'onere della prova: doveva essere l'indiziato a dare la prova della non attualità della pericolosità sociale e quindi dell'assenza di qualsiasi legame con associazioni di stampo mafioso, e non l'accusa a dimostrare la sussistenza del vincolo. Con la sentenza 11 febbraio 2014 n. 23641, c.d. "Mondini", viene vinto il sistema di presunzioni, ma è con la pronuncia delle Sezioni Unite penali c.d. "Gattuso", cioè la Cass., S. U., 4 gennaio 2018 - 30 novembre 2017 n. 111, in www.archiviopenale.it, che la questione trova un approdo definitivo. Le Sezioni Unite hanno espresso il principio di diritto secondo cui: "nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personale agli indiziati di "appartenere" ad un'associazione di tipo mafioso, è necessario accertare il requisito dell'attualità delle pericolosità del proposto". I giudici di legittimità, difatti, hanno affermato la necessità dell'accertamento della pericolosità concreta anche nel caso di indiziati di mafia, valutazione da condurre all'epoca di applicazione della misura. Ciò in quanto l'art. 6 comma 1 del Codice antimafia, nell'affermare che la misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza va applicata alle persone indicata nell'art. 4 "*quando siano pericolose per la sicurezza pubblica*", non opera alcuna distinzione in seno alla categoria dei pericolosi qualificati. Conseguenza di quanto affermato è che il giudice deve motivare adeguatamente l'applicazione di una misura di sicurezza personale, non potendo basarsi né sulla mera appartenenza ad una delle categorie tipizzate nell'art. 4, né sul mero fatto storico che il destinatario della misura abbia avuto rapporti o legami con associazioni mafiose. Al contrario, si richiede una attenta analisi degli indici di pericolosità al fine di trarre l'attualità della stessa al momento applicativo della misura.

allontanamento da parte del Sindaco (ovvero, ai sensi dell'art. 9 l. 18 aprile 2017, n. 48, azioni che impediscano la libera accessibilità e fruizione di infrastrutture di trasporto o ad aree di valenza culturale o ambientale individuate ai sensi del comma 3, ovvero ancora condotte vietate ai sensi degli artt. 688 e 726 c.p. e 29 del d. lg. 114/98), in uno con l'indicazione che dalla condotta tenuta "possa derivare pericolo per la sicurezza" (art. 10, comma 2). In questo caso, pertanto, ciò che rileva è il compimento di condotte anche non suscettibili di configurare un reato, ma comunque giudicate dall'autorità di P.S. come pericolose per la collettività.

La più severa incidenza sui diritti dell'interessato, in particolare sotto il profilo della compressione della sua libertà di circolazione, impone in siffatte ipotesi la convalida del provvedimento amministrativo ad opera dell'Autorità giudiziaria secondo lo schema già cristallizzato nella legge n. 401/89 e successive modifiche in materia di "D.A.SPO. sportivo". Parzialmente diversa appare la situazione del divieto di accesso a determinati esercizi di cui all'art. 13, misura la cui irrogazione è circoscritta dalla legge proprio a soggetti che risultino già condannati nel precedente triennio per il delitto di vendita di sostanze di cui all'art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (nel silenzio della norma, deve ritenersi che la disposizione operi anche nei riguardi di coloro che siano stati ritenuti colpevoli di fatti "di lieve entità" ai sensi del comma quinto del citato articolo) e purché il Questore ritenga sussistenti nel caso specifico non meglio individuate "ragioni di sicurezza".

6. La scomparsa del concetto di Ordine Pubblico.

Sintomatica di un approccio nuovo alle problematiche in analisi è pure la scomparsa, nel testo, del concetto di Ordine pubblico, presente, invece nell'art. 2 T.U.L.P.S. (che viene richiamato solo nell'art. 11 l. 18 aprile 2017, n. 48, ma limitatamente al settore delle occupazioni arbitrarie di immobili) a favore della diversa nozione di sicurezza pubblica, *sub specie* di sicurezza urbana.

Anche se, come premesso, non manca chi ritiene sostanzialmente sovrapponibili i due concetti, si ribadisce che l'Ordine pubblico coincide con la pacifica convivenza sociale, sinonimo di pace pubblica, e però immune da violenza[50], mentre la sicurezza pubblica consiste nell'attività di vigilanza e

[50] La condizione, vale a dire, altrimenti definita come ordine pubblico materiale di polizia, M. LA MONICA, L. MAZZA, G. MARINI, S. RIONDATO, *Diritto di Polizia*, cit., p. 50; sul punto G. MARINI,

prevenzione che le forze dell'ordine esplicano per tutelare la prima. Pure la Corte Costituzionale ha precisato che la Sicurezza pubblica si riferisce all'integrità fisica e all'incolumità delle persone e si sostanzia in un concetto differente rispetto a quello più ampio di Ordine pubblico, richiamato nel previgente art. 2 T.U.L.P.S.[51] (ed oggi negli artt. 1, 2, 18, 40, 100, 112, 215-218 T.U.L.P.S.). In ciò si coglie una significativa differenza delle citate misure rispetto al preesistente D.A.SPO. sportivo di cui alla l. 13 dicembre 1989 n. 401, che, com'è noto, fa riferimento non solo all'espressione "pericolo per la sicurezza pubblica", ma anche a quella ben più ampia che presuppone la mera "turbativa dell'ordine pubblico", pur al di fuori di effettive situazioni pericolose.

In chiave di prevenzione speciale, il riferimento alla necessità di un pericolo per la sicurezza (nella particolare accezione prima declinata) e non già di una mera turbativa dell'ordine pubblico sembrerebbe segnare un elemento differenziale tra i due ambiti operativi, connotando in termini di minor disvalore sociale e giuridico le condotte sanzionate con il nuovo "D.A.SPO. urbano".

Nella vigente disciplina assumono importanza ai fini dell'irrogazione del divieto di accesso condotte criminose di altro tipo (reati contro il patrimonio e la persona, ovvero il delitto di spaccio di stupefacenti), idonee a incidere non già su un bene collettivo e indifferenziato come l'ordine pubblico, bensì su beni giuridici legati all'intangibilità della sfera personale o patrimoniale dell'individuo, ovvero alla tutela della sua salute.

7. I soggetti istituzionalmente preposti alla promozione della sicurezza urbana. Il Sindaco.

Al di là dei luoghi del coordinamento (Conferenza unificata, Patti per la sicurezza, Comitato metropolitano, accordi vari), i soggetti istituzionalmente preposti alla promozione della sicurezza urbana sono essenzialmente tre: il

Ordine pubblico (delitti contro l'), in *Nov. dig. it, (appendice),* Torino, 1984, V, pp. 569 ss.; *Idem*, *Ordine pubblico (contravvenzioni relative all')*, ivi, p. 578, e bibliografia citata.

[51] Corte cost., 4 gennaio 1977 n. 4, 27 marzo 1992 n. 133 e 24 febbraio 1994 n. 62, all'indirizzo www.giurcost.org.

Sindaco[52], il Questore e – in misura minore – il Prefetto, questi ultimi due concepiti entrambi dalla legge quali Autorità provinciali di Pubblica Sicurezza[53].

Il Sindaco, ai sensi dell'art. 36 T.U.E.L., è l'Organo individuale del Comune nel quale si realizza un'unione reale di uffici; infatti è contemporaneamente Capo dell'Amministrazione comunale e Ufficiale di Governo, ossia è organo periferico dell'Amministrazione statale e rappresentante del Governo in sede locale, subordinato al Prefetto[54].

I poteri di ordinanza del Sindaco (quale Ufficiale di Governo, ma anche come rappresentante della comunità locale) sono rimodulati dall'art. 8 della l. 18 aprile 2017, n. 48: da un lato, attraverso la modifica dell'art. 50, comma 5, T.U.E.L. (d. lg. 18 agosto 2000, n. 267), si prevede per il Sindaco, quale "rappresentante della comunità locale", il potere aggiuntivo di emanare ordinanze *extra ordinem* (anche contingibili e urgenti), "in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare *situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana* (provvedimenti "comportamentali" del tutto allergici ai requisiti della contingibilità, indifferibilità ed urgenza)[55], nonché il nuovo potere di emanare, nella veste di

---

[52] E.C. RAFFIOTTA, *Il problematico ruolo del Sindaco "garante" della sicurezza urbana: tra istanze locali e competenze statali*, in N. GALLO, T.F. GIUPPONI (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Milano, 2014, pag. 62 segg.; E. PATTARO, *Il Sindaco: quali responsabilità nell'ambito dell'Amministrazione di pubblica sicurezza*?, in *Forum di Quaderni costituzionali Rassegna*, 4, 2016, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it.

[53] Tenuto conto che il Prefetto è Autorità nel campo politico-amministrativo (quindi in relazione alle scelte generali in materia di Pubblica sicurezza), e il Questore è Autorità nel campo tecnico-operativo (vale a dire con riferimento all'attuazione effettiva delle scelte così operate), si deve concludere che il rapporto del secondo nei confronti del primo è di subordinazione funzionale, e non anche, come in passato, gerarchica. Per uno studio storico approfondito della figura del Prefetto, una delle burocrazie più importanti dell'amministrazione dello Stato italiano, cfr. S. SEPE, *I prefetti in età repubblicana (1946-2002)*, Bologna, 2007.

[54] L. F. MARRANGHELLO, *Il Sindaco, funzioni e responsabilità*, Pisa, 2016; E. MAGGIORA E., *Il Sindaco*, Milano, 2003. Sui problemi conseguenti a tale duplice posizione giuridica, cfr. V. ITALIA, E. MAGGIORA, *Manuale del Sindaco. Guida alle norme che regolano l'attività del Sindaco*, *Il Sole 24 Ore*, 2010.

[55] Si pensi, ad esempio, ad uno dei fenomeni su cui i comuni maggiormente intervengono, ovvero la cosiddetta "movida molesta". I comportamenti che si pongono in contrasto alle esigenze connesse alla tranquillità ed al riposo dei residenti rappresentano, a ben vedere, possibili manifestazioni di turbamento della "vivibilità cittadina" e legittimano – dunque – in via astratta l'adozione di provvedimenti sindacali straordinari ai fini della loro repressione. Ciononostante, il rimedio più diffuso, ovvero la limitazione dell'orario dei locali notturni, è stato spesso

capo dell'amministrazione comunale, per un periodo comunque non superiore a 30 giorni, ordinanze "ordinarie" (cioè che prescindono dai presupposti della contingibilità ed urgenza), *limitative degli orari di vendita, anche per asporto, e della somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche,* volte ad assicurare la tutela della *tranquillità e del riposo dei residenti, nonché dell'ambiente e del patrimonio culturale in determinate aree delle città interessate da afflusso particolarmente rilevante di persone, anche in relazione allo svolgimento di specifici eventi*" (difesa di sicurezza c.d. "minore") (comma 7 bis dell'art. 50 T.U.E.L., introdotto dalla l. n. 48/2017)[56].

L' art. 8 l. 18 aprile 2017, n. 48 si premura peraltro di introdurre un comma 7 ter all'art. 50 T.U.E.L., stabilendo che i Comuni possono adottare regolamenti nelle materie ora interessate dal potere di ordinanza intingibile ed urgente attribuito al Sindaco, quale rappresentante della comunità locale.

La circostanza che il Sindaco adotti i provvedimenti contingibili ed urgenti nella veste di organo rappresentativo della relativa comunità di riferimento comporta la mancata configurabilità di una competenza gerarchica del Prefetto e l'assenza di un potere sostitutivo di quest'ultimo. Finora le ordinanze sindacali contingibili e urgenti emesse in qualità di rappresentante della comunità locale potevano essere adottate, ex art. 50, comma 5, T.U.E.L., solo per *emergenze sanitarie o di igiene pubblica di interesse esclusivamente locale*.

Per riassumere ed esemplificare il potere di ordinanza di natura "ordinaria" ex art. 50 comma 7 bis T.U.E.L., se non si tratta di vera emergenza, ma di situazione tipicamente stagionale, o occasionata da un evento largamente prevedibile, il Sindaco può disporre, per un periodo comunque non superiore a 30 giorni, con ordinanza non contingibile e urgente, limitazioni di orari di

---

stigmatizzato dai giudici amministrativi poiché da essi considerato riconducibile, più che a situazioni emergenziali, ad un potere regolamentare della materia. Si veda, a tal proposito, TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, che con l'ordinanza cautelare 15 gennaio 2015, n. 72, partendo dal presupposto che il Comune avrebbe dovuto più legittimamente intervenire con regolamento, ha sospeso parzialmente l'ordinanza contingibile ed urgente adottata al riguardo; successivamente, con sentenza n. 1425 del 21 ottobre 2015, ha respinto il ricorso essendo il nuovo provvedimento (nel frattempo adottato in ottemperanza all'ordinanza cautelare) più correttamente ascritto all'attuazione di un regolamento deliberato dal Consiglio comunale.

[56] Diversamente, nel testo originario del comma 7 del predetto art. 50 T.U.E.L., al Sindaco era rimesso il solo coordinamento e la riorganizzazione degli orari degli esercizi commerciali e dei servizi pubblici, sulla base degli indirizzi espressi dal relativo Consiglio comunale e comunque secondo i criteri eventualmente indicati dalla Regione.

vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche.

L'art. 35 *ter* del c.d. decreto "Salvini", d.l. 4 ottobre 2018 n. 113, convertito in l. 1° dicembre 2018, n. 132[57], ha esteso la previsione di tale potere anche in relazione allo svolgimento di specifici eventi anche ad altre "aree comunque interessate da fenomeni di aggregazione notturna", la quale potestà, oltre che interessare esercizi di somministrazione di bevande alcoliche o superalcoliche, potrà ora riguardare anche esercizi del "settore alimentare o misto, e delle attività artigianali di produzione e vendite di prodotti di gastronomia pronti per il consumo immediato e di erogazione di alimenti e bevande attraverso distributori automatici".

Nei casi di reiterata inosservanza di tali ordinanze, è data al Questore la facoltà di disporre l'applicazione della misura della sospensione dell'attività medesima per un periodo di 15 giorni, ex art. 100 T.U.L.P.S.

Il riferimento a ordinanze "ordinarie" non contingibili e urgenti è problematico, avendo la Corte Costituzionale già nel recente passato dichiarato l'illegittimità della disposizione che attribuiva al Sindaco, seppure nella distinta veste di Ufficiale di Governo, il potere di emanare "anche ordinanze contingibili e urgenti", e cioè ordinanze non contingibili e urgenti. Come noto, con tale decisione la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 54, comma 4, T.U.E.L. (modificato dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92) limitatamente alla locuzione "anche" inserita prima delle parole "contingibili e urgenti"[58].

---

[57] Recante "*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'Interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*", in G.U. 3 dicembre 2018, n. 281.

[58] Corte cost., 4-7 aprile 2011, n. 115, in *Giur cost*., 2011, pp. 1581 ss., con nota di V. CERULLI IRELLI, *Sindaco legislatore*?, D. MORANA, *La rivincita dell'art. 23 Cost., sulle ordinanze di sicurezza urbana (senza bisogno di invocare un principio supremo dello Stato di diritto);* A. CARDONE, *L'incostituzionalità della riforma sulle ordinanze sindacali, tra "presupposizione legislativa" e "conformità alla previa legge": un doppio regime per la riserva relativa?,* in *Giur. cost*., 2, 2011; P. CERBO, *Principio di legalità e "nuove ed inedite" fattispecie di illecito create dai Sindaci*, in *Le Regioni*, 1-2, 2012, pp. 215 ss.; M. CARRER, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte*, nonché S. PARISI, *Dimenticare Zagrebelsky? Brevi note su legalità sostanziale e riserva relativa nella sent. n. 115/2011*, entrambi in *Forum di Quaderni costituzionali*, all'indirizzo www.forumcostituzionale.it. Sul punto, vedi anche M. MORVILLO, *Le*

In tale occasione, si era rilevata la violazione della riserva di legge relativa (art. 23 Cost.), dell'art. 97 e dell'art. 3 Cost., vero e proprio principio supremo dello Stato di diritto, considerato che la norma (l'art. 54 comma 4, T.U.E.L.) prevedeva limiti solo finalistici (e non contenutistici) all'uso del potere di ordinanza "ordinaria" del Sindaco, e che il c.d. "decreto Maroni", specificativo della sicurezza urbana, era privo di forza di legge ed era a sua volta espressione di discrezionalità amministrativa.

Invero, la Corte ha affermato, in più occasioni[59], l'imprescindibile necessità che in ogni conferimento di poteri amministrativi venga osservato il principio di legalità sostanziale, posto a base dello Stato di diritto. Tale principio non consente «l'assoluta indeterminatezza» del potere conferito dalla legge a un'autorità amministrativa, che produrrebbe l'effetto di attribuire, in pratica, una «totale libertà» al soggetto o all'organo investito della funzione.

Non è, quindi, sufficiente che il potere sia finalizzato dalla legge alla tutela di un bene o di un valore, ma è indispensabile che il suo esercizio sia determinato nel contenuto e nelle modalità, in modo da mantenere costantemente una, pur elastica, copertura legislativa dell'azione amministrativa.

La Consulta ha anche chiarito che le ordinanze sindacali emesse al fine di garantire la sicurezza urbana incidono – per la natura delle loro finalità (incolumità pubblica e sicurezza urbana) e per i loro destinatari (le persone presenti in un dato territorio) – sulla sfera generale di libertà dei singoli e delle comunità amministrate, ponendo prescrizioni di comportamento, divieti, obblighi di fare e di non fare, che, pur indirizzati alla tutela di beni pubblici importanti, impongono comunque, in maggiore o minore misura, restrizioni ai soggetti considerati. La Costituzione italiana, peraltro, ispirata ai principi

---

ordinanze sindacali in materia di incolumità pubblica e sicurezza urbana: dottrina e prassi "anche" dopo la sent. n. 115/2011, in N. GALLO, T.F. GIUPPONI (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, cit., pp. 81 ss.

[59] Corte cost. 1-7 ottobre 2003, n. 307 e, in senso conforme, *ex plurimis*, le sentenze 6 febbraio 2009, n. 32, in *Forum di Quaderni costituzionali*, all'indirizzo *www.forumcostituzionale.it*, 2009, p. 701, con nota di A. BARAGGIA, *Legalità sostanziale e (attuale) sostanza della legalità,* e, soprattutto, 29 luglio 1982, n. 150, in *Giur. cost*., 1982, p. 1302, nella quale la Corte costituzionale affermò l'esigenza del rispetto del principio di legalità sostanziale per l'esercizio delle funzioni di indirizzo e coordinamento nei confronti delle Regioni: una sentenza per certi versi storica, perché da lì' sono partiti tutta una serie di sviluppi giurisprudenziali.

fondamentali della legalità e della democraticità, richiede che nessuna prestazione, personale o patrimoniale, possa essere imposta se non in base alla legge (art. 23).

Nella Relazione al Disegno di legge n. 4310, consci di tale potenziale contrasto, si specifica che il nuovo potere è ancorato ai requisiti di cui all'art. 8, comma 1, lett. *a*) n. 2, ciò che lo renderebbe conforme al principio di legalità amministrativa, al di fuori di qualsiasi vincolo gerarchico rispetto al Prefetto o al Ministro dell'Interno. In effetti la nuova disposizione prevede un limite temporale ristretto (non superiore a 30 giorni), di efficacia dell'ordinanza "ordinaria" del Sindaco come rappresentante della comunità locale, una finalità circoscritta (tutela della tranquillità e del riposo dei residenti di aree determinate (…) anche in relazione allo svolgimento di specifici eventi) e un contenuto delimitato ("limitazione in materia di orari di vendita ecc. di bevande alcoliche"), fattori che, globalmente intesi, sembrano garantire l'osservazione del principio di legalità amministrativa, pur prescindendo dai presupposti di contingibilità, indifferibilità ed urgenza.

È evidente che il mandato concernente il contrasto al degrado del territorio e la promozione del decoro e della vivibilità urbana attribuisce ai Sindaci poteri penetranti che mal si conciliano con la vaghezza degli scopi perseguiti: si pensi, solo per fare un esempio, ai concetti di "decoro" e di "vivibilità urbana", ma anche ai "fenomeni di abusivismo" o a quelli di "illegalità", che rischiano di essere talmente vaghi da riconoscere in capo al Sindaco una discrezionalità di intervento eccessivamente ampia.

L'ampliamento del novero dei comportamenti non penalmente rilevanti soggetti a regolazione e passibili di sanzioni tramite regolamenti di polizia urbana, ordinanze e provvedimenti antidegrado e contro le inciviltà - si pensi agli *Asbo* inglesi e alle *Civility Laws* statunitensi - trova il proprio riferimento, al tempo stesso ideale e concreto, nell'opera di "prevenzione situazionale" condotta da Rudolph Giuliani a New York. Dal 1994 al 2001 l'allora Sindaco della città simbolo degli Stati Uniti e del mondo occidentale diede attuazione a una strategia nota come Tolleranza Zero, ispirata alla cosiddetta "*Broken Windows Theory*" e caratterizzata, da un lato, dall'anticipazione dell'intervento repressivo, sempre più orientato a eliminare situazioni di fastidio, degrado o inciviltà (*signs of crime policing*), dall'altro, dall'affermazione di un'idea di prevenzione, definita

appunto situazionale, volta a limitare le opportunità criminali attraverso l'uso di sistemi di videosorveglianza, l'incremento di agenti di polizia per le strade, il ricorso a soluzioni architettoniche ispirate alla teoria dello spazio difendibile di Oscar Newman e all'approccio del C.P.T.E.D. (*Crime Prevention Through Environmental Design*).

D'altro lato si interviene sull'art. 54, comma 4 *bis*, T.U.E.L., riformulando il tradizionale potere di ordinanza contingibile e urgente del Sindaco, questa volta nelle vesti di Ufficiale di Governo (quando opera come Autorità locale di Pubblica sicurezza ed esercita, dunque, un potere statale in via delegata, dipende funzionalmente dal Prefetto e dal Questore)[60], in tema di *sicurezza urbana ed incolumità pubblica,* per prevenire e contrastare *"le situazioni che favoriscono l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità, quali lo spaccio di stupefacenti, lo sfruttamento della prostituzione, la tratta delle persone, l'accattonaggio con impiego di minori e disabili, ovvero riguardano fenomeni di abusivismo, quali l'illecita occupazione di spazi pubblici, o di violenza, anche legati all'abuso di alcool o di sostanze stupefacenti*" (finalità di tutela della sicurezza urbana c.d. primaria, ancorata in capo al Sindaco quale terminale del potere statale). I provvedimenti contingibili ed urgenti devono sempre tutelare un interesse necessariamente pubblico e uno particolare, e possono anche avere efficacia interinale, o cautelare, in quanto siano emersi per prevenire un pericolo grave e di probabile verificazione. Qui il Sindaco diviene co-protagonista della politica criminale: sia in senso stretto, ricevendo poteri di ordinanza volti a "prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi", sia in senso lato, vedendosi investito di poteri di più ampio contrasto a fenomeni (ubriachezza, illegalità diffusa, degrado del territorio, pregiudizio del riposo dei residenti) indirettamente considerati propizi al crimine. Nei settori individuati dall'art. 54 T.U.E.L. egli agisce come Ufficiale del Governo: per tale ragione, l'ordinanza contingibile ed urgente – pur essendo soggettivamente emanata dall'organo sindacale – si configura alla stregua di un atto statale. La subordinazione gerarchica che deriva dal rapporto così configurato comporta la non definitività del provvedimento (che può essere impugnato, in via

[60] Le competenze di maggior rilievo del Sindaco quale Autorità (locale) di Pubblica sicurezza sono stabilite dall'art. 38, lettere c) e d), l. 18 giugno 1990, n. 142: svolgimento delle funzioni previste dalle leggi in materia di Pubblica sicurezza e vigilanza su tutte le questioni, nell'ambito comunale, che riguardino l'Ordine e la Sicurezza pubblica. A tal proposito, il Sindaco ha l'obbligo di informare il Prefetto ai fini della predisposizione della politica della Pubblica sicurezza nell'ambito provinciale.

amministrativa, con ricorso gerarchico al Prefetto) e l'instaurazione su di esso di un controllo di merito da parte dell'organo governativo, con i connessi poteri di direttiva, sostituzione ed annullamento, che spesso in passato si è rivelato prezioso[61]. La generale scelta del T.U.E.L. di mantenere la qualità di Ufficiale del Governo in capo al Sindaco è stata, peraltro, criticata da parte della dottrina, che ha ritenuto una tale sottoposizione gerarchica troppo lontana dai dettami costituzionali in materia di autonomia, decentramento e sussidiarietà[62].

Un tale mandato, tuttavia, appare alquanto discutibile, finendo con il consegnare ai Sindaci poteri di prevenzione e repressione di fatti che il legislatore penale già incrimina autonomamente (sfruttamento della prostituzione, tratta di persone, spaccio di stupefacenti, provvedimenti c.d. rafforzativi di divieti già esistenti), o che già ha ritenuto di depenalizzare, configurandoli come illecito amministrativo (ubriachezza in luogo pubblico) o abrogare (accattonaggio *sic et simpliciter*)[63].

Una simile scelta comporta alcuni rischi: nel primo caso il convergere su determinati fenomeni (e autori) di una pluralità di strumenti sanzionatori; nel secondo, rischi di *bis in idem* amministrativo; nel terzo caso di impropria resurrezione a macchia di leopardo di opposte scelte abolizioniste adottate dal legislatore.

Emerge, al riguardo, un evidente, ulteriore profilo critico: non sempre sarà agevole distinguere tra esigenze da fronteggiare in qualità di Ufficiale di Governo o quale rappresentante della comunità locale. Ad esempio, stando alle norme del Testo unico qui in considerazione, il Sindaco Ufficiale di Governo può ben essere ancora investito del potere di incidere sugli orari di apertura degli esercizi commerciali e di vendita di alcolici. Non solo, tale potere potrebbe infatti ancora ricondursi a quello contingibile ed urgente del comma 6 dell'art. 54 T.U.E.L. lasciato inalterato dalla riforma. Inoltre, se l'intenzione di questo divieto si dovesse rinvenire nell'esigenza di prevenire episodi di violenza, è sempre al

[61] R. BIN, *Un plauso al TAR Brescia (e un'invocazione ai Prefetti). Commento a TAR Brescia sent. 19/2010*, in *www.forumcostituzionale.it*.
[62] Cfr. W. GIULIETTI, *Ampliamento delle funzioni del sindaco in materia di sicurezza pubblica e partecipazione delle Forze armate al controllo del territorio*, in *Il decreto sicurezza*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2008, p. 310.
[63] C. RUGA RIVA, in AA. VV., *La sicurezza urbana e i suoi custodi*, cit., p. 3.

Sindaco quale Ufficiale di Governo che ancora pensa il legislatore del comma 4 bis dell'art. 54 T.U.E.L.

Tuttavia un potere di contenuto identico è attribuito al Sindaco, questa volta nella sua veste di rappresentante della comunità locale, se l'emergenza da fronteggiare attiene alla tutela della tranquillità e del riposo dei residenti. Se poi non si tratta di vera emergenza, ma di situazione tipicamente stagionale, o occasionata da un evento largamente prevedibile, il provvedimento limitativo sarebbe sempre imputato al Sindaco quale rappresentante della comunità locale, ma questa volta si tratterebbe di esercitare il nuovo potere c.d. ordinario ex comma 7 bis dell'art. 50 T.U.E.L.

Se, invece, si trattasse di adottare un atto dalla portata stabile perché l'esigenza non è nemmeno limitata nel tempo, ebbene sopperirà il potere previsto dal comma 7 dell'art. 50 T.U.E.L., anch'esso impregiudicato dalle nuove norme, e che la Corte costituzionale ritiene preordinabile anche a presidiare la quiete pubblica[64]. Con rilevanti conseguenze pratiche, perché solo quando operasse correttamente in qualità di rappresentante della comunità locale il Sindaco potrà prescindere dal confronto con i poteri che invece residuano in capo al Prefetto ove si versi nelle ipotesi di cui all'art. 54 T.U.E.L.

7.1. La tutela dei luoghi. Sanzioni amministrative pecuniarie, divieto di stazionamento e provvedimento/ordine del Sindaco di allontanamento.

Il Sindaco del comune in cui è stato accertato l'illecito diviene poi il motore e gestore della complessa disciplina posta a tutela del decoro di determinati luoghi considerati particolarmente "sensibili" (art. 9, comma 1, l. 18 aprile 2017, n. 48), ovvero delle "aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, *ferroviarie*, *aereoportuali*, *marittime* (quindi *stazioni ferroviarie*, *porti*, *aeroporti*) e di *trasporto pubblico locale*, urbano ed extraurbano e delle relative pertinenze", rispetto a condotte "che impediscono la libera accessibilità e fruizione delle predette infrastrutture, in violazione del *divieto di stazionamento o occupazione* (presupposto dell'*ordine di allontanamento* di cui si dirà, il c.d. "*D.A.SPO urbano*", misura amministrativa di prevenzione atipica della durata di quarantotto ore) e di occupazione di spazi ivi previsti", anche se tenute da ubriachi e erotomani esibizionisti (art. 9, comma 2, l. n. 48/2017).

[64] C. RUGA RIVA, in AA. VV., *La sicurezza urbana e i suoi custodi*, cit., p. 21.

Con l'espressione "infrastrutture fisse e mobili" si intende il complesso di opere secondarie e complementari della struttura di base, necessarie perché questa possa funzionare (ad es. nella metropolitana sono qualificati infrastrutture non solo i binari, ma anche i vagoni e i convogli, le carrozze della metropolitana e, aggiungiamo, autobus, e pensiline dell'autobus, tram, ecc., mentre la stazione e le vie di accesso rientrano nella categoria delle pertinenze).

Il *divieto di stazionamento o occupazione* di cui all'art. 9 della l. n. 48/2017 riguarda, come vedremo, anche quelle aree, individuate dal legislatore o dai Regolamenti di Polizia urbana, nei quali può essere impedita la permanenza indefinita senza alcuna valida ragione da parte di soggetti che pongono in essere determinate condotte, anch'esse predeterminate dal legislatore per il tramite appunto di poteri di ordinanza (e quindi temporaneamente), o per via regolamentare attraverso i Regolamenti di Polizia urbana, imponendo quelle misure utili a contrastare non soltanto fenomeni temporanei di degrado e di disturbo del riposo e delle occupazioni dei cittadini, ma anche il fenomeno dei dormitori pubblici, soprattutto nelle stazioni e nelle metropolitane, oltre alla disponibilità di idonei strumenti di contrasto all'abusivismo commerciale, al fenomeno della prostituzione su strada, all'accattonaggio molesto e a quegli assembramenti di soggetti, specie i giovani, che in determinate ore per via di schiamazzi e comportamenti molesti che rendono invivibile ai residenti la normale vita quotidiana.

Qui l'art. 21 del citato decreto "Salvini", l. 1° dicembre 2018, n. 32, che ha convertito il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, ha modificato l'art. 9 della l. n. 48/2017 in materia di divieto di stazionamento, integrando, sempre mediante lo strumento dei citati Regolamenti di Polizia urbana, le possibili aree interessate dal provvedimento di divieto anche con la previsione di *ulteriori aree urbane*, quali i presidi sanitari e le aree destinate allo svolgimento di fiere, mercati e pubblici spettacoli.

La competenza attribuita al Sindaco del Comune interessato si traduce nel potere di emanare, con provvedimento motivato, l'ordine di allontanamento esercitato in concreto dagli Organi accertatori, individuati ai sensi dell'art. 13 della l. 24 novembre 1981, n. 689.

7.2. (Segue) Il provvedimento/ordine di allontanamento, c.d. "D.A.SPO urbano". L'interpretazione costituzionalmente orientata della Corte del 24 gennaio 2024 sui confini di legittimità della misura.

Riprendendo il discorso, l'art. 9 della l. n. 48/2017 prevede quindi, al comma 1, una sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 300 euro a carico di chi "ponga in essere condotte che *impediscono l'accessibilità e fruizione*" di infrastrutture di trasporto (ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze), punendo la relativa trasgressione, oltre che con la sanzione pecuniaria, anche con l'inedito "*ordine di allontanamento*" per 48 ore dai luoghi nei quali è stato commesso il fatto, misura di prevenzione atipica sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, con la quale al trasgressore viene ordinato di allontanarsi dal luogo ove è stata commessa la violazione.

Si tratta di un vero e proprio *ordine di polizia*, formale ed autonomo rispetto al provvedimento sanzionatorio adottato per l'inosservanza del divieto di stazionamento, la cui efficacia è circoscritta alle 48 ore.

Un ordine a sua volta munito di specifica tutela amministrativa essendo la sua violazione sanzionata da un ulteriore sanzione amministrativa da 100 a 300 euro aumentata del doppio.

Tale D.A.SPO urbano è stato appunto oggi esteso, come anticipato, dall'art. 21 della l. n. 132/2018 anche alle aree sulle quali insistono presidi sanitari e a quelle destinate allo svolgimento di fiere, mercati e pubblici spettacoli.

Durante la discussione alla Camera sul d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, con riferimento alla condotta, è stato mutato l'enunciato normativo: la sanzione può essere infatti irrogata *solo a chi impedisce l'accesso e la fruizione dei luoghi*, mentre il testo iniziale faceva riferimento a coloro che "limitano" l'accesso.

Invariata, peraltro, resta la sostanza: con un suo provvedimento amministrativo il Sindaco potrà impedire al cittadino di sostare in determinati luoghi e appare chiaro che la questione involge delicate problematiche di compatibilità con la libertà di circolazione tutelata anche a livello costituzionale dall'art. 16 Cost. (le limitazioni alla libertà di circolazione abbisognerebbero di una legge che le stabilisca in via generale e per motivi di sanità di o di sicurezza,

intesa in senso stretto e rigoroso, sostanzialmente come presidio dell'incolumità fisica delle persone, e non certo evocativa dell'ordinato vivere civile o della pubblica moralità), come pure risnoda problemi attinenti alla non facile individuazione del confine fra sanzioni amministrative e sanzioni penali e al rispetto del divieto del *ne bis in idem* sostanziale.

Ecco perché, con la sentenza n. 47 del 24 gennaio 2024, la Corte costituzionale ha delineato i rigorosi confini di legittimità del cosiddetto D.A.SPO urbano, operando una fondamentale *interpretazione costituzionalmente orientata* della nozione di "sicurezza" prevista dall'art. 10, comma 2, l. n. 48/2017[65]. Il Giudice delle leggi ha chiarito che, ai fini della limitazione della *libertà di circolazione* garantita dall'art. 16 Cost., il concetto di sicurezza non può sovrapporsi a quello onnicomprensivo di "sicurezza urbana" o al mero "decoro", ma deve essere inteso in senso restrittivo come "*ordinato vivere civile*", ovvero come la garanzia per i cittadini di svolgere le proprie lecite attività al riparo da condotte criminose.

Di conseguenza, l'intervento della Consulta vincola la validità del divieto di accesso questorile all'esistenza di un *pericolo concreto* di commissione di reati, che deve essere accertato dall'autorità amministrativa attraverso un *giudizio prognostico di tipo probabilistico* basato sulla condotta specifica del soggetto e non su una mera valutazione di marginalità sociale.

Mentre la Corte ha dichiarato *inammissibile per difetto di rilevanza* la questione relativa all'ordine di allontanamento temporaneo di quarantotto ore, ha invece respinto le censure di irragionevolezza e di violazione del principio di precisione (ex art. 117, comma 1, Cost. in relazione alla CEDU), confermando la legittimità della scelta legislativa di colpire condotte che impediscono la fruizione di infrastrutture di trasporto, purché la misura preventiva sia sempre sorretta da una rigorosa verifica della *pericolosità sociale* del destinatario[66].

Qualche autore esprime anche una condivisibile riserva sull'opportunità pratica di aver conferito poteri incidenti sulla libertà di circolazione a soggetti

[65] Corte cost. 24 gennaio – 25 marzo 2024, pubblicata in G. U. 27 marzo 2024, n.13, in www.cortecostituzionale.it.
[66] Corte cost. 24 gennaio 2024, n. 47, all'indirizzo www.cortecostituzionale.it. e www.giurcost.org.

non riconducibili alle Forze dell'Ordine e quindi meno strutturati per adempiere a tali compiti[67].

Il Sindaco è l'autorità competente (soprattutto) ad irrogare la sanzione (da 100 a 300 euro), destinata (non proprio imparzialmente) al Comune di appartenenza (art. 9, comma 4), nonché a emanare l'ordine di allontanamento dal luogo ove è stato commesso il fatto nelle aree predette (anche se, in pratica, è *l'organo accertatore che provvede direttamente ad impartirlo per scritto, motivandolo*, nell'ambito del procedimento di cui agli artt. 17 e seguenti della l. n. 689/81)[68]. Nell'ordine dovrà essere precisato che la sua efficacia cessa trascorse 48 ore dall''accertamento del fatto e che la sua violazione è assoggetta a sanzione amministrativa pecuniaria ("mini D.A.SPO").

Come seconda ipotesi, l'ordine di allontanamento, per specifica estensione normativa, opera anche nei confronti dei responsabili dei seguenti illeciti amministrativi:

- art. 688 c.p. (manifesta ubriachezza);
- art. 726 c.p. (atti contrari alla pubblica decenza, turpiloquio);
- art. 29 d. lg. 31 marzo 1998, n. 114 (esercizio abusivo del commercio sulle arre pubbliche senza le prescritte autorizzazioni o in violazione di divieti);
- art. 7, comma 15 *bis*, del Codice della Strada (attività abusiva di parcheggiatore o guardiamacchine);
- art. 1 *sexies* d.l. 24 febbraio 2003, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2003, n. 88 (c.d. *bagarinaggio*, ossia vendita abusiva di titoli di accesso a manifestazioni sportive);

allorché commesse nelle medesime aree sopra indicate.

Viene espressamente fatta salva, inoltre, l'applicazione delle sanzioni previste per i medesimi fatti.

Nella Relazione al testo si legge che, pertanto, anche se non espressamente menzionati potranno venire sanzionati comportamenti diversi e ulteriori che

[67] Per tutti, v. C. FORTE, *op. cit.*, p. 18.

[68] L'organo accertatore dovrà avere cura di riportare nel provvedimento le motivazioni sulla base delle quali è stato adottato, individuando dettagliatamente i luoghi inibiti. Esso inoltre potrà rendere esplicito l'ordine di allontanamento inserendolo nel corpo dello stesso verbale di accertamento e contestazione della contravvenzione al divieto di stazionamento, ovvero riportarlo successivamente in un atto distinto e separato.

comportino la turbativa della libera fruizione degli spazi pubblici, come ad esempio l'esercizio della prostituzione con modalità ostentate e l'accattonaggio con modalità vessatorie o simulando deformità o malattie o con mezzi fraudolenti.

L'ordine, stante la sua limitazione temporale, non è soggetto ad alcuna convalida da parte dell'Autorità giudiziaria o di Pubblica sicurezza, sia pure rimanendo esperibili atti di opposizione, ricorsi giurisdizionali o straordinari, che potranno semmai risultare utili per non incorrere nel successivo *divieto di accesso* (*Dacur*) e alla relativa sanzione amministrativa da parte del Questore.

Sotto il profilo della sua natura giuridica l'ordine di allontanamento si atteggia, quindi, quale *misura di prevenzione speciale atipica* che si pone come obiettivo primario la salvaguardia del territorio urbano e le sue infrastrutture connesse ai pubblici servizi di trasporto, e che vede quale presupposto fondamentale per la loro irrogazione la pericolosità sociale, che continua a rimanere, nella considerazione del legislatore, un giudizio o pregiudizio diagnostico, attraverso la definizione di normotipi per i quali detta pericolosità potesse essere presunta *ex lege,* come si desume dal novellato Codice antimafia[69].

7.3. Ulteriori divieti di stazionamento previsti dall'art. 9, comma 3, l. n. 48/2017.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 9, inoltre, è possibile individuare, attraverso Regolamenti di Polizia urbana, ad opera dei rispettivi Consigli comunali, ulteriori aree urbane in relazione alle quali trovino applicazione le sanzioni e il provvedimento di allontanamento nei casi di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 9, purché si tratti di aree su cui insistono:

- presidi sanitari;
- scuole;
- plessi scolastici;
- siti universitari;
- musei;
- aree e parchi archeologici;
- complessi monumentali;

[69] M. MANCINI PROIETTI, *Alla ricerca della sicurezza perduta. Luci ed ombre della legge n. 132 del 1° dicembre 2018*, p. 1156.

- altri istituti e luoghi della cultura;
- altri istituti e luoghi comunque interessati da consistenti flussi turistici;
- aree destinate allo svolgimento di fiere; aree destinate a mercati;
- aree destinate a pubblici spettacoli;
- aree adibite a verde pubblico.

La disposizione sembra recepire l'istanza di contrastare il fenomeno dei dormitori pubblici nelle stazioni o nelle metropolitane, l'abusivismo commerciale, la prostituzione su strada, l'accattonaggio molesto e gli assembramenti di giovani schiamazzanti, che renderebbero, appunto, "invivibile" per i residenti la normale vita quotidiana.

Il che pare stia a significare, non solo che anche in codesti altri luoghi individuati dal Regolamento di Polizia urbana sarà passibile di ordine di allontanamento colui che ne impedisca la fruizione, o sia colto in stato di ebbrezza, dedito ad atti indecenti, a commerciare senza autorizzazione o, infine, "parcheggiatore" abusivo. Ma che anche relativamente a codesti altri luoghi si applicherà la nuova sanzione pecuniaria amministrativa, qualora si materializzi la condotta di impedimento dell'accessibilità e fruizione.

La misura costruita dalle norme in esame irrogata dall'organo accertatore non solo prescinde da qualsivoglia valutazione in merito alla pericolosità del soggetto e comunque dal tipo di aggressione alla sicurezza dei cittadini, ma in taluni casi è destinata a chi, palesemente, è ben lontano dall'attentare alla sicurezza di chiunque (si pensi al commerciante abusivo).

Questo provvedimento adottato dagli agenti accertatori (lo sia o meno esso stesso) comunque si inserisce poi in un contesto di successivi interventi del Questore (si veda infra) che sembra dar luogo ad un'ulteriore ipotesi di *misura di prevenzione atipica*.

Sennonché mentre le misure questorili almeno richiedono una verifica della pericolosità del soggetto recidivo (art. 10, comma 2), diversamente è a dirsi – come appena osservato - per l'ordine di allontanamento rivolto dall'organo accertatore.

Nulla inoltre si dice quanto a misure e/o modalità d'esecuzione dell'ordine di allontanamento rivolto dall'organo accertatore. Specie se si tiene conto che nel nostro ordinamento il principio di legalità ammanta anche la c.d. esecutorietà

dell'atto, vi è motivo per dubitare seriamente che quell'ordine sia poi allora davvero assistito da immediati poteri di coercizione sulla persona.

La circostanza ha provocato una critica di manifesta inefficacia della nuova misura, tenendo anche conto che per i verosimili destinatari dell'ordine le conseguenze pecuniarie non avrebbero gran deterrenza.

D'altro canto si potrebbe però opporre la considerazione che se a quella misura erogata dall'organo accertatore si accompagnasse un potere di coercizione consequenziale, ebbene allora si entrerebbe nel campo presidiato dell'art. 13 Cost., dal quale la disciplina di legge in esame non uscirebbe indenne.

La disposizione in commento fa salvo il disposto dell'art. 52, comma 1 ter, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, c.d. *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, ai sensi del quale, al fine di assicurare il *decoro* dei complessi monumentali e degli altri immobili del demanio culturale interessati da flussi turistici particolarmente rilevanti, nonché delle aree a essi contermini, i competenti uffici territoriali del Ministero, d'intesa con le Regioni e i Comuni, adottano apposite determinazioni volte a *vietare gli usi da ritenere non compatibili* con le specifiche esigenze di tutela e di valorizzazione, comprese le forme di uso pubblico non soggette a concessione di uso individuale, quali le attività ambulanti senza posteggio, nonché, ove se ne riscontri la necessità, l'uso individuale delle aree pubbliche di pregio a seguito del rilascio di concessioni di posteggio o di occupazione di suolo pubblico.

Viene altresì fatto salvo il disposto dell'art. 1, comma 4, d. lg. 25 novembre 2016, n. 222, in materia di SCIA, in forza del quale per le medesime finalità sopra indicate, il Comune, d'intesa con la Regione, sentito il competente Soprintendente del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, può adottare deliberazioni volte a *delimitare*, sentite le associazioni di categoria, *zone o aree aventi particolare valore archeologico, storico, artistico e paesaggistico* in cui è vietato o subordinato ad autorizzazione l'esercizio di una o più attività, in quanto *non compatibile* con le esigenze di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale.

8. Le modifiche all'art. 9 l. n. 48/2017 apportate dalla l. 24 aprile 2026, n. 54 (c.d. "Decreto-Sicurezza 2026") e le zone cosiddette a "vigilanza rafforzata". Le modifiche al comma 2.

L'art. 4 del d.l. 24 febbraio 2026, n. 23, recante "*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di attività di indagine dell'autorità giudiziaria in presenza si cause*

di giustificazione, di funzionalità delle forze di polizia e del Ministero dell'interno, nonché di immigrazione e protezione internazionale" (di seguito Decreto Sicurezza), convertito con modificazioni con l. 24 aprile 2026, n. 54, prevede, al comma 1, lett. a), modifiche al testo dell'art. 9 del d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città", convertito, con modificazioni, dalla l. 18 aprile 2017, n. 48.

L'art. 4 del decreto legge convertito interviene sugli artt. 9 e 10 del d.l. 14/2017 (convertito in l. 48/2017) che predispongono strumenti *a tutela della "sicurezza urbana*".

Per effetto del suddetto *Decreto Sicurezza 2026*, in primis, il *provvedimento di allontanamento* di cui al comma 2 dell'art. 9, l. n. 48/2017 può oggi essere adottato anche nei confronti di chi, nei medesimi luoghi, tenga "*comportamenti violenti, minacciosi o insistentemente molesti, da cui derivi un concreto pericolo per la sicurezza*".

8.1. (Segue) I nuovi commi 3 bis e 3 ter dell'art. 9.

Il Decreto Sicurezza 2026 ha inoltre introdotto *due nuovi commi* dopo il comma 3 dell'art. 9.

In particolare, il nuovo comma 3 bis prevede che, ferme le disposizioni di cui commi 1 e 3, appena esaminate, il Prefetto possa individuare "*specifiche zone urbane, caratterizzate da gravi o ripetuti episodi di criminalità o di illegalità*".

Il nuovo comma 3 ter prevede che le zone in questione siano individuate "*per un periodo massimo di sei mesi*".

Tale periodo può tuttavia essere *rinnovato*, fino a due volte, entro cioè il *limite massimo di diciotto mesi*, attraverso *provvedimenti motivati* del Prefetto, sentito il Comitato provinciale per l'Ordine e la Sicurezza pubblica, alle cui riunioni è invitato a partecipare il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale o altro magistrato dallo stesso delegato, recanti la *specifica indicazione dei luoghi interessati e del termine di durata*.

Ai sensi del nuovo comma 3 *bis*, in relazione a tali zone sarà possibile disporre l'*allontanamento* di chi sia stato denunciato (a prescindere dunque dall'esito del procedimento penale), nei *cinque anni precedenti*, per una serie di categorie di reati:

a) *delitti non colposi contro la persona* (artt. 575 e ss. C.p.) *o il patrimonio* (artt. 624 e ss. c.p.);
b) *delitti non colposi aggravati ai sensi dell'art. 604 ter c.p.* (aggravante della finalità di *discriminazione* o di *odio* etnico, nazionale, razziale o religioso, ovvero al fine di agevolare l'attività di organizzazioni, associazioni, movimenti o gruppi che hanno tra i loro scopi le medesime finalità);
c) *delitti di cui agli artt.* 73 e 74 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, Testo unico in materia di stupefacenti;
d) reati di cui agli artt. 4 e 4 bis l. 18 aprile 1975, n. 110, c.d. Legge Armi.

Ad esempio, un soggetto condannato nei cinque anni precedenti per il delitto di furto commesso sei anni prima non potrà essere destinatario dell'obbligo di allontanamento da "specifiche zone urbane, caratterizzate da gravi o ripetuti episodi di criminalità o di illegalità" stabilite dal Prefetto, in forza del nuovo comma 3 bis dell'art. 9, l. l. 24 aprile 2026, n. 54, in quanto il presupposto del provvedimento di allontanamento è la denuncia nei cinque anni precedenti per taluno dei reati presupposto e non la condanna per tali fatti. Nel caso in questione la sentenza di condanna era intervenuta nei cinque anni precedenti ma il fatto denunciato risaliva a sei anni prima[70].

Oltre al suddetto *requisito soggettivo* è altresì necessario che tali soggetti, nelle predette zone individuate dal Prefetto tengano, *alternativamente*:

a) comportamenti violenti;
b) comportamenti minacciosi;
c) comportamenti insistentemente molesti;

in maniera tale da *impedire* la libera e piena fruibilità delle stesse e determinando *una situazione di concreto pericolo per la sicurezza.*

È dunque necessario che, in via alternativa, i comportamenti risultino *violenti, minacciosi o insistentemente molesti* (nei casi in cui la condotta arrechi disturbo alle persone ma senza violenza o minaccia).

Occorre, altresì, che *congiuntamente*:

a) sia impedita la *libera e piena fruibilità di tali aree*;
b) che venga a crearsi una *situazione di concreto pericolo per la sicurezza*.

[70] A. SALERNO, *Focus Decreto Sicurezza 2026*, *Dike Giuridica*, Napoli, 2026, p. 62.

Pertanto, se un soggetto, *denunciato nei cinque anni precedenti* per delitti contro la persona, porrà in essere una *condotta insistentemente molesta*, consistente nel consegnare volantini ai passanti anche quando non interessati, gridando slogan e disturbando la quiete in una zona individuata dal Prefetto come luogo di ripetuti episodi di criminalità, dal fatto deriverà indubbiamente un *turbamento della libertà e piena fruibilità della zona*, ma non sarà possibile emettere nei suoi confronti un provvedimento di allontanamento in forza del nuovo comma 3 bis dell'art. 9, in quanto occorrerà altresì che dalla condotta sia derivata una *situazione di concreto pericolo per la sicurezza*[71].

Ai sensi dell'*ultimo periodo* del comma 3 bis, trova applicazione la procedura di cui all'art. 10, su cui si tornerà nel prosieguo.

In caso di *violazione dell'ordine di allontanamento* troverà applicazione la *sanzione amministrativa pecuniaria* applicata ai sensi dell'art. 9, comma 1 (da 100 a 300 euro), aumentata del doppio (e quindi da 200 a 600 euro).

Il *nuovo comma 3 ter* prevede infine che le zone in questione siano individuate "*per un periodo massimo di sei mesi*".

Tale periodo può tuttavia essere *rinnovato*, fino a due volte, entro cioè il limite massimo di diciotto mesi, attraverso *provvedimenti motivati* del Prefetto, sentito il Comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica, alle cui riunioni è invitato a partecipare il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale o altro magistrato dallo stesso delegato, recanti la *specifica indicazione dei luoghi interessati e del termine di durata*.

Competente a irrogare le sanzioni suddette è, ai sensi del comma 4, il *Sindaco* del Comune nel cui territorio le violazioni sono state accertate, salvi i poteri delle Autorità di settore aventi competenze a tutela di specifiche aree del territorio.

9. Ordine di allontanamento ed esercizio della prostituzione.

Il riferimento ai soggetti esercenti l'attività di prostituzione non può non richiamare alla mente l'originaria ossatura del sistema delle misure di

[71] A. SALERNO, *Focus Decreto Sicurezza 2026*, *Dike Giuridica*, Napoli, 2026, p. 63.

prevenzione personali, con particolare riferimento all'irrogazione del rimpatrio con foglio di via obbligatorio, misura di prevenzione di competenza amministrativa e non giurisdizionale oggi disciplinata nell'art. 2 del Codice Antimafia del 2011, anche a carico di soggetti che svolgessero l'attività di prostituzione, purché le modalità dell'esercizio del meretricio fossero tali da costituire dati sintomatici di pericolosità sociale (ad esempio, se accompagnate da adescamento, ostentazione scandalosa, molestia ai passanti, clamori e assembramenti, litigi e altro).

L'esercizio della prostituzione a fini di lucro personale – ancorché immorale – costituisce un'attività lecita, sicché essa non può essere qualificata come attività pericolosa per la sicurezza pubblica o per la pubblica moralità, se non allorquando sia esercitata con le particolari modalità innanzi indicate, quali l'adescamento, l'ostentazione scandalosa, le molestie ai passanti, gli atti osceni in luogo pubblico e via dicendo.

Non per niente, le ordinanze sindacali anti prostitute sono state in passato ben più facilmente ricondotte a presidio della pubblica decenza o della libera e tranquilla fruibilità di spazi pubblici, ai sensi dell'art. 50, comma 5, T.U.E.L.

In considerazione di quanto sopra, si è formato un orientamento giurisprudenziale che ritiene che l'allontanamento con foglio di via obbligatorio non sia – almeno di regola – lo strumento deputato per intervenire sul fenomeno della prostituzione. Fino al d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, quindi, l'esercizio della prostituzione – anche in zone densamente abitate – che avvenisse senza dar luogo a condotte sussumibili nell'alveo dei reati di atti osceni in luogo pubblico, molestie e atti sessuali con minorenni non risultava passibile di stigmatizzazione né con l'irrogazione della sorveglianza speciale di P.S. (misura di prevenzione giudiziale), né del foglio di via obbligatorio (misura di prevenzione amministrativa di competenza questorile).

Nel delineato quadro ordinamentale si inseriscono le norme varate nel 2017 che prevedono – sia pur non esplicitamente – la possibilità di infliggere una sanzione pecuniaria e l'ordine di allontanamento da un dato luogo per 48 ore anche in ordine alle attività di prostituzione, condotte che in passato, come visto, erano state ritenute passibili dell'irrogazione delle misure di prevenzione "tipiche" (sorveglianza speciale di P.S., obbligo e divieto di soggiorno), prima che

il riferimento alle stesse fosse espunto dal sistema prevenzionale grazie alla legge del 1988.

Tirando le fila del ragionamento così imbastito si osserva, quindi, che tali disposizioni hanno introdotto due nuovi strumenti di contrasto al fenomeno della prostituzione nelle aree urbane (sanzione pecuniaria e ordine di allontanamento per 48 ore), attribuendo il relativo potere al Sindaco. Ciò accanto – o, meglio, in luogo – al tradizionale strumento del foglio di via obbligatorio di competenza questorile.

È necessario, pertanto, distinguere l'area di operatività delle due fattispecie.

Può sostenersi che il richiamo testuale alla fattispecie contravvenzionale di cui all'art. 726 c.p. ("atti contrari alla pubblica decenza") consenta di individuare i casi in cui si farà applicazione del divieto di accesso circoscrivendoli alle ipotesi in cui l'esercizio della prostituzione avvenga secondo modalità tali da integrare la citata contravvenzione, secondo le linee tracciate dalla giurisprudenza sul punto.

Peraltro, trattandosi di ipotesi già sanzionate con l'arresto e l'ammenda, non sfugge il profilarsi – in linea teorica – di possibili criticità in punto di duplicazione dell'intervento sanzionatorio statuale e di violazione del divieto del ne bis in idem.

Al riguardo è, tuttavia, a dirsi che il legislatore ha cercato di evitare problemi di tal genere sia inserendo nel comma 2 dell'art. 9 una clausola di salvaguardia ("*Ferma restando l'applicabilità delle sanzioni amministrative previste dagli articoli 688 e 726 c.p. e dall'articolo 29 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n.114*"), sia chiarendo, nella Relazione illustrativa[72] che per l'appunto in tali evenienze non troverà applicazione la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal decreto, posto che le condotte anzidette risultano già sanzionate dalla vigente normativa e i relativi proventi vengono versati all'Erario.

Pertanto, in siffatte ipotesi opererà solo l'ordine di allontanamento.

Senza dubbio, quindi, il testo in commento ha determinato un ulteriore anticipazione della soglia di "sanzionabilità" di determinati comportamenti,

[72] Relazione illustrativa al Disegno di legge n. 4310, cit., p. 8.

consentendo l'applicazione delle citate misure anche nei confronti di soggetti che esercitino la prostituzione attraverso il compimento di atti contrari alla pubblica decenza.

Al contrario, la misura di prevenzione del foglio di via obbligatorio – certamente più invasiva sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo (si pensi solo alla durata, che per il divieto di accesso in analisi è di sole 48 ore) – potrebbe operare in ipotesi in cui le condotte risultino connotate da maggiore pericolosità per la sicurezza pubblica, mostrandosi idonee a integrare, ad esempio, il pericolo di commissione del diverso reato di atti osceni ai sensi dell'art. 527 c.p.

Attualmente, in conclusione, la potestà sanzionatoria è attribuita in primo luogo al Sindaco del Comune interessato dalle condotte in analisi e si estrinseca in un atto da contestare per iscritto che ha una validità di quarantotto ore; la sua inosservanza è punita con sanzioni amministrative pecuniarie. Il provvedimento è trasmesso al Questore competente per territorio e ai Servizi socio-sanitari.

Tanto premesso, senza dubbio si pongono questioni in punto di obbligo motivazionale del provvedimento in esame, considerato che la legge richiede solo la forma scritta, ma non anche che il corpo dell'atto dia conto degli specifici indici rivelatori, nel caso concreto, di quella particolare forma di pericolosità per la "sicurezza urbana" che la legge in esame mira a stigmatizzare. È, quindi, verosimile immaginare che si procederà all'accertamento della condotta *contra legem* e alla contestazione del divieto di accesso servendosi di modelli prestampati, sulla falsariga di quelli che oggi vengono utilizzati, ad esempio, per le violazioni al Codice della strada.

Parimenti giova ribadire che potrebbe creare difficoltà operative l'aver riservato poteri accertativi e sanzionatori incidenti in modo significativo sulla libertà di circolazione dei consociati a soggetti non riconducibili alle Forze dell'ordine tradizionalmente intese e, quindi, forse meno "strutturati" per adempiere a tali compiti.

Si segnala, infine, che la Suprema Corte ha più volte ribadito che la sola attività di meretricio, in assenza di comportamenti che minacciano la sicurezza, non giustifica misure di prevenzione più gravi come il "foglio di via"[73].

[73] Cass. Pen., Sez. I, 6 ottobre 2015, n. 40883, in www.moltocomuni.it, secondo cui il mero esercizio dell'attività di prostituzione, non costituendo di per sé reato (salvo che trascenda in una condotta penalmente rilevante), non può legittimamente fondare l'appartenenza alla categoria di persone socialmente pericolose prevista dall'art. 1, comma 1, lett. c) d. lg. n. 159 del 2011 e, quindi, non può giustificare l'adozione del provvedimento di rimpatrio con foglio di via obbligatorio. Né, d'altra parte, possono essere posti a carico del soggetto che si prostituisce eventuali reati o comportamenti pericolosi, commessi da terze persone, pur se occasionati dall'attività di meretricio. La I Sezione della Suprema Corte ha ribadito tale orientamento nel 2019, con la sentenza 20 febbraio - 26 aprile 2019, n. 17616, in www.moltocomuni.it, affermando che: "lì dove il provvedimento amministrativo di cui all'art. 2, l. n. 1423 del 1956 (foglio di via obbligatorio) sia motivato con esclusivo riferimento all'attività di prostituzione, è doverosa la sua disapplicazione da parte del giudice penale perché chiamato a pronunziarsi sulla ricorrenza dell'ipotesi di reato di cui all'art. 2, comma 2, l. 1423/1956 (attuale art. 76, comma 3, d. lg. n. 159 del 2011). Ciò perché la stessa previsione di legge che facoltizza la misura pone come presupposto dell'ordine di allontanamento non un qualsivoglia comportamento "pericoloso per la sicurezza pubblica" (nozione che aprirebbe il varco a forme incontrollabili di discrezionalità) ma una condotta pericolosa che sia espressione delle riconosciute categorie criminologiche di cui al precedente articolo 1 (n. 1 soggetti abitualmente dediti, sulla base di elementi di fatto, a traffici delittuosi/ n.2 soggetti che per condotta e tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, produttori di proventi derivanti da attività delittuose con cui si sostengono, almeno in parte /n.3 soggetti dediti, sulla base di elementi di fatto, alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, sicurezza o tranquillità pubblica).
Ora, come è stato già ritenuto nelle precedenti decisioni sul tema, è del tutto pacifico che l'esercizio della prostituzione in sé non rientra tra le categorie delle persone pericolose ai sensi della vigente normativa (già in base alla L. n. 327 del 1988 che ebbe ad eliminare il riferimento a coloro che svolgono abitualmente attività contrarie alla morale pubblica ed al buon costume). Né può ritenersi condotta di reato quella consistente in fatti di 'adescamento', stante la depenalizzazione operata con (art. 81 della legge n. 689 del 1981 della fattispecie originariamente prevista dall'art. 5, comma 1, l. n. 75 del 1958. Va poi rilevato come sia anche del tutto certo che, pur nell'ambito delle categorie contemplate dalla legge, il provvedimento amministrativo non possa essere motivato con indicazione generica della categoria di pericolosità ritenuta presente nel caso specifico, ma debba indicare gli elementi concreti in fatto, riferibili al soggetto interessato, sui quali il provvedimento è fondato. Non può ritenersi, dunque, che l'esercizio della prostituzione - in sé attività non
costituente reato - possa fondare l'emissione di un provvedimento di allontanamento basato sulle ipotesi di cui al numero 1 dell'art. 1 (traffici delittuosi) o numero 2 (vivere con provento di attività delittuose).
Ma neanche tale attività può dar luogo alla 'iscrizione' del soggetto nella categoria di cui all'art. 1 numero 3 della legge in parola, come evocato nei provvedimenti posti a base della successiva condotta illecita (in termini di inottemperanza). È del tutto evidente, sul punto, che l'offesa o la messa in pericolo dei beni indicati in detta norma (l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, sicurezza o tranquillità pubblica), per essere rilevante ai fini in parola, deve discendere da

10. Poteri interdittivi del Questore. Il divieto di accesso urbano (c.d. "DACUR") ex art. 10, l. n. 48/2017.

Ai sensi dell'art. 10, l. n. 48/2017, di fronte ad una *reiterazione* delle condotte di trasgressione ai divieti di stazionamento e occupazione degli spazi sopra indicati e qualora sussista un *pericolo per la sicurezza*, il Questore competente per territorio (Autorità provinciale di Pubblica sicurezza in funzione tecnico-operativa)[74], al quale viene trasmessa *copia dell'ordine di allontanamento* irrogato direttamente dall'organo accertatore, individuato ai sensi del richiamato art. 13 l. 24 novembre 1981, n. 689, ivi compresi dunque *gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria*, può disporre con provvedimento motivato un divieto di accesso alle aree specificamente individuate ("*divieto di accesso urbano*", c.d. "*DACUR*") per un periodo non superiore a 6 mesi, estensibile a 6 mesi per i recidivi (art. 9, comma 2, l. 18 aprile 2017, n. 48).

Ai sensi dell'ultimo periodo del comma 2, inoltre, il Questore può disporre il *divieto di accesso* anche nei confronti di coloro che risultino *denunciati o condannati, anche con sentenza definitiva*, nel corso dei *cinque anni precedenti*, per alcuno dei delitti contro la *persona* (artt. 575 e ss. c.p.) o contro il *patrimonio* (art. 624 e ss. c.p.) previsti dal Codice penale (rispettivamente ai Titoli XII e XIII del Libro II), quando risultino commessi *in uno dei luoghi sopra indicati*.

L'ultimo periodo del comma 2 prevede, in caso di violazione del divieto di accesso la pena dell'*arresto da sei mesi ad un anno*, configurando così un reato di natura *contravvenzionale*.

L'art. 21 del decreto "Salvini", l. 1° dicembre 2018, n. 32, ha modificato il termine di durata del suddetto provvedimenti che, oggi, dalla originaria valenza

---

veri e propri reati ascrivibili al soggetto, e non da condotta in sé non costituente reato. Ritenere diversamente finirebbe invero, in modo del tutto inammissibile, per ripristinare surrettiziamente, a questi fini, la categoria già soppressa dalla l. n. 327 del 1988.
Dal chiarissimo testo di legge è poi rilevabile, in modo del tutto piano, che eventuali reati, o comportamenti pericolosi, commessi da terze persone, sia pur occasionati dall'offerta prostitutoria, non possono ricadere ai sensi di legge sul soggetto che si prostituisce, a meno che l'offerta stessa non si concretizzi in condotte di reato.

[74] Nel senso indicato dall'art. 1 T.U.L.P.S.; gli artt. 1 e 3 del Regolamento di esecuzione delineano questo concetto, ponendo l'accento sulla sua direzione tecnica delle Forze di Polizia. Cfr. M. DI FRANCO, *Questore,* in *Nov.mo Dig., App.*, II, Torino, 1986; C. MEOLI, *Questore*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, 1987; C. MOSCA, *Pubblica sicurezza (ordinamento dell'Amministrazione della)*, in *Nov.mo Dig., App.*, VI, Torino, 1986.

di sei mesi, è passato ad una valenza nel massimo pari a *dodici mesi*. Allo stesso tempo dovrà avere una durata non inferiore nel minimo che passa a sua volta da sei mesi a dodici mesi e non superiore a due anni qualora le condotte da esso presupposte siano state poste in essere da un soggetto già condannato negli ultimi 5 anni con sentenza definitiva, ovvero confermata in appello, per reati contro la persona o il patrimonio.

In caso di *violazione del divieto* di accesso del Questore, è prevista la sanzione penale dell'arresto da 6 mesi ad 1 anno, mentre in caso di violazione del DACUR nella sua forma aggravata da dodici mesi a due anni, la *relativa pena sarà dell'arresto da uno a due anni*.

È indubbio che nel caso di specie si tratta di un ordine di polizia a carattere negativo e, in ultima analisi, di una misura di prevenzione atipica nella forma del divieto[75]. La durata lo rende equiparabile ad un *foglio di via obbligatorio*.

Per l'ipotesi più grave si prevede che il provvedimento del Questore dovrà essere convalidato dell'Autorità giudiziaria (con ordinanza del G.I.P. su richiesta della Procura della Repubblica presso il Tribunale, provvedimento ricorribile in Cassazione) analogamente a quanto previsto dalla disciplina relativa al c.d. DASPO sportivo (art. 6, commi 2 *bis*, 3 e 4 della l. 13 dicembre 1989, n. 401, il cui ambito di operatività è però limitato alle "manifestazioni sportive specificamente indicate"), richiamata espressamente sul punto dal d.l. n. 14/2017 «in quanto compatibile».

Il DACUR, infine, può trovare applicazione anche in via giudiziaria. La l. n. 48/2017, infatti, laddove individua direttamente o indirettamente le aree da sottoporre a divieto di stazionamento, porta con sé ulteriori implicazioni nel caso di condanna di taluni soggetti per reati contro la persona ed il patrimonio commessi proprio nel loro ambito.

In tal caso la legge prevede la possibilità da parte del giudice di subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena all'osservanza di uno specifico divieto di accesso per quelle medesime aree configurando, in questo caso, un provvedimento interdittivo di natura giudiziale, e quindi di natura

[75] M. MANCINI PROIETTI, *Alla ricerca della sicurezza perduta. Luci ed ombre della legge n. 132 del 1° dicembre 2018*, cit., p. 1157.

diversa rispetto al medesimo provvedimento di natura amministrativa imposto dall'Autorità tecnica di polizia.

10.1. (Segue) Le modifiche apportate al comma 1 dell'art. 10, l. n. 48/2017 dal Decreto Sicurezza 2026: integrazione dei casi di ordine di allontanamento.

Il *Decreto Sicurezza* 2026 ha integrato il testo del *comma 1* dell'art. 10, l. n. 48/2017, *estendendolo* non più soltanto ai casi di cui al comma 1 dell'art. 9 cit., ma anche alle ipotesi oggi disciplinate ai *commi 2 e 3 bis*, come rispettivamente integrati e introdotti nei termini sopra esaminati.

Di analogo tenore sono le modifiche al *comma 2*, *primo periodo*, dell'art. 10, ai sensi del quale, nei casi di *reiterazione delle condotte* che danno luogo al provvedimento di *allontanamento* di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 9, il Questore possa disporre, con *provvedimento motivato*, il *divieto di accesso*, per un periodo *non superiore ad un anno*, ad una o più delle aree di cui all'art. 9.

Si tratta, in particolare, delle aree interne delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e delle relative pertinenze, nonché, a seguito del Decreto Sicurezza, altresì delle "*specifiche zone urbane, caratterizzate da gravi o ripetuti episodi di criminalità o di illegalità*" individuate dal Prefetto, sopra esaminate. Il divieto di accesso può essere disposto solo qualora dalla condotta tenuta possa derivare *pericolo per la sicurezza* e deve indicare espressamente e in maniera specifica le *aree di riferimento*, nonché le *modalità* applicative del divieto.

Queste ultime, per espressa previsione di legge, devono risultare in ogni caso *compatibili* con le esigenze di *mobilità, salute e lavoro* del destinatario dell'atto.

Tale ponderazione dovrà avvenire avuto riguardo ai canoni di *adeguatezza e proporzionalità,* operando limitazioni *strettamente funzionali* alle esigenze di sicurezza e comunque tali da non compromettere le suddette esigenze[76].

10.2. (Segue) Il potenziamento del divieto di accesso ai centri urbani. Le modifiche apportate dal Decreto Sicurezza 2026 ai commi 2 e 3 dell'art. 10: l'integrazione dei casi di divieto di accesso.

[76] A. SALERNO, *Dossier Decreto Sicurezza 2026*, *Dike Giuridica*, Napoli, 2026, p. 69 ss.

Per effetto del *Decreto Sicurezza* 2026 è stato introdotto un *nuovo periodo*, dopo il primo, nel testo del *comma 2*, dell'art. 10 ai sensi del quale, nei casi di cui all'art. 9, comma 3 bis, con riferimento cioè alle "*specifiche zone urbane, caratterizzate da gravi o ripetuti episodi di criminalità o di illegalità*" individuate dal Prefetto, la *durata* del divieto di accesso non può essere superiore a quella dei *provvedimenti* adottati dal Prefetto (ossia *sei mesi, rinnovabili anche più volte nel limite massimo di diciotto mesi*).

In sede di conversione è stato altresì previsto, al comma 2, che tale divieto di accesso, nel rispetto delle condizioni e delle modalità applicative previste dalla norma, può essere disposto anche in relazione *ad una o più delle zone specificamente individuate* ai sensi del comma 3 bis dell'art. 9.

Inoltre, per effetto del Decreto Sicurezza 2026, è stato inserito un *nuovo periodo* dopo il primo, al *comma 3*, ai sensi del quale, nelle ipotesi di cui all'art. 9, comma 3 bis (anch'esso introdotto dalla novella e relativo alle condotte realizzate nelle "*specifiche zone urbane, caratterizzate da gravi o ripetuti episodi di criminalità o di illegalità*" individuate dal Prefetto), la durata del divieto di accesso ad una o più delle zone di cui al predetto comma 3-bis, *specificamente individuate*, disposto nei confronti dei medesimi soggetti (gravati cioè da sentenza definitiva o quantomeno da una "*doppia conforme*", alias condanna in primo grado confermata in appello, su cui nel paragrafo successivo, per i suddetti reati contro *persona o patrimonio*) debba essere pari a quella dei provvedimenti adottati dal Prefetto, ossia *sei mesi, rinnovabili anche più volte nel limite massimo di diciotto mesi*. In sede di *conversione* è stato richiesto, per l'adozione del divieto di accesso, che dalla condotta tenuta possa derivare, per il periodo di vigenza dei provvedimenti anzidetti, un *pericolo per la sicurezza*.

In forza del terzo periodo del comma 3, rimasto invariato, in caso di *violazione del divieto di accesso* è prevista la *pena dell'arresto da uno a due anni*. Inoltre, ai sensi dell'ultimo periodo della disposizione in esame, qualora il responsabile sia soggetto *minorenne*, il Questore è tenuto a darne notizia al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni.

10.3 (Segue) Il nuovo comma 3 bis dell'art. 10: nuovi casi di divieto di accesso.

Il Decreto Sicurezza 2026 ha altresì introdotto un *nuovo comma 3 bis* nel testo dell'*art. 10* cit., ai sensi del quale il *divieto di accesso* disciplinato dal comma 2 può

essere oggi disposto *dal Questore* anche nei confronti di coloro che risultino anche *solo denunciati* ovvero condannati, senza che sia però necessaria una condanna definitiva, nei *cinque anni precedenti*, per taluno dei seguenti reati:

a) delitti indicati nel *comma 6 quater*, ossia reati commessi *con violenza alle persone o alle cose*, compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche, per i quali è *obbligatorio* l'arresto ai sensi dell'art. 380 c.p.p., nonché nel caso dei delitti di cui agli *artt. 583 quater c.p.* – Lesioni personali a un ufficiale o agente di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni, a un dirigente scolastico o a un membro del personale docente della scuola, a personale esercente una professione sanitaria o socio-sanitaria e a chiunque svolga attività ausiliarie a essa funzionali, nonché a personale che svolge attività di prevenzione e accertamento delle infrazioni nell'ambito dei servizi di trasporto ferroviario o agli arbitri e agli altri soggetti che assicurano la regolarità tecnica delle manifestazioni sportive – e *635, comma 3, c.p.* – danneggiamento in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo pubblico o aperto al pubblico – purché commessi "*in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico*";

b) reati di cui agli *artt. 5, comma 3* (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) e *5 bis* (lancio o utilizzo illegittimo, nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico, in modo da creare un concreto pericolo per l'incolumità delle persone, di razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi, strumenti per l'emissione di fumo o di gas visibile o in grado di nebulizzare gas contenenti principi attivi urticanti, ovvero bastoni, mazze, oggetti contundenti o, comunque, atti a offendere) della *l. 22 maggio 1975, n. 122*, recante "disposizioni a tutela dell'ordine pubblico";

c) reati di cui agli *artt. 4 e 4 bis* della *l. 18 aprile 1975, n. 110* (porto di armi od oggetti atti ad offendere, anch'essi modificati dal Decreto Sicurezza 2026), quando commessi in uno dei luoghi di cui al predetto *art. 4 bis, comma 2, lett. c)* – nelle immediate vicinanze di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro, parchi e giardini pubblici o aperti al pubblico, stazioni ferroviarie, anche metropolitane, e luoghi destinati alla sosta o alla fermata di mezzi di pubblico trasporto – e *d)* – in un luogo in cui vi sia concorso

o adunanza di persone ovvero una riunione pubblica -, qualora dalla condotta tenuta possa derivare un *pericolo per la sicurezza*.

In siffatte ipotesi, il *Questore* può disporre, per un periodo *non superiore a dodici mesi*, il divieto di accesso ai *luoghi in cui sono stati commessi i predetti reati* (qualora diversi da quelli stabiliti per legge), ovvero di stazionamento nelle *immediate vicinanze* dei luoghi medesimi, anche limitato a *specifiche fasce orarie*, ferma restando l'espressa *specificazione* degli stessi nel provvedimento e l'individuazione di *modalità* applicative del divieto compatibili con le *esigenze di mobilità, salute, lavoro e studio* del destinatario.

L'ultimo periodo del comma 3 bis dell'art. 10, come introdotto in sede di *conversione*, prevede infine che la *violazione del divieto* di accesso sia punita *con l'arresto da sei mesi ad un anno* (altra ipotesi di nuovo reato di natura contravvenzionale).

Qualora le condotte di cui al presente comma risultino commesse da soggetto condannato con sentenza *definitiva* o *confermata in grado di appello* (con evidenti profili di attrito con il principio di presunzione di innocenza ex art. 27, comma 2, Cost.), nel corso degli *ultimi cinque anni*, per taluno dei reati di cui al primo periodo, si applicano, *per la durata del divieto e per la sanzione in caso di violazione dello stesso*, le disposizioni di cui al *comma 3, primo e terzo periodo*: pertanto, quando ricorrano specifiche ragioni di *pericolosità*, il Questore può prescrivere al condannato di comparire *personalmente* una o più volte, negli orari indicati, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato. La prescrizione è disposta, con provvedimento *motivato*, individuando comunque modalità applicative *compatibili* con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto.

Si tratta di disposizioni *irretroattive* e destinate a trovare applicazione a far data dall'entrata in vigore della legge di conversione.

Per esemplificare, se un soggetto viene denunciato nei cinque anni precedenti per *porto illecito di armi in una determinata zona della città*, potrà essere disposto nei suoi confronti il divieto di accesso di cui al comma 2 dell'art. 10 d. l. 14/2017, poiché, in questo caso, essendo stato il soggetto in questione denunciato per taluno dei reati presupposto del divieto di accesso, ai sensi del nuovo comma 3 bis dell'art. 10 d. l. 14/2017, può essere disposto nei suoi confronti tale divieto,

purché il provvedimento contenga l'espressa *specificazione* degli stessi nel provvedimento e l'individuazione di *modalità* esecutive compatibili con le esigenze di mobilità, salute, lavoro e studio del destinatario.

Il *comma 4* dell'art. 10 prevede la possibilità che i divieti di accesso di cui ai commi precedenti (oggi compreso, a seguito del Decreto Sicurezza 2026, il *comma 3 bis*, espressamente richiamato) possano essere disposti anche nei confronti di *soggetti minori di diciotto anni* che hanno compiuto il *quattordicesimo anno di età* e quindi astrattamente imputabili. In tal caso, il provvedimento è notificato a coloro che esercitano la responsabilità genitoriale sui minori, nonché comunicato al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni competente per il luogo di *residenza* del minore.

10.4. (Segue) Le modifiche al comma 6 quater: l'arresto in flagranza differita.

Sul punto un breve cenno. Già prima dell'intervento del Legislatore del 2026, all'art. 10 l. n. 48/2017 si ripristinava, fino al 30 giugno 2020, l'efficacia della disciplina sull'arresto in flagranza differita (in base a documentazione video fotografica) e sull'applicazione delle misure coercitive nei confronti degli imputati di reati commessi in occasione di manifestazioni sportive, la cui vigenza era scaduta il 30 giugno 2016.

Tale possibilità valeva solo per i reati in cui l'arresto è obbligatorio (art. 380 c.p.p.) e l'identificazione (previo arresto) doveva avvenire entro le 48 ore dalla commissione del fatto. L'arresto differito doveva comunque ricondursi a condizioni di necessità e urgenza; inoltre, l'Autorità giudiziaria doveva dimostrare l'impossibilità di procedere all'arresto nell'immediatezza per comprovate ragioni di sicurezza o incolumità pubblica e, contemporaneamente, la persistenza di tali condizioni di pericolosità. In altri termini, se la situazione di pericolo è in corso o "istantanea" rispetto ai fatti, l'arresto differito doveva essere condizionato alla sussistenza dei requisiti di necessità e urgenza. Di contro, se l'urgenza veniva meno, non sussisteva il presupposto oggettivo che legittima l'arresto da parte della Polizia giudiziaria, potendo invece sussistere le condizioni per la richiesta di emissione di provvedimento cautelare[77].

[77] Cass. pen., Sez. VI, 16 dicembre 2015 – 22 gennaio 2016, n. 2633, in www.giurisprudenzapenale.com, la quale afferma che l'individuazione dell'interessato attraverso la video ripresa legittima la misura precautelare sotto l'aspetto soggettivo ma "elude il

Deve darsi ora atto, quindi, delle modifiche al *comma 6 quater* dell'art. 10 cit., ai sensi del quale si considera sussistente la *flagranza del reato* per i fatti sopra indicati, quando l'arresto immediato non sia possibile per *ragioni di sicurezza o incolumità pubblica* e l'arrestato risulti aver commesso il fatto sulla base di *documentazione video fotografica* dalla quale emerga inequivocabilmente il reato, sempre che l'arresto sia compiuto *non oltre il tempo necessario* alla sua identificazione e, comunque, entro le *quarantotto ore dal fatto* stesso.

È stata pertanto prevista la c.d. *flagranza differita*, di cui all'art. 382 bis c.p.p.[78], in relazione ai delitti commessi con *violenza alle persone o alle cose*, compiuti *alla presenza di più persone* anche in occasioni *pubbliche*, per i quali risulti *obbligatorio* l'arresto ai sensi dell'art. 380 c.p.p., nonché del caso dei delitti di cui agli *artt. 583 quater e 635, comma 3, c.p.*, quando tali ultimi due reati siano stati commessi *"in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico*".

Si pensi, ad esempio, al caso del soggetto che si renda responsabile del delitto ex art. 583 quater c.p. nel corso di una manifestazione pubblica e riesca a sfuggire all'arresto; tuttavia, nell'arco delle successive quarantotto ore egli viene identificato e rintracciato grazie ai filmati di videosorveglianza dell'area dove è stato commesso il fatto.

In tale ipotesi potrà procedersi all'arresto in flagranza differita del soggetto ex art. 382 bis c.p.p. proprio perché il delitto di cui all'art. 583 *quater* c.p. rientra tra le fattispecie che, ove commesse "in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico", consentono di procedere all'arresto in flagranza

previo accertamento della condizione oggettiva dell'intervento, che deve passare preliminarmente attraverso l'individuazione, da parte dell'Autorità di Pubblica sicurezza, di circostanze fattuali di carattere eccezionale, agevolmente verificabili dall'Autorità giudiziaria cui compete la convalida dell'arresto differito. *La Polizia Giudiziaria non è esentata dall'onere di fornire all'A.G. la dimostrazione dell'effettivo ricorrere delle condizioni di emergenza e di salvaguardia dell'ordine pubblico che hanno impedito di procedere all'arresto in flagranza*, che nel caso di specie non risultano sottoposti all'Autorità giudiziaria che ha convalidato il provvedimento, o quanto meno non emerge che gli stessi siano stati da questa esaminati, poiché di tale obbligatoria analisi non v'è traccia nel provvedimento oggetto di impugnazione".

[78] Art, 382, comma 1, c.p.p.: "si considera comunque in stato di flagranza colui il quale, sulla base di documentazione videofotografica o di altra documentazione legittimamente ottenuta da dispositivi di comunicazione informatica o telematica, dalla quale emerga inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro le quarantotto ore dal fatto".

differita dell'autore del reato, in forza del nuovo comma 6 quater dell'art. 10, d. l. 14/2017, che richiama l'art. 382 bis c.p.p.

Pur non detenendo sulla propria persona l'arma, il conducente del mezzo risponde del nuovo delitto – trattandosi di lama affilata superiore agli 8 cm di lunghezza – in quanto è sufficiente che l'arma si trovi nella sua immediata *disponibilità*, in modo che possa *facilmente* recuperarla e farne uso.

10.5. Divieto di accesso urbano e c.d. "doppia conforme".

Il DACUR del Questore richiede pure l'accertamento del fatto che dalla condotta tenuta possa derivare un *pericolo per la sicurezza*, escludendo pertanto la rilevanza – ai fini dell'irrogazione delle misure – della mera reiterazione delle condotte stigmatizzate.

La disposizione prevede espressamente (a differenza di quanto accade per il divieto di accesso di cui all'art. 12, d. l. 14/2017) che l'atto debba essere motivato e statuisce che il divieto non può avere durata inferiore a sei mesi, né superiore a due anni, qualora il sottoposto sia stato condannato definitivamente (*ovvero* con *sentenza confermata in appello*) nei cinque anni precedenti per reati contro la persona o il patrimonio.

È interessante osservare come, in questa evenienza, l'applicabilità di un più severo divieto sia ancorata non già al dato della condanna irrevocabile per taluni reati, bensì unicamente alla sussistenza nei riguardi dell'interessato della c.d. "*doppia conforme*", ovvero di una *sentenza sfavorevole confermata in grado di appello*.

La disposizione segna, in qualche modo, un ridimensionamento dell'importanza del giudicato penale laddove siano in gioco finalità che attengono più precipuamente a esigenze di controllo del territorio e di contenimento della pericolosità dei consociati.

Ciò potrebbe derivare da una constatazione circa la (sovente troppo lunga) durata dei processi penali e la difficoltà di addivenire in tempi ragionevoli a una statuizione di responsabilità connotata dal crisma della definitività, oppure dalla considerazione, più tecnica, che riposa sulla distinzione tra giudizio di merito e giudizio di legittimità.

È, infatti, evidente che per giustificare l'uso di uno strumentario preventivo come quello in esame – che ruota tutto intorno alla nozione di pericolosità dell'individuo e, per altro verso, richiede agilità e rapidità nella risposta statuale – non risulti necessario attendere la delibazione delle questioni proprie del giudizio in cassazione, che com'è noto attengono ai profili di legittimità, apparendo bastevole la cristallizzazione, attraverso i due gradi di giudizio di merito, della ricostruzione del "fatto" storico dal quale si desume la pericolosità, ai presenti fini, del soggetto coinvolto. Peraltro, non sfugge la possibile aporia del sistema così delineato nelle ipotesi in cui l'interessato, come pure accade talvolta, venga assolto dalla Corte di Cassazione.

Il comma 5 della norma subordina, poi, la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena irrogata in sede di condanna per un delitto contro la persona o il patrimonio, commesso in una delle aree di cui all'art. 9, all'imposizione del divieto di accedere a luoghi o aree specificamente individuati.

10.6. Divieto di accesso e artt. 164 e 165 c.p.

Può notarsi ancora come, nelle suddette ipotesi, il divieto di accesso a luoghi o aree specifiche possa essere imposto dal giudice come condizione per accedere al beneficio della sospensione condizionale della pena, e possa quindi essere accostato al risarcimento del danno ovvero all'eliminazione delle conseguenze, derivanti dal danno criminale, che ineriscono alla lesione o pericolo di lesione del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata, di cui all'art. 165 c.p., rientrando non più nella competenza del Questore, Autorità amministrativa, bensì del giudice in sede di pronuncia della condanna e della valutazione circa la sussistenza dei presupposti per concedere il beneficio della sospensione condizionale di cui all'art. 163 c.p.

Giova anche osservare che, peraltro, l'art. 164 c.p. prevede che la concessione della sospensione condizionale rende inapplicabili tutte le misure di sicurezza (argomentando, a contrariis, dalla prognosi favorevole sulla probabilità che il colpevole, in futuro, si asterrà dal commettere ulteriormente reati, formulata dal giudice di merito ai sensi del comma 2, n. 2, della norma), fatta eccezione per la confisca: deve, pertanto, ritenersi – se non altro per coerenza di sistema – che ciò costituisca un argomento ulteriore per escludere la possibilità di inquadrare le citate misure nel novero delle misure di sicurezza.

Qualora l'interessato sia minorenne, il questore ne dà notizia al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni.

La convalida da parte dell'Autorità giudiziaria è necessaria ad assicurare all'istituto *de quo* la compatibilità con l'art. 13 Cost. perché si tratta di una misura restrittiva della libertà personale[79]: tale procedura si caratterizza per il fatto che l'atto amministrativo – una volta convalidato – non è sostituito da un atto dell'Autorità giudiziaria, ma continua esso stesso ad avere effetti perduranti nel tempo[80].

Nel caso di misura applicata a soggetto minorenne, la comunicazione deve essere inviata al Procuratore della Repubblica preso il Tribunale per i minorenni, competente in relazione al luogo in cui ha sede la questura che ha emesso la misura di prevenzione, e la richiesta di convalida deve essere formulata al Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale per i minorenni.

All'inosservanza degli stringenti termini che devono scandire il procedimento di convalida consegue l'inefficacia della prescrizione adottata dal Questore il quale può, tuttavia, reiterare l'istanza; sul punto la Suprema Corte, in tema di D.A.SPO., qualora contenga la prescrizione accessoria dell'obbligo di presentazione alla Polizia giudiziaria (rimanendo pienamente efficace la per la parte concernente il divieto di accesso alle manifestazioni sportive, che ha natura prettamente amministrativa e non è soggetto a convalida del G.I.P.), ha precisato che non si potrà semplicemente notificare una seconda volta il medesimo decreto ormai divenuto inefficace, ma si dovrà riattivare una nuova e distinta procedura[81].

10.7. Divieto di accesso e foglio di via obbligatorio del Questore.

Pare interessante anche tratteggiare i confini dell'istituto del divieto di accesso del Questore rispetto a quello preesistente del foglio di via obbligatorio

[79] Corte Cost. 4 dicembre 2002, n. 12, all'indirizzo www.giurcost.org.
[80] Seppur in tema di D.A.SPO sportivo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 giugno 2006, n. 3532; in senso conforme, cfr. Cass., Sez. Un., 12 novembre 2004, n. 44273.
[81] Cass. pen., Sez. III, 15 aprile 2010 – 3 giugno 2010, n. 20776, Rv. 24718201; vedi anche Cass. Pen., Sez. III, 11 novembre 2015 – 23 dicembre 2015, n. 50456, Rv. 26728101; Id., Cass. Pen., Sez. III, 17 aprile 2019, n. 16774.

dal Comune, ex art. 2 del Codice Antimafia, misura di prevenzione "tipica" di competenza dell'Autorità amministrativa.

Nella Relazione illustrativa della legge di conversione[82] si legge che, in ordine ai possibili dubbi circa la sovrapposizione della misura del divieto di accesso questorile rispetto a quella del foglio di via obbligatorio, tale evenienza dovrebbe essere esclusa, nell'intenzione del legislatore, in forza delle seguenti considerazioni:

1) diversa durata (il presente divieto ha durata non superiore a 12 mesi, il foglio di via obbligatorio non superiore a 3 anni);

2) differenti gli ambiti spaziali interdetti (qui una o più delle aree di cui all'art. 9, nel foglio di via obbligatorio l'intero Comune dal quale si è allontanati);

3) diverse, infine, le categorie soggettive (nel caso di cui all'art. 10 chiunque abbia commesso l'illecito amministrativo, nel caso del foglio di via obbligatorio solo i soggetti dediti alla commissione di reati, non residenti nel Comune).

Può notarsi, pertanto, come l'area di operatività delle misure introdotte con il decreto Minniti, pur condividendo con le misure di prevenzione tipiche il presupposto del non necessario previo accertamento della commissione di fatti previsti dalla legge come reato, risulti – almeno in potenza e nella volontà del legislatore – significativamente più ampia rispetto a quella di queste ultime.

10.8. Il DACUR quale misura di contrasto al fenomeno dei disordini e dei reati nei locali.

È invece una novità legislativa propria del decreto "Salvini" l'integrazione del testo del decreto "Minniti", laddove la l. 1° dicembre 2018, n. 32 viene ad inserire in esso l'art. 13 *bis* che questa volta prende in esame il fenomeno dei disordini e dei reati commessi contro la persona o il patrimonio da parte di alcuni soggetti all'interno di pubblici esercizi o di esercizi di pubblico intrattenimento.

La misura introdotta prevede, infatti, che fuori dai casi di cui al precedente art. 13, il Questore possa disporre, sempre per irrinunciabili motivi di sicurezza, nei confronti delle persone giustappunto condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello nel corso degli ultimi tre anni per reati commessi

[82] Relazione alla legge di conversione 18 aprile 2017, n. 48, p. 8.

in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi, ovvero in locali di pubblico intrattenimento, per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio, nonché per reati connessi allo spaccio di stupefacenti, un provvedimento di divieto di accesso o di stazionamento nelle immediate vicinanze degli stessi pubblici esercizi, presso locali o esercizi pubblici di somministrazione di alimenti e bevande, ovvero di pubblico intrattenimento.

Il divieto potrà essere limitato a determinate fasce orarie e non potrà avere una durata inferiore a 6 mesi né superiore a 2 anni ed è disposto con provvedimento motivato, individuando modalità applicative compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto.

Lo stesso potrà essere accompagnato da specifiche prescrizioni come quelle di dover comparire personalmente una o più volte negli orari indicati, nell'ufficio o comando di polizia competente in relazione al luogo di residenza dell'obbligato o in quello specificamente indicato. In tal caso le prescrizioni di cui sopra andranno convalidate dalla competente Autorità giudiziaria giuste le garanzie tratte dalla disciplina di cui all'art. 6, commi 3 e 4 della l. n. 401/89.

Detto provvedimento potrà essere a sua volta di diretta prescrizione giudiziale in sede di condanna per determinati reati e, proprio in virtù della novella legislativa di cui alla l. n. 132/2018, entrare a far parte delle prescrizioni aggiuntive imposte dall'Autorità Giudiziaria tra quelle che accompagnano il provvedimento di applicazione della misura della Sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.

Anche qui il provvedimento di divieto di accesso e stazionamento nei pressi è assistito da specifica tutela penale laddove la violazione del divieto è sanzionata con la pena della reclusione da 6 mesi ad 1 anno e con la multa da 5.000 a 20.000 euro.

11. Poteri interdittivi del Questore nel caso di spaccio di sostanze stupefacenti.

Analoghi poteri "interdittivi", *sub specie* di divieto di accesso, sono attribuiti al Questore nel caso di spaccio di sostanze stupefacenti, da parte di persone condannate con sentenza definitiva o confermata in grado di appello per il reato di cui all'art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (vendita di sostanze), all'interno o in

prossimità di locali pubblici, aperti al pubblico o di pubblici esercizi (art. 13, comma 1).

In aggiunta al divieto di accesso per un periodo da 1 a 5 anni, altre misure più incisive sulla libertà di movimento sono adottabili dal Questore nei confronti delle persone condannate per il reato di cui sopra (obbligo di firma, alias di presentarsi almeno due volte a settimana presso il locale ufficio della Polizia o dei Carabinieri, divieto di allontanamento dal Comune, obbligo di rientrare nella propria abitazione entro una certa ora ecc.); la violazione di tali divieti è sanzionata, dal Prefetto, salva l'ipotesi che il fatto costituisca reato, con la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 40.000 euro e con la sospensione della patente da sei mesi ad un anno.

Ultima chiosa. L'art. 15 l. 48/2017 si occupa della sicurezza pubblica, distinta dalla sua declinazione urbana, apportando significative modifiche alla disciplina sulle misure di prevenzione personali e al Codice Antimafia.

L'art. 1, comma 1, lett. c) del d. lg. n. 159/2011 viene modificato, con l'inserimento della menzione, tra i destinatari, degli autori di "reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa".

In primo luogo, quindi, si è inserito l'inciso che tra gli "elementi di fatto" da cui può desumersi la sussistenza della pericolosità, funzionale all'applicazione delle misure di prevenzione "tipiche", potranno essere considerate le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio e dei divieti di frequentazione di determinati luoghi, indicati dalla vigente normativa.

La norma in commento chiarisce esplicitamente che l'inosservanza ripetuta delle misure colà previste può essere considerata come "elemento di fatto" ai fini della ricorrenza dei presupposti per l'irrogazione di misure di prevenzione risolvendo così, nella materia de qua, il problema – diversamente affrontato in giurisprudenza – della valutabilità, ai fini dell'applicazione della sorveglianza speciale di P.S. e delle altre misure di competenza giurisdizionale, delle condotte trasgressive delle misure "amministrative", come ad esempio del foglio di via obbligatorio.

La disposizione in esame evidenza la correlazione tra sicurezza pubblica e sicurezza urbana, con la seconda che sembra costituire una specificazione territoriale della prima. Giova ribadire, al riguardo, che il tema della sicurezza urbana è tutt'altro che nuovo, essendo tra l'altro già stato affrontato da varie normative, risalenti al 2008-2009 (d. l. 23 maggio 2008 n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008 n. 125; l. 15 luglio 2009 n. 94, formalmente intitolati alla sicurezza pubblica), ovvero già affrontato dieci anni prima della supposta odierna necessità ed urgenza: sicché l'impiego del decreto legge appare discutibile sul piano costituzionale.

La non contingenza delle condotte che si vogliono contrastare appare in tutta la sua evidenza sol che si pensi allo sfruttamento della prostituzione (mestiere più antico del mondo, si usa dire), o all'abuso di alcool e stupefacenti e all'accattonaggio molesto, fenomeni risalenti nel tempo ed espressione di povertà, disagio o vizio, fattori non nuovissimi nell'esperienza umana.

Altro dato importante è l'introduzione della clausola secondo la quale obblighi e prescrizioni della sorveglianza speciale potranno essere disposti, con il consenso dell'interessato, con il c.d. braccialetto elettronico (art. 275 bis c.p.p.).

12. L'inosservanza di provvedimenti amministrativi: interferenze con l'art. 650 c.p.

Merita ora di essere affrontato il tema, sui nessi di interferenza tra i vari provvedimenti e diverse fattispecie penali.

In linea generale, l'inosservanza dei molti provvedimenti amministrativi in commento (ordinanze emesse dal Sindaco o dai Dirigenti di settore), ordini sindacali di allontanamento, provvedimenti del Questore contenenti divieti di accesso a luoghi o esercizi pubblici, od altre misure limitative della libertà di movimento) pone la questione della eventuale applicabilità dell'art. 650 c.p. (norma penale in bianco a carattere sussidiario)[83] ai trasgressori, nella misura in

[83] Cass. pen., Sez. I, 27 giugno 2016, n. 26679. Su tale contravvenzione concernente l'attività della Pubblica Amministrazione si vedano M. SINISCALCO, *Inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità*, *Enc. Dir.*, XXI, 1971, pp. 664 ss.; M. PETRONE, *La tutela penale degli ordini amministrativi*, Milano, 1980.

cui la sicurezza urbana venga ritenuta una specificazione della sicurezza pubblica[84].

Va notato che si può parlare di inosservanza di provvedimenti dell'Autorità, rilevante agli effetti penali (art. 650 c.p.), *solo nel caso in cui si tratti di violazioni di ordini impartiti dal Sindaco quale Ufficiale di Governo*. Altrimenti, si parlerà solo di violazione di precetti sanzionati amministrativamente.

Senza poter approfondire il tema in questa sede, ci si limita a osservare che la fattispecie di inosservanza di provvedimenti dell'Autorità emessi per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene, *non si applica in caso di violazione di provvedimenti generali e astratti, a contenuto normativo*, tipologia nella quale rientrano ad esempio, le ordinanze del Sindaco previste dall'art. 50, comma 7, ultimo periodo, T.U.E.L., così come modificato dall'art. 8, l. 18 aprile 2017, n. 48, in tema di tranquillità, riposo, alcoolici), e in ogni caso ha *natura residuale*, ovvero soccombe rispetto a sanzioni *ad hoc*, anche se di natura processuale[85].

Di conseguenza, l'art. 650 c.p. risulta *applicabile alle (sole) violazioni delle ordinanze sindacali contingibili e urgenti* - dunque riconnesse all'imprevedibilità ed alla necessarietà di un intervento immediato e ad effetti temporanei, secondo i parametri ben esaminati e definiti da dottrina e giurisprudenza[86] -, *a contenuto*

---

[84] Cfr. C. RUGA RIVA, *Inosservanza di provvedimenti dell'autorità e ordinanze sindacali in materia di sicurezza urbana. Nuove questioni, vecchi problemi*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, pp. 1685 ss.; A.N.C.I., *Oltre le ordinanze. I sindaci e la sicurezza urbana*, II ed., 2009, consultabile in www.cittaitalia.it. Per i relativi profili penali, M. GROTTO, *Potere di ordinanza e diritto penale sostenibile*, pp. 397 ss. e C. RUGA RIVA, *Diritto penale e ordinanze sindacali. Più sanzioni per tutti, anche penali?*, entrambi in *Le Regioni, n. 1-2/2010*, ove sono consultabili vari lavori che toccano anche i profili costituzionali e amministrativi.

[85] La massima Cass. 11 dicembre 2009, Parisi, CED 245635 (relativa alla violazione dell'art. 650 del c.p.) stabilisce i seguenti principi chiave in tema di inosservanza di provvedimenti dell'Autorità: Ambito di applicazione dell'art. 650 c.p.: il reato è applicabile solo per le violazioni di ordinanze contingibili e urgenti a contenuto provvedimentale. Destinatari: tali provvedimenti devono essere diretti a destinatari determinati o determinabili. Requisiti di legittimità: Le ordinanze (comprese quelle sindacali) non integrano l'illecito penale se impongono divieti su condotte già lecite per l'ordinamento nazionale o se la violazione è già disciplinata e sanzionata autonomamente da altre leggi.

[86] Secondo il consolidato indirizzo del Giudice amministrativo, presupposti del potere di ordinanza contingibile e urgente attribuito dalla legge al Sindaco sono: l'esistenza di una situazione di carattere eccezionale non fronteggiabile con gli strumenti ordinari, sicché la sua adozione presuppone necessariamente situazioni non tipizzate dalla legge di pericolo effettivo, la cui sussistenza deve essere suffragata da un'istruttoria adeguata e da una congrua motivazione, in ragione delle quali si giustifica la deviazione dal principio di tipicità degli atti

provvedimentale, dirette a destinatari determinati o determinabili[87] (tra le quali sembrano rientrare, seppur con qualche difficoltà, anche quelle emesse al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana, ai sensi dell'art. 54, commi 4 e 4-bis T.U.E.L.[88]), *che non siano già autonomamente sanzionate* (tradizionalmente, in passato, il presidio della norma penale ha tutelato la violazione delle ordinanze sindacali in materia di igiene pubblica[89], per emergenze sanitarie o tutela dell'ambiente).

Inoltre, eventuali trasgressioni di provvedimenti astrattamente rientranti nell'art. 650 c.p. rilevano solo ove tali ordinanze risultino "*legalmente date*" per le ragioni sopra esposte tassativamente previste. Perché sussista il crisma della legalità, il provvedimento deve essere stato emesso dall'Autorità competente nelle forme essenziali eventualmente richieste (*legalità formale*) e, nel tempo medesimo, deve essere stato emesso in esecuzione di una norma giuridica ovvero

amministrativi e la possibilità di derogare alla disciplina vigente - stante la configurazione residuale, quasi di chiusura, di tale tipologia provvedimentale; la necessità di provvedere nell'immediatezza per il pericolo per la pubblica incolumità anche se non imminente, quando sussiste una ragionevole probabilità che possa verificarsi, se non interviene prontamente, avendone constatato il deteriorato stato dei luoghi; la contingibilità intesa come impossibilità di fronteggiare l'emergenza con i rimedi ordinari, in ragione dell'accidentalità, imprescindibilità ed eccezionalità della situazione verificatasi e l'urgenza come assoluta necessità di porre in essere un intervento non rinviabile; la temporaneità dei loro effetti. Cfr., tra le pronunce più recenti, Cons. di Stato, sez. V, 21 febbraio 2017, n. 774; 24 luglio 2016, n. 3369; 22 marzo 2016, n. 1189, in www.giustizia-amministrativa.it.

[87] Cfr. ad es. Cass. pen., Sez. I, 3 novembre 2016, n. 46212; Cass. pen., Sez. I, 15 novembre 2012, n. 1200.

[88] Si veda, ad esempio, la nota ordinanza anti-prostituzione 3 ottobre 2017, n. 293 (emessa in sostituzione della precedente discussa ordinanza 14 settembre 2017, n. 275, originariamente senza scadenza, poi rimasta in vigore fino al 14 marzo 2018, impugnata per illegittimità, ma non annullata, davanti al T.A.R. della Toscana) del Sindaco di Firenze Dario Nardella, limitata a 6 mesi, che vietava la prostituzione sul territorio cittadino, sulla base della argomentazione che i provvedimenti adottati ai sensi del comma 4 dell'art. 54 T.U.E.L. concernenti la sicurezza urbana, sono diretti a prevenire e contrastare l'insorgere di fenomeni criminosi o di illegalità quali, tra gli altri, lo sfruttamento della prostituzione. Circa l'opportuna adozione del secondo provvedimento, si è evidenziato che l'ordinanza sindacale contingibile e urgente, proprio perché tale, deve avere carattere temporaneo ed essere limitata nel tempo. Il Tribunale di Firenze (Giudice Sabina Gallini), con sentenza del 22 novembre 2019 ha assolto alcuni clienti sanzionati, stabilendo che i divieti imposti andavano a incidere eccessivamente sulla libertà personale, materia riservata alla legge nazionale.

[89] Cass. pen., Sez. I, 16 gennaio 2007, n. 15881, Rv 236358.

entro i limiti di un potere discrezionale conferito dalla legge (*legalità sostanziale*)[90]: non lo sarebbe, ad esempio, ove inteso a vietare condotte lecite in base all'ordinamento nazionale, (o già disciplinate e sanzionate in via amministrativa "generale" da norme di legge) come, ad esempio, ove si intendesse vietare, rispettivamente, l'esercizio della prostituzione, oltre lo sfruttamento, l'induzione e il favoreggiamento, o il consumo di sostanze stupefacenti. Ciò sarebbe contrario ai principi generali dell'ordinamento giuridico[91], tra i quali la gerarchia delle fonti[92].

Ciò premesso, gli illeciti per le violazioni degli ordini del Questore o delle ordinanze del Sindaco muniti di sanzioni amministrative e che abbiano un destinatario determinato prevalgono, in linea di massima, in quanto speciali, sulla norma generale dell'art. 650 c.p.

Una eccezione potrebbe essere rappresentata dall'art. 13, comma 6, il quale, nel prevedere che la violazione delle misure irrogate dal Questore ai condannati per spaccio di stupefacenti sia punibile dal Prefetto con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 10.000 a euro 40.000 (e la sospensione della patente), fa salva l'ipotesi che il fatto costituisca reato.

---

[90] Cass. pen., Sez. I, 25 giugno 2004, n. 15066, Rv 227933. La legalità del provvedimento, sotto gli indicati profili attinenti alla competenza, all'osservanza della legge e all'eccesso o sviamento di potere, è sindacabile dall'Autorità giudiziaria. Ne risulta che, se il provvedimento è ritenuto illegale, viene meno un presupposto del reato e l'autore dell'inosservanza deve essere prosciolto perché il fatto non costituisce reato, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, *Parte speciale*, II, Milano, 1995, p. 395.

[91] Il richiamo ai principi generali dell'ordinamento giuridico richiede, in primo luogo, il rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti: prim'ancora che dalla legge, tale limite è stato ben espresso dalla giurisprudenza costituzionale che, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, ha riconosciuto la legittimità delle norme attributive di poteri di ordinanza purché vincolati ora «*ai presupposti dell'ordinamento giuridico*» (Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, in *Giur. cost.*, 1956), ora al «*rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico*» (Corte cost., 27 maggio 1961, n. 26, *ivi*). Tali limiti erano stati, in verità, già individuati dalla dottrina; ad inizio secolo il Cammeo aveva, infatti, chiaramente sostenuto che le ordinanze sindacali contingibili e urgenti non potevano «*mai sopprimere il diritto* (…) *pur potendo regolarlo*» (cfr., F. CAMMEO, *Sanità pubblica: fonti e organizzazione*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano,* a cura di V. E. ORLANDO, vol. IV, parte II, Milano, 1905, pp. 213 ss., richiamato da M. RAMAJOLI, *Potere di ordinanza e stato di diritto*, in AA.VV., *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, p. 6.

[92] Sulla gerarchia delle fonti: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 313 ss.; G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione* in *Annuario di ermeneutica giuridica*, XVI, 2011, p. 19, anche per la distinzione tra gerarchie strutturali, materiali e assiologiche.

Nella Relazione al Disegno di legge n. 4310 si evoca il problema del rapporto tra tale sanzione amministrativa e l'art. 650 c.p., sottolineandosi che il provvedimento è emanato per ragioni di sicurezza e poiché si tratta di provvedimenti diretti a persone specificate in relazione a luoghi e locali specificati, adottati per ragioni di sicurezza (e non di un provvedimento generale e astratto a contenuto normativo), in caso di violazione dell'ordine l'art. 650 c.p. appare in effetti astrattamente applicabile. D'altro canto la specialità dell'art. 13 sembra essere sterilizzata dalla clausola di riserva a favore del fatto costituente reato (e cioè dell'art. 650 c.p.).

Trattandosi di violazione reiterata di obblighi, i casi sono due: o si scommette su di una seria sanzione pecuniaria amministrativa, e allora sarebbe più opportuno togliere la clausola di salvezza di cui all'art. 650 c.p., paradossalmente meno incisivo in termini economici ed impeditivo dell'applicazione della sanzione della sospensione della patente, rendendo sicuramente applicabile l'illecito amministrativo punito con sanzione pecuniaria di due ordini di grandezza superiore alla esigua multa prevista (in alternativa) dall'art. 650 c.p.

Ad evitare questa soluzione non rimane che una via: fare leva sulla natura non contingibile e urgente del provvedimento prefettizio in commento (che, al contrario, rinvia ai tipi generali e astratti sulla cui base si applica la sanzione amministrativa), per escludere l'applicabilità dell'art. 650 c.p. già in astratto, in linea con la giurisprudenza che, in tema di provvedimenti del Questore, ha già avuto modo di negare cittadinanza alla fattispecie di inosservanza del provvedimento dell'Autorità[93].

O, vista la renitenza del destinatario (che ha ripetutamente violato il divieto di accesso e le successive misure di limitazione della sua libertà di movimento disposte dal Questore) si potrebbe pensare a una pena restrittiva della libertà personale, sul modello dell'art. 6, comma 6, l. n. 401/1989 (il quale prevede la

[93] Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. I, 27 ottobre 2011, n. 5052, secondo la quale l'inosservanza del provvedimento del Questore con cui si inibisce l'esercizio dell'attività di parcheggiatore abusivo non integra la contravvenzione di cui all'art. 650 c.p., essendo detta attività già espressamente sanzionata, in via amministrativa, dall'art. 7, comma 15 *bis*, del Codice della strada.

pena, invero eccessiva, della reclusione da uno a tre anni e la multa da 10.000 euro a 40.000 euro).

13. L'irrigidimento delle sanzioni nei confronti dei parcheggiatori abusivi.

L'art. 16 bis della l. 18 aprile 2017 n. 48, modifica l'art. 7, comma 15 bis del Codice della Strada, inasprendo la sanzione amministrativa già prevista per coloro che esercitano abusivamente (o determinano altri a farlo) l'attività di parcheggiatore o guardiamacchine, da 769 a 3.095 euro (con la precisazione che la sanzione si raddoppia se si impiegano minori o nei casi di reiterazione, più sequestro delle somme relative all'attività illecita)[94].

La clausola di riserva "salvo che il fatto costituisca reato" comporta l'applicazione del reato di estorsione ove il parcheggiatore abusivo ottenga denaro dietro violenza o minaccia all'automobilista.

Se il soggetto, recidivo, è già stato sanzionato in via definitiva per la stessa violazione, scatta la denuncia penale. In questi casi, la pena prevede l'arresto da 6 mesi ad 1 anno e un'ammenda da € 2.000 a € 7.000.

Se nell'attività vengono coinvolti dei *minori*, scatta immediatamente la rilevanza penale (arresto da 6 mesi a 1 anno e ammenda).

Come sopra visto, nelle aree sensibili (ospedali, stazioni, piazze, luoghi di particolare interesse turistico), alle sanzioni pecuniarie si aggiunge l'ordine di allontanamento immediato (DASPO Urbano).

In caso di reiterate condotte che minacciano la sicurezza pubblica, il Questore può disporre il divieto di accesso alle aree urbane (fino a 1 anno); violare questo divieto comporta l'arresto fino a 1 anno.

---

[94] Art. 7, comma 15 bis, Codice della Strada: "Salvo che il fatto costituisca reato, coloro che esercitano senza autorizzazione, anche avvalendosi di altre persone, ovvero determinano altri ad esercitare senza autorizzazione l'attività di parcheggiatore o guardiamacchine sono puniti con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da euro 769,00 a euro 3.095,00. Se nell'attività sono impiegati minori, o se il soggetto è già stato sanzionato per la medesima violazione con provvedimento definitivo, si applica la pena dell'arresto da sei mesi a un anno e dell'ammenda da euro 2.000,00 a euro 7.000,00. È sempre disposta la confisca delle somme percepite, secondo le modalità indicate al titolo VI, capo I, sezione II".

14. Sospensione condizionale con divieto di accesso (anche per spaccio di stupefacenti).

Ulteriori, sparute disposizioni riguardano esplicitamente la materia penale.

L'art. 10, comma 5, prevede che "in sede di condanna per reati contro la persona o il patrimonio commessi nei luoghi o nelle aree di cui all'articolo 9 [aree interne delle infrastrutture di trasporto, aree urbane su cui insistono luoghi di pregio artistico o culturale, parchi ecc.], "la concessione della sospensione condizionale della pena può essere subordinata all'osservanza del divieto, imposto dal giudice, di accedere a luoghi o aree specificamente individuati".

Nel silenzio della legge può ragionevolmente ritenersi che il divieto debba avere durata non superiore al periodo di durata della sospensione: trattandosi di reati contro la persona o il patrimonio si tratterà quasi esclusivamente di delitti, e pertanto il periodo di inibizione all'accesso non dovrebbe superare i cinque anni.

Si tratta di un obbligo di astensione, eccentrico rispetto agli obblighi di *facere* previsti in via generale dall'art. 165 c.p. (restituzioni, risarcimento del danno, pubblicazione della sentenza, eliminazione delle conseguenze, derivanti dal danno criminale, che ineriscono alla lesione o pericolo di lesione del bene giuridico tutelato dalla norma penale violata, obbligo di prestare attività non retribuita a favore della collettività per un tempo determinato, comunque non superiore alla durata della pena sospesa[95]), verosimilmente finalizzato a contenere il rischio di recidiva collegato alla frequentazione di luoghi ove la persona ha già commesso reati, e che potrebbero occasionarne di ulteriori.

Analoga misura è prevista dall'art. 13, comma 7 per i condannati ex art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, qualora il reato di spaccio di stupefacenti sia commesso all'interno o nelle immediate vicinanze di locali pubblici, aperti al pubblico o in pubblici esercizi.

Anche in relazione a tali reati il giudice può subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena "all'imposizione del divieto di accedere a luoghi o aree specificamente individuati".

[95] Si tratta di un obbligo che il giudice non può imporre, è, infatti, necessario che il condannato non vi si opponga. L'elencazione degli obblighi previsti dall'art. 165 c.p. ha carattere tassativo, per cui la sospensione condizionale della pena non può essere sottoposta ad obblighi diversi.

15. *Writers* condannati a pulire.

L'art. 16, viceversa, facoltizza il giudice a subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena per il reato di deturpamento e imbrattamento di cose altrui (immobili pubblici o mezzi di trasporto, art. 639, commi 2 e 3 c.p.) a obblighi di *facere* (obblighi di ripristino e di ripulitura dei luoghi imbrattati, ovvero, quando ciò non sia possibile, obbligo di sostenerne le relative spese o di rimborsare quelle sostenute, ovvero, se il condannato non si oppone, prestazione di attività non retribuita a favore della collettività – giardinaggio, spazzamento delle strade, etc. - per un tempo determinato comunque non superiore alla durata della pena sospesa, secondo le modalità indicate nella sentenza di condanna).

Si tratta di un obbligo specificativo di quello previsto in generale nell'art. 165, comma 1 c.p., e dunque a rigore superfluo.

La durata del lavoro di pubblica utilità va calcolata facendo riferimento agli artt. 44, 54, commi 2, 3, 4 e 6, e 59 del d.lgs. n. 274/2000, conformemente all'art. 18 bis delle disposizioni di attuazione del codice penale.

Per fare un esempio di protocolli di messa alla prova (in particolare a Milano, secondo il "Modello Riabilitativo") e di patti di riscatto urbano, più che singole sentenze, a Milano ha fatto scuola il protocollo della Procura. In decine di casi (come i quattro writer del deposito ATM nel 2022), il processo è stato sospeso. Ai giovani è stato imposto di ripulire i muri cittadini e assistere gli anziani. Al termine del percorso, accertata la buona condotta, i giudici hanno dichiarato l'estinzione del reato.

Un caso che ha fatto scalpore è quello del *writer* Geco (all'anagrafe Lorenzo Perris), che rappresenta una delle vicende giudiziarie e mediatiche più note e divisive legate al mondo del *writing* in Italia. Definito da alcuni media come il "Banksy italiano", Geco non è un artista figurativo tradizionale, ma un "bomber": il suo obiettivo principale è la quantità, la ripetizione e l'occupazione visiva di spazi urbani estremi o inaccessibili (come i tetti di Roma). La sua storia si articola in tre momenti chiave: l'identificazione, la polemica politica (2020) e, infine, la cattura: Nel novembre 2020, dopo oltre 18 mesi di indagini ed appostamenti notturni guidati dal Nucleo Ambiente e Decoro della Polizia Locale, Geco viene identificato e denunciato. Il blitz: Nel suo appartamento vengono sequestrate

centinaia di bombolette spray, corde da arrampicata, estintori modificati (usati per spruzzare vernice a distanza) e migliaia di adesivi. Lo scontro: L'allora sindaca di Roma, Virginia Raggi, celebrò l'operazione su Facebook definendolo un imbrattatore seriale da punire duramente. Al contempo, nacquero movimenti di supporto online con lo slogan "Geco libero". Famosi i bersagli famosi e lo stile, a partire dai monumenti colpiti: a far discutere fu l'audacia dei posizionamenti delle sue enormi scritte in stampatello maiuscolo (*blockbuster*). Raggiunse la cima della torre idrica della Stazione Termini e le storiche Mura Aureliane. Lo slogan simbolo: Una delle sue scritte più celebri a Roma recitava: "*Geco ti mette le ali*" (situata in Via Magna Grecia). Nel maggio 2022, la Procura di Roma ha disposto la citazione diretta a giudizio per il writer. Secondo l'accusa non si è trattato di una semplice multa per imbrattamento; a causa della vastità dei danni, gli è stato contestato il reato più grave di danneggiamento continuato per oltre trentasei graffiti specifici, molti dei quali su strutture di interesse storico e archeologico. Il Comune di Roma si è costituito parte civile per chiedere i danni economici. Il suo avvocato difensore, Domenico Melillo (noto avvocato-writer dell'ambiente milanese), ha impostato la difesa sostenendo il valore puramente concettuale ed espressivo delle tag all'interno del panorama artistico contemporaneo. Ancora pendente il risultato definitivo del procedimento penale, la risonanza della sua storia è stata tale da ispirare nel 2024 un film documentario intitolato "*GECO – The Art of Disobedience*", presentato in sedi istituzionali come il Museo MACRO di Roma, che analizza il confine labile tra vandalismo puro e performance situazionista.

COLPEVOLEZZA E IMPUTABILITÀ, TRA NOZIONE PSICOLOGICA TRADIZIONALE E NOZIONE NORMATIVA DELLA COLPEVOLEZZA

Culpability and imputability – between the traditional psychological notion and the normative notion of culpability

di

Davide Fortuna *

L'articolo si propone di ripercorrere ellitticamente i salienti dottrinari e giurisprudenziali in materia di colpevolezza e imputabilità, con un particolare riguardo per il filone interpretativo cristallizzatosi nella sentenza 'Raso'. Partendo dalla dommatica penale e dalle sue aporie rispetto agli ultimi approdi della psichiatria forense e delle c.d. neuroscienze, l'articolo cerca di porre brevemente in luce le sottostanti e ineludibili esigenze preventive e di politica criminale in senso stretto che rallentano il cambiamento.

***

The article aims at tracing an ellipse over the relevant doctrinal and jurisprudential developments in the matter of culpability and imputability, with particular attention to the interpretational front crystallized in the 'Raso' ruling. Starting from criminal dogma and its gaps in respect of the latest discoveries in forensic psychiatry and the so-called neurosciences, it briefly highlights the underlying and unavoidable reasons related to prevention and criminal policy that delay change.

Sommario: 1. La nozione psicologica tradizionale e la nozione normativa della colpevolezza rispetto al fatto-reato – cenni – 2. Colpevolezza e imputabilità nella teoria generale del reato – problemi di inquadramento – 3. L'imputabilità come causa di esclusione della pena – 4. L'imputabilità come causa di esclusione del reato – 5. Dopo la sentenza Raso – oscillazioni in materia di colpevolezza e imputabilità nella giurisprudenza più recente e nelle proposte di riforma

* Dottore in giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

1. La nozione psicologica tradizionale e la nozione normativa della colpevolezza rispetto al fatto-reato – cenni

La teoria della colpevolezza, così come la disputa sulla collocazione dogmatica dell'imputabilità rispetto alla struttura del fatto-reato, riflettono più di altri *loci* del sistema penale i mutamenti nella sensibilità degli interpreti rispetto alla finalità della pena e a quanto sopravvive, in dottrina e in giurisprudenza, dell'impostazione retributiva. Del resto, si tratta di temi legati alle categorie giuridiche fondamentali del diritto penale e che più di altri hanno risentito del processo di "costituzionalizzazione" del Codice Rocco. La prima concezione della colpevolezza adottata dalla nostra dottrina è quella c.d. psicologica. All'epoca l'impostazione maggioritaria di stampo liberale, propugnata dai penalisti classici[2], considerava la colpevolezza come una semplice relazione psicologica tra fatto e autore, consistente nella volontà che accompagna l'azione o, nel caso di delitto colposo, nella prevedibilità dell'evento.

In tale prospettiva appariva irrilevante la valutazione delle motivazioni, delle condizioni personali del reo e del contesto nel quale viene commesso il reato. La concezione psicologica della colpevolezza presenta dunque l'indubbio vantaggio di circoscrivere l'oggetto dell'accertamento alla semplice sussistenza del nesso psicologico tra autore ed evento. Solo in un secondo momento la valutazione dell'interprete doveva ricomprendere la gravità del reato, quantificandola in base all'obiettiva portata lesiva del danno arrecato alla collettività. Esulava dunque dall'accertamento ogni tipo di valutazione "soggettiva": gli individui-agenti – secondo la cultura giuridica classica – dovevano essere considerati uguali gli uni agli altri di fronte al fatto commesso.

Del resto le qualità personali del reo, le diverse motivazioni dietro alla determinazione ad agire e le condizioni sociali e culturali come "precondizioni" della volontà colpevole non appartengono alla struttura del reato se non sono previste come elementi costitutivi del fatto tipico. A tali argomenti si aggiungeva inoltre che la valutazione degli elementi soggettivi avrebbe finito per indebolire il nesso di proporzionalità tra la gravità del singolo fatto e la pena da comminare.

Con lo stesso rigore con il quale si escludeva la rilevanza degli elementi soggettivi nella graduazione della gravità del fatto, i sostenitori della concezione

[2] Si rimanda, per un'analisi dell'impostazione del caposcuola dei giuristi classici, a T. PADOVANI, *Francesco Carrara e la teoria del reato*, in Aa. Vv., *Francesco Carrara nel primo centenario della morte. Atti del convegno internazionale Lucca-Pisa*, 2-5 giugno 1988, Milano, 1991, pp. 271 ss.

psicologica criticavano quegli istituti ispirati da finalità politico-criminali e di deterrenza che, come la recidiva, violavano la regola della proporzione tra singolo fatto e pena introducendo uno *status* personale da cui discendeva un aumento di pena. Tra le principali critiche che sono state mosse alla concezione psicologica della colpevolezza si deve menzionare la difficoltà nel ricomprendere all'interno del nesso psicologico l'elemento della colpa consistente in atteggiamenti psicologici potenziali – lo stesso elemento della prevedibilità dell'evento appare insufficiente per affermare con sicurezza il nesso tra agente ed evento causato con negligenza; in secondo luogo, l'elaborazione costituzionale del concetto di colpevolezza ha portato gli interpreti a riaffermare la necessità di graduare la responsabilità penale anche in considerazione delle diverse motivazioni del reo: il principio di offensività richiederebbe di considerare, ai fini della commisurazione della pena, la coscienza del disvalore sociale del fatto di reato, così come traspare dalle motivazioni che hanno portato il soggetto a delinquere[3]. Del resto, il semplice riferimento al disvalore "oggettivo" del fatto consistente nella gravità del danno arrecato alla società appare insufficiente, dipendente com'è da elementi sociologici e culturali prima che giuridici. La concezione normativa della colpevolezza nasce dunque dall'esigenza di includere nella valutazione sul nesso psicologico le circostanze dell'agire e le motivazioni del soggetto riconducendo tali elementi in un canone, appunto, normativo, attraverso il quale è possibile affermare il grado di rimproverabilità dell'atteggiamento piscologico rinvenibile nell'autore[4]. La questione è tutt'altro che chiusa ed è possibile dividere i più autorevoli studiosi contemporanei di diritto penale in base al loro modo di intendere la *suitas* di cui all'art. 42, co. 1 c.p. e, di conseguenza, la pregnanza del nesso psicologico[5]. Un'attenta osservazione dello stato attuale del dibattito tra nozione psicologica e nozione normativa della colpevolezza[6] – quest'ultima a oggi largamente maggioritaria nella nostra

[3] Sulla funzione di fondamento, limite e garanzia della colpevolezza, in stretta relazione col principio di legalità, F. PULITANO', *Diritto penale,* X ed., Torino, 2023, p. 237.
[4] Cfr. T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, p. 566.
[5] Si rimanda a M. L. FERRANTE, *La* 'suitas' *nel sistema penale italiano*, Napoli, 2010, pp. 39 ss.
[6] Si rimanda, per un inquadramento generale, a D. SANTAMARIA, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, pp. 648 ss, a G. MARINI, voce *Colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, pp. 314 ss., a G. VASSALLI, voce *Colpevolezza*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, 1988. Si vd. anche, M. GALLO, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951, *passim*. Nel campo delle neuroscienze in

dottrina penalistica, oltreché in quella tedesca, da cui è originata la concezione normativa, e in quella spagnola[7]– e delle soluzioni contraddittorie della giurisprudenza di legittimità in materia, dimostra come l'annosa questione su quale debba essere la nozione di colpevolezza accolta nel nostro ordinamento rimanga tuttora aperta. Gli avanzamenti delle c.d. neuroscienze hanno complicato la situazione sul versante dell'imputabilità, portando la psichiatria forense e la dommatica penale più ricettiva a dividersi in chi, credendo nell'autodeterminazione del soggetto – sia pure in un'autodeterminazione "temperata" – ritiene che il concetto di imputabilità continui ad essere utile perché verificabile in concreto (orientamento c.d. compatibilista), e chi, escludendo che il soggetto sia davvero capace di determinarsi liberamente, perché attraversato da una rete di fattori psichici interni impossibili da individuare e delimitare con precisione nel loro rapporto causale rispetto alla condotta, ritiene sia possibile abolire l'istituto dell'imputabilità rimasto ormai privo di significato (orientamento c.d. incompatibilista). Di fronte a tale evoluzione possono crearsi curiose sovrapposizioni: l'orientamento c.d. incompatibilista, che si fa forte del nuovo bagaglio scientifico, non si pone, a ben vedere, in contraddizione con quanto sostenuto dalla parte superstite della dottrina, che accoglie la nozione psicologica di colpevolezza, e con quanto affermato in più punti dalla giurisprudenza di legittimità degli ultimi anni: l'accertamento della colpevolezza intesa come mera relazione psicologica, o tensione volitiva, tra la condotta dell'agente e il fatto commesso non richiede necessariamente, in fin dei conti, di accertare la libertà di scelta del soggetto, la capacità di intendere e di volere alla base del suo comportamento ma solo la "coscienza e volontà" dell'azione di cui all'art. 42, 1° comma c.p. – coscienza e volontà che possono fondarsi su rappresentazioni lontane e sfalsate rispetto a quello che, con inevitabile approssimazione, si definisce piano di realtà.

L'orientamento più avanzato che propone l'abolizione dell'imputabilità, insomma, non è inconciliabile con la teorizzazione tradizionale che sostiene si debba accogliere una nozione strettamente tecnico-giuridica del dolo e della

---

una prospettiva medico-legale si rimanda a M.B. MAGRO, *Le mille porte del libero arbitrio: compatibilismo e epifenomenalismo secondo le neuroscienze*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 2, pp. 713 ss.

[7] Cfr. C. ROXIN, *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 25 ss.; per la dottrina spagnola, Cfr., da ultimo, J. PEREZ-ARIAS, *La valutazione giuridico-penale della malattia mentale nel processo penale spagnolo,* in *Arch.pen. (Web),* 2025, pp. 3 ss.

colpa e che colloca l'imputabilità al di fuori della struttura del fatto-reato, considerandola un elemento del tutto indipendente dalla colpevolezza, in accordo con parte della giurisprudenza di legittimità[8]. È evidente come questa concezione del principio di colpevolezza finisca per indebolire la sua funzione di 'argine garantistico' a tutela della <<certezza di libere scelte d'azione>> del privato[9].

Meriterebbe a tal proposito un cenno la travagliata esegesi del divieto di valutare gli stati emotivi e passionali ai sensi dell'art. 90 c.p. e i suoi riflessi in tema di colpevolezza e di imputabilità. La psichiatria forense e le neuroscienze hanno dimostrato *in corpore vili* come tra meri impulsi emozionali e compulsioni croniche vi sia una differenza quantitativa più che qualitativa – posto che una serie di impulsi particolarmente intensi possono causare fenomeni transitori di "cortocircuito" cognitivo ed episodi maniacali estemporanei, fino ad alterare stabilmente la chimica cerebrale attraverso la ripetizione (si pensi al c.d. *burnout*) – contribuendo in tal modo a far brillare le numerose contraddizioni con cui dottrina e giurisprudenza hanno tracciato e risolto i rapporti tra gli articoli 42, 85 e 90 c.p.[10] Partendo da una contrapposizione tra stati emotivo-passionali e infermità, che appare, a oggi, sempre più arbitraria, la giurisprudenza di legittimità ha spesso sostenuto un distinguo tra impulsi a cui un soggetto "normale" è tenuto a resistere *ex* art. 90 c.p., da una parte, e una serie di stati transitori tali, invece, da determinare una condizione transeunte di incapacità di

---

[8] Cfr., fra le altre, Cass. 14 ottobre 2010, n. 40808; Cass. 1° ottobre 2018, n. 43216; Cass. 13 maggio 2020, n. 14795; Cass. 20 gennaio 2021, n. 2385. Per un'analisi di tale impostazione "ibrida", anche in chiave comparatistica, v. M. BERTOLINO, *Psicologia giuridica. Prova scientifica, Imputabilità e vizio di mente*, Milano, 2024, *passim*.

[9] In questo senso la celebre sentenza della Corte Costituzionale n. 364/88 in materia di principio di colpevolezza.

[10] Si vd. quanto rilevato nell'ordinanza di rimessione alle S.U., nel caso "Raso": <<[…] *Si rilevava, difatti, che nella giurisprudenza di questa Suprema Corte era da tempo insorto un contrasto, in ordine alla questione concernente il concetto di "infermità", ai sensi degli artt. 88 e 89 c. p. Un "più risalente e consistente indirizzo" ha ritenuto che, "in tema di imputabilità, le anomalie che influiscono sulla capacità di intendere e di volere sono le malattie mentali in senso stretto, cioè le insufficienze cerebrali originarie e quelle derivanti da conseguenze stabilizzate di danni cerebrali di varia natura, nonché le psicosi acute o croniche, contraddistinte, queste ultime, da un complesso di fenomeni psichici che differiscono da quelli tipici di uno stato di normalità per qualità e non per quantità...". Altro "indirizzo minoritario" ha, invece, ritenuto che "il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrate nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche dei soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di intensità e con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi ..."* […]>>.

intendere e di volere assimilabile all'infermità, attraverso un approccio casistico che non sembra offrire appigli sicuri agli operatori, non essendo stato individuato il *quid pluris* che caratterizzerebbe gli stati emotivi e passionali che paralizzano o travolgono il soggetto rispetto a quelli resistibili[11]. In mancanza di un appiglio sicuro che permetta di distinguere l'elemento volontaristico richiesto ai fini del giudizio di colpevolezza di cui all'art. 42 c.p., inteso come capacità di resistere e di autodeterminarsi rispetto agli impulsi, da quello della "capacità di volere", necessario ai fini del giudizio di imputabilità, non comprende per quale ragione la valutazione degli stati emotivi o passionali non possa spostarsi sul versante della colpevolezza in sede di accertamento dell'elemento soggettivo, se non si immagina un'adesione alla nozione "psicologica" di colpevolezza che sembra dipendere da ragioni di politica-criminale e di prevenzione più che da un'attenta ricostruzione dogmatica[12]. Manca, com'è evidente, una definizione univoca dell'elemento volontaristico comune ad entrambi i giudizi che tenga adeguatamente conto della letteratura medico-scientifica più aggiornata su impulsi e intenzionalità.

Com'è noto, per i fautori della nozione normativa di colpevolezza, il reato commesso dal non imputabile sarebbe necessariamente un reato "zoppo", non perfettamente integrato e dunque, nella prassi giudiziaria, il momento dialogico tra il giudice, gli operatori psichiatrici e i consulenti peritali dovrebbe muovere parallelamente all'accertamento del nesso eziologico tra la condotta del soggetto, accompagnata e sorretta dall'elemento soggettivo, e il fatto di reato. Il riscontro immediato della mancanza dell'imputabilità finirebbe così per mettere in secondo piano l'accertamento sulla causazione dell'evento. In questo senso si pone la storica sentenza Raso che, in linea con la dottrina maggioritaria, ha definito l'imputabilità quale "capacità di colpevolezza", e ha ricompreso nella valutazione *ex* art. 85 c.p. le psicopatie che per intensità possano incidere sulla capacità di intendere e di volere. L'idea di fondo, già nitidamente formulata nella citata sentenza n. 364 del 24 marzo 1988, che non possa essere rimproverato, e

[11] Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. V, 16.1.2013, n. 9843, in *DjG*; Sez. I, 13.6.2013, n. 40286, *ivi*; Sez. VI, 20.4.2011, n. 17305; Sez. VI, 25.3.2010, n. 12621; Sez. I, 26.10.2006, n. 37020; Sez. V, 29.11.1984.

[12] In questo senso, cfr. D. PIVA, *Le componenti impulsive della condotta – tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena*, Napoli, 2020, pp. 90 ss.

dunque punito, chi non risulta essere *compos sui*, è stata invero riaffermata ancora di recente dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 73 del 7 aprile 2020[13].

Tuttavia, l'orientamento recente della Suprema Corte sembra muoversi, tra momenti regressivi se non apertamente contraddittori, nella direzione opposta: la colpevolezza dev'essere accertata indipendentemente dall'imputabilità del soggetto – che consiste dunque in una qualità del soggetto da verificare a posteriori – e questo anche nell'ipotesi in cui le circostanze fattuali e personali acquisite rendano immediatamente evidenti le condizioni d'infermità mentale del reo[14]. A favore della nozione psicologica di colpevolezza la dottrina e la giurisprudenza rilevanti richiamano quanto disposto dagli articoli 222 e 224 cpv. c.p., secondo i quali la durata minima della misura di sicurezza deve essere commisurata alla gravità del reato, e dall'articolo 203 c.p., secondo cui la pericolosità sociale dell'infermo dev'essere valutata ai sensi dell'articolo 133 c.p., quindi sulla base dell'intensità del dolo o del grado della colpa, secondo parametri obiettivi. Una valutazione della colpevolezza che si arresti di fronte all'evidenza del vizio di mente si porrebbe in contrasto con le esigenze special-preventive delle misure di sicurezza per l'infermo e per il parzialmente imputabile, che richiedono in ogni caso al giudice di "quantificare" la pericolosità sociale del soggetto. A sostegno di questa tesi viene inoltre posta in evidenza la collocazione sistematica dell'istituto dell'imputabilità nella parte dedicata alla

---

[13] <<[…] *Ora, il principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del reato, da tempo affermato da questa Corte sulla base di una lettura congiunta degli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost. (a partire almeno dalla sentenza n. 343 del 1993; in senso conforme, ex multis, sentenze n. 40 del 2019, n. 233 del 2018, n. 236 del 2016), esige in via generale che la pena sia adeguatamente calibrata non solo al concreto contenuto di offensività del fatto di reato per gli interessi protetti, ma anche al disvalore soggettivo espresso dal fatto medesimo (sentenza n. 222 del 2018). E il quantum di disvalore soggettivo dipende in maniera determinante non solo dal contenuto della volontà criminosa (dolosa o colposa) e dal grado del dolo o della colpa, ma anche dalla eventuale presenza di fattori che hanno influito sul processo motivazionale dell'autore, rendendolo più o meno rimproverabile. Tra tali fattori si colloca, in posizione eminente, proprio la presenza di patologie o disturbi significativi della personalità (così come definiti da Corte di cassazione, sezioni unite penali, sentenza 25 gennaio-8 marzo 2005, n. 9163), come quelli che la scienza medico-forense stima idonei a diminuire, pur senza escluderla totalmente, la capacità di intendere e di volere dell'autore del reato. In tali ipotesi, l'autore può sì essere punito per aver commesso un reato che avrebbe pur sempre potuto – secondo la valutazione dell'ordinamento – evitare, attraverso un maggiore sforzo della volontà; ma al tempo stesso merita una punizione meno severa rispetto a quella applicabile nei confronti di chi si sia determinato a compiere una condotta identica, in condizioni di normalità psichica* […]>>.

[14] Cfr., *ex multis*, Cass. 20 gennaio 2021, n. 2385 – secondo cui << *Tra l'imputabilità e il reato corre un rapporto di assoluta indipendenza, nel senso che il reato è configurabile indipendentemente dalla capacità di intendere e di volere del suo autore; dal che consegue la piena autonomia tra le nozioni di imputabilità e colpevolezza*>>; si vd. anche Cass. 13 maggio 2020, n. 14795.

teoria del reo. La Suprema Corte, dunque, sembra ritenere penalmente capace il soggetto non imputabile, in quanto idoneo destinatario di effetti penali ulteriori rispetto alla pena in senso stretto, come sostiene parte della dottrina "tradizionale"[15]. Uno sviluppo coerente di tale impostazione imporrebbe, tuttavia, di individuare con maggiore attenzione quale sia il punto di bilanciamento tra le esigenze preventive e il diritto alla cura del non imputabile o del semi-infermo socialmente pericoloso; in secondo luogo, occorrerebbe definire univocamente la natura penale o amministrativa e la finalità delle misure di sicurezza per i non imputabili che, com'è noto, si trovano attualmente in un limbo, avendo esse origine nel sistema penale ma venendo ormai applicate secondo modalità amministrative, in un'ottica, per l'appunto, che vede tendenzialmente prevalere il diritto alla salute del soggetto[16]. Del resto, la Consulta ha più volte affermato negli ultimi cinquant'anni, a partire dalla riforma Basaglia, che il diritto alla cura dell'infermo e del seminfermo può prevalere sulle esigenze preventive e di rieducazione e che, per questo motivo, le misure di sicurezza devono essere informate da finalità terapeutiche[17]. Sembra doversi leggere anche in questo senso il progressivo abbattimento da parte della Consulta di ogni automatismo in materia di pericolosità sociale – con l'approdo alla c.d.

---

[15] Si vd. M. GALLO, *Capacità penale*, in *Nss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, p. 886 s.; nello stesso senso anche A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, vol. I, Torino, 1958, p. 242.

[16] Si legge in Corte Cost. n. 253/2003 che gli infermi «non possono essere destinatari di misure aventi un contenuto anche solo parzialmente punitivo». Tuttavia, sembra essere ancora maggioritario nella giurisprudenza di legittimità l'orientamento secondo il quale le misure di sicurezza destinate a soggetto non imputabile assolverebbero una funzione rieducativa: <<*La progressiva (parziale) omologazione delle funzioni* [della pena e della misura di sicurezza – NdA] *non esclude per altro – sempre secondo la Corte di cassazione – che la finalizzazione rieducativa sia dominante per le misure di sicurezza, che non potrebbero, invece, svolgere una funzione retributiva.*>> - Corte Cost. sent. n. 197/2021. Si veda, tra le numerose voci critiche riguardo al potere rieducativo concreto che la misura di sicurezza può avere, ove il suo destinatario sia da considerare incapace di intendere e di volere, e dunque anche di comprendere appieno il disvalore del fatto da lui commesso nel periodo in cui si trova sottoposto a misura, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale – parte generale*, Torino, 2024, pp. 348 s.

[17] Si richiama Corte Cost. sent. n. 367/2004 che, in materia di misura di sicurezza provvisoria destinata a soggetto non imputabile, afferma come <<(…) *constatato che l'art. 222 cod. pen. «adotta un modello che esclude ogni apprezzamento della situazione da parte del giudice, per imporgli un'unica scelta, che può rivelarsi, in concreto, lesiva del necessario equilibrio tra le diverse esigenze [...] e persino tale da pregiudicare la salute dell'infermo», ha affermato che «l'automatismo di una misura segregante e "totale" come il ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, imposta pur quando essa appaia in concreto inadatta, infrange l'equilibrio costituzionalmente necessario e viola esigenze essenziali di protezione dei diritti della persona*>>.

legge Gozzini nel 1986 – come il faticoso passaggio dagli O.P.G. alle attuali REMS voluto dal legislatore a partire dal 2014. Gli indubbi mutamenti scientifici e sociologici che hanno investito l'ermeneutica penale attorno ai concetti di colpevolezza e di imputabilità non sembrano poter spiegare pienamente le oscillazioni, i salti in avanti e le decisioni regressive della giurisprudenza di legittimità, come se si trattasse delle doglie che accompagnano ogni processo di adattamento degli interpreti al nuovo; si tratta piuttosto dell'impossibilità di adeguare la cognizione dei fatti rilevanti senza una profonda riforma degli istituti fin qui considerati. È quanto auspica la Consulta nell'importante sentenza n. 22/2022 nella quale, in mancanza di una riforma organica in tal senso, viene riaffermata la necessità, ai sensi dell'articolo 110 Cost., di una competenza del Ministro della Giustizia in sede di esecuzione del provvedimento di assegnazione alle REMS[18].

[18] Corte Cost. sent. n. 22/2022:<<*Al riguardo, è anzitutto necessario chiarire quale sia la natura della misura di assegnazione a una REMS. Già dallo scarno dato testuale del comma 3 della disposizione censurata emerge l'accentuata vocazione di strumento di tutela della salute mentale del destinatario che il legislatore ha inteso assegnare alle strutture in questione: esse debbono essere caratterizzate da una «esclusiva gestione sanitaria» al loro interno, e possono prevedere, «ove necessario in relazione alle condizioni dei soggetti interessati», una attività di sicurezza e di vigilanza soltanto «perimetrale» ed «esterna», sì da impedire l'allontanamento non autorizzato dalle strutture. Appare inoltre evidente l'ulteriore intenzione del legislatore di inserire la realizzazione e la successiva gestione delle strutture in questione nell'ambito dei sistemi sanitari regionali, e in particolare dei rispettivi dipartimenti per la salute mentale. Il comma 2 demanda, infatti, l'ulteriore disciplina delle strutture a un successivo decreto del Ministro della salute, da adottarsi di concerto con il Ministro della giustizia e d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le autonomie territoriali; mentre i commi successivi assegnano risorse finanziarie alle Regioni e alle Province autonome allo scopo, tra l'altro, di realizzare le strutture medesime. Cionondimeno, l'assegnazione a una REMS – così come oggi concretamente configurata nell'ordinamento – non può essere considerata come una misura di natura esclusivamente sanitaria. Il comma 4 dell'art. 3-ter del d.l. n. 211 del 2011, come convertito, dispone che, a partire dalla data di definitiva chiusura degli OPG, «le misure di sicurezza del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e dell'assegnazione a casa di cura e custodia sono eseguite esclusivamente all'interno delle strutture sanitarie di cui al comma 2», sempre che permanga la pericolosità sociale della persona interessata. La disposizione ora menzionata, pur non chiarissima nel suo dato letterale (che potrebbe anche intendersi come riferito alle sole misure già disposte al momento della chiusura degli OPG), costituisce la base normativa che consente oggi di sostituire automaticamente i riferimenti alle misure di sicurezza del ricovero in OPG o dell'assegnazione a casa di cura e di custodia, ancora presenti nel codice penale e nella disciplina penitenziaria, con l'assegnazione a una REMS. Quest'ultima costituisce così, a tutti gli effetti, una nuova misura di sicurezza, ispirata ad una logica di fondo assai diversa rispetto al ricovero in OPG o all'assegnazione a casa di cura o di custodia, ma applicabile in presenza degli stessi presupposti* (…)>>.

2. Colpevolezza e imputabilità nella teoria generale del reato – problemi di inquadramento

Dopo aver ripercorso brevemente le falde dottrinali e giurisprudenziali della colpevolezza, occorre spostarsi sul versante dell'imputabilità. Nella Relazione di presentazione del Progetto definitivo del Codice Rocco, il Guardasigilli si preoccupò di evitare l'inserimento di qualsiasi richiamo alla nozione di libero arbitrio, ritenuta impalpabile già in quegli anni e quasi contesa tra i diversi fronti filosofici e valoriali del materialismo storico, del positivismo, dell'idealismo. Entrò dunque nel codice una nozione di imputabilità frutto di un compromesso – come modo, qualità o attributo, posizione del soggetto rispetto al fatto e alle circostanze connesse, predisposizione, condizione personale.

Queste accezioni si fondavano sul presupposto – sempre attuale, come abbiamo brevemente visto – che la volontarietà fondante la colpevolezza e l'imputabilità del soggetto fossero elementi del tutto indipendenti tra di loro. Sul piano dogmatico, sia che si aderisse all'impostazione bipartita della struttura del reato, già all'epoca in parte recessiva, sia che si propendesse per la tripartizione, l'imputabilità veniva collocata al di fuori della colpevolezza, come elemento-filtro rispetto all'applicazione della pena. A tale problema si sovrappone quello della dubbia corrispondenza del fatto del non imputabile rispetto alla struttura del reato: essendo già pacifico ai primi esegeti del codice Rocco che il fatto del non imputabile presenta sia la tipicità che l'antigiuridicità, rimane dubbia la sussistenza della colpevolezza considerata come paternità intellettuale del fatto di reato. Nell'evoluzione dottrinale che si colloca nella scia del Codice Zanardelli e in quella successiva all'entrata in vigore del Codice Rocco, la capacità penale viene presto distinta dall'imputabilità soggettiva, intesa come attitudine del soggetto a rispondere penalmente, secondo quelli che erano i dettami della teoria psicologica della colpevolezza sostenuta dai giuristi della Scuola classica[19].

Secondo questo indirizzo perché il soggetto sia capace penalmente è sufficiente che egli voglia l'azione e il risultato della sua condotta, a prescindere dalla sua capacità di comprendere la realtà circostante e di adeguarsi ad essa. La capacità penale viene inoltre presentata come un concetto necessario dal

[19] Cfr. sul punto CIVOLI, *Trattato di diritto penale*, vol. I, P. Gen., Milano, 1911, pp. 409 ss., e LEONE, *L'imputabilità nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1937, 4, pp. 5 ss. Per un quadro di sintesi sulle nozioni di coscienza e volontà accolte nei codici preunitari e sul codice Zanardelli, si rimanda a M. L. FERRANTE, *La* 'suitas' *nel sistema penale italiano*, cit., pp. 2 ss.

momento che, a prescindere dagli esiti dell'accertamento sulla capacità di intendere e di volere, sia il soggetto imputabile che il soggetto non imputabile sono considerati destinatari idonei di effetti penali come le misure di sicurezza[20]. A questa ricostruzione della imputabilità si oppone la Scuola positivista: la negazione del libero arbitrio e la visione "naturalistica" del fenomeno criminoso, determinato da fattori bio-psicologici e sociali interni ed esterni all'agente e da esso non sempre controllabili tendono a porre l'individuo al centro della riflessione su colpevolezza e imputabilità, ponendo in secondo piano il nesso "psicologico" che lega l'autore al fatto, un elemento privo di reale efficacia descrittiva perché non comprendente il reato nel suo valore sintomatico "come indice della personalità del delinquente"[21], e concentrando l'attenzione sui concetti di imputabilità "morale" e di imputabilità "legale"[22]. I punti controversi dell'istituto – allora come oggi – erano il libero arbitrio[23], il parametro della normalità e, questione strettamente correlata, l'esigibilità della condotta, il discrimine tra stato passionale resistibile e *infirmitas*. L'entrata in vigore del codice Rocco crea un'ulteriore divaricazione tra le varie posizioni dottrinari con la collocazione dell'imputabilità in sede autonoma nel Titolo IV, rubricato <<Del reo e della persona offesa del reato>>: una parte rilevante della dottrina ritiene tale sistemazione la conferma dell'erroneità di quelle posizioni che pongono l'istituto nella teoria del reato[24]. Sin da subito la collocazione sistematica dell'imputabilità nella teoria generale del reato viene messa in luce come una

---

[20] Cfr. A. MORO, *La capacità giuridica penale*, Padova, 1939, p. 3 ss., 109 ss.; G.D. PISAPIA, *Contributo alla determinazione del concetto di capacità nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1942, n. 2, ora in ID., *Studi di diritto penale*, Padova, 1956, p. 1 ss.

[21] Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, P. Gen., Milano, 2003, p. 486.

[22] Si v. S. D'AMATO, *Imputabilità, vizio di mente e responsabilità – Questioni dommatiche, empiriche e politico-criminali*, Torino, 2025, p. 112. Secondo l'autrice la polemica sulla nozione di imputabilità "morale", fondata sul parametro dell'uomo medio, conduce alla sistemazione, nel codice del 1889, sotto il Titolo IV, di tutte le cause di esclusione della imputabilità dell'azione od omissione al soggetto per essere <<non imputabile l'intenzione>>, in quanto viziata, coartata o comunque non esigibile. Si v. anche, sul ruolo e l'importanza delle teorie c.d. "eclettiche", sorte dallo scontro polemico tra giuristi classici e positivisti, nell'individuazione delle cause di esclusione dell'imputabilità, E. FLORIAN, *Dei reati e delle pene in generale*, vol. I, Parte II, in A.V., *Trattato di diritto penale*, Milano, s.d., pp. 172 ss.

[23] Cfr. L. LUCCHINI, *I semplicisti (antropologi, psicologi e sociologi) del diritto penale*, Torino, 1886, *passim*. Sul versante opposto si v. E. FERRI, *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*, Firenze, 1878, pp. 15 ss.

[24] Cfr., tra gli altri, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, cit., pp. 258 ss.; G. LEONE, *L'imputabilità nella teoria del reato*; G. PISAPIA, *Contributo alla determinazione del concetto di capacità in diritto penale*.

delle principali criticità del sistema giuridico penale e vi è in dottrina chi considera la questione ancora irrisolta[25]. D'altra parte, all' inquadramento sistematico dell'imputabilità nella teoria generale del reato corrisponde una diversa configurazione del rapporto tra imputabilità e colpevolezza, intesa quest'ultima come categoria del reato mediante la quale la responsabilità penale si soggettivizza arrivando a riflettere il processo psichico che ha portato l'individuo a compiere il reato. Gli orientamenti della dottrina sulla collocazione sistematica dell'imputabilità si dividono, dunque, in due principali filoni di pensiero: gli autori che collocano l'imputabilità nella teoria del reo, considerando il fatto del non imputabile come un reato perfetto, completo di tutti i suoi elementi costitutivi, inclusa la colpevolezza; gli autori che escludono che nel fatto del non imputabile possa ravvisarsi un reato completo di tutti i suoi elementi, essendo l'imputabilità una delle precondizioni per la sussistenza dell'elemento soggettivo. Com'è logico, pur considerando numerose sfumature e posizioni intermedie, a tale ripartizione di massima corrisponde specularmente la divisione, sul piano della colpevolezza, tra fautori della colpevolezza "psicologica" da un lato e sostenitori della colpevolezza in senso "normativo" dall'altro.

3. L'imputabilità come causa di esclusione della pena

In seguito all'entrata in vigore del codice Rocco, la collocazione dell'imputabilità nella teoria del reo e l'introduzione del sistema del doppio binario conferma le posizioni di coloro leggevano l'istituto alla luce del principio della responsabilità "legale" o "sociale", di quelle teorie, insomma, che ponevano in un secondo piano la funzione liberal-garantistica dell'imputabilità rispetto alle esigenze di prevenzione generale della collettività: il soggetto non imputabile era destinatario degli effetti penali in quanto soggetto pericoloso: <<*l'imputabilità, sia nel profilo positivo che in quello negativo della mancanza totale o parziale, è cosa che riguarda il soggetto; coscienza e volontà dell'azione, dolo, colpa, preterintenzione, sono,*

[25] Cfr. M. BERTOLINO, *Il reo e la persona offesa. Il diritto penale minorile*, in *Trattato di diritto penale* diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, P. Gen., I, Milano, 2009, pp. 45 ss.; nello stesso senso, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, P. Gen., II ed., Bologna, 2017, p. 657; M.T. COLLICA, *Il reo imputabile*, in G. DE VERO (a cura di), *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, Torino, 2010, p. 453 ss. C'è anche chi ha osservato i numerosi aspetti tuttora attuali in materia presenti in Carrare e nei classici – cfr. A. MANNA, *L'imputabilità nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Ind. pen.*, 2005, II, p. 462.

per contro, elementi costitutivi del comportamento penalmente rilevante che chiamiamo reato>>[26]. L'imputabilità sarebbe dunque un istituto che indice sulla punibilità ma non sulla configurabilità di un reato in capo al soggetto non imputabile. Gli addentellati normativi indicati a sostegno di tale impostazione risiedono nella previsione che la durata minima della misura di sicurezza deve essere commisurata alla gravità del reato e quindi all'accertamento della sua natura dolosa o colposa ai sensi degli artt. 222 e 224 cpv. c.p., e in quanto previsto dall'art. 203 c.p., secondo cui la pericolosità sociale va stabilita ai sensi dell'art. 133 c.p., valutando di conseguenza anche l'intensità del dolo o il grado della colpa. Per quanto riguarda il dolo, tali disposizioni sembrano accogliere una concezione di volontarietà "oggettiva" o "psicologica" come mero impulso intenzionale tra l'agente e il fatto, a prescindere dalla "normalità" delle ideazioni e delle rappresentazioni mentali da cui tale nesso scaturisce[27]. L'accertamento della colpa appare essere un processo tanto più complesso ove si consideri che esso dovrebbe presupporre la definizione delle funzioni psichiche rilevanti ai fini dell'imputabilità e, all'interno di esse, del grado di diligenza che può essere comunque richiesto all'infermo o al semi-infermo rispetto al fatto commesso. La lettura sistematica degli articoli rilevanti in materia, riguardanti ubriachezza, sordomutismo, minore età, porta a ritenere che il legislatore abbia accolto una nozione di imputabilità limitata solo ad alcune specifiche funzioni della psiche del soggetto: l'accertamento della sussistenza di tale qualità del soggetto dipenderà dalla valutazione di queste funzioni, che peraltro possono essere presenti anche in misura ridotta. Il riferimento sarà quindi in un primo momento alla maturità e alla sanità mentale del soggetto "normale" e in un secondo

[26] Così M. GALLO., *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, II, Torino, 2020, p. 407. Sull'imputabilità si segnalano, tra le altre, le seguenti pubblicazioni: M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, pp. 3 ss.; F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1961, pp. 3 ss.; A. CRESPI, *Imputabilità*, in *Enc. dir.*, XX, Milano, 1970, pp. 763 ss.; G. MARINI, *Imputabilità*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1990, pp. 1 ss.; A. MANNA, *L'imputabilità e i nuovi modelli di sanzione. Dalle 'finzioni giuridiche' alla 'terapia sociale'*, Torino, 1997, pp. 30 ss. e 210 ss.; R. SESSO, *Imputabilità e sistematica del reato*, Milano, 1962, pp. 11 ss.

[27] A tal proposito si rileva una particolare attenzione sul tema dell'errore sul fatto o sulle cause di giustificazione determinato dal vizio di mente da parte di quella dottrina che sostiene la tesi dell'imputabilità come causa di esclusione della punibilità. Cfr., su tutti, V. MILITELLO, *L'errore del non imputabile fra esegesi dogmatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 543 ss.; si vd. anche SESSO, *Imputabilità e sistematica del reato*, cit., p. 229 ss. e 238 ss., laddove sostiene che non sempre l'errore condizionato dall'infermità mentale si risolva in errore sul fatto o sulle cause di giustificazione, lasciando impregiudicata la possibilità di configurare dolo e colpa del non imputabile anche in casi di acuzie deliranti.

momento al grado effettivo delle funzioni psichiche sottostanti. Si comprende come, seguendo tale prospettiva, l'accertamento verte su sfumature, gradazioni di percezione e comprensione della realtà – il referente dubbio *par excellence*, secondo i filosofi post-strutturalisti[28] – che dipendono a loro volta da un concetto di per sé sfuggente, come il soggetto mediamente normale[29]. Per questi motivi nella dottrina e nella giurisprudenza di fine secolo era ricorrente il riferimento all'abnormità psichica, come un elemento auto-evidente, per indicare lo scarto tale da escludere l'imputabilità del soggetto, a prescindere da un quadro nosografico definito ed esterno alla valutazione del giudice. Solo in tempi relativamente recenti la crescente attenzione ai dati e ai rilievi medico-scientifici ha spostato l'attenzione degli interpreti sull'individuazione di una "regola statistica" che permetta di accertare il possesso della capacità di intendere e di volere[30]. Dalla valutazione secondo "regola statistica" si è arrivati progressivamente, con l'affermarsi dei manuali diagnostici più accreditati presso la comunità scientifica, a ricorrere ai quadri diagnostici e nosografici tracciati dalle associazioni psichiatriche maggiormente rappresentative, e agli approdi delle c.d. neuroscienze[31], senza che per questo venisse realmente arginata la

---

[28] Sembra opportuno richiamare, M. FOUCAULT – *Storia della follia nell'età classica*, Milano, 2025, pp. 40 ss. Dalla prefazione alla prima edizione: "[…] *Fare la storia della follia vorrà dunque dire: condurre uno studio strutturale dell'insieme storico – nozioni, istituzioni, misure giuridiche e poliziesche, concetti scientifici – che tiene prigioniera una follia il cui stato selvaggio non può mai essere recuperato in se stesso; ma, in mancanza di questa inaccessibile purezza primitiva, lo studio strutturale deve risalire verso la decisione che lega e insieme separa ragione e follia; esso deve tendere a scoprire lo scambio perpetuo, l'oscura radice comune, il fronteggiarsi originario che dà senso all'unità, come all'opposizione del sensato e dell'insensato* […]". Il referente 'follia' sarebbe dunque inscindibile dalla sua categorizzazione e, su un livello politico, dalle forze che lo plasmano, tra le quali ci sembra doveroso annoverare l'attività giurisdizionale.

[29] Sul punto la dottrina tedesca più sensibile alla questione dei confini cognitivi e definitori della imputabilità/non imputabilità e alla loro gradazione, basata sulla distinzione tra concetti di tipo classificatorio e concetti di tipo ordinatorio rileva che la legge, tedesca e italiana, utilizza un concetto definitorio semplice, stabilendo che il soggetto può essere imputabile o non imputabile, per poi affermare che, se riconosciuto imputabile, può esserlo completamente o solo in parte, secondo una logica disgiuntiva ("o – o"), laddove sarebbe più adatto un concetto ordinatorio graduale. Sul punto cfr.: RADBRUCH, *Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken*, in *Rev. Int. Th . Droit – Int. Z. Th. Rechts.*, Brno/Brünn, vol. XII, 1938, p. 46 ss., trad. it. *Concetti classificatori e concetti ordinatori nel pensiero giuridico*, in CARLIZZI G., OMAGGIO V. (a cura di), *L'Ermenutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Pisa, 2016, p. 159 ss.

[30] Su questo passaggio metodologico, cfr. G. CERQUETTI, *L'imputabilità nella sistematica del diritto penale*, Perugia, 1979, p. 114.

[31] Sembra utile citare Cass. 15 maggio 2018, n. 46392 che, prendendo atto della rarità con cui si riscontra un consenso unanime attorno a singole questioni scientifiche, afferma come <<*non può*

possibilità di interferenze della scienza privata del giudice nell'accertamento dell'imputabilità e il suo ricorrere a massime di comune esperienza, sia pure doverosamente motivate rispetto alle risultanze peritali. È possibile comprendere per quali ragioni, in tema di elemento soggettivo del non imputabile, autorevole dottrina abbia parlato di uno "pseudo-dolo" e di una "pseudo-colpa"[32]. Secondo tale impostazione, non si dovrebbe confondere la dimensione scientifico-naturalistica – a cui pure occorrerebbe riferirsi, vista la natura "disposizionale" dei concetti richiamati – con quella strettamente giuridica degli elementi soggettivi. Tuttavia, in mancanza di un'espressa previsione sul punto che apra la strada a uno "sdoppiamento" degli elementi soggettivi integranti il reato, diversi per l'imputabile e per il non imputabile, occorrerebbe in ogni caso riferirsi alle nozioni positive di dolo e di colpa anche per il non imputabile, sia pure attraverso una *fictio* giuridica; tali elementi non sarebbero di per sé incompatibili con l'azione dell'incapace di intendere e di volere[33]. La funzione dell'imputabilità nel sistema penale dovrebbe essere allora quella di determinare <<la natura delle conseguenze alla stregua del modo d'essere dell'agente>>[34], come una qualifica soggettiva da cui viene fatta dipendere l'applicazione o l'esclusione della pena, facendo salvi gli altri effetti penali conseguenti alla commissione di un fatto penalmente rilevante e dipendenti dalla pericolosità sociale riscontrata nel soggetto; si ribadisce che la capacità penale, intesa come idoneità del soggetto ad essere destinatario di effetti penali, non presuppone la sua imputabilità. Ancora, nelle elaborazioni dottrinali dell'orientamento in esame si rinviene l'argomento che la nozione di imputabilità ricavabile dal codice non sempre coincide con quella di incapacità di intendere e di volere di cui all'art. 85 c.p. ma ricomprende anche infermità di varia natura e stati transitori, come l'ubriachezza involontaria, che non incidono sulla configurabilità del dolo e della colpa[35]. L'impostazione fin

che farsi richiamo al condivisibile principio già affermato dalle Sezioni Unite di questa Corte, in base al quale le acquisizioni scientifiche cui è possibile attingere nel giudizio penale sono quelle "più generalmente accolte, più condivise", non potendosi pretendere l'unanimità alla luce della ormai diffusa consapevolezza della relatività e mutabilità del sapere scientifico>>.

[32] Cfr. F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., pp. 15 ss. Vd. anche G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 344 ss., e F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., pp. 318 ss.

[33] M. GALLO, Capacità penale, in Nss. Dig. it., II, Torino, 1958, p. 880 ss. In questo senso, anche T. PADOVANI, *Appunti sull'evoluzione del concetto di colpevolezza*, Milano, 1973, *passim*.

[34] *Idem*, nt. 12.

[35] F. PULITANO', *Diritto penale*, X ed., Torino, 2023, p. 312 s.; si vd. anche PORTIGLIATTI BARBOS, G. MARINI, *La capacità di intendere e di volere nel sistema penale italiano*, Milano, 1963. Tale nozione di

qui illustrata porta necessariamente a considerare la dibattuta questione della natura penale o amministrativa delle misure di sicurezza, dal momento che la tenuta logica del concetto di capacità penale verte, per l'appunto, sulla natura penale degli effetti penali secondari conseguenti alla commissione del reato. Sul punto, la Consulta sembra ormai propendere per la natura amministrativa, almeno per quanto concerne la misura dell'affidamento in REMS, adottando un criterio organizzativo-gestionale – la competenza del sistema sanitario regionale – che sembra prescindere tanto dalla nozione sostanziale di pena adottata dal giudice comunitario quanto dalla valutazione in concreto della preminenza del percorso terapeutico-riabilitativo sulla funzione restrittiva dell'assegnazione alle Residenze[36].

4. L'imputabilità come causa di esclusione del reato

I diversi orientamenti che escludono la qualificazione di reato al fatto commesso dal non imputabile si fondano su diverse concezioni della capacità penale del soggetto. Un'impostazione risalente identifica l'imputabilità con la capacità del soggetto di essere destinatario del precetto penale, affermando, in parte contro il dato letterale del codice vigente, che mancando l'imputabilità non si integra nessuno degli elementi del reato, non essendoci la fondamentale precondizione consistente nella capacità giuridica del soggetto ad essere titolare di diritti e di obblighi[37]: un indirizzo erede delle riflessioni di Poletti, di Manzini e di Moro sulla responsabilità penale come fondata su un rapporto che presuppone la capacità giuridica del delinquente[38]. Il soggetto non imputabile, perché privo di coscienza e volontà normali, non sarebbe inoltre un destinatario idoneo del precetto penale anche perché incapace di recepirne il significato, come richiede, del resto, l'art. 27 Cost. Secondo un altro indirizzo con conclusioni similari, l'imputabilità sarebbe una specie del *genus* della capacità giuridica,

imputabilità è accolta anche dall'orientamento maggioritario in giurisprudenza – cfr., Cass. Pen., Sez. VI, 8 aprile 2020 n. 14795, in www.dejure.it.

[36] Si vd. sul punto Corte Cost. sent. n. 99/2019.

[37] Cfr. tra gli altri PETROCELLI, *Principi di diritto penale*, Napoli, 1964, pp. 101 ss. e 161, secondo cui l'imputabilità non condiziona solo la colpevolezza ma il reato in tutti i suoi elementi, e l'azione dell'*amens* o del minore si dovrebbe considerare alla stregua di un evento dannoso naturale; vd. anche, per un'analisi critica di tale prospettiva, CERQUETTI, *L'imputabilità nella sistematica del diritto penale*, cit., pp. 195 ss.

[38] Si vd. MANZINI, *Di alcune dottrine criminali di F. Poletti*, p. 317 ss. e A. MORO, *La capacità giuridica penale*, cit., pp. 140 ss.

consistente nella capacità di diventare soggetto attivo del reato. Anche secondo quest'ultima ricostruzione la mancanza dell'imputabilità determinerebbe il venir meno di tutti gli elementi costitutivi del reato. Questi indirizzi, pur recependo correnti dottrinarie un tempo autorevolissime, hanno presto ceduto dinanzi alla semplice constatazione che anche il fatto del non imputabile è indistinguibile, per quanto riguarda gli elementi oggettivi della tipicità e della antigiuridicità, dal fatto commesso dal soggetto "normale". La scelta del legislatore di mantenere l'autonomia concettuale tra gli elementi della coscienza e volontà di cui all'art. 42 c.p. e le due diverse capacità, di intendere e di volere, di cui all'art. 85 c.p., conferma quest'ultima lettura. La condotta dell'incapace può essere dunque cosciente e volontaria, tipica e antigiuridica – ne consegue che la soluzione del problema, per coloro che escludono che il fatto del non imputabile costituisca un reato "completo", risiede nel considerare l'imputabilità come presupposto della colpevolezza, al fine di preservare la funzione garantistica propria dell'elemento soggettivo. È questo l'orientamento oggi condiviso dalla dottrina maggioritaria e parzialmente accolto nei corsi e ricorsi della giurisprudenza di legittimità[39]. Per gli attuali sostenitori della concezione normativa della colpevolezza, la collocazione nel titolo IV del codice penale delle disposizioni riguardanti l'istituto dell'imputabilità non esclude che essa debba essere valutata anche nell'ambito della teoria generale del reato. Com'è noto, la teoria finalistica dell'azione ha contribuito al superamento della concezione psicologica della colpevolezza, presentando dolo e colpa come modalità oggettive di realizzazione dell'azione e dell'illecito, e affermando di conseguenza come anche i non imputabili possono agire con dolo o colpa. Tuttavia, la teoria finalistica non è riuscita a plasmare una nozione di azione che ricomprenda anche la dimensione colposa e le condotte omissive. Di fronte alle incongruenze delle teorie che si sono susseguite nel tentativo di forgiare un contenitore sufficientemente ampio e duttile nel quale sia possibile ricomprendere ogni tipo di azione penalmente valutabile, un recente orientamento della dottrina tedesca ha proposto una concezione personale di azione, intesa questa come manifestazione di personalità, secondo cui l'azione rilevante per il diritto penale deve essere solo quella che si può attribuire o imputare ad una persona intesa come 'centro di atti

[39] M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., pp. 527 ss.; BETTIOL, *Diritto penale*, VIII ed., Padova, 1973 pp. 387 ss.; S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale*, cit., p. 658; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 346 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, XIII ed., Milano, 2023, pp. 234 ss.; A. PULITANO', *Diritto penale*, X ed., Torino, 2023.

psicologico-spirituali'. Tutte le azioni che non originerebbero da tale centro cosciente non dovrebbero essere considerate azioni 'umane' in senso penalistico: non poggiando su coscienza e volontà esse non potrebbero essere considerate come manifestazione della personalità del soggetto[40]. Se sul versante sostanziale tale orientamento farebbe venir meno la possibilità di concepire il rapporto tra colpevolezza e imputabilità come un sistema a camere stagne, sul versante dell'accertamento ancora una volta occorrerebbe volgersi alla faticosa individuazione, tra prassi giudiziaria e scienza psichiatrica, di quel coefficiente minimo necessario perché si possa affermare la sussistenza della capacità di intendere la realtà circostante e della capacità di volere del soggetto rispetto al fatto commesso. La concezione "normativa" della colpevolezza, aggiornata alla luce della teoria finalistica dell'azione, porta a ritenere che la collocazione nel Titolo IV dell'imputabilità non releghi l'istituto fuori dalla teoria generale del reato, bensì indichi il distacco di dolo e colpa dal giudizio di colpevolezza, posto che, dolo e colpa, secondo la teoria finalistica dell'azione, andrebbero ricondotti negli elementi oggettivi della tipicità e dell'antigiuridicità. La colpevolezza, all'opposto, oltre alle nozioni subiettivate di dolo e colpa, sarebbe costituita da molteplici elementi, tra cui l'imputabilità[41]. Secondo i sostenitori di questo indirizzo l'imputabilità, non la sussistenza del dolo o della colpa, costituirebbe il fondamentale presupposto del giudizio di colpevolezza, non essendo rimproverabile come volontà "colpevole" quella ravvisabile in un soggetto incapace di intendere e di volere. Permane tuttavia la necessità di valutare la pericolosità e quindi di individuare l'elemento soggettivo anche nel fatto commesso dal non imputabile: quanto previsto nel sistema del doppio binario dagli articoli 133, 202, 222 e 224 c.p. costringe ad accertare quello che, a ben vedere, non è altro che il puro nesso psicologico, l'oggettiva intenzionalità propugnata dalla concezione classica più risalente in tema di colpevolezza. Si è già visto come in dottrina si sia tentato di ovviare a tale incongruenza proponendo una distinzione tra dolo e colpa del soggetto normale e "pseudo-

[40] ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca*, trad. it. a cura di S. MOCCIA, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984. Si vd. anche S. D'AMATO, *Imputabilità, vizio di mente e responsabilità – questioni dommatiche, empiriche e politico-criminali*, cit., pp. 186 ss. Si vd. anche, più in generale, sul rapporto tra imputabilità e colpevolezza nel sistema penale tedesco, M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., pp. 527 ss.

[41] Cfr. C. PALIERO (a cura di), *Il sistema penale*, Torino, 2024, p. 367, secondo il quale dolo e colpa svolgendo una funzione tipizzante rispetto al fatto non possono essere assunti come criteri del rimprovero di colpevolezza, piuttosto <<*sono oggetto del rimprovero*>>.

dolo" e "pseudo-colpa" per il soggetto inimputabile[42]: adottando questa ricostruzione il fatto commesso dal non imputabile, benché tipico e antigiuridico, non costituirebbe reato, in accordo con la teoria della colpevolezza "normativa" ma imporrebbe in ogni caso l'applicazione delle misure di sicurezza ove sia possibile riscontrare nel non imputabile gli elementi soggettivi "fittizi" o obiettivamente considerati. Ai fini dell'applicazione delle misure di sicurezza, occorrerebbe individuare una minima "misura psichica", nella forma dell'intenzionalità o della violazione di regole di cautela basilari, al fine di applicare la misura di sicurezza, ai sensi di quanto previsto dagli artt. 222 e 224 c.p.[43] L'identità delle strutture psichiche, ossia delle nozioni di dolo e colpa, in mancanza di una definizione netta che individui univocamente il discrimine tra i concetti rilevanti di cui agli artt. 42 e 85 c.p., solleva un altro problema in tema di errore specifico o condizionato dallo stato d'infermità. Qualora si propendesse per considerare il fatto del non imputabile come reato perfetto in tutti i suoi elementi, collocando l'imputabilità all'esterno della colpevolezza, come semplice causa di esclusione della punibilità, l'errore determinato dall'*infirmitas* dovrebbe essere in ogni caso valutato nel giudizio di colpevolezza al fine di preservare il "volto costituzionale" del reato – l'idea fondamentale secondo la quale è possibile muovere un rimprovero all'agente solo per i fatti che rientrano nella sua sfera di controllo[44]. A tal proposito si è affermato che mentre l'errore non condizionato dalla malattia debba essere valutato come scusante, l'errore determinato da psicopatie (ad es. manie di persecuzione) debba essere riassorbito nel giudizio di imputabilità, non potendosi escludere l'applicazione delle misure di sicurezza nel caso in cui il putativo abbia origine da una malattia che rende il soggetto

---

[42] Cfr. F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., pp. 15 ss., vd. anche p. 112: <<*dolo e colpa devono qualificarsi* come fatti giuridicamente valutati [in corsivo nel testo – NdA], *con ciò risolvendosi implicitamente il quesito se essi siano elementi di fatto oppure valori giuridici puri. Infatti, questi dati psichici, come, in genere, la gran parte delle strutture penalistiche, non possono essere visti sotto il profilo del puro ontologismo o normativismo, in quanto in essi il momento normativo si appoggia ad una indubbia realtà naturalistica e psicologica, la deviazione dalla quale in misura maggiore o minore dà vita a finzioni*>>. In G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., pp. 344 ss. e in F. MANTOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, 2020, pp. 318 ss. si sostiene la teoria secondo la quale le nozioni di dolo e colpa in rapporto al non imputabile hanno un significato strettamente empirico: il dolo consisterebbe nella consapevolezza "oggettiva" del fatto e la colpa sarebbe la mera violazione, priva di atteggiamenti psicologici potenziali, della regola di diligenza.

[43] F. BRICOLA, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, cit., p. 65.

[44] Così M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, cit., pp. 564 ss.

socialmente pericoloso[45]. Tale impostazione, sostenuta peraltro da autorevolissima dottrina, finisce per subordinare il dato testuale del codice a esigenze special-preventive dal momento che le norme vigenti prevedono che l'errore esclude il dolo sia per l'imputabile quanto per il non imputabile, senza differenziare tra ipotesi di errore condizionato o non condizionato dall'*infirmitas*, con l'unica eccezione dell'ipotesi di colpa per l'errore evitabile ai sensi dell'art. 47, co. 3 c.p.

5. Dopo la sentenza Raso – oscillazioni in materia di colpevolezza e imputabilità nella giurisprudenza più recente e nelle proposte di riforma

Come abbiamo visto, il punto di equilibrio tra colpevolezza e imputabilità è quanto mai sfuggente. Lo sbarramento degli stati emotivi e passionali previsto dall'art. 90 c.p. ha per lungo tempo spinto parte della giurisprudenza di legittimità ad escludere dal giudizio di imputabilità stati transeunti anche di particolare gravità, oltre ad una serie di disturbi di natura prolungata, se non permanente, come i c.d. disturbi *borderline* della personalità; d'altro canto, un certo orientamento giurisprudenziale ha mostrato invece la tendenza a ricomprendere nel giudizio *ex* art. 85 c.p. tali fenomeni transitori e gli anzidetti disturbi, rimasti per lungo tempo senza un quadro nosografico ben definito. I disturbi *borderline* hanno mantenuto, a ben vedere, un inevitabile margine d'ambiguità anche dopo il loro inserimento sul confine tra nevrosi e disturbi psicotici nella terza edizione del DSM, nel 1980. Tale ambiguità perdura tuttora essendo intrinsecamente legata all'episteme psichiatrica. D'altra parte, il passaggio dal DSM-IV al DSM-V è stato accompagnato da una densissima letteratura medico-scientifica che propugnava un allargamento del quadro diagnostico relativo ai disturbi *borderline* al fine di ricomprendervi sintomatologie molto diverse tra loro e con una diversa incidenza sulle capacità psico-sociali dei pazienti. Le finalità di cura che informano i quadri nosografici proposti dai manuali più accreditati rendono particolarmente complesso e non

[45] Cfr., tra gli altri, G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., p. 394: <<*In mancanza di espresse indicazioni normative, è da ritenere che l'errore condizionato (ad es. A afflitto da mania di persecuzione, uccide B perché così ritiene di difendersi dal presunto persecutore) non abbia rilevanza scusante (nel senso, in questo caso, di non rendere applicabile l'esimente "putativa" della legittima difesa): diversamente, si perverrebbe all'inaccettabile conseguenza di rendere inapplicabile la misura di sicurezza proprio nei casi in cui il soggetto può, a causa della sua malattia, risultare socialmente pericoloso. Ha efficacia scusante, invece, l'errore incondizionato* […]>>.

privo di attriti l'utilizzo degli strumenti diagnostici nel giudizio di colpevolezza e nel giudizio di imputabilità. Ciononostante, la sentenza Raso ha accolto una nozione ampia di "infermità" che potesse ricomprendere anche i disturbi di personalità, quali patologie "liminali", ogniqualvolta si riscontrasse la loro incidenza, per gravità e intensità, sull'imputabilità del soggetto. A tale condizione i disturbi *borderline* della personalità sono valutabili dal giudice ai sensi degli artt. 88 e 89 c.p. La giurisprudenza successiva ha mostrato un atteggiamento ondivago rispetto agli approdi della sentenza Raso, a partire dalla riproposizione, di cui si è già accennato in più punti del presente contributo, di una concezione tradizionale e "psicologica" della colpevolezza, secondo la quale questa sarebbe oggetto di un accertamento autonomo e distinto da quello successivo in materia di imputabilità[46]. Nell'orientamento che accoglie i principi delineati dalla sentenza Raso, le tensioni si spostano sull'accertamento del nesso di incidenza del disturbo. A tal proposito, si osserva la rarità con cui le perizie forensi concordano ai fini dell'imputabilità e la tendenza del giudice a disattenderle ricorrendo euristicamente al proprio bagaglio di esperienze[47]. Il criterio scientifico con cui, secondo la sentenza Gozzini, il giudice dovrebbe valutare le risultanze delle perizie, continua a sfuggire agli operatori, che spesso si discostano nelle decisioni dagli apporti tecnici dei periti senza motivare adeguatamente una valutazione che attinge necessariamente a dati extra-giuridici[48]. Si è inoltre affermato un filone giurisprudenziale che distingue la capacità di intendere dalla capacità di volere, ridimensionando quest'ultima ai fini dell'imputabilità, come se, nonostante la formulazione congiuntiva dell'art. 85 c.p., che richiede la sussistenza di entrambi gli elementi al momento della

[46] In questo senso, fra le altre, Cass. 20 gennaio 2021, n. 2385; Cass. 1° ottobre 2018, n. 43216; Cass. 14 ottobre 2010, n. 40808. Particolarmente sorprendente Cass. 13 maggio 2020, n. 14795 che, si noti, *in un caso di calunnia*, afferma come l'accertamento del dolo sia del tutto indipendente dalla valutazione di eventuali infermità, elementi che appaiono rilevanti solo nell'ambito distinto e indipendente dell'imputabilità.

[47] Riguardo al ruolo del giudice come "custode" del metodo scientifico, cfr., ad es., Cass. 29 gennaio 2013, n. 16237; Cass. 11 luglio 2012, n. 40611 e la storica sentenza Cozzini, Cass. 17 settembre 2010, n. 43786.

[48] Cfr., fra le altre, Cass. 1° febbraio 2022, n. 15159: <<*Appare essere ormai patrimonio comune, quanto meno degli operatori del diritto, l'insegnamento della giurisprudenza di legittimità secondo la quale, nei giudizi debitori del sapere esperto, al giudice è precluso di farsi creatore della legge scientifica necessaria all'accertamento». Quindi «il giudice non può disattendere i risultati di una perizia sulla sola base della propria scienza personale derivante da incerti e generici elementi non specialistici, essendo tenuto a risolvere i dubbi e i punti critici mediante l'esame dell'ausiliario o la nomina di un altro perito*>>.

commissione del fatto, fosse possibile affermare che, posta la capacità di intendere, la capacità di volere il reato rilevi solo ove sussistano due essenziali e concorrenti condizioni: << […] *a) gli impulsi all'azione che l'agente percepisce e riconosce come riprovevole (in quanto dotato di capacità di intendere) siano di tale ampiezza e consistenza da vanificare la capacità di apprezzarne le conseguenze; b) ricorra un nesso eziologico con la specifica condotta criminosa, per effetto del quale il fatto di reato sia ritenuto causalmente determinato da quello specifico disturbo mentale, che deve appunto essere ritenuto idoneo ad alterare non l'intendere, ma il solo volere dell'autore della condotta illecita. È comunque onere dell'interessato dimostrare il carattere cogente dell'impulso stesso*>>[49]. L'argomentazione seguita dalla Suprema Corte sembra sostenere che, ove sussista la capacità di intendere ma non quella di volere, l'impulso irresistibile deve superare quello contrario, consistente nell'effetto deterrente del precetto penale, e vanificare "la capacità di apprezzare le conseguenze" della condotta posta in essere, con il risultato, contrario alla *ratio* garantistica della norma, che l'incapacità volitiva deve incidere sulla capacità di intendere, ossia entrambe le qualità devono risultare (in parte) assenti. I fenomeni di coazione dipendenti da manie, nei quali il soggetto mantiene lucidamente la capacità di intendere, e quindi anche di valutare le conseguenze della condotta, sembrano essere esclusi da tale ricostruzione.

La "crisi dell'imputabilità" che si è cercato di illustrare ellitticamente in questa sede è stata ampiamente considerata nei vari progetti di "ricodificazione" penale. Il c.d. Progetto Pagliaro[50], licenziato nel 1991, prevedeva l'esclusione dell'imputabilità nei casi in cui <<al momento della condotta il soggetto era, per infermità o per altra anomalia (art. 34.1 lett. b) o <<per altra causa, in tale stato di mente da escludere la capacità di intendere o di volere>> (art. 34.1 lett. d). Si può osservare il pleonasmo "altra anomalia"-"altra causa" come segno della volontà di spingere l'interprete verso la massima apertura nell'individuare le cause di esclusione dell'imputabilità, anticipando gli approdi della sentenza "Raso" e superandoli, laddove la formulazione 'altra causa' sembra gettare un ponte sull'argine rappresentato dall'art. 90 c.p. In secondo luogo, la disgiunzione tra le capacità mostra l'intenzione di troncare quell'orientamento che, *in malam partem*, richiede la menomazione di entrambe le facoltà al fine di escludere l'imputabilità del soggetto. La previsione del vizio parziale di mente viene confermata ai sensi

[49] Così, da ultimo, Cass. 25 febbraio 2025, n. 12283.
[50] *Legge di delega per l'emanazione del codice penale*, in *Giust. Pen.*, 1994.

dell'art. 34.2, con un invito al legislatore, contenuto nella Relazione di accompagnamento, a riformare il relativo trattamento penale in base alle condizioni del semi-imputabile e alle sue esigenze di cura, di fatto negate nel sistema del doppio binario. Il c.d. Progetto Riz (d.d.l. n. 2038/1995)[51] riprende una discreta parte di quanto proposto dal Progetto Pagliaro. La categoria dell'imputabilità non viene lambita dalle proposte ma nella Relazione si afferma come sia stata vagliata l'opportunità di aggiungere la c.d. "terza dimensione", consistente nella sfera affettiva, alle due positivizzate di intelletto e volizione.

Analogamente, la Relazione mostra di voler introdurre il concetto ampio di anomalia sulla scorta delle più evolute legislazioni europee –il richiamo è al codice penale tedesco, ai sensi del §20 StGB – con il criterio di temperamento della "gravità" dell'anomalia. Più innovativo dei precedenti appare il c.d. Progetto Grosso[52]: al posto di una definizione positiva di imputabilità e di una variazione sulle sue due storiche declinazioni, il Progetto propone l'inserimento di una *tabula* di condizioni in presenza delle quali l'imputabilità viene esclusa, demandando al legislatore la progressiva tipizzazione delle cause di esclusione dell'imputabilità, anche attraverso l'utilizzo di concetti aperti che consentano "un flessibile adeguamento al mutare (al progresso) delle conoscenze scientifiche e in genere delle concezioni pertinenti"[53]. A differenza del c.d. Progetto Pisapia[54]che, in tema di imputabilità, mirava a positivizzare i principi espressi dalla sentenza "Raso", e registrava le innovazioni più significative sul versante esecutivo, il c.d. Progetto Nordio (2001)[55] e la Commissione Pelissero[56] presentano proposte più vicine alle prassi giurisprudenziali di retroguardia, in un intento definitorio volto precisare i confini delle norme rilevanti più che ad ampliarli, e ad orientare l'accertamento sul nesso eziologico intercorrente tra infermità e fatto

[51] Disegno di legge n. 2038, in *Riv. it. dir. proc*., 1995, 3, pp. 935 ss.
[52] Vd. *I lavori della Commissione ministeriale per la riforma del codice penale istituita con d.m. 1° ottobre 1998*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2001, pp. 574 ss.
[53] *Commissione Grosso*, cit., par. 4.
[54] *Commissione Pisapia – Per la riforma del codice penale (27 luglio 2006) – Relazione, 19 novembre 2007*, in *www.giustizia.it*
[55] *Progetto di codice penale della Commissione Nordio*, con relativa *Relazione*, in *Cass. pen.*, XLV, 2005, 1, p. 244 ss.
[56] L. 23 giugno 2017, n. 103, *Modifiche al codice penale, di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, in *Gazz. Uff.*, 4 luglio 2017, n. 154. Per quanto riguarda i lavori della Commissione si vd. *Commissione per la riforma del sistema normativo delle misure di sicurezza personali e dell'assistenza sanitaria in ambito penitenziario, specie per le patologie di tipo psichiatrico, e per la revisione del sistema delle pene accessorie*, 19 luglio 2017, *Relazione e articolato*, in *www.giustizia.it*.

commesso. Le stesse oscillazioni che hanno accompagnato la giurisprudenza dalla fine degli anni '90 si riflettono in sede legislativa, originate come sono da un sostrato che a volte si intuisce non solo extragiuridico ma atecnico. D'altra parte la questione dell'imputabilità appare essere una delle cartine torna-sole da cui è possibile analizzare gli effetti giurisprudenziali e *de iure condendo* del populismo penale che sembra ripresentarsi, negli ultimi vent'anni, a cicli sempre più rapidi. Ma non sono solo le tensioni politiche mai sopite attorno alle esigenze di prevenzione generale a impedire il raggiungimento di un accordo su un'eventuale proposta di riforma. Su un piano metodologico si deve osservare la mancanza di una cultura psichiatrica realmente integrata con quella giuridica[57] che porta gli operatori a dissentire sui concetti scientifici a cui inevitabilmente rinviano le norme. Si osserva la frequenza con cui i giudici pongono in secondo piano i contributi peritali, spesso discordi, sia per gli inevitabili *bias* consci e inconsci dei periti, legati alle esigenze delle parti, sia per le insenature e le irregolarità che presentano i disturbi, le psicopatie *in primis*, nei rispettivi quadri diagnostici. Del resto il consenso degli operatori sull'applicazione metrologica della scala DIASS è lontano dall'essere solido: si è osservato come l'alto margine probabilistico di successo, dipendente dagli indici di ripetibilità e riproducibilità dello strumento di misurazione, sia predeterminato dall'impostazione che consente agli operatori unicamente di affermare o di escludere l'imputabilità, in presenza di determinati elementi collegati sia all'elemento intellettivo che a quello volitivo, secondo una logica binaria che non lascia spazio ad alcuna gradazione[58].

In conclusione, nell'attuale assetto normativo le tensioni tra principio di colpevolezza in senso garantistico e le esigenze di prevenzione sociale

---

[57] Riguardo alla necessità dei giudici di dotarsi di nuovi strumenti – come la metrologia e le scale di valutazione – per affrontare il momento "dialogico" dell'accertamento in materia di imputabilità, si rimanda a A. FERRERO, V. SCOTTI, *Metrologia forense. Un'introduzione ai Principi di Metrologia per Magistrati, Avvocati e Periti Forensi*, Bologna, 2023, passim; G. GENNARI, *La metrologia in tribunale*, in *Siste. pen.*, 19 dicembre 2025, pp. 1 ss.; G. PARMEGIANI, G. MANDARELLI, P. ROMA, S. FERRACUTI, *Validation of a new instrument to guide and support insanity evaluations: the defendant's insanity assessment support scale (DIASS)*, in *Translational Psychiatry*, 2022, 12, pp. 115 ss. Per una introduzione alla disciplina della metrologia, si rimanda a G. DI PAOLO, A. FERRERO, D. PETRI (a cura di), *Libro bianco sulla metrologia forense* nel procedimento penale – *Garantire l'affidabilità delle prove scientifiche basate su misurazioni*, Trento, 2025, pp. 23 ss.

[58] Si v. G. PARMIGIANI, G. MANDARELLI, P. ROMA, S. FERRACUTI, *Validation of a new instrument to guide and support insanity evaluations: the defendant's insanity assessment support scale (DIASS)*, *Transl. Psychiatry*, 2022.

continuano a comporsi e a ricomporsi attorno a pochi punti fissi. Il consenso su eventuali progetti di riforma in quest'ambito sembra, a oggi, un lontano miraggio. Autorevole dottrina ha suggerito il definitivo superamento del concetto di colpevolezza in favore di un concetto unitario di responsabilità penale che faccia a meno dello snodo dell'imputabilità e sia riferibile a ogni persona come "centro di atti psicologico-spirituali"[59]. Oggetto dell'accertamento sarebbero quelle quote di autodeterminazione riscontrabili nel soggetto, e quindi di responsabilità, prescindendo dalla valutazione di un'eventuale alterazione psichica[60]. Tale teoria, pur tra mille dubbi applicativi, sembra adattarsi alla direzione della giurisprudenza costituzionale che sembra sempre di più anteporre nel bilanciamento il diritto fondamentale alla cura dei folli rei alle esigenze preventive e rieducative.

[59] Cfr. ROXIN, *Il concetto di azione nei più recenti dibattiti della dommatica penalistica tedesca*, trad. it. a cura di S. MOCCIA, in *Studi in memoria di Giacomo Delitala*, Milano, 1984, pp. 2087 ss. Si vd. anche S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore – funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, *passim*.

[60] Sulla responsabilità quale esito di un processo interattivo e sulla negazione di doveri e 'quote' di responsabilità per ampie categorie di soggetti (donne, minori, infermi di mente) in stretta correlazione con il disconoscimento di quote più o meno ampie di diritti e libertà v. T. PITCH, *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano, 1989, pp. 115, 139 ss., 224.

LA "NUOVA" PRESUNZIONE DI CAPACITÀ DI INTENDERE E DI VOLERE DEL MINORE ULTRAQUATTORDICENNE. PRIME RIFLESSIONI CRITICHE A MARGINE DEL DISEGNO DI LEGGE IN MATERIA DI IMPUTABILITÀ MINORILE

The "New" Presumption of Criminal Capacity for Minors Over Fourteen: Preliminary Critical Remarks on the Draft Bill Reforming Juvenile Criminal Responsibility

di

Ylenia Parziale *

L'Autrice, dopo una preliminare ricostruzione dell'attuale disciplina dell'imputabilità minorile, corredata da un breve richiamo al contesto europeo, analizza criticamente le possibili conseguenze sostanziali e processuali derivanti dalle modifiche agli artt. 98 c.p. e 9 del D.P.R. n. 448/1988 previste dal Disegno di legge governativo recante "Modifiche in materia di imputabilità del minore" approvato dal Consiglio dei Ministri il 23 luglio 2026. In particolare, evidenzia il rischio che l'introduzione di una presunzione relativa di capacità di intendere e di volere del minore ultraquattordicenne trasformi il processo penale nella regola e l'accertamento individualizzato dell'effettiva maturità in un'ipotesi eccezionale, con possibili profili di tensione rispetto al principio di personalità della responsabilità penale e del *favor minoris*, che da sempre ispirano il sistema della giustizia penale minorile nazionale e internazionale.

***

The Author first provides an overview of the current Italian framework governing juvenile criminal responsibility, with a brief reference to the broader European context, and then critically examines the substantive and procedural implications of the amendments to Articles 98 of the Italian Criminal Code and 9 of Presidential Decree No. 448/1988 proposed in the recent Government Bill.

* Dottoressa di Ricerca in Diritto e procedura penale nell'Università degli Studi di Roma Niccolò Cusano.

In particular, the article argues that introducing a rebuttable presumption of the criminal capacity of minors over the age of fourteen would risk making criminal proceedings the rule, while relegating the individualised assessment of the minor's actual maturity to an exceptional occurrence. Such a reform raises significant concerns regarding its compatibility with the principle of personal criminal responsibility and the favor minoris principle, both of which have traditionally informed the Italian juvenile justice system.

Sommario: 1.Considerazioni introduttive - 2. La peculiare natura dell'imputabilità minorile - 3. Il modello italiano nel panorama europeo - 4. L'accertamento della "maturità" per il minore tra quattordici e diciotto anni nella disciplina vigente - 5. La "nuova" presunzione di imputabilità - 6. Riflessioni conclusive

1. Considerazioni introduttive

La disciplina dell'imputabilità dei minori costituisce uno degli snodi più delicati del diritto penale contemporaneo, poiché coinvolge valori costituzionali e interessi fondamentali che devono essere tenuti in equilibrio: la tutela della collettività e delle vittime, l'esigenza di responsabilizzare chi commette un reato e, al tempo stesso, la protezione dello sviluppo psicologico e neurobiologico di bambini e adolescenti. Per questa ragione, ogni intervento legislativo in materia dovrebbe essere il risultato di una riflessione ampia e rigorosa, fondata sulle evidenze scientifiche e su un'attenta analisi dei dati, piuttosto che su dinamiche emergenziali o sulla pressione esercitata da episodi di particolare risonanza mediatica.

Il Disegno di legge recante "Modifiche in materia di imputabilità del minore", approvato dal Consiglio dei Ministri il 23 luglio 2026,[2] sembra invece inserirsi nel solco già tracciato dal Decreto Caivano, risentendo di un contesto caratterizzato da una crescente attenzione politica e mediatica verso la criminalità minorile[3]. Pur

[2] Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 182 del 23 luglio 2026, consultabile sul sito https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-182/32393.

[3] Unanime dottrina ha espresso rilievi critici nei confronti delle misure introdotte dal d.l. 15 settembre 2023, n. 123, recante «Misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale», noto come Decreto Caivano. Cfr. ex *multis*, L. BARTOLI, *Il processo al minore nel decreto "Caivano"*, *in*

muovendo dall'esigenza, certamente condivisibile, di rafforzare gli strumenti di risposta ai reati commessi dagli adolescenti, l'intervento normativo appare orientato a privilegiare una logica di immediata reazione rispetto a una valutazione sistematica del fenomeno e delle sue molteplici cause.

In questo quadro, sorprende che il legislatore abbia rinunciato a intervenire sull'età minima imputabile, più volte oggetto di dibattito pubblico[4], scegliendo invece di modificare la disciplina dell'accertamento della capacità di intendere e di volere dei minori tra i quattordici e i diciotto anni. Si tratta di una scelta che, a una prima lettura, potrebbe apparire meramente tecnica, limitandosi a incidere sul regime della presunzione di imputabilità. In realtà, come si cercherà di dimostrare nelle pagine che seguono, l'introduzione di una presunzione, seppure relativa, è destinato a produrre conseguenze profonde sul piano sostanziale e processuale, modificando l'equilibrio tra diritto, scienza e garanzie del minore.

---

www.lalegislazionepenale.eu, 21.5.2024, p. 15 ss.; S. BERNARDI, *Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in *Sist. Pen. (web)*, 15 novembre 2023; M. BIANCHI, *Esclusa la messa alla prova per i minori autori di violenze sessuali aggravate. Profili di illegittimità costituzionale dell'emendamento dell'art. 28 del D.P.R. 448/1988*, in *Arch. pen.*, 2024, n. 2; L. CAMALDO, *Condivisibili dubbi di legittimità costituzionale della disposizione introdotta dal decreto Caivano che prevede alcuni reati ostativi alla concessione della messa alla prova minorile*, in *Sist. Pen.*, 2024, 5, p. 135 ss.; A. CAVALIERE, *Il c.d. Decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *Penale Dir. proc.*, 4/2023, 541 ss.; C. DE LUCA, *Decreto "Caivano" e modifiche al procedimento penale minorile: alcune questioni controverse,* in *Cass. pen.,* 6/2024, pp. 1924 ss.; L. FERLA, *Le misure di contrasto alla criminalità minorile, tra presupposti della responsabilità e problemi della (ri)educazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, p. 1415 ss.; P. GRILLO, *Il "decreto Caivano" diventa legge: parecchie le modifiche apportate in sede di conversione*, in *dirittoegiustizia.it*, 15 novembre 2023; G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «decreto-caivano » sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società dal minore delinquente e tutela del fanciullo dalla società indifferente*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 12 febbraio 2024; A. MASSARO, *La risposta "punitiva" al disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. giust.*, 2024, 2, p. 488 ss.; G. MASTRANGELO, *Il D.L. 15 settembre 2023, n. 123 e la rinnovata estensione delle misure di prevenzione, anche tipiche, ai minorenni, tra amministrazione e giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2/2024, p. 422; L. MANTOVANI, *"Decreto Caivano" e provvedimenti* de libertate *nella giurisdizione minorile: un delicato equilibrio che si fa sempre più instabile,* in *Cass. pen.*, 3/2024, pp. 1038 ss.; G. PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Dir. Pen. e Processo*, cit., p. 1555; I. PICCOLO, *Sulle preclusioni del Decreto Caivano alla sospensione del procedimento con messa alla prova per i minorenni. Letture auspicabili in attesa della Corte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2024, n. 2; F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 1572 ss.

[4] Ci si riferisce alle proposte di legge, periodicamente presentate, volte ad abbassare la soglia di età al di sotto della quale il soggetto è considerato sempre non imputabile. A titolo esemplificativo, il 7 febbraio 2019 è stata presentata alla Camera dei deputati la proposta di legge A.C. 1580, che prevedeva l'abbassamento di tale soglia a dodici anni.

L'analisi critica della proposta di riforma non può tuttavia prescindere da una corretta ricostruzione del contesto nel quale essa si inserisce. I dati disponibili non consentono infatti di affermare l'esistenza di un incremento lineare e generalizzato della criminalità minorile: l'aumento delle denunce e della popolazione detenuta negli istituti penali per minorenni è influenzato da molteplici fattori, tra cui le modifiche legislative intervenute negli ultimi anni[5], le diverse modalità di rilevazione statistica e la maggiore propensione alla denuncia[6]. Ciò non significa negare il profondo disagio che attraversa una parte crescente della popolazione adolescenziale. I servizi di neuropsichiatria dell'infanzia e dell'adolescenza registrano un aumento della complessità clinica, della sofferenza psicologica, dell'impulsività, delle difficoltà relazionali e dei comportamenti aggressivi; inoltre, una quota significativa dei minori coinvolti nel circuito penale presenta disturbi neuropsichiatrici associati a condizioni di marcata vulnerabilità familiare e sociale[7]. Tuttavia, ridurre la devianza minorile a una mera conseguenza della patologia psichiatrica sarebbe altrettanto fuorviante quanto attribuirla esclusivamente a una crisi dei modelli educativi o a un presunto incremento della violenza giovanile. I

[5] Non solo il già citato c.d. decreto Caivano, che amplia i casi di applicazione delle misure cautelari coercitive nei confronti dei minorenni, ma anche al c.d. Decreto Sicurezza del 2026 (Decreto-legge 24 febbraio 2026, n. 23, recante *Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di attività di indagine dell'autorità giudiziaria in presenza di cause di giustificazione, di funzionalità delle forze di polizia e del Ministero dell'interno, nonché di immigrazione e protezione internazionale* (G.U. Serie Generale n. 45 del 24-02-2026), che introduce, tra l'altro, misure di carattere afflittivo volte ad ampliare i casi di applicazione dell'ammonimento del questore.

[6] Si veda l'VIII Rapporto di Antigone sulla Giustizia Minorile del 2026, pubblicato su Ragazzidentro.it. Il Responsabile della comunicazione di Antigone, A. OLEANDRI, ha commentato i dati nei seguenti termini: «Le serie storiche Istat mostrano un calo lungo trent'anni, con oscillazioni fisiologiche. In effetti, nel 2024 le segnalazioni sono cresciute del 16,7 per cento rispetto all'anno precedente. Ma se scomponiamo il dato, l'allarme si ridimensiona in quanto le segnalazioni che l'autorità giudiziaria ha effettivamente trasmesso ai servizi della giustizia minorile crescono del 12 per cento. E gli ingressi reali nel sistema aumentano appena del 2 per cento. Una parte consistente delle denunce, dunque, si dissolve perché irrilevante. Intanto, però, si amplia il perimetro del controllo penale. Non stiamo assistendo a un'esplosione della devianza giovanile, ma a un'espansione delle risposte penali. Al 31 dicembre 2025, i minori e giovani adulti in carico al sistema della giustizia minorile risultavano essere 17.027, mentre nel 2022 erano 13.658. In tre anni la crescita è stata quindi del 25 per cento. Negli Istituti penali per minorenni (Ipm) si è passati dalle 381 presenze registrate a fine 2022 alle 572 di fine 2025. Il punto è questo: non stiamo assistendo a un'esplosione della devianza giovanile, ma a un'espansione delle risposte penali.». A. OLEANDRI, *Criminalità e minori, i dati smentiscono l'allarme sociale*, su https://lavialibera.it/it, 25 febbraio 2026.

[7] Cfr. su punto S. VICARI, *La responsabilità dei ragazzi. Il fallimento degli adulti*, su *Sistema penale*, 27 luglio 2026.

percorsi che conducono un adolescente alla commissione di un reato sono il risultato dell'interazione di fattori biologici, psicologici, familiari, educativi e sociali e richiedono, proprio per la loro complessità, risposte integrate[8].

Ne consegue, come vedremo meglio, che la valutazione dell'imputabilità dovrebbe continuare a fondarsi su un accertamento individualizzato, supportato da competenze specialistiche, piuttosto che su automatismi normativi destinati a comprimere la dimensione clinica della valutazione.

È proprio alla luce di queste considerazioni che il presente contributo intende esaminare criticamente il nuovo Disegno di legge, soffermandosi sulle implicazioni giuridiche e pratiche delle modifiche proposte e interrogandosi sulla loro effettiva coerenza con i principi del diritto penale minorile, con le acquisizioni della scienza e con gli obiettivi di una giustizia capace di coniugare sicurezza, garanzie processuali e tutela dello sviluppo del minore.

2. La peculiare natura dell'imputabilità minorile

Il dibattito sull'imputabilità del minore riaffiora periodicamente in occasione di episodi di particolare gravità che vedono coinvolti autori minorenni, alimentando richieste di inasprimento della risposta penale e di anticipazione della soglia della responsabilità criminale. La ricorrenza di tali fenomeni, tuttavia, non può indurre a trascurare la complessità della questione giuridica sottesa, che investe il significato stesso dell'imputabilità quale presupposto della responsabilità penale. L'impressione, spesso restituita dalla cronaca giudiziaria, di adolescenti incapaci di percepire il disvalore delle proprie condotte o di coglierne le conseguenze sulle vittime riporta inevitabilmente al centro del dibattito due interrogativi fondamentali: chi possa considerarsi realmente responsabile in età evolutiva e secondo quali criteri debba essere accertata la capacità del minore di rispondere penalmente dei propri atti[9]. Si tratta di questioni che il diritto non può risolvere esclusivamente attraverso le categorie delle scienze psicologiche o neuropsichiatriche, le quali evidenziano come il processo di maturazione cognitiva, emotiva e relazionale proceda secondo tempi profondamente differenti da individuo a individuo. Un sistema fondato unicamente

[8] Sul punto sia consentito rinviare a Y. PARZIALE, *Contributo ad uno studio sull'età minima imputabile. Tra stratificazioni normative e prospettive evolutive*, ESI, 2025, pp. 241 ss.
[9] M. GRIMOLDI, *Dieci lezioni sul male. I crimini degli adolescenti*, *ANSA Minorenni violenti*, febbraio 2024.

sulle acquisizioni scientifiche imporrebbe, infatti, una valutazione integralmente individualizzata della maturità del singolo adolescente[10].

L'ordinamento giuridico, tuttavia, è chiamato a contemperare tale esigenza con i principi di certezza del diritto, uguaglianza di trattamento e prevedibilità delle decisioni giudiziarie. Da qui deriva la scelta, comune ai principali ordinamenti contemporanei, di individuare soglie anagrafiche cui collegare presunzioni di capacità o incapacità, nella consapevolezza che esse costituiscono criteri convenzionali fondati su dati di esperienza e non già sull'effettiva maturità del singolo individuo. L'età, pertanto, non coincide con la maturità, ma rappresenta uno strumento di semplificazione normativa funzionale alla certezza dell'accertamento.

Anche il nostro ordinamento conosce tale tecnica regolativa. In ambito civilistico, la capacità di agire si acquista con il compimento del diciottesimo anno di età ai sensi dell'art. 2 c.c., sul presupposto che il soggetto abbia raggiunto un grado di maturità sufficiente per autodeterminarsi nella cura dei propri interessi[11]. Lo stesso legislatore, tuttavia, ha previsto numerose deroghe in relazione ai diritti della persona e alle situazioni esistenziali, riconoscendo che la maturazione della personalità non costituisce un fenomeno uniforme e può giustificare forme di anticipata valorizzazione dell'autonomia del minore[12].

---

[10] Y. PARZIALE, *Contributo ad uno studio sull'età minima imputabile,* cit., pp. 85 ss. e bibliografia ivi citata.

[11] L'indicazione del diciottesimo anno di età si deve alla L. n. 39 del 8.3.1975, che ha modificato l'art. 2 del Codice civile, abbassando la soglia della maggiore età, prima fissata al compimento del ventunesimo anno. La norma si fonda sulla presunzione assoluta che l'individuo che ha compiuto i diciotto anni abbia raggiunto la maturità necessaria per intendere e volere autonomamente. N. CANESTRINI, *Diritti del minorenne: rappresentanza, giudice tutelare, rimedi*, in *Canetsrinilex.it*, 27 maggio 2015.

[12] Così, il minore che ha compiuto sedici anni può essere autorizzato dal tribunale per gravi motivi, previo accertamento della sua maturità psicofisica, a contrarre il matrimonio (art. 84 c.c.), e a stipulare le convenzioni matrimoniali (art. 165 c.c.). Per effetto del matrimonio il minore è emancipato di diritto (art. 390 c.c.), consegue cioè una capacità d'agire anticipata, sia pure limitata agli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione, mentre per quelli di straordinaria amministrazione è necessario il consenso del curatore e l'autorizzazione del giudice tutelare (art. 394 c.c.). Il minore emancipato, inoltre, se autorizzato dal tribunale, può esercitare un'impresa commerciale senza l'assistenza del curatore (art. 397 c.c.); in tal caso può compiere da solo gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione anche se estranei all'esercizio dell'impresa. Al compimento del sedicesimo anno la legge riconnette altre importanti anticipazioni della capacità d'agire, che riguardano: il riconoscimento di figlio naturale (art. 250, comma 5, c.c.); la prestazione dell'assenso per l'efficacia del riconoscimento del proprio genitore (art. 250, comma 2, c.c.), per l'inserimento del fratello unilaterale nella famiglia legittima (art. 252 c.c.); la presentazione dell'istanza di nomina di un curatore speciale ai fini dell'azione

Nel diritto penale la disciplina assume connotati peculiari. L'art. 97 c.p. sancisce una presunzione assoluta di non imputabilità del minore degli anni quattordici, fondata sulla considerazione che, prima di tale soglia, difetti in modo insuperabile la capacità di intendere e di volere richiesta quale presupposto della responsabilità penale. Si tratta di una presunzione *iuris et de iure*, che non ammette prova contraria, neppure quando il singolo minore manifesti uno sviluppo cognitivo superiore alla media dei coetanei. La scelta legislativa, di concerto con la normativa internazionale ed europea, risponde all'esigenza di assicurare una tutela rafforzata dell'infanzia, sottraendo integralmente il minore infraquattordicenne all'accertamento della responsabilità penale.

Diversa è, invece, la disciplina prevista dall'art. 98 c.p. per i soggetti che abbiano compiuto il quattordicesimo anno senza aver ancora raggiunto la maggiore età. In tale fascia di età il legislatore, dal 1930 a oggi, non ha mai introdotto una presunzione legale di imputabilità, subordinando, al contrario, la responsabilità penale all'accertamento in concreto della capacità di intendere e di volere[13]. L'imputabilità del minore costituisce, pertanto, oggetto di una verifica individualizzata, nella quale il giudice è chiamato a valutare il grado di maturità raggiunto dal singolo adolescente

---

di disconoscimento della paternità (art. 244, comma 4, c.c.); l'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità (art. 264, comma 1, c.c.); l'assistenza all'inventario dei beni prima della nomina del tutore (art. 363, comma 1, c.c.).
In altri casi, invece, il legislatore fa riferimento semplicemente alla minore età o ad un'età minore degli anni sedici. Così il minore di età può rivolgersi personalmente alle strutture sociosanitarie per la cura e la prevenzione delle tossicodipendenze (art. 95 della L. 22.12.1975, n. 685) e accedere ai consultori familiari per conseguire le finalità scelte in ordine alla procreazione responsabile. La donna minore degli anni diciotto può chiedere personalmente al giudice tutelare l'autorizzazione ad interrompere la gravidanza nei primi novanta giorni, quando vi siano seri motivi che impediscano o sconsiglino la consultazione delle persone esercenti la responsabilità genitoriale o la tutela, o queste, interpellate rifiutino il loro assenso o esprimano pareri tra loro difformi (art. 12 della L. 22.5.1978, n. 194).

[13] Per un quadro completo sulla minore età come causa di esclusione dell'imputabilità cfr. nella manualistica, fra molti, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2015, 623; G. DE FRANCESCO, *Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 2022, 413 ss.; A. CADOPPI - VENEZIANI, *Elementi di Diritto Penale. Parte generale*, Cedam, Padova, 417 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto Penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2015, p 352 ss.; C. FIORE– S. FIORE, *Diritto penale*, Giappichelli, Torino, 2013, 748 ss.; F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto Penale*, Cedam, Padova, 2023, 624 ss.; A. MANGIONE - A. PULVIRENTI, *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 2020, 181; MARINUCCI - DOLCINI – GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2020, 452; T. PADOVANI, *Diritto Penale*, Giuffrè, Milano, 2017, 231 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto Penale*, Giappichelli, Torino, 2023, 311 ss.; F. PALAZZO – R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli Torino, 2023, 619.

al momento della commissione del fatto, mediante un accertamento che non può esaurirsi nella sola diagnosi clinica, ma deve investire complessivamente la personalità del minore, il suo percorso evolutivo e il contesto familiare, educativo e sociale di appartenenza.

A differenza dell'accertamento del vizio di mente, che, pur a seguito dell'ampliamento del concetto di infermità operato dalla giurisprudenza[14], rimane prevalentemente ancorato a una prospettiva medico-psicologica volta a verificare l'incidenza di un'infermità sulle capacità di intendere e di volere, l'accertamento della maturità del minore delineato dal D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 si caratterizza per un approccio più ampio e multidimensionale. Esso, infatti, supera una concezione esclusivamente medico-psicologica, attribuendo rilievo anche ai fattori educativi, relazionali, familiari e ambientali che concorrono alla formazione della personalità del minorenne. In tale prospettiva si collocano le indagini sulla personalità previste dall'art. 9 del D.P.R. n. 448/1988, finalizzate a fornire al giudice un quadro complessivo delle condizioni di vita e del percorso evolutivo del minore, così da consentire un accertamento dell'imputabilità effettivamente individualizzato[15].

Ebbene, l'attuale disciplina dell'imputabilità del minore ultraquattordicenne, risultante dal combinato disposto dell'art. 98 c.p. e dell'art. 9 del D.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, è il risultato di un lungo percorso di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, volto a costruire un modello di giustizia minorile coerente con le

---

[14] Il riferimento va ovviamente alla sentenza "Raso" (Cass., Sez. Unite, 25 gennaio 2005, n. 9163). Cfr., in dottrina *ex multis* M. BERTOLINO, *L'imputabilità e il vizio di mente nel sistema penale*, Milano, 1990, 471; M. T. COLLICA, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino, 2007, 16; P. RIVELLO, *L'imputabilità e l'infermità mentale nel contesto del diritto vivente*, *Cass. pen*., 2018, 422-434. Cfr anche S. DI PINTO, *Il controverso rapporto tra colpevolezza e imputabilità e l'applicazione della regola "in dubio pro reo" anche nel giudizio sulla capacità di intendere e di volere. Imputabilità e neuroscienze*, in questa Rivista, 3/2024, pp. 28 ss. e bibliografia ivi citata.

[15] In merito cfr. E. PALERMO FABRIS, *L'imputabilità del minore*, in AA.VV., *Commentario sistematico del codice penale*, diretto da M. RONCO, *Persone e sanzioni*, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 69; M. BERTOLINO, *Sub art. 98*, in *Codice Penale commentato*, diretto da E. DOLCINI – G. L. GATTA, tomo I, Ipsoa, Milano, 2015, pp. 1636 ss.; A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore. Alcune proposte per la sua valutazione dal punto di vista dello scienziato dell'uomo*, , in *Minorigiustizia*, 3-4/2002, pp. 272 ss.; S. LARIZZA, *Il minore autore di reato e il problema della imputabilità: considerazioni introduttive,* in D. Vigoni (a cura di) *Il difetto d'imputabilità del minorenne*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 20 – 21; G. PANEBIANCO, *Il minore reo,* in A. Mangione, A. Pulvirenti (a cura di) *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, Giuffrè, Milano, 2020, p. 188 ss.

peculiarità di una personalità in formazione. Per lungo tempo essa ha rappresentato l'espressione di un ordinamento considerato tra i più avanzati e garantisti in ambito europeo e sovranazionale, in quanto fondato sul principio della personalizzazione dell'intervento penale e sulla centralità delle esigenze educative e di recupero del minorenne. Si tratta di caratteristiche che rischiano oggi di essere progressivamente compromesse dai più recenti interventi del legislatore e, da ultimo, proprio dal Disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 23 luglio, nei termini che saranno illustrati nei paragrafi seguenti. Infatti, qualora tale impostazione trovasse conferma in sede parlamentare, il sistema italiano potrebbe perdere quella posizione di particolare avanzamento che, per lungo tempo, lo ha contraddistinto anche nel panorama europeo.

3. Il modello italiano nel panorama europeo

L'analisi comparata conferma come la disciplina dell'imputabilità minorile costituisca uno degli ambiti nei quali gli ordinamenti nazionali conservano i maggiori margini di discrezionalità. La determinazione dell'età della responsabilità penale e, soprattutto, delle modalità di accertamento della capacità del minore rappresentano infatti il risultato di scelte di politica criminale profondamente influenzate da fattori storici, culturali e sociali, con la conseguenza che le soglie di imputabilità e i relativi meccanismi probatori si presentano come vere e proprie "frontiere mobili", variabili nel tempo e nello spazio[16].

Tale eterogeneità, tuttavia, non impedisce di individuare alcuni principi comuni elaborati a livello internazionale. A partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, gli strumenti adottati dalle Nazioni Unite e dal Consiglio d'Europa hanno progressivamente delineato un modello di giustizia minorile fondato sulla specialità del sistema, sulla finalità educativa dell'intervento penale e sulla necessità di differenziare il trattamento dei minorenni rispetto a quello degli adulti. Le *Regole di*

[16] E. ZANETTI, *Panorama internazionale e spunti comparatistici*, in D. VIGONI (a cura di), *Il difetto di imputabilità del minorenne,* cit., 51.; M. R. SAULLE, *Minori, bioetica e norme standard nel diritto internazionale,* ESI, Napoli, 1995.

Pechino del 1985[17], la Raccomandazione n. R(87)20 del Consiglio d'Europa[18] e, soprattutto, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia del 1989[19] hanno affermato principi ormai consolidati: la previsione di un'età minima al di sotto della quale il minore non può essere chiamato a rispondere penalmente, la specializzazione degli organi della giustizia minorile e la centralità dell'interesse superiore del minore.

Particolare rilievo assume, in questa prospettiva, il Commento Generale n. 24 del 2019 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia, che individua nella valutazione individualizzata della maturità psicologica ed emotiva uno dei cardini della

---

[17] «La giustizia minorile fa parte integrante del processo di sviluppo nazionale di ciascun Paese, in un quadro generale di giustizia sociale per tutti i giovani, e deve contribuire anche alla protezione ed al mantenimento della pace e dell'ordine nella società». Così si esprime l'art. 1.4 delle Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile (O.N.U., New York, 29 novembre 1985), il cui testo (corredato dal commento ufficiale alle singole regole) può leggersi in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. VII, CEDAM, Padova, 1990, 167 ss. Cfr. sul punto M. R. SAULLE, *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli, 1994.

[18] La Raccomandazione n. (87)20, il cui testo può leggersi in G. CONSO, V. GREVI, G. NEPPI MODONA, *Il processo penale a carico di imputati minorenni*, Cedam, Padova, vol. 1, 1990, pp. 185 ss., ha trovato ulteriore implementazione nella Raccomandazione. (88) 6, approvata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa il 18 aprile 1988 e relativa alle «reazioni sociali alla delinquenza minorile tra i giovani provenienti da famiglie migranti»: l'intento del nuovo intervento sopranazionale è quel- lo di preservare i minori che delinquono da trattamenti discriminatori. Il testo della Raccomandazione n. (88)6 è consultabile in C. BOCHMANN, *Entwicklungeines europäischen Jugendstrafrechts*, Baden-Baden, 2009, pp. 337 ss.

[19] La Convenzione sui diritti dell'infanzia rappresenta il documento sovranazionale in materia minorile più significativo in ragione dell'universalità e della correlata vincolatività che lo caratterizzano. Diversamente dagli altri strumenti internazionali citati, riconducibili al c.d. "soft-law", la Convenzione sui diritti dell'infanzia, ratificata da tutti i Paesi membri dell'ONU con l'eccezione degli USA, obbliga gli Stati parti all'adeguamento del diritto nazionale: cfr. C. BOCHMANN, *Entwicklungeines europäischen Jugendstrafrechts*, cit., 32, cui si rinvia altresì per la consultazione del testo della Convenzione, riportato a 316 ss. La necessità di assicurare l'adeguamento delle legislazioni nazionali in materia minorile ai principi sanciti nella Convenzione ha determinato il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia ad emanare, nel 2007, il General Comment n. 10, relativo ai «diritti dei fanciulli nella giustizia minorile»; si tratta di un documento finalizzato ad assistere gli Stati parti nell'interpretazione ed attuazione dei diritti proclamati dalla Convenzione: cfr. C. BOCHMANN, *Entwicklungeines euro- päischenJugendstrafrechts*, cit., 25; J. DOEK, *The UN Convention on the Rights of the Child*, in J. Junger-Tas, F. Dünkel, *Reforming Juvenile Justice*, Springer, 2009, 20. Per un'efficace sintesi delle determinazioni internazionali in materia minorile, che prendono avvio dalla Dichiarazione di Ginevra proclamata il 24 settembre 1924 dall'Assemblea Generale della Società delle Nazioni, v. S. DI NUOVO – G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, Giuffrè, Milano, 2005, 52 ss.

responsabilità penale minorile, raccomandando agli Stati di evitare automatismi fondati sulla sola età anagrafica e di assicurare che ogni decisione tenga conto delle caratteristiche evolutive del singolo adolescente[20]. Si tratta di indicazioni pienamente coerenti con l'impianto costituzionale italiano, nel quale gli artt. 27, comma 3, e 31 Cost. impongono che la risposta penale nei confronti del minore persegua prioritariamente finalità educative e di recupero.

Sotto il profilo comparatistico, il dato realmente significativo non è rappresentato dall'età minima di imputabilità. La soglia dei quattordici anni prevista dall'art. 97 c.p. si colloca infatti in linea con quella adottata da numerosi ordinamenti europei e non costituisce, di per sé, un elemento di particolare originalità. Il vero discrimine riguarda, piuttosto, il modello di accertamento dell'imputabilità, ossia il rapporto tra presunzione normativa e verifica concreta della maturità del minore.

Da questo punto di vista possono essere individuate tre principali famiglie di ordinamenti.

Una prima adotta un criterio essenzialmente anagrafico: una volta raggiunta l'età prevista dalla legge, la capacità di intendere e di volere è presunta e non costituisce oggetto di uno specifico accertamento, mentre il grado di maturità rileva esclusivamente nella scelta della risposta sanzionatoria. A tale modello appartengono, tra gli altri, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo, Estonia e gli ordinamenti nordici. In tali sistemi il problema dell'imputabilità è sostanzialmente risolto *ex lege*, mentre la minore maturità dell'autore assume rilievo nella fase della commisurazione della pena o dell'applicazione di misure educative[21].

Se il Disegno di legge sarà approvato, l'Italia entrerà in questa famiglia.

Un secondo gruppo, cui appartengono l'attuale ordinamento italiano, Germania e Austria, subordina invece la responsabilità penale del minorenne a un accertamento positivo della sua maturità. Emblematica è la disciplina tedesca, nella quale il § 3

---

[20] Commento Generale n. 24 del 2019 del Comitato ONU sui diritti dell'infanzia, adottato il 18 settembre 2019 (per consultare il documento ufficiale https://digitallibrary.un.org/record/3899429?v=pdf), riguarda i diritti dei minorenni nel sistema di giustizia minorile. Esso sostituisce il precedente Commento n. 10 del 2007, integrando le nuove conoscenze scientifiche sullo sviluppo degli adolescenti e le pratiche di giustizia riparativa.

[21] L. CAMALDO, *L'accertamento della minore età dell'autore di reato tra disciplina nazionale e normativa europea*, in *Processo Penale e Giustizia*, Nº. 2, 2020, pp. 525-536.

della *Jugendgerichtsgesetz* richiede che il giudice accerti se il minore fosse sufficientemente sviluppato, sul piano morale e intellettuale, da comprendere il disvalore del fatto e da orientare conseguentemente la propria condotta. In tale prospettiva, l'imputabilità non si presume, ma deve risultare positivamente dimostrata, coerentemente con una concezione della responsabilità penale strettamente ancorata alle concrete capacità evolutive del singolo adolescente[22].

Una terza categoria adotta, infine, un sistema di presunzioni differenziate in relazione all'età. È il caso della Francia, il cui Codice della giustizia penale minorile, entrato in vigore nel 2021, presume privi di discernimento gli infra-tredicenni e, specularmente, presume capaci di discernimento i minori che abbiano compiuto tredici anni[23]. Si tratta, tuttavia, di presunzioni relative, entrambe suscettibili di prova contraria. In direzione opposta si colloca invece la Romania, dove il minore tra i quattordici e i sedici anni risponde penalmente soltanto quando una perizia medico-legale dimostri positivamente la sussistenza del discernimento.

In questo quadro, il D.d.l. voluto dal Ministro Nordio determina un significativo mutamento di prospettiva. Pur senza modificare formalmente la soglia di imputabilità fissata dall'art. 97 c.p., esso interviene sul meccanismo di accertamento previsto dall'art. 98 c.p., rafforzando la presunzione di imputabilità del minore ultraquattordicenne mediante il trasferimento dell'onere di allegare e dimostrare l'eventuale incapacità sulla difesa. L'effetto sistematico della riforma è quello di allontanare il nostro ordinamento dal modello tradizionalmente seguito dall'Italia e condiviso da Germania e Austria, fondato sull'accertamento positivo della maturità, per avvicinarlo agli ordinamenti che attribuiscono prevalenza alla presunzione legale di capacità.

Tale scelta legislativa, pur non ponendosi in diretto contrasto con le raccomandazioni degli organismi internazionali, che, come si è detto, lasciano agli Stati un ampio margine di discrezionalità nella disciplina dell'imputabilità del minore, rischia di allontanare l'ordinamento italiano dalla logica personalistica che ha finora costituito uno dei tratti distintivi e maggiormente apprezzati del suo

[22] A. DE LIA, *La disciplina dell'imputabilità nel diritto penale tedesco: spunti comparatistici con il sistema italiano*, in *Ambientediritto*, 2/2026, pp. 4ss. e bibliografia ivi citata.
[23] J. BOURDIN, *La delinquenza giovanile in Francia, tra educazione e punizione*, in *Le Monde Diplomatique*, giugno 2002.

sistema di giustizia penale minorile. Ne deriverebbe un ridimensionamento di quel modello che, per lungo tempo, è stato assunto quale punto di riferimento anche in ambito europeo per l'attenzione riservata alla centralità delle esigenze educative del minore.

4. L'accertamento della "maturità" per il minore tra quattordici e diciotto anni nella disciplina vigente

Il legislatore del 1930, con riferimento alla fascia di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, ha scelto di non introdurre una presunzione di imputabilità, subordinando invece la responsabilità penale del minorenne all'accertamento, caso per caso, dell'effettiva acquisizione della capacità di intendere e di volere. In tale prospettiva si colloca l'art. 98 c.p., che condiziona la declaratoria di imputabilità del reo infradiciottenne alla preventiva verifica delle sue capacità intellettive e volitive[24].

Tale opzione normativa trova la propria giustificazione nella consapevolezza che il processo di maturazione dell'adolescente non si sviluppa secondo tempi uniformi, ma risente delle peculiarità del percorso evolutivo di ciascun individuo e delle molteplici variabili personali, familiari, sociali e ambientali che lo influenzano. Ne consegue che, all'interno della medesima fascia d'età, la capacità di comprendere il significato del proprio comportamento e di autodeterminarsi consapevolmente può essere raggiunta in momenti differenti[25].

La conseguenza immediata dell'assenza di una presunzione legislativa è che l'accertamento dell'imputabilità costituisce un passaggio obbligato del procedimento penale minorile. La giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito che l'art. 98 c.p. non introduce alcuna presunzione né di capacità né di incapacità, spettando al giudice verificare in concreto se il minore abbia raggiunto quel grado di sviluppo psichico ed etico necessario per poter essere chiamato a rispondere penalmente delle proprie azioni[26]. Analogamente, la dottrina ha costantemente affermato che la

---

[24] Sul punto la *Relazione Rocco sul libro I del progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale*, vol. V, 146, prevedeva : «il progetto mantiene la distinzione fondamentale sull'imputabilità dei minori, tra il periodo nel quale il minore deve essere considerato assolutamente incapace [...] ed il periodo nel quale l'imputabilità è subordinata alla prova che il minore abbia la capacità di intendere e di volere».

[25] [25] Y. PARZIALE, *Contributo ad uno studio sull'età minima imputabile*, cit., pp. 101 ss.

[26] Cass. pen., 15 giugno 1984, Grimaldi, *CED Cass*. n. 164870; cfr. anche Cass. pen., 18 febbraio 1988, Ghidoni, *CED Cass*. n. 177656; Cass. pen., 17 novembre 1989, Armicar, in *CED Cass*. n. 182554; Cass.

capacità di intendere e di volere non può essere desunta dalla sola età anagrafica, ma deve essere oggetto di un accertamento specifico, fondato sull'esame della personalità del soggetto[27].

Proprio la mancanza di criteri normativi idonei a definire il contenuto dell'accertamento ha indotto dottrina e giurisprudenza ad elaborare il concetto di maturità, destinato a costituire il parametro attraverso cui verificare l'imputabilità del minorenne[28]. Si tratta di una categoria priva di una definizione legislativa, nata nella prassi per adattare la nozione generale di capacità di intendere e di volere alle peculiarità dell'età evolutiva. La maturità non coincide con l'assenza di patologie psichiche né con il semplice sviluppo intellettivo, ma esprime il complessivo grado di evoluzione della personalità del minore, avuto riguardo alla sua capacità di comprendere il significato del fatto commesso, di percepirne il disvalore sociale e giuridico e di orientare consapevolmente il proprio comportamento[29].

L'elaborazione di tale concetto ha conosciuto un'evoluzione significativa. In una prima fase, il giudizio sulla maturità veniva sostanzialmente mutuato dagli schemi della psichiatria forense, sicché il minorenne era ritenuto imputabile quando

---

pen., 15 maggio 1979, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1980, 1547. Nei medesimi termini Cass. pen., 11 luglio 1979, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1980, 704.

[27] Ex multis, R. BIANCHETTI, *Giustizia penale minorile, disturbi di personalità e trattamento criminologicoin età evolutiva: disamina di un emblematico caso giudiziario*, in *L'Indice Penale*, 1, 2016, Dike, Roma, pp. 179 ss.; S. DI NUOVO – G. GRASSO, *Diritto e procedura penale minorile,* cit. pp. 165 ss.; F. PALAZZO, *Punire e curare: tra incertezze scientifiche ed esigenze di riforma*, in AA.VV., *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale,* a cura di A. Menghini – E. Mattevi, Trento, 2020; E. PALERMO FABRIS – A. PRESUTTI, (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, vol. 5° del *Trattato di diritto di famiglia* diretto da Paolo Zatti, Giuffrè, Milano, 2011, 336; F. PALOMBA, *Codice di procedura penale minorile commentato*, in *Esperienze di giustizia minorile*, 1989, p. 257; G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 105 e bibliografia ivi citata.

[28] Su tale elaborazione, e con forti accenti critici, F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, cit., p 700 ss. A. ASTROLOGO, *Il "gruppo" come fattore incidente sulla valutazione dell'imputabilità del minore ultraquattordicenne*, in *Arch. Pen.*, 1/2014, 12 ss.; M. AMISANO, *Incapacità per vizio totale di mente ed elemento psicologico del fatto*, cit.; C. SCIVOLETTO, *Sistema penale e minori*, Carocci, Roma, 2012; E. LANZA, *L'imputabilità del minorenne: la difficoltà di interpretare la nozione di maturità e i possibili sviluppi in materia di responsabilità penale,* in *L'Indice penale*, 2013, 2, p 349 ss; ASTROLOGO, *o cit*., p 12 ss; T. BANDINI - U. GATTI, *Il concetto di immaturità*, in F. Ferracuti (a cura di), *Trattato di criminologia, medicina criminologica e psichiatria forense*, Giuffré, Milano, 1989, vol. VI, p. 141; G.L. PONTI – P. GALLINA FIORENTINI, *Imputabilità e immaturità nel procedimento penale minorile*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 1983, p. 873;

[29] B. FORRESI, *Intelligenza sociale e imputabilità un nuovo parametro di valutazione*, in *Psicologia e Giustizia*, 04 settembre 2006.

presentava uno sviluppo psichico riconducibile ai parametri della normalità clinica[30]. Un simile approccio, fortemente medicalizzato, finiva tuttavia per trascurare la complessità del processo di crescita dell'adolescente, riducendo l'accertamento a una verifica prevalentemente patologica.

Una svolta importante si è registrata con la riforma del Tribunale per i minorenni del 1956. L'ingresso dei giudici onorari esperti in psicologia, pedagogia e discipline sociali ha favorito progressivamente una diversa concezione della maturità, non più limitata alla sola normalità psichica ma estesa all'intero processo evolutivo della personalità. Da questo momento il giudizio sull'imputabilità ha iniziato a valorizzare anche il contesto familiare, il livello di integrazione sociale, il percorso scolastico, le esperienze educative, le condizioni economiche e culturali del minore, nonché l'incidenza che tali fattori possono avere sulla formazione della sua capacità di autodeterminazione[31].

Gli orientamenti più recenti hanno ulteriormente ampliato la prospettiva valutativa, attribuendo rilievo anche alle situazioni di marginalità sociale, disagio familiare, povertà educativa e deprivazione affettiva. Parallelamente, parte della dottrina ha elaborato il cosiddetto modello "dell'intelligenza sociale", volto a ricondurre il giudizio di maturità a criteri maggiormente verificabili, individuando nella capacità del minore di comprendere le conseguenze delle proprie azioni, di controllare gli impulsi e di assumere decisioni responsabili gli elementi fondamentali dell'accertamento[32].

Nonostante tale evoluzione interpretativa, la nozione di maturità continua ancora oggi a presentare margini di indeterminatezza. La personalità dell'adolescente è infatti caratterizzata da una continua evoluzione e la percezione del disvalore del comportamento varia sensibilmente in relazione all'età, alle esperienze individuali e alla tipologia del reato. A ciò si aggiungono i contributi delle neuroscienze, che hanno evidenziato come lo sviluppo delle funzioni cognitive ed esecutive prosegua ben oltre il compimento del quattordicesimo anno di età,

---

[30] A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore. Alcune proposte per la sua valutazione dal punto di vista dello scienziato dell'uomo,* cit..
[31] E. LANZA, *L'imputabilità del minorenne: la difficoltà di interpretare la nozione di maturità e i possibili sviluppi in materia di responsabilità penale,* cit., pp. 349 ss;
[32] G. GULOTTA – T. BOI, *L'intelligenza sociale*, Giuffrè, Milano, 1994.

rendendo sempre più difficile individuare criteri oggettivi e uniformi per stabilire quando possa dirsi raggiunta la maturità penalmente rilevante[33].

Sul piano processuale, il principale strumento attraverso il quale viene svolto tale accertamento è rappresentato dalle indagini sulla personalità disciplinate dall'art. 9 del D.P.R. n. 448 del 1988. La norma impone al pubblico ministero e al giudice di acquisire, già nella fase delle indagini preliminari, elementi sulle condizioni personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne, attribuendo alla valutazione personologica una funzione centrale nell'intero procedimento penale minorile.

La disciplina introdotta dal codice di procedura penale minorile del 1988 ha profondamente ampliato la portata dell'indagine rispetto alla normativa previgente. L'accertamento non è più rivolto esclusivamente alla verifica dell'imputabilità, ma è finalizzato anche a orientare le decisioni concernenti la responsabilità, la scelta delle misure cautelari, la determinazione della pena, l'eventuale applicazione degli istituti di *diversion* e l'adozione dei provvedimenti civili eventualmente necessari. Le informazioni raccolte sulla personalità del minore costituiscono, pertanto, il presupposto conoscitivo di tutte le principali decisioni che l'autorità giudiziaria è chiamata ad assumere nel corso del procedimento.

Per tali ragioni, dottrina e giurisprudenza qualificano ormai gli accertamenti previsti dall'art. 9 D.P.R. n. 448 del 1988 come sostanzialmente obbligatori. Sebbene la disposizione non preveda espressamente una sanzione processuale in caso di omissione, è opinione largamente condivisa che la mancata acquisizione di tali elementi si rifletta sulla completezza della motivazione del provvedimento e, quindi, sulla sua legittimità.

Quanto alle modalità di svolgimento delle indagini, il secondo comma dell'art. 9 consente all'autorità giudiziaria di assumere informazioni da persone informate sui

---

[33] M. BERTOLINO, *I minori della post-modernità di fronte alla responsabilità penale: questioni di maturità e di (neuro)scienza,* in *Teoria e critica della regolazione sociale,* 1/2021, pp. 231-256; A. CERETTI, *Il concetto di maturità del minore. Alcune proposte per la sua valutazione dal punto di vista dello scienziato dell'uomo,* cit. ; G. DE LEO, *L'osservazione della personalità nel Processo Penale Minorile: limiti scientifici e prospettive d'intervento*, in *Esperienze di rieducazione*, 4/1978, p. 9; V. MERCURIO, GARCIA-LOPEZ *et al*., *Adolescent Brain Development and Progressive Legal Responsibilityin the Latin American Context*, in *National librery of Medicine*, 04 aprile 2020, p. 8,

fatti e di acquisire il parere di esperti anche senza il rispetto delle formalità previste dal codice di procedura penale. Tale disciplina, ispirata ad esigenze di celerità e flessibilità, ha favorito nella prassi il coinvolgimento dei servizi minorili, degli psicologi, dei pedagogisti e degli assistenti sociali, i quali rappresentano il principale supporto tecnico dell'autorità giudiziaria nell'elaborazione del profilo personologico del minore. La centralità di tali figure costituisce una delle caratteristiche più significative del processo penale minorile, improntato ad un approccio multidisciplinare nel quale competenze giuridiche, psicologiche, pedagogiche e sociali concorrono alla formazione del giudizio.

Ebbene, l'assetto normativo oggi vigente, caratterizzato da un modello di accertamento fortemente individualizzato, fondato su una valutazione complessiva della personalità del minorenne e del contesto nel quale egli è inserito, rappresenta il risultato di un lungo percorso di studio e di confronto tra specialisti di diverse discipline. Sarebbe pertanto un errore, a nostro avviso, oltre che una scelta potenzialmente dannosa per le ragioni che si esporranno, sostituire l'accertamento obbligatorio caso per caso con una presunzione di capacità, sia pure relativa e dunque suscettibile di prova contraria.

5. La "nuova" presunzione di imputabilità

Come si è avuto modo di osservare, nell'attuale sistema penale l'accertamento della capacità di intendere e di volere del minore ultraquattordicenne rappresenta un momento fisiologico e imprescindibile del procedimento penale minorile.

Qualora fosse approvato il Disegno di legge in commento, tale impostazione risulterebbe profondamente modificata. L'introduzione di una presunzione di imputabilità per i minori che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età determinerebbe, infatti, un'inversione della logica sottesa all'attuale art. 98 c.p.: non sarebbe più la maturità a dover essere accertata, bensì l'eventuale immaturità, destinata ad assumere carattere eccezionale.

Premesso che ci si trova ancora in una fase iniziale dell'iter legislativo, ci si limiterà a svolgere alcune riflessioni critiche sulla base della bozza del D.d.l.. Essa prevede che al primo comma dell'art. 98 c.p., il quale dispone: «È imputabile chi, nel momento in cui ha commesso il fatto, aveva compiuto i quattordici anni, ma non ancora i diciotto, se aveva capacità d'intendere e di volere; ma la pena è diminuita»,

sia aggiunto il seguente periodo: «Nei casi di cui al primo periodo, la capacità di intendere e di volere del minore si presume fino a prova contraria».

Per come è formulata, già la tecnica legislativa adottata suscita non poche perplessità, poiché introduce una evidente tensione logico-sistematica all'interno della stessa disposizione. Il primo periodo dell'art. 98 c.p. continua, infatti, a subordinare l'imputabilità del minorenne all'accertamento della sua capacità di intendere e di volere al momento del fatto, configurandola come presupposto dell'imputabilità; il secondo periodo, invece, presume l'esistenza di tale capacità fino a prova contraria. In questo modo, un requisito che la norma, nella sua formulazione originaria, pone come oggetto di un accertamento positivo diviene, nella disposizione immediatamente successiva, oggetto di una presunzione, con l'effetto di alterare la struttura logica della disciplina e di svuotare, almeno in parte, il significato della condizione posta dal primo periodo.

Se questa è l'intenzione del legislatore, sarebbe più coerente intervenire direttamente sul primo comma dell'art. 98 c.p., prevedendo che è imputabile chi, al momento della commissione del fatto, aveva compiuto i quattordici anni ma non ancora i diciotto, salvo prova contraria.

Sotto questo primo aspetto, si auspica, pertanto, una riformulazione della disposizione al fine di eliminare l'incoerenza interna e di rendere la tecnica normativa coerente con l'effettiva opzione di politica criminale perseguita dal legislatore.

Sotto il profilo dogmatico, poi, la scelta legislativa non può essere considerata una mera modifica tecnica della disciplina dell'imputabilità, poiché incide su principi, di rango costituzionale e sovranazionale, che costituiscono il fondamento stesso del diritto penale minorile. In primo luogo, essa si pone in tensione con il principio di individualizzazione, che impone di valutare la responsabilità del minore alla luce delle sue concrete caratteristiche personali e del suo effettivo livello di sviluppo, escludendo qualsiasi automatismo fondato sul solo dato anagrafico[34]. Al tempo stesso, essa riduce la portata del *favor minoris*, criterio ispiratore dell'intero sistema della giustizia minorile internazionale, orientato ad assicurare una tutela

[34] Più ampiamente LV. PATANÈ, *L'individualizzazione del processo penale minorile*, Giuffrè, Milano 1999.

rafforzata nei confronti di soggetti che si trovano ancora in una fase evolutiva della propria personalità[35].

È vero che numerosi ordinamenti europei prevedono forme, più o meno accentuate, di presunzione di imputabilità del minore ultraquattordicenne. Tuttavia, tali modelli risultano generalmente accompagnati da un articolato sistema di garanzie sostanziali e processuali che consente di accertare, in maniera effettiva e agevole, l'eventuale difetto di maturità del singolo adolescente. Proprio questo profilo rappresenta uno dei principali limiti del Disegno di legge in esame, il quale introduce la presunzione senza disciplinare contestualmente un procedimento specifico volto a consentirne un efficace superamento nei casi in cui il minore non abbia ancora raggiunto la maturità richiesta ai fini dell'imputabilità. Qualora l'iter legislativo dovesse proseguire, sarebbe pertanto auspicabile che il legislatore affianchi alla presunzione un sistema di garanzie idoneo ad assicurare un accertamento tempestivo, accessibile e scientificamente fondato dell'eventuale immaturità del minore, così da preservare, per quanto possibile, il principio di individualizzazione che caratterizza il processo penale minorile.

La nuova previsione suscita, inoltre, dubbi di compatibilità con i principi costituzionali. In particolare, essa sembra porsi in tensione con l'art. 31, secondo comma, Cost., che impone alla Repubblica di proteggere la gioventù favorendone gli istituti necessari. Venendo meno, infatti, la necessità di procedere sistematicamente alla verifica della capacità di intendere e di volere, l'accesso agli istituti costruiti proprio per evitare che un adolescente non ancora pienamente maturo sia assoggettato al processo penale – primo fra tutti il proscioglimento per difetto di imputabilità ai sensi dell'art. 98 c.p. – risulterebbe inevitabilmente più limitato. Ne deriverebbe il rischio di sottoporre al procedimento penale soggetti che, pur avendo raggiunto la soglia anagrafica dei quattordici anni, non abbiano ancora conseguito quella maturità psichica ed emotiva che l'ordinamento, nella disciplina vigente, considera presupposto imprescindibile della responsabilità penale.

Anche sotto il profilo processuale le ricadute sarebbero particolarmente significative.

[35] Come è stato sottolineato anche nel comunicato del Consiglio direttivo dell'Associazione italiana dei Professori di diritto penale, pubblicato il 27 luglio 2026 all'indomani del comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 182 del 23 luglio 2026 relativo al Disegno di legge.

L'art. 9 del D.P.R. n. 448/1988, che attualmente dispone, al primo comma: «Il pubblico ministero e il giudice acquisiscono elementi circa le condizioni e le risorse personali, familiari, sociali e ambientali del minorenne al fine di accertarne l'imputabilità e il grado di responsabilità, valutare la rilevanza sociale del fatto nonché disporre le adeguate misure penali e adottare gli eventuali provvedimenti civili», verrebbe modificato mediante l'eliminazione del riferimento all'«imputabilità». Gli accertamenti sulla personalità del minorenne resterebbero, pertanto, demandati al pubblico ministero e al giudice esclusivamente ai fini dell'accertamento del grado di responsabilità, della valutazione della rilevanza sociale del fatto e dell'adozione dei conseguenti provvedimenti.

Verrebbe, inoltre, introdotto un comma 1-bis, in base al quale il pubblico ministero e il giudice potrebbero acquisire elementi anche ai fini del giudizio sull'imputabilità ai sensi dell'art. 98, primo comma, secondo periodo, c.p., ossia della disposizione che introduce una presunzione relativa di capacità di intendere e di volere del minorenne. In tal modo,

L'indagine personologica e, più nello specifico, la verifica della maturità non costituirebbero più, dunque, una linea guida ai fini dell'accertamento della responsabilità, ma assumerebbero carattere meramente eventuale, essendo subordinate all'emersione di elementi specifici idonei a mettere in discussione la presunzione legislativa di capacità di intendere e di volere del minorenne.

Ne deriverebbe anche un'inversione dell'onere della prova. Mentre nel sistema vigente spetta all'autorità giudiziaria verificare positivamente il raggiungimento della maturità richiesta dall'art. 98 c.p., nel modello delineato dalla riforma sarebbe la difesa a dover dimostrare l'assenza di tale requisito, allegando elementi idonei a far dubitare della capacità del minore.

Tale aspetto rischia di produrre evidenti disparità di trattamento. L'attivazione di consulenze psicologiche, psichiatriche o neuropsichiatriche comporta tempi e costi non trascurabili, che non tutte le famiglie sono concretamente in grado di sostenere. Il pericolo è, dunque, che l'effettivo esercizio del diritto di difesa finisca per dipendere dalle condizioni economiche dell'imputato, con una conseguente compressione del principio di uguaglianza sostanziale e delle garanzie difensive proprie del processo penale minorile.

L'effetto più preoccupante della riforma, tuttavia, riguarda il prevedibile incremento del numero di minorenni sottoposti a processo penale. Il D.P.R. n. 448/1988 è ispirato alla finalità di limitare, per quanto possibile, l'impatto del procedimento penale sul percorso di crescita del minore, prevedendo istituti che ne consentono la tempestiva fuoriuscita dal circuito giudiziario, come il proscioglimento per difetto di imputabilità dovuto a immaturità ovvero, nelle ipotesi in cui il processo debba proseguire, la sospensione del procedimento con messa alla prova.

Qualora il Disegno di legge fosse approvato, tale logica risulterebbe profondamente alterata. La presunzione di capacità di intendere e di volere comporterebbe, infatti, che il minorenne sia normalmente chiamato ad affrontare il processo, salvo che venga fornita la prova della sua inimputabilità. L'accertamento dell'incapacità non costituirebbe più il presupposto preliminare per l'eventuale definizione anticipata del procedimento, ma diverrebbe una questione eventuale, destinata a essere sollevata e dimostrata nel corso del giudizio. Ne deriverebbe un inevitabile aumento del carico processuale e, soprattutto, un allontanamento temporale tra la commissione del fatto e l'eventuale intervento educativo, con il rischio di compromettere l'efficacia rieducativa che costituisce uno dei principi cardine del processo penale minorile.

Particolarmente delicati appaiono, poi, gli effetti della riforma nei confronti dei minori stranieri non accompagnati, i quali rappresentano una delle categorie più vulnerabili sottoposte alla giurisdizione minorile[36]. Si tratta frequentemente di soggetti privi di una rete familiare di riferimento, spesso sprovvisti di documentazione anagrafica e caratterizzati da percorsi migratori segnati da esperienze traumatiche e da condizioni di grave vulnerabilità sociale. In tali ipotesi, la previsione di una presunzione di imputabilità rischierebbe di ridurre ulteriormente il ricorso agli accertamenti sulla maturità, con la conseguenza che numerosi minori verrebbero considerati imputabili senza una preventiva verifica della loro effettiva capacità di intendere e di volere. Ciò potrebbe determinare un incremento del numero dei procedimenti e degli ingressi negli istituti penali per minorenni, aggravando ulteriormente un sistema già caratterizzato da rilevanti criticità organizzative e dal persistente problema del sovraffollamento, in evidente

[36] Per un quadro più completo sul tema, sia consentito rinviare a Y. PARZIALE, *Giustizia riparativa e misure alternative alla detenzione: un diritto negato ai minori stranieri?*, in *questa rivista*, 2/2025, 24 ss.

contrasto, ancora una volta, con la funzione educativa e rieducativa che dovrebbe connotare la giustizia penale minorile.

6. Riflessioni conclusive

È ormai evidente come anche il sistema penale minorile sia stato progressivamente coinvolto nella più ampia tendenza espansiva che da tempo caratterizza il diritto penale contemporaneo, improntata a un rafforzamento della risposta repressiva e a un progressivo arretramento delle garanzie[37]. In tale contesto si collocano gli interventi normativi degli ultimi anni e, da ultimo, il Disegno di legge in commento di introdurre una presunzione relativa di capacità di intendere e di volere per i minori ultraquattordicenni, espressione di una concezione che tende ad assimilare sempre più il trattamento del minorenne a quello dell'adulto.

Come evidenziato in altre occasioni, si sta assistendo a un processo di progressiva "adultizzazione" del sistema penale minorile[38], fondato sull'assunto, non dimostrato sul piano empirico e difficilmente conciliabile con i principi costituzionali e sovranazionali, secondo cui il contrasto alla criminalità minorile richiederebbe un costante irrigidimento della risposta sanzionatoria, l'anticipazione della soglia di responsabilità penale, la riduzione degli spazi di discrezionalità giudiziale e il ridimensionamento degli istituti a contenuto educativo. Si tratta, tuttavia, di una prospettiva che rischia di compromettere proprio quei tratti identitari che hanno reso il modello italiano un punto di riferimento nel panorama comparato.

Il processo penale minorile non è stato costruito per assicurare una risposta meno rigorosa al reato, bensì per offrire una risposta diversa, calibrata sulle peculiarità evolutive dell'autore e orientata alla sua responsabilizzazione attraverso strumenti individualizzati. La centralità dell'accertamento della maturità del minore,

---

[37] Inevitabile il riferimento a S. MOCCIA, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, ESI, Napoli, 2000. Più di recente si vedano per tutti G. BALBI, *Il "decreto sicurezza" e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22 luglio 2025; G. LOSAPPIO, *È ancora possibile il diritto penale?*, in *Sistema penale*, 08 ottobre 2025; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *www.questionegiustizia.it*, 26 marzo 2019; C. PIERGALLINI, *Il "penale" senza "diritto"?*, in *www.sistemapenale.it*, 4 maggio 2023.

[38] Y. PARZIALE, *La progressiva "adultizzazione" della messa alla prova minorile: riflessioni a margine dei più recenti interventi normativi e giurisprudenziali* in *Penale diritto e procedura* (ISSN 2724-0711), 06.05.2026, pp. 1-50;

la funzione residuale del processo, il ricorso a meccanismi di definizione anticipata e l'attenzione alla finalità educativa costituiscono elementi strutturali del sistema, non deroghe eccezionali suscettibili di essere sacrificate in nome di esigenze contingenti di politica criminale.

La presunzione di capacità di intendere e di volere si pone in tensione con tale impianto. Il rischio è che il processo divenga la regola e la verifica dell'effettiva maturità del minore l'eccezione, con conseguenze difficilmente conciliabili con il principio di personalità della responsabilità penale, con il *favor minoris* che permea il D.P.R. n. 448/1988 e con gli obblighi derivanti dalle fonti internazionali in materia di giustizia minorile.

Preservare l'identità del sistema penale minorile non significa negare l'esigenza di contrastare efficacemente la devianza giovanile, ma riconoscere che tale obiettivo non può essere perseguito mediante un indiscriminato irrigidimento degli strumenti repressivi. Al contrario, l'esperienza applicativa e gli studi criminologici mostrano come la prevenzione della recidiva e il reinserimento sociale del minore siano favoriti da interventi tempestivi, individualizzati e orientati alla responsabilizzazione, piuttosto che dall'estensione dell'area della punibilità o dall'anticipazione della risposta penale.

Alla luce delle considerazioni svolte, sarebbe auspicabile un ripensamento da parte del legislatore rispetto alla riforma prospettata, al fine di evitare che esigenze contingenti di sicurezza finiscano per alterare l'equilibrio che ha caratterizzato il sistema penale minorile italiano. Qualora tale intervento dovesse comunque trovare attuazione, appare quantomeno necessario un approccio interpretativo volto a preservare la funzione educativa e individualizzante del modello delineato dal D.P.R. n. 448/1988, attraverso una piena valorizzazione degli strumenti già esistenti e un adeguato investimento nelle risorse educative, sociali e territoriali che ne costituiscono il presupposto indispensabile.

Solo mantenendo ferma la specificità della giustizia penale minorile sarà possibile coniugare le esigenze di tutela della collettività con il superiore interesse del minore e con la funzione rieducativa della pena, evitando che scelte dettate da esigenze contingenti compromettano un equilibrio costruito nel corso di decenni di elaborazione legislativa, giurisprudenziale e scientifica.

LA PROPORZIONALITÀ DELLA PENA E I LIMITI COSTITUZIONALI DELLA LEGISLAZIONE PENALE EMERGENZIALE. IL TRIBUNALE DI SIRACUSA SOLLEVA QUESTIONE DI INCOSTITUZIONALITÀ DEI COMMI 1, 3 E 4 DELL'ART. 12 *BIS* T.U.I.

The Proportionality of penality and the Constitutional limits of emergency criminal legislation. The Court of Syracuse raises a question of constitutionality of Paragraphs 1, 3, and 4 of Article 12-bis of the Consolidated Immigration Act

di

Filomena Pisconti *

L'ordinanza del G.U.P. del Tribunale di Siracusa del 16 ottobre 2025 solleva rilevanti dubbi di legittimità costituzionale in relazione ai commi 1, 3 e 4 dell'art. 12 bis T.U.I., introdotto dal c.d. decreto Cutro, ponendo al centro il tema della proporzionalità della pena. La disciplina censurata, caratterizzata da minimi edittali particolarmente elevati e da un marcato irrigidimento del sistema delle circostanze, appare idonea a comprimere gli spazi di individualizzazione giudiziale e a determinare un trattamento sanzionatorio potenzialmente disallineato rispetto al grado di colpevolezza. La questione si colloca all'incrocio tra principi costituzionali (artt. 3 e 27 Cost.) e standard eurounitari (art. 49, § 3, C.D.F.U.E.), interrogando i limiti della legislazione penale emergenziale e il ruolo della Corte costituzionale nel controllo sulla ragionevolezza delle scelte punitive.

***

*The order issued by the Preliminary Hearing Judge (GUP) of the Court of Syracuse on 16 October 2025 raises significant doubts as to the constitutionality of paragraphs 1, 3, and 4 of Article 12-*bis *of the Consolidated Immigration Act, introduced by the so-called* Cutro Decree, *placing the principle of proportionality of punishment at the center of the analysis. The challenged provisions, characterized by particularly high statutory minimum penalties and by a marked tightening of the rules governing aggravating and mitigating circumstances, appear capable of restricting the scope for judicial individualization of sentencing and of producing a sanctioning regime potentially misaligned with the offender's degree of culpability.*

* Ricercatrice in diritto penale nell' Università degli Studi di Bari "A. Moro".

The constitutional question lies at the intersection of domestic constitutional principles (Articles 3 and 27 of the Italian Constitution) and European Union standards (Article 49(3) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union), raising broader concerns about the limits of emergency criminal legislation and the role of the Constitutional Court in reviewing the reasonableness of punitive choices.

Sommario: 1. L'oggetto dell'ordinanza. – 2. Il nucleo centrale della rimessione concernente il profilo sanzionatorio. – 3. I *tertia comparationis* richiamati nell'ordinanza. – 4. L'esclusione di una interpretazione conforme dell'art. 12 *bis* T.U.I. – 5. L'impossibilità di applicazione dell'art. 114 c.p. – 6. I precedenti della Corte costituzionale sulla proporzionalità della pena. – 7. Considerazioni conclusive.

1. L'oggetto dell'ordinanza

L'ordinanza del 16 ottobre 2025 n. 10, con cui il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Siracusa ha sollevato questione di legittimità costituzionale dei commi 1, 3 e 4 dell'art. 12 *bis* Testo Unico Immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286), ha segnato uno dei primi e più rilevanti interventi giurisdizionali sul nuovo assetto repressivo introdotto dal c.d. decreto Cutro in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

La questione di legittimità costituzionale investe plurimi parametri: artt. 3 e 27 Cost. e 11 e 117 Cost. in relazione all' art. 49, § 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'art. 12 *bis* del d.lgs. 286/1998 è stato introdotto dal d.l. 10 marzo 2023 n. 20, convertito in l. 5 maggio 2023 n. 50, all'indomani del naufragio di Cutro, con il conclamato obbiettivo di rafforzare la risposta sanzionatoria nei confronti delle condotte di trasporto illecito di migranti sfociate in eventi mortali o lesivi[2].

[2] Il primo caso di applicazione della nuova normativa ha riguardato la barca a vela civile NADIR, dell'O.N.G. tedesca RESQSHIP, sequestrata dalle autorità italiane l'8 giugno 2025. L'imbarcazione aveva soccorso 112 persone in difficoltà a bordo di una barca di legno inadeguata alla navigazione. L'operazione di salvataggio si è svolta nella notte tra il 5 e il 6 giugno, in acque internazionali. La sera del 5 giugno la NADIR aveva individuato l'imbarcazione sovraffollata e, considerato lo stato di salute critico di circa 30 migranti intrappolati sottocoperta, l'equipaggio decideva di procedere immediatamente all'evacuazione di tutti i naufraghi. Concluse le operazioni intorno alle 3 del mattino, nonostante onde fino a un metro, il M.R.C.C. di Roma indicava Lampedusa come porto sicuro, raggiunto circa 12 ore dopo. All'arrivo, la nave è stata posta sotto sequestro. Secondo le accuse, la

Il giudizio *a quo* trae origine da un procedimento abbreviato nei confronti di due imputati accusati di avere condotto un'imbarcazione carica di migranti verso le coste italiane. Durante la traversata, il natante – privo di adeguate dotazioni di sicurezza e sovraccarico – entrava in collisione con una motovedetta intervenuta per operazioni di soccorso, determinando il decesso di tre persone e il ferimento di altre dieci.

La dinamica dell'evento, così come ricostruita nel capo di imputazione e recepita dal giudice rimettente, evidenziava come la morte e le lesioni non costituissero esito voluto della condotta, ma conseguenza della situazione di pericolo generata dalle modalità del trasporto illecito. Proprio tale qualificazione dell'evento in termini colposi, unitamente alla posizione soggettiva degli imputati – individuati quali conducenti dell'imbarcazione, in assenza di elementi indicativi di stabile inserimento in organizzazioni criminali – ha reso concretamente applicabile la fattispecie di cui all'art. 12 *bis* T.U.I.

L'ordinanza sviluppa anzitutto un inquadramento sistematico della nuova disposizione, chiarendo come essa non possa essere ricondotta al novero delle circostanze aggravanti dell'art. 12 T.U.I., ma debba essere qualificata come reato autonomo.

In tal senso depongono la collocazione normativa, la struttura della fattispecie e il rinvio selettivo ad alcuni istituti della disciplina base. Il rapporto tra le due norme – l'art. 12 e l'art. 12 *bis* – viene così ricostruito in termini di specialità, con assorbimento del reato meno grave in quello aggravato dall'evento[3].

NADIR avrebbe omesso di contattare le autorità libiche e tunisine. In realtà, l'equipaggio ha agito seguendo le istruzioni italiane e ha più volte tentato di mettersi in comunicazione con i R.C.C. di Libia e Tunisia, senza ricevere alcun riscontro. Contestualmente, nei confronti di due presunti scafisti – uno maggiorenne e uno minorenne – è stato avviato un procedimento per l'art. 12 *bis* T.U.I., con conseguente custodia cautelare: in carcere per l'adulto e in I.P.M. per il minore.

Particolarmente significativa è la riconducibilità della nuova disposizione alla categoria dei c.d. "*legislative placebo*", «ossia delle disposizioni introdotte al solo scopo di produrre sensazioni di appagamento nell'opinione pubblica – in questo caso la convinzione che lo Stato si stia attrezzando per porre un freno ai flussi migratori irregolari e prevenire nuove morti in mare – pur nella consapevolezza della loro sostanziale inefficacia». Cfr., sul punto, S. ZIRULIA, *Il reato di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina» art. 12-bis t.u. imm. Uno strumento sproporzionato e inefficace per il contrasto al traffico di migranti,* in *Quest. giust.*, 2024.

[3] Sulla natura circostanziale o come fattispecie autonoma, non vi è uniformità di vedute. Vi è chi sostiene che «la relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del decreto considera pacifico che la norma introduca una autonoma figura di reato, e non un'ipotesi circostanziata della fattispecie di favoreggiamento»; ma tale qualificazione, per quanto certamente plausibile, non appare affatto scontata, «tenuto conto delle notevoli conseguenze applicative che la scelta comporta». Cfr., sul punto, L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia*

2. Il nucleo centrale della rimessione concernente il profilo sanzionatorio.

Il nucleo centrale della rimessione concerne il profilo sanzionatorio. L'art. 12 *bis* prevede, infatti, pene minime estremamente elevate: venti anni di reclusione in caso di morte plurima, quindici anni per la morte di una persona e dieci anni per le lesioni gravi o gravissime. A tali limiti si aggiungono aggravanti ad effetto speciale e, soprattutto, il divieto di bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti, salvo ipotesi del tutto marginali. Secondo il giudice rimettente, proprio la rigidità di tale impianto impedisce una commisurazione della pena aderente al concreto disvalore del fatto. Da qui la denuncia del contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., sotto il profilo della proporzionalità e della funzione rieducativa della pena.

Richiamando, sul primo punto, la giurisprudenza costituzionale, l'ordinanza ribadisce che la discrezionalità legislativa in materia penale incontra il limite della manifesta irragionevolezza, dovendo la sanzione mantenere un rapporto non arbitrario con la gravità oggettiva e soggettiva dell'illecito[4]. Una pena eccessivamente severa, oltre a risultare ingiusta, finirebbe per compromettere la stessa finalità rieducativa della sanzione.

Una simile strutturazione rischia di produrre, specie nelle ipotesi in cui l'evento letale sia imputato a titolo colposo e in presenza di ruoli marginali o non organizzati, un trattamento punitivo percepibile come eccedente rispetto al disvalore personale

---

di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, in *Quest. giust.*, 2023. Vi è, invece, chi ritiene che possa, in realtà, leggersi l'ipotesi di una fattispecie autonoma. Cfr., sul punto, N. GRANOCCHIA, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di "morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina"*, in *Arch. pen.*, 3, 2023, p. 10.

Ancora: «Si tratta di un'autonoma ipotesi di reato – e non di una circostanza aggravante della summenzionata figura delittuosa di favoreggiamento – pur essendo sanzionata la medesima condotta di agevolazione dell'ingresso illegale di stranieri nel territorio dello Stato». Così, U. NAZZARO, *Smuggling of migrants e trafficking in persons alla luce della l. 5 maggio 2023, n. 50: spunti di riflessione sui soggetti "altamente vulnerabili"*, in *Cass. pen.*, 5, 2024, pp. 1679 ss.

[4] In tema di proporzionalità della pena, la Corte costituzionale ha più volte ribadito che la discrezionalità legislativa nella determinazione delle cornici edittali incontra il limite della manifesta irragionevolezza, dovendo la sanzione mantenere un rapporto non arbitrario con la gravità oggettiva e soggettiva del fatto. Il sindacato di legittimità può essere condotto tanto attraverso il tradizionale schema triadico, fondato sul raffronto con fattispecie omogenee o più gravi, quanto mediante un controllo di ragionevolezza intrinseca della scelta sanzionatoria. In tale prospettiva, minimi edittali eccessivamente elevati o assetti punitivi caratterizzati da marcata rigidità sono stati ritenuti suscettibili di comprimere gli spazi di individualizzazione giudiziale della pena e, per tale via, di incidere anche sulla funzione rieducativa di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. (*ex multis*, Corte cost., 21 marzo 1980, n. 50; Corte cost., 21 settembre 2016, n. 236; Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40).

dell'agente[5]. Ed è proprio questa eccedenza afflittiva – sganciata da una piena corrispondenza con la colpevolezza individuale – che può assumere rilievo ai fini del sindacato di umanità della pena.

Sotto il profilo del principio di proporzionalità della pena, la questione prospettata dall'ordinanza di rimessione assume particolare rilievo ove scrutinata alla luce dello schema triadico tradizionalmente impiegato dalla giurisprudenza costituzionale nel sindacato sulla ragionevolezza delle scelte sanzionatorie legislative.

Tale metodo comparativo si fonda sul raffronto tra la disciplina censurata e quella prevista per fattispecie omogenee o addirittura più gravi, assunte quale *tertia comparationis*, al fine di verificare la coerenza interna del sistema punitivo.

Sotto un distinto ma convergente profilo rispetto alla dimensione rieducativa della pena, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Siracusa appare suscettibile di essere scrutinata anche alla luce del primo segmento precettivo dell'art. 27, terzo comma, Cost., là dove si stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità.

C'è chi ha definito quest'ultimo principio come «principio negletto e persino trivializzato nel lessico della politica, che a più riprese evoca il carcere come "discarica sociale" dove abbandonare il reo ad un destino irreversibile di marcescenza, piuttosto che di recupero e reinserimento sociale»[6]: parole sintetiche che esprimono come quello di umanità sia un principio non di rado sacrificato nel

---

[5] Sul punto cfr. S. ZIRULIA, *Il reato di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina»*, cit., p. 3: «È pertanto prevedibile che, esattamente come accadeva in passato, i principali destinatari delle nuove e più severe sanzioni non saranno, se non del tutto marginalmente, gli affiliati alle organizzazioni criminali dedite al *migrant smuggling*, i quali del resto adottano modalità operative tali da prevenire in radice l'incontro con le autorità di frontiera. Più verosimilmente la norma colpirà i c.d. migranti-scafisti, ossia coloro i quali, per costrizione o necessità, si mettono al timone o svolgono altre mansioni ausiliarie a bordo, nelle sventurate ipotesi in cui, per naufragio o altra causa, qualcuno dei passeggeri trovi la morte o riporti lesioni personali. Particolarmente significativo, a tale riguardo, è che l'inasprimento sanzionatorio riguardi, a conti fatti, i soli minimi edittali, cioè le pene applicabili alle condotte contrassegnate dal disvalore relativo più basso, come appunto quelle dei migranti-scafisti».

[6] Espressioni di V. MANES, *Un canone di civiltà dimenticato: il principio di umanità delle pene,* in *Riv. it. dir. proc. pen., 3*, 2025, pp. 701 ss. Sul punto, cfr. anche G. FORNASARI, *I principi di personalizzazione e umanizzazione della pena,* in *Crim.*, 2023, pp. 153 ss.; F. CINGARI, *Principio di umanità, rieducazione e crisi della pena carceraria,* in R. Bartoli - I.F. Benítez Ortúzar (a cura di), *Derecho Penal y garantías constitucionales: Diritto Penale e garanzie costituzionali,* Dykinson, 2025, pp. 211 ss.; A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in M. Ruotolo (a cura di), *Il senso della pena, a un anno della sentenza Torregiani della Corte EDU*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014, pp. 53 ss.

lessico della politica criminale emergenziale – in seno alla quale si è sviluppata questa nuova disposizione dell'art. 12 *bis* T.U.I. – che concepisce la detenzione non come percorso di responsabilizzazione del condannato, ma come meccanismo di definitiva esclusione sociale.

Come noto, tale clausola non esaurisce la propria portata nel divieto di pene corporali o degradanti in senso materiale, ma si estende, secondo la giurisprudenza costituzionale, anche alla conformazione legislativa del trattamento sanzionatorio, imponendo che la pena, per misura e struttura, non si traduca in una risposta punitiva sproporzionata, afflittiva oltre il necessario o tale da negare la dignità della persona condannata. In questa prospettiva, il principio di umanità della pena opera quale limite sostanziale alla potestà punitiva, impedendo che esigenze di prevenzione generale o di rassicurazione sociale possano legittimare opzioni sanzionatorie eccedenti il nucleo minimo di tutela della persona.

La Corte costituzionale[7] ha più volte affermato che la dignità della persona non cessa con la condanna e che il sistema penale deve mantenersi entro limiti di proporzione tali da non trasformare la pena in mera sofferenza aggiuntiva, simbolica o esemplare. Quando la risposta sanzionatoria, per rigidità e severità minima, si avvicina a una logica di neutralizzazione del reo piuttosto che di responsabilizzazione, essa rischia di scivolare verso forme di trattamento incompatibili con il volto costituzionale della pena.

3. I *tertia comparationis* richiamati nell'ordinanza.

La previsione di pene edittali estremamente elevate, soprattutto nei minimi – fissati sino a venti anni di reclusione nelle ipotesi di morte plurima – determina, infatti, un significativo scostamento rispetto al trattamento sanzionatorio previsto per delitti che, sul piano dell'offesa ai beni vita e integrità fisica, presentano un disvalore almeno equivalente, se non superiore.

Quali *tertia comparationis*, anzitutto nell'ordinanza ritroviamo il raffronto con l'omicidio colposo plurimo, con le ipotesi di morte come conseguenza di altro delitto ex art. 586 c.p., nonché con ulteriori fattispecie aggravate dall'evento, evidenzia come

[7] Sotto tale ultimo aspetto, la giurisprudenza costituzionale ha da tempo chiarito che il divieto di pene contrarie al senso di umanità, di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., non si esaurisce nel rifiuto di trattamenti degradanti in senso materiale, ma si estende alla stessa conformazione legislativa della risposta sanzionatoria, imponendo che la pena, per misura e struttura, non si traduca in un'afflizione sproporzionata o meramente simbolica (*ex multis*, Corte cost., 26 giugno 1990 n. 313; Corte cost., 18 novembre 1993 n. 422; Corte cost., 27 luglio 1994, n. 341).

la nuova disposizione introduca una risposta punitiva collocata su livelli prossimi – e talora sovrapponibili – a quelli dei delitti dolosi contro la persona. Tale sproporzione risulta ulteriormente accentuata proprio dalla rigidità del minimo edittale, che riduce drasticamente lo spazio di individualizzazione giudiziale della pena.

È in questa prospettiva che emerge il rischio, segnalato dal giudice rimettente, di attrarre nell'orbita applicativa della fattispecie anche soggetti il cui apporto al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina risulti meramente occasionale o marginale. Nella eterogenea categoria dei cd. "migranti-scafisti", si pensi, in particolare, alla figura dei migranti-conducenti[8], frequentemente individuati quali esecutori materiali della traversata in assenza di stabile inserimento in organizzazioni criminali e talvolta in condizioni di necessità o vulnerabilità.

L'assoggettamento di tali soggetti a un trattamento sanzionatorio caratterizzato da minimi edittali di eccezionale severità – modellati, in origine, sul paradigma del traffico organizzato di esseri umani – rischia di determinare un effetto di appiattimento punitivo, nel quale situazioni profondamente eterogenee sotto il profilo della colpevolezza vengono assoggettate a una medesima risposta penale.

Secondo il giudice rimettente, al caso di specie potrebbe, infatti, farsi applicazione la fattispecie aggravata di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12, comma 3, T.U.I. – già connotata da un sensibile inasprimento sanzionatorio – in concorso formale con il delitto di omicidio colposo plurimo previsto dall'art. 589 c.p., a sua volta aggravato ai sensi dell'art. 586 c.p., quale morte come conseguenza di altro delitto[9]. Ciò nondimeno, osserva il giudice,

---

[8] A proposito della categoria dei cd. "migranti-scafisti" si rileva un'evidente eterogeneità. Cfr., sul punto, S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overciminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli editore, Torino, 2023, pp. 217 ss.

[9] L. MASERA, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023,* cit. Anche F. PISCONTI, *Lineamenti penalistici dei soccorsi in mare nei decreti "Piantedosi"*, in *Arch. pen.*, 3, 2023, pp. 26 ss. afferma che trattasi di ipotesi riconducibile al novero dei delitti aggravati dall'evento. La nuova fattispecie appare più norma speciale dell'art. 586 c.p., essendo presente il richiamo all'evento di morte di più persone o all'evento morte di una o più persone e di lesioni gravi e gravissime di una o più persone, quali conseguenze non volute. Se l'art. 586 c.p. fa riferimento ad ogni delitto doloso, la norma di nuovo conio si concentra su una specifica fattispecie di favoreggiamento aggravato della immigrazione irregolare che la stessa norma integramente riprende, ovvero l'ipotesi di cui all'art. 12, co. 3 lett. b) o c), che la norma integralmente riproduce.
In tema di art. 586 c.p. si richiama, a titolo esemplificativo, la seguente letteratura penalistica: F. BASILE, *L'alternativa tra responsabilità oggettiva e colpa in attività illecita per l'imputazione della conseguenza ulteriore non voluta, alla luce della sentenza Ronci delle Sezioni Unite sull'art. 586 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2011,

anche all'esito dell'aumento per il concorso e per le aggravanti, il trattamento sanzionatorio complessivo resterebbe significativamente inferiore rispetto a quello derivante dall'applicazione diretta dell'art. 12 *bis*, soprattutto con riguardo al minimo edittale.

In questa prospettiva, il raffronto con lo schema del concorso formale tra favoreggiamento aggravato e omicidio colposo plurimo assume valore paradigmatico: esso dimostra come la disciplina previgente fosse già in grado di assicurare una risposta punitiva intensa, ma al contempo graduabile, mentre la nuova fattispecie autonoma determina una compressione degli spazi di proporzione, soprattutto per effetto dell'elevatissimo minimo edittale.

Ebbene, anche l'art. 452 *ter* c.p. prevede cornici edittali sensibilmente più contenute: la morte conseguente al delitto ambientale è punita con la reclusione da cinque a dieci anni, mentre, nelle ipotesi di morte plurima o congiunta a lesioni multiple, la pena applicabile per l'evento più grave può essere aumentata fino al triplo, con il limite massimo complessivo di venti anni di reclusione. Anche in presenza di eventi plurimi, dunque, il sistema mantiene una soglia sanzionatoria significativamente inferiore rispetto a quella delineata dall'art. 12 *bis*, il cui minimo edittale, nelle ipotesi più gravi, è già fissato in venti anni.

L'ordinanza individua, infine, quale *tertium comparationis* estremo, la fattispecie di omicidio volontario di cui all'art. 575 c.p., punita con la reclusione non inferiore a ventuno anni. Il raffronto conduce a esiti che il giudice rimettente qualifica come paradossali.

Nell'ipotesi di morte di una persona, la pena prevista dall'art. 12 *bis* – compresa tra quindici e ventiquattro anni – si colloca, infatti, su livelli di poco inferiori a quelli stabiliti per il delitto doloso, nonostante la responsabilità per l'evento, nei delitti

---

pp. 911 ss.; M. CORINI, *Riflessioni sul titolo della responsabilità per l'evento non voluto nell'art. 586 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1987, pp. 568 ss.; M. CUCCHIARA, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Riv. pen.*, vol. I, 1962, p. 41; S. MILITELLO, *Morte o lesioni come conseguenza di altro delitto*, in *Dig. pen*, vol. VIII, 1994, p. 198. Dal punto di vista della giurisprudenza, si segnala, in particolare, la sentenza delle Cass. pen., S.U., 22 gennaio 2009, n. 22676, Ronci, in C.E.D. Cass. n. 243381 sulla natura della responsabilità, nella quale si affermava che affinché possa essere posta a carico dell'agente la responsabilità per la morte della vittima come conseguenza di delitto doloso commesso dall'imputato, occorre che a costui possa essere addebitato, oltre il nesso di causalità materiale, anche la colpa in concreto per violazione di una regola precauzionale, con prevedibilità ed evitabilità dell'evento stesso, da valutarsi alla stregua dell'agente modello razionale (*ex pluris*, Cass. pen., Sez. II, 24 gennaio 2022, n. 2572, in C.E.D. Cass. n. 282559; Cass. pen., Sez. IV, 29 ottobre 2018, n. 49573, Bruno, in C.E.D. Cass. n. 274277; Cass. pen., Sez. IV, 20 febbraio 2017, n. 8058, Malocaj e altri, in C.E.D. Cass. n. 269119; Cass. pen., sez. III, 2 ottobre 2012, in Dir. Giust., 2012).

aggravati dall'evento, sia fondata su un criterio di imputazione colposa, ancorato alla prevedibilità in concreto dell'evento stesso, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite della Suprema corte[10].

La sproporzione si accentua ulteriormente nelle ipotesi di morte plurima: a fronte di un minimo di venti anni – inferiore di un solo anno rispetto a quello previsto per l'omicidio volontario – la fattispecie di cui all'art. 12 *bis* contempla un massimo di trenta anni di reclusione, soglia che, nel sistema dell'omicidio doloso, è raggiungibile solo in presenza di specifiche circostanze aggravanti.

Peraltro, osserva il giudice rimettente, il limite massimo di trent'anni è mantenuto soltanto in virtù della "norma calmieratrice" di cui all'art. 66 c.p.; in sua assenza, il meccanismo di aumento per aggravanti condurrebbe a pene teoriche superiori ai quarant'anni di reclusione, esito ulteriormente indicativo della severità strutturale del sistema. Il risultato complessivo è un assetto sanzionatorio che tende a "obliterare la differenza ontologica" tra fattispecie dolose e fattispecie colpose aggravate dall'evento, finendo per trattare in modo sostanzialmente analogo – quando non addirittura più gravoso – situazioni caratterizzate da un grado di colpevolezza radicalmente diverso.

4. L'esclusione di una interpretazione conforme dell'art. 12 *bis* T.U.I.

L'ordinanza esclude, inoltre, la praticabilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata[11], ritenendo che la struttura intrinsecamente rigida della fattispecie – segnatamente per effetto del divieto di bilanciamento tra circostanze eterogenee e della mancata previsione di una attenuante del fatto di lieve entità – precluda al giudice qualunque operazione ermeneutica idonea a ricondurre il trattamento sanzionatorio entro limiti costituzionalmente tollerabili.

Un ulteriore indice di rigidità del sistema sanzionatorio delineato dall'art. 12 *bis* T.U.I. è individuato dall'ordinanza nella mancata previsione di una circostanza attenuante del fatto di lieve entità, istituto che ha svolto spesso una funzione essenziale di riequilibrio tra disvalore del fatto e risposta punitiva.

---

[10] Il riferimento è a Cass. pen., S.U., 22 gennaio 2009, n. 22676, Ronci, in C.E.D. Cass. n. 243381.

[11] Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, l'interpretazione conforme costituisce lo strumento privilegiato di adeguamento della norma al parametro costituzionale, ma incontra il limite della plausibilità esegetica, non potendo tradursi in un'operazione manipolativa del dato legislativo (Corte cost., 24 ottobre 1996, n. 356; Corte cost., 23 marzo 2011 n. 113; Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221).

L'assenza di tale attenuante risulta particolarmente significativa ove si consideri la struttura ampia della fattispecie incriminatrice, suscettibile di ricomprendere condotte eterogenee quanto a gravità oggettiva e soggettiva. Nel caso dell'art. 12 *bis*, la mancanza di una simile valvola di flessibilità impedisce al giudice di modulare la sanzione in funzione dell'effettiva gravità del fatto concreto, anche quando emergano elementi sintomatici di minore disvalore, quali il limitato grado della colpa, il ruolo esecutivo o subordinato dell'agente, l'assenza di finalità lucrative e la condizione di vulnerabilità personale.

La previsione di una attenuante bilanciabile avrebbe consentito, infatti, di ricondurre il trattamento sanzionatorio entro parametri più aderenti ai criteri di cui all'art. 133 c.p., i quali impongono di commisurare la pena tenendo conto, tra l'altro, dell'intensità della colpa, della gravità del danno o del pericolo cagionato, nonché della capacità a delinquere del reo.

È proprio in questa prospettiva che la combinazione tra minimi edittali particolarmente elevati e divieto di bilanciamento delle circostanze viene letta come ostacolo strutturale a qualsiasi modulazione giudiziale della risposta punitiva. Il bilanciamento tra aggravanti e attenuanti costituisce, infatti, uno degli snodi fondamentali attraverso cui il sistema penale realizza l'adeguamento della pena al caso concreto, consentendo di valorizzare il grado della colpa, l'intensità del dolo, il ruolo causale dell'agente e, più in generale, i criteri di cui all'art. 133 c.p. La sua preclusione normativa determina un effetto di irrigidimento sanzionatorio che sottrae al giudice uno strumento essenziale di individualizzazione.

5. L'impossibilità di applicazione dell'art. 114 c.p.

Un ulteriore profilo di rigidità del sistema sanzionatorio delineato dall'art. 12 *bis* T.U.I. emerge con riferimento alla limitata operatività dell'art. 114 c.p., richiamato espressamente quale una delle poche attenuanti sottratte al divieto di bilanciamento.

Come noto, la disposizione codicistica consente la diminuzione della pena nei confronti del concorrente che abbia apportato al reato un contributo di minima importanza, operando quale strumento di adeguamento della risposta punitiva al ruolo causale effettivamente svolto dal singolo compartecipe.

Nell'economia della fattispecie in esame, tuttavia, l'ordinanza evidenzia come il ricorso a tale attenuante si riveli, nella pratica applicativa, difficilmente percorribile. Ciò per un duplice ordine di ragioni.

In primo luogo, l'art. 114 c.p. presuppone, sul piano strutturale, la possibilità di graduare i contributi causali tra i concorrenti, individuando un apporto marginale rispetto a uno principale. Nei procedimenti relativi alla conduzione di imbarcazioni cariche di migranti, tale differenziazione risulta spesso problematica, specie quando gli imputati individuati quali "scafisti" costituiscano gli unici soggetti identificati e processati, in assenza degli organizzatori a monte del traffico. In tali ipotesi, difetta il termine di raffronto necessario per qualificare uno dei contributi come di minima rilevanza.

In secondo luogo, anche laddove si ipotizzi, in astratto, un concorso con soggetti ulteriori – quali finanziatori o organizzatori rimasti ignoti – la giurisprudenza di legittimità[12] tende a escludere l'applicabilità dell'attenuante in presenza di condotte, come quella di conduzione del natante, ritenute causalmente essenziali alla realizzazione dell'evento.

Ne deriva che l'art. 114 c.p., pur formalmente sottratto al divieto di bilanciamento previsto dall'art. 12 *bis*, finisce per operare come valvola di flessibilità solo teorica e non effettiva. La sua concreta inapplicabilità priva il sistema di uno degli strumenti principali di modulazione della pena nei reati plurisoggettivi, contribuendo a rafforzare quella rigidità sanzionatoria già determinata dall'elevatezza dei minimi edittali e dall'assenza di una attenuante del fatto di lieve entità.

6. I precedenti della Corte costituzionale sulla proporzionalità della pena.

Nel progressivo consolidarsi del sindacato costituzionale sulla proporzionalità della pena, la giurisprudenza della Consulta ha conosciuto un significativo mutamento di paradigma, transitando da un modello fondato prevalentemente sulla c.d. logica triadica a forme sempre più incisive di controllo intrinseco della ragionevolezza sanzionatoria. In una prima fase, il giudizio di proporzionalità veniva prevalentemente costruito attraverso il raffronto tra la disposizione censurata e altre fattispecie omogenee o maggiormente offensive assunte quali *tertia comparationis*, secondo uno schema volto a verificare la coerenza interna del sistema penale. Progressivamente, tuttavia, la Corte ha riconosciuto che la sproporzione della pena può emergere anche in assenza di un raffronto esterno, attraverso una valutazione intrinseca della congruità della cornice edittale rispetto al disvalore del fatto e al

[12] Ex *multis*, Cass. pen., Sez. I, 31 marzo 2017, n. 45734, Bouslim e altri, in C.E.D. Cass. n. 271512.

grado di colpevolezza, specie laddove minimi edittali eccessivamente elevati comprimano gli spazi di individualizzazione della risposta punitiva[13].

Nel solco della tradizione, invece, si colloca l'ordinanza del Tribunale di Siracusa in commento, la quale sembra muoversi lungo il tradizionale schema triadico del giudizio di ragionevolezza, individuando numerosi *tertia comparationis*, dall'art. 586 c.p. all'omicidio colposo plurimo, sino all'art. 452-ter c.p. e all'art. 575 c.p.

Allo stesso modo, si deve affermare che giudice rimettente incentra comunque la propria censura soprattutto sulla sproporzione intrinseca dell'impianto sanzionatorio delineato dall'art. 12 *bis* T.U.I., valorizzando la rigidità strutturale della disciplina, l'elevatezza dei minimi edittali e il divieto di bilanciamento delle circostanze.

L'ordinanza, in altri termini, non si limita a denunciare una incoerenza comparativa rispetto ad altre fattispecie delittuose, ma prospetta una frattura interna tra severità della pena, grado della colpevolezza e concreta offensività delle condotte, evidenziando come la disciplina censurata rischi di impedire qualunque effettiva individualizzazione giudiziale della risposta punitiva.

Parallelamente, l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale ha interessato anche il tema dei poteri manipolativi della Corte, segnando il progressivo superamento della tradizionale teoria delle "rime obbligate", che limitava gli interventi additivi o sostitutivi alle sole soluzioni costituzionalmente necessitate e immediatamente ricavabili dal sistema normativo.

Nella giurisprudenza più recente, la Consulta ha progressivamente valorizzato il criterio delle "rime adeguate", ritenendo ammissibili interventi correttivi anche in presenza di una pluralità di opzioni normative compatibili con la Costituzione, purché la soluzione individuata risulti coerente con la logica del sistema e idonea a ristabilire la conformità costituzionale della disciplina sanzionatoria. È proprio in tale prospettiva che l'ordinanza di Siracusa sembra implicitamente collocarsi, sollecitando un intervento della Corte costituzionale volto a ripristinare spazi effettivi di proporzione e individualizzazione della pena all'interno di una disciplina connotata da accentuata rigidità repressiva[14].

---

[13] Coerenti con l'impostazione precedente sono i precedenti Corte cost., 21 settembre 2016, n. 236 e Corte cost., 8 marzo 2019, n. 40.

[14] Cfr., sul punto, D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in *Sist. pen.*, 2, 2021, p. 5 ss.; R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime*

Vi è da precisare che nell'ambito della giurisprudenza costituzionale formatasi sull'art. 12 T.U.I., il parametro della proporzionalità della pena è stato più volte evocato quale limite alla discrezionalità legislativa nella conformazione del trattamento sanzionatorio.

In diverse occasioni, infatti, la Corte ha richiamato l'esigenza che l'inasprimento punitivo, pur giustificato dalla rilevanza dei beni giuridici tutelati e dalla dimensione organizzata del fenomeno, non si traduca in soluzioni manifestamente irragionevoli o indifferenziate rispetto al disvalore concreto delle condotte, ribadendo la necessità di preservare un rapporto non arbitrario tra gravità del fatto e severità della pena.

Assume particolare rilievo, nel quadro della giurisprudenza costituzionale recente a proposito dell'art. 12 T.U.I., la sentenza n. 63 del 10 marzo 2022[15], la quale si colloca nel solco delle decisioni che hanno progressivamente rafforzato il sindacato della Corte sulle scelte sanzionatorie del legislatore e rappresenta uno degli approdi

---

obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2019, p. 139 ss.; M. DONINI, *Rime obbligate, fine-vita e diritti fondamentali. La legittimazione costituzionale di una sentenza manipolativo-additiva al limite,* in *Discr.*, 2023.

[15] Per un commento cfr. F. PARISI, *La sentenza 63/2022 della Corte Costituzionale sul favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina*, in S. Greco – G. Tumminelli (a cura di), *Migrazioni in Sicilia 2022*, Mimesis, 2023, pp. 233-238; S. ZIRULIA, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche,* in *Sist. pen.*, 2022; inoltre cfr. A. CIERVO, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina,* in *Riv. AIC*, 3, 2022, pp. 314 ss.; A. SPENA, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022),* in *Dir. imm. citt.*, 3, 2022, pp. 239 ss. A proposito del principio di proporzionalità, cfr., in particolare, A. MERLO, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale, i*n *Riv. it. proc. pen.*, 3, 2016, pp. 1427-1462; G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità,* in *Rag. prat.*, 2, 2014, pp. 541-556; S. LEONE, *Sindacato di ragionevolezza e quantum della pena nella giurisprudenza costituzionale,* in *Riv. AIC*, 4, 2017; A. BONOMI, *Il rispetto del principio di proporzionalità della pena: il ruolo del legislatore, la funzione del giudice comune e il margine di intervento della Corte costituzionale (Osservazioni problematiche prendendo spunto dalle sentenze n. 284 del 2019 e n. 136 de*, in *Riv. AIC*, 2, 2021, pp. 200 ss.; F. MAZZACUVA, *Il principio di proporzionalità delle sanzioni nei recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale: le variazioni sul tema rispetto alla confisca,* in *Leg. pen.*, 2020; G.L. GATTA, *Un'importante sentenza della Corte costituzionale sul principio di proporzionalità della pena come criterio di interpretazione restrittiva delle fattispecie penali. Corte cost., 18 luglio 2015, n. 113, Pres. Amoroso, Rel. Viganò*, in *Sist. pen.*, 2025; V. MANES, *Il Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in R. Garofoli – T. Treu (a cura di), *Treccani, Il libro dell'anno del diritto 2013*, Treccani, Roma, 2013, pp. 104-109; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 4, 2016, pp. 1958 ss.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2, 2017, pp. 48-60; G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, Voce per il libro dell'anno Treccani 2018, in *Dir. pen. cont.*, 2017.

più significativi del progressivo superamento della tradizionale logica triadica, avendo la Corte valorizzato un controllo intrinseco sulla ragionevolezza della cornice edittale, specie nei casi in cui la rigidità legislativa comprima eccessivamente gli spazi di adeguamento della pena al caso concreto.

In tale pronuncia, la Corte ha ribadito che il principio di proporzionalità costituisce un limite immanente alla discrezionalità legislativa in materia penale, ricavabile dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost. La determinazione delle cornici edittali rientra certamente nella sfera di competenza del legislatore, ma non può tradursi in soluzioni manifestamente irragionevoli o tali da determinare una evidente sproporzione tra gravità del fatto e severità della pena.

La sentenza n. 63/2022 si inserisce una linea evolutiva che riconosce alla Corte un sindacato non meramente formale ma sostanziale sulla proporzione della risposta punitiva, specie quando la rigidità legislativa si traduca in un trattamento sanzionatorio indifferente al grado di colpevolezza e al disvalore concreto del fatto.

La Corte riteneva irragionevole l'applicazione del medesimo trattamento aggravato a condotte e soggetti caratterizzati da profili criminologici profondamente diversi (con riferimento all'art. 12, comma 3, lett. d) T.U.I.), rilevando come la previsione normativa si fondasse su un approccio eccessivamente generalizzante e indifferenziato al fenomeno dell'immigrazione irregolare, tale da prescindere dalla concreta offensività delle singole condotte.

I trafficanti organizzati e professionali risultano stabilmente inseriti in reti criminali transnazionali, operando nell'ambito di attività sistematiche e lucrative caratterizzate da pianificazione e gestione dell'ingresso irregolare. Accanto a tali figure si collocano i facilitatori occasionali o marginali, ossia soggetti privi di stabile inserimento in organizzazioni criminali, con partecipazione episodica e ruolo subordinato o meramente esecutivo, spesso aderente a compensi modesti, quando non del tutto assenti. A questi si aggiungono, infine, i cd. migranti-facilitatori, vale a dire stranieri che, pur non agendo in un contesto organizzato, realizzano condotte di agevolazione dell'ingresso irregolare in funzione del proprio trasferimento o di quello di altri, collocandosi su un piano criminologico radicalmente distinto rispetto al traffico professionale di esseri umani.

In alcune prassi applicative l'aggravante finiva per colpire anche migranti che utilizzavano documenti falsi per sé e per familiari, soggetti che acquistavano un biglietto aereo o navale per consentire l'ingresso irregolare o situazioni prive di vera

organizzazione criminale. Qui il profilo criminologico è radicalmente diverso rispetto al trafficante professionale.

La Corte osservava che l'utilizzo di "servizi internazionali di trasporto" poteva consistere anche nel semplice acquisto di un titolo di viaggio su linea ordinaria, comportamento che non denota necessariamente maggiore organizzazione, maggiore pericolosità e maggiore sfruttamento. L'aggravante trattava allo stesso modo il trafficante strutturato e il soggetto occasionale, prescindeva dalla concreta offensività e operava automaticamente.

Questo precedente diventa centrale per l'ordinanza sull'art. 12 *bis* perché anche la nuova fattispecie presenta un ambito applicativo ampio, può colpire tanto organizzatori professionali quanto migranti-conducenti occasionali, non prevede adeguati meccanismi differenzianti.

7. Considerazioni conclusive.

Il contrasto viene infine prospettato anche sul piano sovranazionale, attraverso il richiamo all'art. 49, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che impone la proporzionalità delle pene, parametro rilevante per il tramite degli artt. 11 e 117 Cost.

La valorizzazione di tale parametro non assume, nell'economia dell'ordinanza di rimessione, una funzione meramente rafforzativa degli argomenti interni, ma si inscrive in una più ampia prospettiva di integrazione multilivello delle garanzie penali. Come noto, a seguito dell'attribuzione alla Carta di Nizza del medesimo valore giuridico dei Trattati, il principio di proporzionalità della pena si impone agli Stati membri non soltanto quale criterio interpretativo, ma quale vero e proprio limite alla discrezionalità punitiva, ogniqualvolta la disciplina nazionale ricada nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

In tale prospettiva, il giudice rimettente individua il tramite costituzionale di ingresso del parametro eurounitario negli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., i quali vincolano la potestà legislativa al rispetto degli obblighi derivanti dall'ordinamento dell'Unione. Ne deriva che l'eventuale sproporzione della risposta sanzionatoria delineata dall'art. 12 *bis* T.U.I. non rileverebbe soltanto sul piano interno, in rapporto agli artt. 3 e 27 Cost., ma si tradurrebbe altresì in una violazione mediata dei vincoli sovranazionali, imponendo al giudice comune, in difetto di interpretazione conforme, la sollevazione dell'incidente di costituzionalità.

Sotto questo profilo, la questione sottoposta alla Corte costituzionale assume una valenza che travalica il perimetro del sindacato domestico di ragionevolezza, investendo il tema, più ampio, dell'armonizzazione tra politica criminale nazionale e standard europei di tutela dei diritti fondamentali.

Il principio di proporzionalità della pena, infatti, si configura sempre più come clausola di chiusura del sistema penale europeo, idonea a impedire che esigenze di deterrenza o di gestione emergenziale di fenomeni sociali complessi possano tradursi in trattamenti sanzionatori eccedenti il limite della necessità e dell'adeguatezza.

In questa chiave, il richiamo all'art. 49, par. 3, C.D.F.U.E.[16] rafforza la prospettiva secondo cui la severità delle cornici edittali introdotte dal legislatore del 2023, specie ove combinata con meccanismi di rigidità quali il divieto di bilanciamento, rischia di collocarsi al di fuori del perimetro di compatibilità delineato dal diritto dell'Unione, sollecitando la Corte costituzionale a un sindacato che tenga conto non solo del volto interno, ma anche della dimensione sovranazionale del principio di proporzionalità.

Il complesso di tali raffronti delinea, dunque, una costellazione comparativa che evidenzia uno scarto sanzionatorio significativo, tanto sotto il profilo della struttura del reato quanto sotto quello della gravità dei beni giuridici incisi, offrendo il fondamento argomentativo principale del dubbio di proporzionalità sollevato nell'ordinanza di rimessione.

La vicenda sottoposta al vaglio della Corte costituzionale sembra offrire un terreno particolarmente significativo per interrogarsi sul rapporto tra legislazione penale emergenziale e tenuta dei principi costituzionali che governano la materia punitiva. La fattispecie di cui all'art. 12 *bis* T.U.I., infatti, appare espressiva di una tecnica di incriminazione fortemente simbolica, nella quale l'inasprimento sanzionatorio assolve non soltanto a una funzione di prevenzione generale, ma anche a un'esigenza comunicativa di risposta immediata a eventi di forte impatto emotivo e mediatico. In questa prospettiva, la questione sollevata dal Tribunale di Siracusa

[16] Sul piano eurounitario, la Corte di giustizia ha più volte affermato che le sanzioni previste dagli Stati membri, nell'attuazione del diritto dell'Unione, devono essere effettive, dissuasive ma anche proporzionate, non potendo eccedere quanto necessario rispetto alla gravità della violazione e dovendo consentire una adeguata considerazione delle circostanze del caso concreto (*ex multis*, Corte giust. U.E., 9 febbraio 2012, C-210/10, *Urbán;* Corte giust. U.E., 5 maggio 2021, C-205/20, *NE*), trovando applicazione ogniqualvolta la disciplina nazionale si collochi nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione, con conseguente operatività delle garanzie della Carta (Corte giust. U.E., 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*).

trascende il dato settoriale dell'immigrazione irregolare, proiettandosi su un piano più ampio, che investe il modello di diritto penale che l'ordinamento intende perseguire: se ancorato a logiche di responsabilità personale e proporzione della pena, ovvero orientato verso forme di iper-criminalizzazione emergenziale, nelle quali l'evento tragico diviene il principale fattore di determinazione della risposta sanzionatoria.

****

(SEGUE) IL TESTO DELLA SENTENZA

TRIB. SIRACUSA, SEZ. GUP., ORD. N 16 OTTOBRE 2025, N. 10, GIUD. EST. CARRUBBA

PROPORZIONALITÀ – RAGIONEVOLEZZA – IMMIGRAZIONE – MORTE – LESIONI – FAVOREGGIAMENTO (ART. 12 BIS T.U.I.)

Ritenuto in fatto

Omissis

Considerato in diritto

La questione di legittimità costituzionale, nei termini che si chiariranno in prosieguo, risulta certamente rilevante vertendo sulla proporzionalità e ragionevolezza del regime sanzionatorio stabilito dalle norme della cui legittimità costituzionale si dubita e delle quali si dovrebbe fare applicazione nel giudizio a quo se non dichiarate costituzionalmente illegittime (per una situazione analoga, processualmente sovrapponibile a quella oggetto del presente giudizio cfr. Corte costituzionale sentenza n. 0130 del 2025 - Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana - n. 31 del 30 luglio 2025).

Ritiene, infatti, questo decidente che i fatti come prospettati, ove confermati all'esito del giudizio, potrebbero integrare i reati contestati.

Pertanto, la decisione in merito alla questione di legittimità costituzionale è certamente rilevante ai fini di una corretta e precisa commisurazione della pena che in caso di pronuncia di condanna-possa essere realmente modulata sull'effettivo disvalore penale del fatto.

Ai fini della valutazione di ammissibilità della questione si rileva, inoltre, l'impossibilità di un'interpretazione alternativa, costituzionalmente orientata, della norma della cui legittimità costituzionale si dubita, per le ragioni che saranno di seguito illustrate.

Non manifesta infondatezza

L'art. 12-bis è stato introdotto nel testo unico sull'immigrazione all'indomani del naufragio di Cutro del 26 febbraio 2023, mediante il decreto-legge n. 20/23 («c.d. decreto Cutro»).

La collocazione, il contenuto precettivo e il regime sanzionatorio della norma, evidenziano la chiara voluntas del legislatore di inasprire il trattamento sanzionatorio in funzione di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, tanto che con il medesimo decreto sono state innalzate anche le pene per il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cui all'art. 12 t.u. immigrazione, elevando altresì il livello di tutela anticipata dei beni giuridici della vita e dell'integrità fisica dei soggetti illegalmente trasportati ovvero di soggetti terzi.

Sotto il profilo dell'inquadramento dogmatico, è la stessa relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del decreto che consente di considerare pacifica l'introduzione ad opera della nuova norma di cui all'art. 12-bis di una autonoma figura di reato e non di un'ipotesi circostanziata della fattispecie di favoreggiamento. Nel medesimo senso si pone inoltre il dato letterale dell'ultimo comma che espressamente definisce la condotta in termini di «reato», nonché il rinvio operato dall'art. 12-bis, comma 5, a una serie di istituti previsti dall'art. 12 (attenuante della collaborazione, custodia cautelare in carcere, confisca) risulterebbe superfluo laddove il primo fosse una mera aggravante del secondo.

Si tratta, altresì, di un reato a consumazione anticipata, strutturato in termini di reato complesso ovvero di reato aggravato dall'evento, replicando quasi alla lettera la rubrica dell'art. 12-bis quella dell'art. 586 del codice penale ed aggiungendo alla condotta punita dall'art. 12, comma l, l'evento aggravatore della morte o lesioni personali quale conseguenza non voluta.

Ed invero l'art. 12, comma 1 del decreto legislativo n. 286/1998 prevede che «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona».

L'art. 12-bis, comma I decreto legislativo n. 286/1998, intitolato «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina» recita: «Chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o

in qualunque modo effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, quando il trasporto o l'ingresso sono attuati con modalità tali da esporre le persone a pericolo per la loro vita o per la loro incolumità o sottoponendole a trattamento inumano o degradante, è punito con la reclusione da venti a trenta anni se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, la morte di più persone. La stessa pena si applica se dal fatto derivano la morte di una o più persone e lesioni gravi o gravissime a una o più persone.

Le due fattispecie presentano un nucleo comune, perfettamente sovrapponibile, nella descrizione della condotta cui si aggiunge, all'art. 12-bis, l'elemento specializzante dell'evento non voluto. Ritiene questo giudice che tra le due norme incriminatrici ricorra un rapporto di specialità atteso che l'evento dannoso nelle sue possibili declinazioni (nel caso di specie consistente nella morte di tre persone e nelle lesioni personali a carico di dieci persone) è elemento costitutivo del reato di cui all'art. 12-bis e costituisce elemento specializzante rispetto alla fattispecie descritta dall'art. 12 (reato complesso).

Si ritiene, pertanto, che, in caso di sentenza di condanna, dovrebbe farsi applicazione soltanto del delitto più grave, restando assorbito quello meno grave, onde non sanzionare due volte la medesima condotta (diverso sarebbe stato il caso di concorso tra l'art. 12 e l'art. 586 del codice penale come da contestazione originaria, ipotesi sussumibile entro il paradigma del concorso formale).

Dall'intervento riformatore del 2023 è conseguito tuttavia un assetto sanzionatorio manifestamente contrastante con diversi parametri costituzionali e sovranazionali sotto il profilo della sproporzione ed irragionevolezza, come si chiarirà meglio più avanti.

Il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 12-bis del decreto legislativo n. 286/1998.

Le comminatorie edittali dell'art. 12-bis sono diversificate in funzione della tipologia e del numero degli eventi lesivi verificatisi. Ai sensi del comma I è prevista la reclusione da venti a trenta anni se si verifica la morte di più persone. La stessa cornice edittale si applica anche in caso di morte di una singola persona accompagnata da lesioni gravi o gravissime a una o più persone. Ai sensi del comma 2, in caso di morte di una sola persona si applica la reclusione da quindici a ventiquattro anni. Infine, in caso di sole lesioni gravi o gravissime a una o più persone si applica la reclusione da dieci a venti anni.

Il comma 3 prevede due circostanze aggravanti.

Nei casi di cui ai commi I e 2, la pena è aumentata quando ricorre taluna delle ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, lettere a), d) ed e). La pena è aumentata da un terzo alla metà quando concorrono almeno due delle ipotesi di cui al primo periodo, nonché nei casi previsti dall'art. 12, comma 3-ter.

Nel caso di specie è contestata l'aggravante di cui alla lettera a) dell'art. 12, ossia l'aver favorito l'ingresso di più di cinque persone (con aumento della pena fino a un terzo).

In concreto, in caso di condanna, il minimo edittale di venti anni di reclusione subirebbe un aumento pari almeno fino a un terzo, ossia da venti anni e un giorno di reclusione ad anni trenta mentre il massimo resterebbe pari ad anni trenta ex art. 66 del codice penale.

Il comma 4 (allo stesso modo dell'art 12, comma 3-quater) stabilisce il divieto di bilanciamento delle aggravanti con eventuali circostanze attenuanti (diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale), le cui diminuzioni di pena si applicheranno, pertanto, sulla quantità. di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti ex art. comma 4-ter.

Contrasto della pena edittale prevista dall'art. 12-bis con gli articoli 3, 27 della Costituzione, 49 paragrafo 3 CDFU.

La disamina della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12-bis TUI consente di rilevare subito come le principali novità sanzionatorie determinate dall'ingresso della nuova norma si sostanzino soprattutto nella previsione di minimi edittali particolarmente severi.

Ed è proprio con riguardo ad essi che, a parere di questo decidente, si impone l'esigenza di un adeguamento al canone di proporzionalità della pena ricavabile dal combinato disposto degli articoli 3 e 27 della Carta Costituzionale.

È noto come il principio di proporzionalità abbia trovato un chiaro ed autorevole riconoscimento nelle diverse sentenze con cui, nel tempo, la Corte costituzionale ha eletto tale principio a criterio fondamentale che deve guidare l'interprete del diritto nel momento in cui è chiamato a parametrare la sanzione da applicare al caso di specie.

Premesso invero che in forza del principio di legalità sancito all'art. 25 della Costituzione le scelte sulla misura della pena appartengono alla discrezionalità del legislatore, è stato più volte evidenziato dalla Corte costituzionale come tale discrezionalità non sia assoluta, dovendo misurarsi con altri principi costituzionali, tra cui il fondamentale principio di eguaglianza contenuto all'art. 3 della Costituzione, che esige un diritto penale non arbitrario, non irragionevole e non sproporzionato, i principi di cui all'art. 27 della Costituzione, per cui le

pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato, e il principio di proporzionalità della pena rispetto all'offesa, presupposto dall'art. 27 della Costituzione e codificato anche nell'art. 49, par. 3, della CDFUE (sentenza n. 0179 del 2017).

Nella nota sentenza n. 236/2016 la Corte ha infatti affermato che: «E costante nella giurisprudenza costituzionale, la considerazione secondo cui l'art. 3 della Costituzione esige che la pena sia proporzionata al disvalore del fatto illecito commesso, in modo che il sistema sanzionatorio adempia nel contempo alla funzione di difesa sociale ed a quella di tutela delle posizioni individuali».

Ed ancora, la Corte ha richiamato l'art. 27 comma 3 della Costituzione rilevando che «il principio di proporzionalità esige un'articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l'adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il "volto costituzionale" del sistema penale (sentenza n. 50/1980)».

Una pena non proporzionata alla effettiva gravità del fatto si risolverebbe, invero, in un ostacolo alla sua funzione rieducativa: il trattamento sanzionatorio sproporzionato rispetto al reato commesso sarebbe infatti percepito come ingiusto dal condannato e, dunque, risulterebbe inidoneo a svolgere la funzione rieducativa prevista dall'art. 27 della Costituzione.

Si rileva infine il contrasto con l'art. 49, paragrafo 3, CDFUE, per il tramite degli articoli 111 e 1 17, primo comma, della Costituzione.

Il CDFUE riunisce in una medesima norma, l'art. 49 (sotto la rubrica principi della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene) il principio di legalità (sub specie del divieto di retroattività e successione di leggi penali) e il principio di proporzionalità della pena. Al punto 3, dell'art. 49 si statuisce infatti che «Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato».

L'art. 49 CDFUE ha effetto diretto nell'ordinamento degli Stati europei (cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 8 marzo 2022, in causa C-205/20, NE) con conseguente obbligo per i giudici di farne applicazione; in caso di disposizioni che si ritengano in contrasto con detto principio il giudice italiano è tenuto a promuovere incidente di legittimità costituzionale per violazione delle norme di cui agli articoli Il e 117 della Costituzione.

Tertia comparationis.

È noto poi come, muovendo dalla necessità che a fatti di diverso disvalore corrispondano diverse reazioni sanzionatorie, il sindacato sulla proporzionalità della pena, storicamente, si sia fondato per lo più sul C.d. schema triadico, venendo, cioè, imperniato sul confronto tra la previsione normativa censurata e quella apprestata per altra figura di reato, di pari o addirittura maggiore gravità, assunta quale tertitum comparationis.

E tuttavia, specie negli ultimi tempi, non sono mancate pronunce in cui la Corte, in ordine agli «indicatori» sulla cui base operare il sindacato di proporzionalità della pena, sembra essersi affrancata dal C.d. schema triadico, per valutare invece la severità della cornice edittale proprio sul piano della ragionevolezza intrinseca.

In altri termini, la consulta ha spesso verificato la sproporzionalità della pena rispetto alla gravità oggettiva e soggettiva del reato, effettuando un sindacato del tutto svincolato dalla logica comparativa.

Al di là, comunque, di tali considerazioni di carattere ermeneutico, sia che si adotti lo schema triadico che se si effettui un vaglio di ragionevolezza «intrinseco», si ritiene che le sanzioni introdotte dall'art. 12-bis TUI si pongano in contrasto con gli articoli 3 e 27 della Costituzione, presentando profili di manifesta irragionevolezza.

Si ritiene infatti che, in coerenza con la voluntas legis di contrastare in maniera più severa il fenomeno migratorio, sia certamente giustificata, e comunque rientrante nella discrezionalità politica del legislatore l'introduzione di una sanzione penale più elevata per la nuova figura di reato, e tuttavia, a parere di questo giudicante, non è conforme ai parametri costituzionali e sovranazionali la scelta di una pena edittale così elevata, soprattutto nel minimo che, inevitabilmente, finisce con l'impedire al giudice di commisurare la pena all'effettivo disvalore penale del fatto.

Il rischio che si corre, infatti, è quello di far ricadere nella fattispecie incriminatrice di cui all'art. 12-bis condotte di gravità non del tutto sovrapponibili, quali, per esempio, quelle non riconducibili a veri e propri esponenti del traffico organizzato di migranti, ma imputabili a soggetti il cui contributo causale al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina risulti occasionale o isolato.

Statisticamente non è infrequente il caso in cui ad essere imputati sono «migranti-scafisti», ovvero soggetti che lungi dall'essere parte di una organizzazione criminale, sono a loro volta «vittime» del sistema, venendo individuati come meri esecutori del progetto criminale.

Ed allora, è chiaro che, in tali casi, il disvalore penale da riconoscere al fatto assume proporzioni diverse, rendendo un limite edittale come quello ad oggi previsto dalla fattispecie della cui legittimità si dubita del tutto sproporzionato e quindi intrinsecamente irragionevole.

L'ingiustificata maggiore severità delle pene introdotte dall'art. 12-bis TUI emerge poi in maniera più evidente se si procede a confrontare, sotto il profilo della ragionevolezza «estrinseca», la suddetta disposizione con altre fattispecie che puniscono in modo significativamente diverso condotte lesive del medesimo bene giuridico integrate attraverso analoghe modalità esecutive.

È evidente ictu oculi come il nuovo schema legislativo lasci pochissimo margine di parametrare la pena all'effettivo disvalore penale del fatto se si adotta, anzitutto, come tertium comparationis la disciplina che troverebbe applicazione ove la norma speciale di cui all'art. 12-bis non esistesse.

Ed invero, al caso di specie sarebbe applicabile la fattispecie aggravata di cui al comma 3, dell'art 12 TUI che (anche a seguito dell' aumento di pena previsto dal C.d. decreto Cutro) prevede pur sempre un minimo edittale pari a sei anni di reclusione, aumentati fino a un terzo ai sensi del comma cinque o più persone e il pericolo per l'incolumità dei trasportati), in concorso formale con l'omicidio plurimo previsto dall'art. 589 del codice penale a sua volta aggravato ex art. 586 del codice penale.

Si tratterebbe di uno schema sanzionatorio, che atteso un minimo edittale significativamente più basso previsto dalla disciplina generale, consentirebbe di poter calibrare la pena in relazione all'effettivo disvalore penale del fatto concreto.

Ciò è ancora più evidente se si considera, peraltro, che la disciplina attuale di cui al comma 3 dell'art. 12-bis TUI, oltre a partire da un minimo edittale notevolmente più alto (vent'anni), prevede anche il divieto di bilanciamento con altre attenuanti diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, nell'ipotesi in cui, come in quello in esame, ricorrano le aggravanti di cui al comma 3 (ovvero le circostanze di cui all'art. 12, comma 3, lettere a, d, ed e). Il sistema sanzionatorio presenta una rigidità che lo differenzia, in senso fortemente peggiorativo, da fattispecie delittuose analoghe. Quali fattispecie da porre a confronto con quella di cui all'art. 12-bis TUI, va presa in considerazione, innanzitutto, per identità della struttura e dei beni protetti (la vita e l'integrità fisica) la disposizione di cui all'art. 586 del codice penale che rinvia, quanto alla misura della sanzione, alle pene rispettivamente previste per i delitti di omicidio colposo o lesioni colpose. Nel caso oggetto del presente giudizio la pena astrattamente applicabile sarebbe quella di cui all'ultimo comma dell'art. 589 del codice penale

che per il caso di morte di più persone o di morte di una o più persone e di lesioni di una o più persone (ossia l'ipotesi in contestazione al capo b) prevede la pena che dovrebbe applicarsi per la più grave delle violazioni (reclusione da sei mesi a cinque anni) aumentata fino al triplo con un limite massimo di quindici anni e con ulteriore aumento (fino a un terzo). Il minimo edittale, calcolando il massimo aumento si assesta dunque su due anni di reclusione. Il massimo edittale è invece di quindici anni (inferiore al minimo oggi previsto dall'art. 12-bis).

Sempre in tema di delitti aggravati dall'evento si richiama l'art. 452-ter del codice penale rubricato morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale: «Se da uno dei fatti di cui all'art. 452-bis deriva, quale conseguenza non voluta dal reo, una lesione personale, ad eccezione delle ipotesi in cui la malattia ha una durata non superiore ai venti giorni, si applica la pena della reclusione da due anni e sei mesi a sette anni; se ne deriva una lesione grave, la pena della reclusione da tre a otto anni; se ne deriva una lesione gravissima, la pena della reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva la morte, la pena della reclusione da cinque a dieci anni. Nel caso di morte di più persone, di lesioni di più persone, ovvero di morte di una o più persone e lesioni di una o più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per l'ipotesi più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti.»

La disparità di trattamento tra situazioni analoghe è evidente anche se si prendono in considerazione le disposizioni in tema di concorso formale, delitti aberranti e reato complesso, tutti istituti che, consentono di graduare i limiti edittali in modo da rendere la pena effettivamente proporzionata.

Altra fattispecie che si ritiene di individuare quale tertium comparationis è infine l'art. 575 del codice penale che punisce l'omicidio volontario con la pena della reclusione non inferiore a ventuno anni. Ne deriva la conseguenza paradossale per cui l'ordinamento giuridico punisce lo stesso evento, in caso di morte di una persona, in modo di poco più grave (reclusione da ventuno a ventiquattro anni) nell'ipotesi dolosa rispetto a quella di cui all'art. 12-bis (reclusione da quindici a ventiquattro anni) che riveste natura colposa, posto che il criterio di imputazione soggettiva dei delitti aggravati dall'evento richiede la colpa in termini di prevedibilità in concreto (Sez. Un. 22 gennaio 2009, n. 226766, ...); per il caso di morte di più persone, a fronte di un minimo di venti anni, solo di un anno inferiore all'ipotesi dolosa, la nuova disposizione di cui all'art. 12-bis prevede un massimo di trenta anni di reclusione che per l'omicidio doloso è raggiungibile soltanto in presenza di circostanze aggravanti. Peraltro, il sistema delle aggravanti disciplinate dall'art. 12-bis, si assesta sul massimo di anni trenta soltanto in virtù della norma calmieratrice di cui all'art. 66 del codice penale, in mancanza

della quale si supererebbe la soglia dei quaranta anni di reclusione. Il sistema sanzionatorio introdotto dall'art. 12-bis finisce dunque per obliterare la differenza tra le due fattispecie delittuose sotto il profilo dell'elemento soggettivo, finendo per trattare in modo analogo (se non addirittura sanzionando più gravemente la fattispecie colposa) situazioni con grado di colpevolezza ontologicamente diverso.

Impossibilità di un'interpretazione costituzionalmente orientata.

Non pare possibile ricavare dall'ordinamento penale positivo uno strumento normativo idoneo a ricondurre il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 12-bis entro binari compatibili con i principi costituzionali e convenzionali di proporzionalità della pena. Un ostacolo insuperabile è posto invero dal divieto di bilanciamento tra le circostanze diverse da quelle di cui agli articoli 98 e 114 del codice penale che, ove ammesso, sarebbe in grado di consentire graduazioni della pena in modo tale da adattare la sanzione all'effettiva gravità del reato.

Nel caso concreto non è possibile ricorrere a circostanze attenuanti astrattamente applicabili se non riducendo sanzioni già elevatissime per effetto delle aggravanti, il cui peso non può essere esautorato in difetto di bilanciamento.

Né è possibile ricorrere all'art. 114 del codice penale per un duplice ordine di ragioni. Posto che l'art. 114 del codice penale opera sul terreno della causalità, si osserva che in assenza di condotte concorrenti di altri soggetti non pare logicamente sostenibile che gli unici due concorrenti nel reato abbiano prestato entrambi (le posizioni degli imputati non sono in alcun modo diversificabili) un contributo di minima importanza. Manca invero il soggetto cui attribuire il contributo causale preponderante. D'altro canto, se si ipotizzasse un (non contestato) concorso con altri (in ipotesi gli organizzatori) l'attenuante in parola non sarebbe applicabile secondo la consolidata interpretazione della Corte di cassazione. Infine, nel caso concreto, non può sostenersi che la condotta di conduzione dell'imbarcazione nelle precarie e difettose condizioni di sicurezza accertate nel presente giudizio, costituisca un contributo causale esiguo e marginale.

Non è prevista peraltro, come disposto per altre fattispecie di reato, il più delle volte attraverso l'intervento additivo della Corte costituzionale, la circostanza, bilanciabile, del fatto di lieve entità, che consentirebbe di modulare la pena sull'effettiva gravità del reato, tenendo conto di tutti criteri di cui all'art. 133 del codice penale, segnatamente del grado della colpa e della capacità a delinquere, profili che devono essere presi in considerazione nel giudizio a quo.

Si ritiene, in conclusione, di dover sottoporre allo scrutinio della Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale sia in ordine al difetto di proporzionalità della pena

edittale prevista dal primo e dal secondo comma dell'art. 12-bis TUI che al divieto di bilanciamento tra le circostanze previsto dal comma 4 nonché in ordine alla mancata previsione della circostanza attenuante del fatto di lieve entità con possibilità di bilanciamento in termini di equivalenza o prevalenza con circostanze aggravanti.

Per quanto esposto si ritiene non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art 12-bis, commi 1, 3 e 4 del decreto legislativo n. 286/1998 per contrasto con gli articoli 3, 27 della Costituzione nonché degli articoli Il e 117 della Costituzione in relazione all'art. 49, paragrafo 3, CDFUE.

P.Q.M.

Visti gli articoli 134 della Costituzione, I della legge costituzionale n. 1/1948, 23 e ss. della legge n. 87 /1953;

Ritenuta la questione rilevante e non manifestamente infondata, solleva questione di legittimità costituzionale in relazione dell'art 12-bis, commi l, 3 e 4 del decreto legislativo n. 286/1998 per contrasto con gli articoli 3, 27 della Costituzione nonché degli articoli 11 e 117 della Costituzione in relazione all'art. 49, paragrafo 3, CDFUE;

Sospende il giudizio abbreviato nei confronti di N. I. E. e E. M. S. M. A., imputati sottoposti alla misura cautelare degli arresti domiciliari con scadenza del termine di fase il 26 gennaio 2026;

Sospende i termini di prescrizione fino alla definizione del giudizio innanzi alla Corte costituzionale cui dispone l'immediata trasmissione degli atti;

Dispone, a cura della Cancelleria, la notificazione della presente ordinanza al Presidente del Consiglio dei ministri e la notificazione ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

OLTRE LA MERA FALSITÀ: LA CONCRETA IDONEITÀ INQUINANTE DEL DEPISTAGGIO DICHIARATIVO ALLA LUCE DELLA SENTENZA N. 13093 DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Beyond mere falsity: the concrete polluting suitability of declaratory misdirection in light of ruling no. 13093 of the Court of Cassation

di

Paola Marasciulo *

Con la sentenza n. 13093 del 2026, la Sesta Sezione penale della Corte di cassazione qualifica il delitto di depistaggio, nella sua forma dichiarativa, quale reato di pericolo concreto, escludendo che la prova del reato possa fondarsi sulla sola falsità delle dichiarazioni e richiedendo la dimostrazione dell'effettiva idoneità inquinante rispetto a specifiche esigenze investigative. Il presente contributo esamina le implicazioni di tale affermazione di principio su tre piani: la struttura oggettiva della fattispecie; il ruolo del dolo specifico; la ridefinizione degli oneri probatori gravanti sull'accusa, con la proposta di una griglia operativa degli indici di concreta idoneità.

***

With ruling no. 13093 of 2026, the Sixth Criminal Section of the Court of Cassation classifies the crime of obstruction of justice, in its verbal form, as a crime of concrete danger, excluding the possibility that evidence of the crime could be based solely on the falsity of the statements and requiring the demonstration of the actual polluting suitability with respect to specific investigative needs. This paper examines the implications of this statement of principle on three levels: the objective structure of the case; the role of specific intent; and the redefinition of the evidentiary burdens on the prosecution, with the proposal of an operational grid of concrete suitability indices.

Sommario: 1. Premessa – 2. Il caso – 3. Il delitto di depistaggio - 4. Natura di reato di pericolo concreto - 5. Il dolo specifico – 6. Oneri probatori nella forma

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

dichiarativa del depistaggio – *6.1. Oltre la mera falsità: la griglia degli indici di concreta idoneità – 6.2. La disciplina dell'imputato concorrente e* il nemo tenetur se detegere *come termine di confronto* – 7. Considerazioni conclusive

1. Premessa

La sentenza in commento si inserisce nel dibattito sulla struttura del delitto di frode in processo penale e depistaggio di cui all'art. 375 c.p., con particolare riguardo alla sua forma «dichiarativa». La pronuncia offre l'occasione per una ricognizione sistematica di tre profili che, nella prassi applicativa, restano ancora controversi.

Il primo attiene alla qualificazione strutturale della fattispecie: si tratta di verificare se e in quali termini il depistaggio dichiarativo debba essere ricondotto al paradigma del reato di pericolo concreto, anche alla luce del confronto con fattispecie che condividono analoga struttura nonché con i reati di falso dichiarativo, rispetto ai quali il depistaggio si atteggia in termini di specialità aggravata.

Il secondo profilo concerne il dolo specifico: l'intenzione di deviare l'indagine o il processo penale non può essere ridotta a un mero *surplus* psicologico rispetto alle ipotesi di falso, ma deve essere intesa quale elemento costitutivo della fattispecie. La stessa, infatti, orienta la volontà dell'agente verso la lesione di uno specifico bene giuridico – la funzionalità dell'accertamento penale – fungendo al contempo da cerniera tra reati di falso e reati di intralcio all'attività giudiziaria.

Il terzo ed ultimo profilo, di immediata rilevanza pratica, riguarda gli oneri probatori. Se, infatti, la prova del reato non può esaurirsi nella dimostrazione della mera falsità della dichiarazione, diviene necessario chiarire la struttura dell'accertamento probatorio, individuando le concrete esigenze investigative che la condotta sia stata idonea a compromettere. Su questo versante, la sentenza lascia aperti margini di incertezza, su cui la presente nota intende riflettere attraverso l'elaborazione di una griglia operativa degli indici di idoneità inquinante.

2. Il caso

La vicenda oggetto della pronuncia[2] prende le mosse dalla riapertura delle indagini sull'omicidio del Presidente della Regione Siciliana Piersanti Mattarella, avvenuto a Palermo il 6 gennaio 1980. In particolare, gli inquirenti indagano su un guanto di pelle rinvenuto all'interno della Fiat 132 utilizzata dagli attentatori per la fuga.

Il reperto, nell'immediatezza dei fatti, era stato regolarmente repertato, fotografato e menzionato nei verbali di sequestro e di descrizione del cadavere. Il ricorrente, Piritore, allora in servizio presso la Squadra Mobile di Palermo, aveva, infatti, redatto una relazione di servizio attestando di aver mostrato il guanto al proprietario del veicolo – che ne aveva escluso la proprietà – e di averlo successivamente consegnato al dirigente della Squadra Mobile, il quale aveva sottoscritto per ricevuta. Nondimeno, il guanto risultava in seguito non più rintracciabile: tale circostanza alimentava il sospetto di una volontaria sottrazione e di un conseguente sviamento delle indagini.

A distanza di oltre quarant'anni, nel contesto delle nuove investigazioni, Piritore veniva nuovamente escusso in ordine alle modalità di gestione e consegna del reperto. Le dichiarazioni rese, ritenute non veritiere e funzionali a coprire la pregressa scomparsa del guanto, venivano ricondotte dagli inquirenti nel delitto di depistaggio dichiarativo di cui all'art. 375 c.p.: si assumeva che l'indagato avesse consapevolmente fornito indicazioni fuorvianti idonee a ostacolare l'accertamento dei fatti nella rinnovata fase investigativa.

Su tali basi, il GIP presso il Tribunale di Palermo applicava nei confronti dell'indagato la misura degli arresti domiciliari, ravvisando gravi indizi di colpevolezza e ritenendo sussistenti esigenze cautelari.

In sede di riesame, il provvedimento veniva integralmente confermato. Avverso tale ordinanza veniva proposto ricorso per cassazione articolato in quattro motivi. I primi due, attinenti a profili processuali e alla valutazione di specifici passaggi motivazionali, venivano disattesi, in quanto ritenuti generici o comunque inidonei a incidere sulla tenuta dell'ordinanza impugnata. Diversamente, il terzo e il quarto motivo costituivano il fulcro della decisione.

Con il terzo motivo, il ricorrente denunciava il vizio di motivazione in ordine alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza per il delitto di

[2] Corte di Cassazione, Sez. VI pen., 10 marzo 2026 (dep. 9 aprile 2026), n. 13093.

depistaggio. Lo stesso, infatti, proponeva due doglianze: una ricostruzione congetturale delle condotte risalenti al 1980, fondata sull'assunto della sua responsabilità nella sparizione del reperto e non adeguatamente confrontata con i dati oggettivi di repertazione, documentazione e consegna; in secondo luogo, l'assenza di una puntuale verifica dell'offensività concreta della condotta dichiarativa e del relativo dolo specifico. In particolare, si evidenziava come il giudice della cautela si fosse limitato a valorizzare la presunta falsità delle dichiarazioni, senza chiarire in che modo esse avessero potuto incidere effettivamente sull'accertamento in corso, anche avuto riguardo al ruolo rivestito dal Piritore nell'indagine del 1980.

La Corte di cassazione accoglieva tale censura, rilevando un duplice *deficit* motivazionale: sul piano fattuale, osservava che le attività di repertazione, verbalizzazione e consegna del guanto risultavano difficilmente compatibili con un intento di occultamento; sul piano giuridico, ribadiva che il depistaggio integra un reato di pericolo concreto sorretto da dolo specifico, sicché, nella forma dichiarativa, non è sufficiente accertare la mera falsità delle dichiarazioni, ma occorre dimostrarne la concreta idoneità a deviare l'accertamento -requisito non adeguatamente argomentato nell'ordinanza impugnata-.

Con il quarto motivo, il ricorrente censurava la motivazione in ordine alle esigenze cautelari –inquinamento probatorio e reiterazione dei reati-, deducendone la carenza di attualità e concretezza, specie alla luce del considerevole lasso di tempo trascorso e dello stato di quiescenza. Anche tale motivo veniva accolto: la Corte riteneva le argomentazioni del giudice della cautela meramente assertive e non sorrette da concreti riscontri fattuali, evidenziando, in particolare, come gli elementi valorizzati non fossero idonei a dimostrare la sussistenza delle esigenze cautelari.

In ragione dell'accoglimento del terzo e del quarto motivo, la VI sezione penale annullava senza rinvio l'ordinanza del Tribunale del riesame e il provvedimento genetico del GIP, disponendo l'immediata liberazione del ricorrente.

La decisione, nel suo impianto motivazionale, si presta così a costituire un punto di osservazione privilegiato proprio sui tre profili indicati in premessa — natura di reato di pericolo concreto, struttura del dolo specifico e contenuto degli oneri probatori — che emergono qui non in astratto, ma nella loro concreta rilevanza applicativa.

3. Il delitto di depistaggio

Ai fini di una maggiore chiarezza espositiva, e senza pretese di esaustività, è opportuno richiamare i tratti essenziali della fattispecie di cui all'art 375 c.p.[3], nei limiti strettamente funzionali all'analisi che segue.

Il delitto di depistaggio di cui all'art. 375 c.p., introdotto con la legge 11 luglio 2016, n. 133, si colloca all'interno del sistema dei reati contro l'amministrazione della giustizia quale fattispecie autonoma destinata a intercettare, con un trattamento sanzionatorio più severo, condotte di inquinamento processuale riconducibili all'azione di pubblici agenti[4].

La norma tipizza una figura complessa, strutturata attorno a due distinte modalità di realizzazione del fatto: da un lato, il c.d. depistaggio materiale, consistente nell'alterazione artificiosa del corpo del reato ovvero dello stato dei luoghi, delle cose o delle persone ad esso connesse (lett. a)[5]; dall'altro, il c.d.

[3] Per un'analisi approfondita del delitto in questione, si rinvia a: A. ALBERICO, *Frode in processo penale e depistaggio*, Aracne, Roma, 2018, p.1 ss.; P. CERAMI, *voce Frode e depistaggio in processo penale*, in *Dig. disc. pen*., 2018, pp.1 ss.; R. CAPPITELLI, *Il "nuovo" articolo 375 del codice penale al vaglio della suprema corte*, in *Cass. Pen*., fasc.10, 2017, pp. 3638 ss.; A. DI TULLIO D'ELISIIS, *Depistaggio e frode nel processo penale. Profili sostanziali e procedurali,* Maggioli Editore, Rimini, 2016, pp.1 ss.; A. FEOLA et al., *Il rapporto tra la fattispecie di reato di falsa perizia ex art. 373 c.p. e la nuova fattispecie di falsità in processo penale e depistaggio*, in *Riv. it. med. leg*., 2017, fasc. 2, pp. 481 ss.; E. LA ROSA, *Muri di gomma e depistaggi nell'esperienza repubblicana italiana: una lettura penalistica*, in *Discrimen*, 2.4.2021, pp.1 ss.; V. MAIELLO, *Il delitto di depistaggio: dietro l'esigenza di una tipicità criminosa le insidie del diritto penale simbolico*, in *Ambrosetti (a cura di), Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, pp. 610 ss.; N. MANI, *L'introduzione del reato di frode in processo penale e depistaggio*, in *Arch. Pen*., 2016, fasc. 3, pp.1 ss.; I. MARCHI, *Frode in processo penale e depistaggio*, Giappichelli, Torino, 2017, pp.1 ss.; G. OPPO, *Il nuovo delitto di frode in processo penale e depistaggio (art. 375 c.p.),* in *Resp. civ. prev*., 2019, vol. 84, fasc. 4, pp. 1400 ss.; M.A. PASCULLI, *Il delitto di frode in processo penale e depistaggio. Tra funzione simbolica e giusto processo*, Giappichelli, Torino, 2020, pp.1 ss.; G. PIFFER, *voce Frode in processo penale e depistaggio*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2018, pp.1 ss.; P. PISA, *Il "nuovo" reato di depistaggio*, in *Dir. pen. proc*., 2016, fasc. 10, pp. 1280 ss.; V. SANTORO, *Alcune considerazioni sul nuovo reato di "frode in processo e depistaggio" (art. 375 c.p., L. 11 luglio 2016, n. 133),* in *Arch. pen. online*, 2016, fasc. 3, pp.1 ss.

[4] Per un approfondimento, si rinvia a P. DI STEFANO, *Fisionomia del nuovo reato di frode in processo penale e depistaggio*, in *IUS Penale,* 24 agosto 2016, pp.1 ss.; V. MAIELLO, *Il delitto di depistaggio: dietro le esigenze di una nuova tipicità criminosa, le insidie del diritto penalesimbolico*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, pp.1 ss.

[5] Sulla configurabilità del delitto di depistaggio materiale in forma omissiva si rinvia a A. ALBERICO, *op. cit*., p. 149.

depistaggio dichiarativo, integrato dalla resa di dichiarazioni false, reticenti o mendaci all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria (lett. b)[6].

Già a una prima lettura emerge come la disposizione si ponga in stretto rapporto con una pluralità di fattispecie preesistenti[7]. In particolare, il depistaggio materiale presenta evidenti affinità con il delitto di la frode processuale di cui all'art. 374 c.p., quale reato comune a dolo specifico, che punisce le condotte artificiosamente idonee a trarre in inganno il giudice mediante l'alterazione dello stato dei luoghi, delle cose o delle persone, purché concretamente idonee a porre in pericolo la genuinità dell'accertamento probatorio[8]. L'art. 375, comma 1, lett. a), c.p. presenta, pertanto, due elementi specializzanti: la qualifica soggettiva funzionalmente connessa all'attività investigativa o processuale; il più intenso disvalore offensivo attribuito alla manipolazione probatoria proveniente da soggetti istituzionalmente inseriti nell'attività di accertamento[9].

Il depistaggio dichiarativo si colloca, invece, nell'area dei reati di falso dichiarativo, potendo sovrapporsi, in assenza della nuova incriminazione, alle ipotesi di falsa testimonianza, false informazioni al pubblico ministero o favoreggiamento personale[10]. Rispetto a tali fattispecie, l'art. 375 c.p. si atteggia in termini di specialità unilaterale in astratto: la condotta tipica coincide, ma la nuova norma si caratterizza per la presenza di due elementi specializzanti, costituiti, da un lato, dalla qualifica soggettiva dell'agente – pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio – e, dall'altro, dalla previsione di una finalità ulteriore, diretta a impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale[11]. Ne deriva che, in presenza dei presupposti applicativi dell'art. 375 c.p., trova applicazione esclusivamente tale disposizione, secondo il paradigma del concorso apparente di norme.

---

[6] G. AMATO, *Introduzione nel codice penale del reato di frode in processo penale e depistaggio (commento alla l. 11 luglio 2016 n. 133),* in *Guida al dir. dossier*, 2016, fasc. 5, p. 6.
[7] M.A. PASCULLI, *op. cit.*, p. 222.
[8] Per un'analisi approfondita di tale delitto si rinvia, tra i molti, a A. PISA, *Frode processuale*, in *D. disc. pen., Vol. V*, UTET, Torino, 1991, pp. 327 ss.
[9] N. MANI, *op. cit.*, p.2.
[10] P. CERAMI, *op. cit.*, p. 217; A. FEOLA - E. BERNARDEL - L. T. MARSELLA, *Il rapporto tra la fattispecie di falsa perizia ex art. 373 c.p. e la nuova fattispecie di falsità in processo penale e depistaggio*, *in Riv. it. med. leg.*, 2017, pp. 481 ss.; G. INSOLERA - F. CONSORTE, *I reati di falso giudiziario dopo l'introduzione del delitto di "depistaggio"*, in *Ind. pen.*, 2017, pp. 93 ss..
[11] N. MANI, *op. cit.*, p.2.

Sotto il profilo soggettivo, la fattispecie si configura come reato proprio, richiedendo il possesso della qualifica pubblicistica[12], anche in capo a soggetti cessati dall'ufficio o dal servizio[13]. Proprio tale elemento ha dato luogo a un rilevante dibattito interpretativo, volto a stabilire se sia sufficiente il mero possesso formale della qualifica ovvero se sia necessario un collegamento funzionale tra la stessa e la condotta di depistaggio. A fronte di una prima tesi che valorizza il dato letterale e che ritiene integrato il reato in presenza della sola qualifica soggettiva[14], si è progressivamente affermato un diverso orientamento, oggi prevalente, che richiede, invece, una relazione funzionale tra l'attività svolta e il ruolo rivestito[15]. In tale prospettiva, il più severo trattamento sanzionatorio trova giustificazione non nella mera appartenenza dell'agente alla pubblica amministrazione, ma nella specifica infedeltà funzionale di chi, operando dall'interno del circuito investigativo o processuale, utilizza i poteri o le conoscenze derivanti dalla funzione per alterare il corretto svolgimento dell'accertamento penale[16].

La fattispecie ha natura monoffensiva, essendo posta a tutela esclusiva del corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia: ne consegue che i soggetti eventualmente lesi sul piano fattuale non assumono la qualità di persone offese dal reato, ma quella di meri danneggiati[17].

Dal punto di vista sistematico, merita d'essere segnalata l'esclusione dell'operatività della causa di non punibilità prevista dall'art. 384, comma 1, c.p., in ragione della scelta legislativa di non estenderne l'ambito applicativo alla nuova fattispecie: un dato normativo che, come si vedrà al par. 6.2, assume rilievo

---

[12] Per un'analisi approfondita, si rinvia a E. LA ROSA, *op. cit*., p. 10. S. FIORE, *Il nesso funzionale tra qualifica dell'agente e oggetto della tutela nel depistaggio,* in *Giur. it*., 2023, pp. 667 ss.; F. ROCCHI, *Sul dolo specifico del reato di frode in processo penale e depistaggio,* in *Dir. pen. proc*., n. 10, 1 ottobre 2024, pp. 1281 ss.

[13] Tra tante, si veda Cass. pen. sez. VI, 1/07/2025, n. 1869; Cass. pen. sez. VI, 27/04/2022, n. 34271.

[14] Si veda, in tema, V. SANTORO, *op. cit*., p. 10.

[15] Sul punto, si veda Cass. Pen., Sez. VI, 30 marzo 2017, n. 24557, e le relative note a sentenza di A. ALBERICO, *Connessione funzionale tra qualifica e illecito nel delitto di depistaggio*, in *Giur. it*., 2018, pp. 198 ss.; P. DI STEFANO, *La Cassazione delimita il rapporto tra qualifica soggettiva e fatto commesso nel reato di depistaggio*, in *IUS Penale*, 22 giugno 2017, pp. 1 ss.

[16] Per un ulteriore approfondimento, si rinvia a G. FAILLACI, *Il delitto di depistaggio può essere commesso solo da un pubblico ufficiale o da incaricato di pubblico servizio*, in *NJus*, 15 settembre 2022, pp.1 ss.

[17] Per un'analisi completa e dettagliata della ricostruzione del bene giuridico tutelato dal delitto *de quo* si rinvia a M.A. PASCULLI, *op. cit*., pp. 101 ss., e alla dottrina ivi richiamata.

centrale nella definizione degli oneri probatori a carico dell'accusa. Ne deriva, pertanto, che «*il pubblico agente che commetta depistaggio (anche) per non autoincriminarsi è oggi punibile*[18]».

In questo quadro, la definizione della struttura oggettiva della fattispecie costituisce il necessario presupposto per l'analisi dei due snodi problematici che la giurisprudenza ha maggiormente valorizzato e che assumono rilievo centrale anche nella decisione in commento: da un lato, la qualificazione del depistaggio quale reato di pericolo concreto; dall'altro, la configurazione e il ruolo del dolo specifico.

4. Natura di reato di pericolo concreto

Il punto di partenza dell'inquadramento strutturale del delitto di depistaggio è rappresentato dalla sua collocazione sistematica tra i delitti contro l'attività giudiziaria, ossia all'interno di un complesso normativo volto alla tutela della funzionalità e della genuinità dell'accertamento penale[19]. In tale ambito, tuttavia, le singole fattispecie si differenziano per la tecnica di tutela adottata: accanto a ipotesi che sanzionano la mera violazione del dovere di verità – senza richiedere una verifica dell'incidenza della condotta sull'esito del procedimento

[18] F. CONSORTE, *Depistaggio e diritto al silenzio: un caso problematico,* in *De iustitia,* Febbraio 2025, p. 5. Laddove il delitto di depistaggio si configuri in presenza di menzogne o reticenze funzionalmente orientate a impedire, ostacolare o sviare un procedimento penale, la fattispecie non parrebbe integrata quando il soggetto agisca per fini esclusivamente personali, come nel caso in cui menta o taccia al solo scopo di tutelare la propria libertà o il proprio onore, ovvero quelli dei propri congiunti. Non può, tuttavia, escludersi che il fine perseguito dall'agente presenti carattere composito e che le dichiarazioni mendaci o reticenti insistano su circostanze inscindibili, rilevanti tanto per l'accertamento del reato presupposto quanto per la posizione individuale del dichiarante. In tali "casi difficili", il mancato riconoscimento del diritto a non autoaccusarsi può tradursi in un trattamento deteriore rispetto a quello riservato al cittadino — anche pubblico ufficiale — in situazioni analoghe. Va, peraltro, segnalato come parte della dottrina ammetta la configurabilità dell'autodepistaggio: sul punto si veda, A. ALBERICO, *op. cit*., pp. 191 e ss.

[19] Senza pretese di esaustività, si rinvia a M. BERTOLINO, *Analisi critica dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Giappichelli, Torino, 2015, 1; M. BOSCARELLI, *Voce Giustizia (delitti contro la),* in *Enc. Dir.,* XIX, Milano, 1970, pp. 612 SS.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, Volume I, Zanichelli, Bologna, 2023; I. MARCHI, *Frode in processo penale e depistaggio, in S. Fornasari - S. Riondato (a cura di), Reati contro l'amministrazione della giustizia*, pp. 143-160; P. PISA, *Voce Amministrazione della giustizia (delitti contro la)*, in *Enc. dir., Ann., VIII,* Milano, 2015, pp. 26 ss.; S. RIONDATO, *Introduzione breve ai delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in G. Fornasari - S. Riondato (a cura di), *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, XXV; B. ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2022, pp. 12-16; F. SIRACUSANO, *Studio sui reati contro la giurisdizione*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 1 ss.

– si collocano fattispecie, tra cui il depistaggio, nelle quali la rilevanza penale non discende automaticamente dalla condotta, ma è subordinata a una valutazione ulteriore circa la sua capacità di incidere sull'oggetto di tutela[20].

In tale prospettiva, l'art. 375 c.p. è ormai qualificato, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, come reato di pericolo concreto[21]. Ciò implica che la consumazione del reato non richiede l'effettiva compromissione dell'attività investigativa o processuale, ma esige che la condotta – materiale o dichiarativa – sia dotata di una concreta idoneità ingannatoria rispetto all'accertamento in corso[22]. Il pericolo, dunque, non è presunto *ex lege* né desunto in via automatica dalla tipicità della condotta, ma costituisce un elemento della fattispecie che deve essere accertato dal giudice nel caso concreto, quale evento di pericolo che si aggiunge alla condotta tipica[23].

Una simile qualificazione risponde, da un lato, all'esigenza di contenere l'area dei reati di pericolo astratto, evitando che condotte tipizzate in termini ampi siano considerate pericolose in via presuntiva; dall'altro, si giustifica alla luce della *ratio* della norma, che intende colpire non qualsiasi falsificazione o alterazione, ma solo quelle condotte che, per le loro caratteristiche e per il contesto in cui si inseriscono, risultino effettivamente idonee a compromettere il corretto svolgimento dell'attività giudiziaria[24]. Il collegamento con il principio di offensività *ex* art. 49, co. 2, c.p. è qui evidente: la qualificazione come reato di pericolo concreto costituisce lo strumento interpretativo attraverso cui la norma viene ricondotta a un modello di tutela in concreto, nel quale il giudice verifica - anziché presumere - la rilevanza lesiva della condotta rispetto al bene protetto. Ne consegue che il giudizio di offensività si articola su un duplice piano: quello

[20] F. VALENTE BAGATTINI, *Il reato di frode in processo penale e depistaggio e il sistema dei delitti contro l'attività giudiziaria*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 10, 1 ottobre 2024, p. 1353.
[21] Senza pretese di esaustività, per una disamina relativa ai reati di pericolo si rinvia a A. ABUKAR HAYO, *Lineamenti generali della pretesa punitiva,* Giappichelli, Torino, pp. 76 ss.; F. BRICOLA, *voce Teoria generale del reato,* in *Nss. dig. it., vol. XIX,* 1973, pp. 82 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2024; M. GALLO, *I reati di pericolo,* in *Foro pen.*, 1968, pp. 8 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Studi di diritto penale,* Giuffrè, Milano, 1991, p. 72.
[22] M.A. PASCULLI, *op. cit.*, pp. 233 ss.
[23] A. MANNA, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale,* in *Questione giustizia*, fasc. 3/2001, pp. 1 ss.
[24] G. OPPO, *op. cit.*, p. 2.

legislativo, nel quale vengono individuate le condotte tipiche, e quello giudiziale, che ne verifica in concreto la capacità lesiva[25].

In particolare, sul piano astratto, il principio di offensività opera quale criterio di conformazione della fattispecie incriminatrice, orientando il legislatore nella selezione del bene giuridico meritevole di tutela penale, nella tipizzazione di condotte empiricamente verificabili e almeno potenzialmente lesive del bene protetto, nonché nella determinazione di un trattamento sanzionatorio proporzionato al disvalore dell'offesa. In tale prospettiva, il legislatore è chiamato a costruire fattispecie che individuino modalità di aggressione concretamente significative rispetto al bene tutelato, evitando automatismi sanzionatori non fondati su ragionevoli presunzioni di offensività[26].

Sul piano concreto, invece, il principio di offensività costituisce criterio di verifica demandato al giudice, il quale è tenuto ad accertare se la condotta storicamente realizzata presenti un'effettiva capacità lesiva o perlomeno una concreta attitudine a porre in pericolo il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Il giudizio di offensività si traduce, pertanto, nella verifica della corrispondenza tra fatto concreto e modello legale, nonché — una volta accertata la lesività della condotta — nella determinazione di una risposta sanzionatoria proporzionata al grado dell'offesa arrecata[27].

---

[25]Per una disamina approfondita si rinvia M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei,* in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2013, pp. 1 ss.; C. FIORE, *Il principio di offensività*, in *Indi. Pen.*, 1994, pp. 278 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale, canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 1 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione, in Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffré, Milano, 1977, pp. 445 ss.; G. VASSALLI, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 629 ss.

[26] D. BRUNELLI, *Il diritto penale delle fattispecie criminose,* Giappichelli, Torino, 2013, pp. 28 ss.; A. DE LIA, *"Ossi di seppia"? Appunti sul principio di offensività*, in *Arch. Pen.*, 2019, n. 2, pp. 1 ss.; G. MARINUCCI, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 10.

[27] A. BONOMI, *"Pregi" e "difetti" del principio di offensività del reato a confronto con i principi di ragionevolezza e di offensività in concreto*, in *Federalismi*, 12 marzo 2025, pp.1 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *op. cit.*, pp. 203 ss.; C. FIORE - S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale,* VII ed., Giuffrè, Milano, 2020, pp. 178 ss.; V. MAZZOCCA GAMBA, *Il principio di offensività nel prisma della proporzionalità della pena: il quantum dell'offesa quale requisito di tipicità (sostanziale) del fatto*, in *questa rivista*, 22 gennaio 2026, pp.1 ss.; A. A. PRESUTTO, *La particolare tenuità del fatto e i reati di violenza a pubblico ufficiale: riflessioni a margine della sentenza n. 172/2025 della Corte costituzionale*, *in questa rivista*, 4.2.26, pp. 1 ss..

La natura di reato di pericolo concreto comporta, inoltre, che l'elemento del pericolo assuma il rango di componente essenziale della fattispecie[28], imponendo al giudice un accertamento in termini di prognosi postuma: la condotta deve essere valutata *ex ante*, alla luce delle circostanze conosciute o conoscibili al momento della sua realizzazione, al fine di stabilire se fosse idonea a determinare un rischio effettivo per il bene giuridico tutelato. In assenza di tale verifica, difetta un elemento costitutivo del reato, con conseguente impossibilità di pervenire a una pronuncia di condanna[29].

È proprio in tale prospettiva che si colloca la precisazione offerta dalla sentenza in commento, secondo cui, nella forma dichiarativa, «*la prova del reato non può discendere dalla mera prova della falsità delle dichiarazioni*», ma richiede «*la dimostrazione dell'incidenza di tali dichiarazioni rispetto a specifiche esigenze investigative che risultino frustrate per effetto di tale reato*». Dal principio enunciato dalla Corte si ricavano tre requisiti strutturali del giudizio di idoneità inquinante: la specificità dell'interesse investigativo inciso, la concreta attitudine della condotta a ostacolarne o deviarne il soddisfacimento e il necessario ancoraggio della valutazione al contesto investigativo esistente al momento della dichiarazione.

Tali criteri non operano soltanto sul piano della qualificazione teorica della fattispecie, ma assumono una diretta rilevanza probatoria, imponendo al giudice una verifica concreta della capacità inquinante della condotta nel contesto dell'indagine in corso. Proprio la traduzione operativa di tali parametri consente di costruire una griglia di indici idonei a orientare l'accertamento giudiziale, di cui si dirà più diffusamente nel par. 6.1.

In definitiva, la qualificazione del depistaggio come reato di pericolo concreto impone di superare ogni automatismo tra falsità e rilevanza penale, richiedendo un accertamento puntuale e contestualizzato della capacità della condotta di incidere sull'accertamento giudiziario. È proprio su questo terreno che si misura la tenuta dell'impianto accusatorio e che la pronuncia in esame interviene in senso rigoroso, ponendo le basi per una più stringente definizione degli oneri probatori.

---

[28] F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1994
pp. 97 ss.
[29] G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, *op. cit.*, p. 218.

5. Il dolo specifico

Il tratto qualificante dell'art. 375 c.p. sul piano soggettivo è rappresentato dal dolo specifico[30], che opera come criterio selettivo delle condotte penalmente rilevanti e come elemento specializzante rispetto alle fattispecie contigue di falso[31]. La norma richiede, infatti, che il pubblico agente agisca al fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale, inserendo nella struttura del reato una componente teleologica che non si esaurisce nella mera consapevolezza e volontà della condotta[32]. Va precisato che la sentenza in commento non affronta *ex professo* il tema del dolo specifico, ma ne presuppone l'elaborazione consolidata, limitandosi a richiamare la necessità della sua

[30] Senza pretese di esaustività, per un'analisi di tale tipologia di dolo si rinvia a G. BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale nei quadro dei principi costituzionali*, in *Scritti giuridici 1966-1980*, Padova, 1980, pp. 78 ss.; G. CERQUETTI, *La rappresentazione e la volontà dell'evento nel dolo*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 1 ss.; G. CONTENTO, *Corso di Diritto penale*, Laterza, Bari, 1989, pp. 1 ss.;.E. DOLCINI; G.L. GATTA; G. MARINUCCI, *Manuale di diritto penale parte generale*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, pp. 150 ss.; M. DONINI, *Teoria del reato*, Cedam, Padova, 2016 pp. 221 ss.; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2024, pp. 189 ss.; M. GALLO, *Dolo (dir. pen.), in Enc. dir., vol. XIII*, Milano, 1964, pp. 750 ss.; M. GELARDI, *Il dolo specifico*, Cedam, Padova, 1996, pp. 147 ss.; C.F. GROSSO, *Dolo (dir. pen.), in Enc. giur. Treccani*, vol. XII, Roma, 1989, pp. 1 ss.; G. MARINUCCI, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della "imputazione oggettiva dell'evento" e trasfigurazione della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen., 1990*, pp. 3 ss.; M. MASUCCI, *'Fatto' e 'Valore' nella definizione del dolo*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 99-213; G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalle fattispecie penali*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 58 ss.; G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 162 ss.; L. PICOTTI, *Il dolo specifico. Un'indagine sugli 'elementi finalistici' delle fattispecie penali*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 80 ss.; S. PROSDOCIMI, *Reato doloso*, in *Dig. disc. pen., vol. XI*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 235 ss., specie pp. 248-249.

[31] Così la Discussione della proposta di legge: Bolognesi ed altri: *Introduzione nel codice penale del reato di frode in processo penale e depistaggio* (Approvata dalla Camera e modificata dal Senato) (A.C. 559-B), *Resoconto stenografico dell'Assemblea*, Seduta n. 647 di martedì 5 luglio 2016, cit., p. 5. «*L'elemento soggettivo di questa nuova figura criminosa è costituito dal dolo specifico, occorrendo il fine di impedire, ostacolare o sviare un'indagine o un processo penale, in modo sostanzialmente analogo e coerente con quanto previsto per il reato di frode processuale ex articolo 374 del codice penale, che appunto specifica «fine di trarre in inganno il giudice». E va detto che le finalità individuate dalla nuova norma incriminatrice si ricollegano ancora una volta al* proprium *di essa: intanto si può punire una condotta di falsità processuale più severamente in quanto essa è finalizzata ad ostacolare l'accertamento della verità processuale dal versante qualificato dei soggetti agenti pubblici; e, grazie a questa nuova legge, qualora approvata, le finalità di impedire, ostacolare o sviare un'indagine possono integrare anche fatti di cosiddetto comune depistaggio, diventando anche aggravanti per i reati comuni di falsa testimonianza, false informazioni al PM, frode processuale e favoreggiamento personale commessi al fine di ostacolare, impedire o sviare un'indagine in relazione a più gravi delitti di associazione di armi o con finalità di terrorismo ed eversione*».

[32] Cfr. G. PIFFER, *op. cit*., p. 135, con riferimento a Cass. pen., sez. VI, n. 2455/2017, cit.

dimostrazione contestualmente alla concreta idoneità inquinante. Le considerazioni che seguono sviluppano, pertanto, l'inquadramento dogmatico che la pronuncia dà per acquisito.

Su tale versante, la giurisprudenza[33] ha chiarito che il dolo specifico ricorre solo quando l'agente sia animato dall'intenzione di deviare l'indagine o il processo rispetto al loro corso originario, accompagnata dalla consapevolezza dell'idoneità della propria condotta a produrre tale effetto. Non è, invece, sufficiente la finalità di rafforzare o consolidare un quadro probatorio già acquisito: una simile direzione finalistico-conservativa, pur potendo integrare altre fattispecie di falso, non soddisfa il requisito tipico del depistaggio, che presuppone una tensione verso la deviazione del percorso investigativo o decisionale[34].

Tale lettura restrittiva consente di evitare una sovrapposizione tra il depistaggio e i reati di falso, preservando la funzione autonoma della fattispecie e giustificando, sul piano sistematico, il più severo trattamento sanzionatorio. Il dolo specifico, dunque, non si limita a qualificare psicologicamente la condotta, ma delimita l'area del penalmente rilevante, selezionando solo quei comportamenti che si pongono in rapporto antagonista rispetto alla ricerca della verità processuale[35].

Sul piano dogmatico, il dolo specifico è tradizionalmente inteso come fine ulteriore rispetto alla realizzazione del fatto tipico, la cui effettiva attuazione non è richiesta ai fini della consumazione del reato. In tale accezione, esso si configura come un movente normativamente tipizzato[36]: è sufficiente che l'agente agisca perseguendo lo scopo indicato dalla norma, anche se questo non si realizza in concreto. Tuttavia, una simile impostazione, se isolata, rischia di spostare eccessivamente il baricentro della tipicità sul piano soggettivo, con possibili tensioni rispetto ai principi di materialità e offensività.

---

[33] Sul punto, si veda, tra tutte, Cass. Pen., Sez. VI, 20/06/2024, n. 32470, e la relativa nota a sentenza redatta da A. SALERNO, *Il dolo specifico del delitto di frode in processo penale e depistaggio*, in *D&G*, fasc.153, 2024, pag. 11.

[34] V. MAIELLO, *op. cit.*, p.13. Si rinvia, inoltre, a Cass. pen. Sez. VI, n. 7300 del 20/12/2023, dep.2024, Giustini, Rv. 286065.

[35] I. MARCHI, *op. cit.*, pp. 152-153;

[36] V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. II, Torino, Unione tipografico-editrice torinese, 1920, pp. 623-625.

Per tale ragione, una diversa ricostruzione tende a valorizzare la funzione oggettivante del dolo specifico, inteso non come elemento meramente interiore, ma come criterio che si riflette nella stessa struttura del fatto tipico[37]. Ne deriva, pertanto, che la finalità di impedire, ostacolare o sviare l'indagine o il processo deve trovare riscontro in atti concretamente idonei al raggiungimento di tale scopo, ponendosi in stretta connessione con il requisito della idoneità inquinante già esaminato[38]. Il dolo specifico, così inteso, contribuisce a definire la dimensione offensiva della fattispecie, selezionando solo le condotte che, oltre a essere materialmente tipiche, siano funzionalmente orientate alla compromissione dell'attività giudiziaria[39].

Si desume, così, che il dolo specifico nel depistaggio assume una duplice valenza: da un lato, come elemento soggettivo che richiede la rappresentazione e volizione di un fine determinato; dall'altro, come componente della tipicità, che esige una corrispondenza tra finalità perseguita e concreta idoneità della condotta a realizzarla. In questa interazione tra dimensione soggettiva e oggettiva si coglie la *ratio* della norma, che non punisce qualsiasi falsificazione o manipolazione, ma solo quelle che si inseriscono consapevolmente e intenzionalmente in un disegno di deviazione dell'accertamento penale[40].

6. Oneri probatori nella forma dichiarativa del depistaggio

6.1. Oltre la mera falsità: la griglia degli indici di concreta idoneità

L'enunciato dalla Corte - secondo cui la prova del depistaggio dichiarativo richiede la dimostrazione dell'incidenza delle dichiarazioni false su specifiche esigenze investigative - ridisegna la struttura della prova. La questione assume rilievo non soltanto nel giudizio di merito, ma anche nella fase cautelare, nella quale il giudice è chiamato a verificare la sussistenza di gravi indizi relativi non alla mera falsità della dichiarazione, bensì alla concreta idoneità della dichiarazione a incidere sulle esigenze investigative rilevanti nel caso concreto. I tre requisiti strutturali identificati al par. 4 - specificità delle esigenze

---

[37] G. MORGANTE, *op. cit.*, pp. 275 ss.
[38] M.A. PASCULLI, *op. cit.*, pp. 246 ss.; F. VALENTE BAGATTINI, *op. cit.*, p. 1353.
[39] In giurisprudenza, si rinvia a Cass. pen. Sez. VI, n.32470 del 20/6/2024, Punzo, Rv. 286858; Cass. pen. Sez. VI, n.7572 del 27/1/2023, Caraccio, Rv.284269; Cass. pen. Sez. VI, n. 34271 del 27/4/2022, Paccione, Rv.283727.
[40] G. OPPO, *op. cit.*, p. 7; E. DINACCI, *Frode in processo penale e depistaggio*, in *Diritto on line - Enc. Treccani*, *p.* 6.

investigative, frustrazione potenziale e ancoraggio temporale - trovano qui la loro declinazione operativa. Si propone, a tal fine, una griglia dei indici della concreta idoneità inquinante, che il giudice è chiamato ad accertare e motivare. Risulta, dunque, opportuno distinguere tra indicatori valutativi ed elementi oggetto di prova[41].

I primi consistono in categorie di elementi probatori suscettibili di assumere rilievo nel caso concreto e utilizzabili dal giudice ai fini della valutazione della concreta capacità inquinante della condotta. Tra essi possono annoverarsi lo stato delle indagini al momento della dichiarazione, il ruolo informativo del dichiarante, nonché la centralità o marginalità delle informazioni false rispetto agli accertamenti in corso.

Gli elementi oggetto di prova, invece, attengono ai presupposti richiesti dalla fattispecie incriminatrice e devono, pertanto, essere specificamente dimostrati dall'accusa. In tale seconda categoria rientrano, in particolare, la qualifica soggettiva del dichiarante, la concreta possibilità che la dichiarazione veritiera determinasse sviluppi investigativi ulteriori o impedisse l'interruzione di filoni investigativi rilevanti, nonché la persistente perseguibilità dei reati oggetto dell'accertamento.

Muovendo da tale distinzione, è ora possibile procedere all'analisi dei singoli indici della concreta idoneità inquinante.

Il primo indice è rappresentato dallo stato delle indagini al momento della dichiarazione. L'accusa deve ricostruire il quadro investigativo vigente nella data in cui le dichiarazioni false sono state rese: quali piste fossero aperte, quali accertamenti fossero in corso, quali informazioni fossero ancora mancanti. Tale ricostruzione può avvenire attraverso la documentazione degli atti di indagine (verbali, annotazioni, informative di p.g.) prodotti dagli inquirenti prima dell'escussione[42].

---

[41] Sul punto si rinvia a E.M. CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in *A. Gaito (diretto da), La prova penale*, vol. I, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 251 ss.; F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, Milano, 1963, pp. 3 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 129 ss.; P. FERRUA, *La prova nel processo penale. Vol. I, Struttura e procedimento,* Giappichelli, Torino, 2017, pp. 81 ss.; P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali nel sistema accusatorio contemporaneo*, Giuffrè, Milano, 2025, pp. 3 ss.

[42] Quanto detto, inoltre, trova conferma in due precedenti giurisprudenziali: Cass. pen. sez. VI, 27.04.2022, n. 34271, con cui si è affermato che "*Il delitto di depistaggio materiale postula, sul piano oggettivo, l'esistenza di un nesso funzionale tra il fatto realizzato dal soggetto agente e il pubblico ufficio o servizio di cui lo stesso è investito e, su quello soggettivo, la consapevolezza che la condotta manipolatrice*

Il secondo indice, invece, riguarda il ruolo informativo del dichiarante. Non tutte le dichiarazioni false rese da un pubblico agente presentano la medesima capacità inquinante. Quelle provenienti da chi era presente sul luogo del fatto, ha partecipato alle prime attività investigative o disponeva di informazioni dirette sono, per loro natura, più idonee a incidere sull'accertamento rispetto a quelle rese da soggetti privi di tale posizione. Il giudizio di idoneità deve, quindi, essere calibrato sul tipo di apporto informativo che, in concreto, ci si poteva attendere da quel dichiarante.

Il terzo indice attiene al contenuto delle dichiarazioni false e al loro rapporto con le esigenze investigative in corso. Occorre verificare se le informazioni false riguardassero aspetti sui quali l'indagine necessitava chiarimenti: l'identificazione di soggetti, la ricostruzione della catena di custodia di un reperto, la localizzazione di elementi probatori, la verifica di un alibi. La falsità su un dettaglio marginale è strutturalmente meno idonea a inquinare l'indagine rispetto alla falsità su un elemento centrale[43].

Il quarto indice, inoltre, concerne i prevedibili sviluppi investigativi condizionati dalla dichiarazione. L'idoneità inquinante va valutata *ex ante* verificando l'eventualità in cui una dichiarazione veritiera avrebbe determinato l'apertura di nuove linee investigative. Qualora il contenuto veritiero della dichiarazione fosse stato suscettibile di incidere sullo sviluppo dell'accertamento, la dichiarazione falsa potrà assumere concreta idoneità inquinante; ove, invece, il quadro investigativo sarebbe rimasto sostanzialmente immutato, tale idoneità dovrà escludersi[44].

Il quinto indice riguarda, infine, la persistenza della perseguibilità dei reati oggetto dell'accertamento. Il giudizio di idoneità non può prescindere dalla

---

sia suscettibile di incidere con effetto inquinante su un'indagine in corso, non essendo necessaria, invece, la rappresentazione dello specifico reato rispetto al quale la condotta genera un tale effetto"; Cass. pen. sez. VI, 27.01.2023, n. 7572: "*Nel delitto di depistaggio materiale, la condotta depistante commessa, al fine di impedire un'indagine o un processo penale, mediante la immutazione del corpo di reato o la formazione di un falso documento, può riguardare anche un procedimento penale ancora da iniziarsi, purché sia idonea ad ingenerare un pericolo di inganno ovvero a condizionare l'accertamento della verità processuale*."

[43] Tale affermazione, inoltre, è coerente con il principio di offensività: comportamenti non idonei ad inquinare devono qualificarsi come non offensivi.

[44] Per completezza espositiva è opportuno evidenziare che in dottrina e in giurisprudenza è accolta la teoria del cd vero soggettivo: la non veridicità del racconto offerto — ai fini della rilevanza penale — deve essere valutata avendo quale termine di paragone non la realtà effettiva, bensì le informazioni di cui il dichiarante ha conoscenza. Sul punto si veda G. OPPO, *op. cit.*, p. 9.

verifica che i reati cui l'indagine si riferisce siano ancora perseguibili al momento della dichiarazione: dichiarazioni false su vicende ormai prescritte non sono idonee a frustrare esigenze investigative che l'ordinamento non consente più di soddisfare.

Tale griglia rende verificabile, sul piano probatorio, il passaggio decisivo imposto dalla giurisprudenza: dalla mera falsità alla concreta idoneità inquinante.

6.2. La disciplina dell'imputato concorrente e il **nemo tenetur se detegere** *come termine di confronto*

Un utile termine di confronto per verificare la coerenza sistematica della soluzione adottata dalla Corte è offerto dalla disciplina dell'imputato concorrente nel medesimo reato. Tale soggetto, fino alla definitività della sentenza, non assume la qualità di testimone e non è tenuto a dire la verità: può mentire senza che la falsità integri di per sé un reato, e le sue dichiarazioni non possono fondare una condanna in assenza di riscontri[45].

Tale disciplina riflette una scelta fondamentale del sistema processuale, che riconosce all'imputato il diritto al silenzio e, più in generale, il principio del *nemo tenetur se detegere*[46], quale espressione del diritto di difesa e della presunzione di innocenza. Ne deriva che l'ordinamento non impone al soggetto di contribuire alla propria incriminazione, né direttamente (autodenuncia), né indirettamente (obbligo di verità su fatti che possano nuocergli)[47].

Il confronto con il pubblico agente-dichiarante evidenzia una frattura netta. Quest'ultimo, infatti, è punito per il depistaggio anche quando la condotta dichiarativa sia finalizzata a evitare conseguenze pregiudizievoli per sé, essendo il reato escluso dall'ambito applicativo dell'art. 384 c.p. Ne deriva un trattamento

---

[45] Per un approfondimento si rinvia O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, pp. 725 ss.; P. TONINI - C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 1 ss..

[46] Senza pretesa di esaustività, si rinvia per l'analisi di tale principio a E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 1 ss.; G. FORNASARI, *Nemo tenetur se detegere sostanziale: qualche nuova riflessione alla luce di recenti contrasti giurisprudenziali,* in *Dir. pen. proc.*, 2008, fasc. 7, pp. 907 ss.; M. MANTOVANI, *Profili attuali del nemo tenetur se detegere in senso sostanziale*, in *disCrimen*, 14 ottobre 2021, pp.1 ss.; D. PULITANÒ, *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, pp. 1271 ss.

[47] A. D'ALTERIO, *Dall'imputato al testimone: le variegate figure di dichiaranti e i rispettivi statuti (evoluzione normativa e diritto vivente)*, in *dirittopenaleglobalizzazione.it*, 2016, p. 59.

deteriore che si giustifica, sul piano legislativo, con l'esigenza di contrastare fenomeni di omertà istituzionale e di rafforzare la tutela dell'attività giudiziaria attraverso un regime sanzionatorio particolarmente severo[48].

Tuttavia, proprio questo scarto sistematico rende ancora più rilevante il requisito della concreta idoneità inquinante sul piano probatorio. Se, infatti, l'imputato può mentire senza incorrere in responsabilità penale, mentre il pubblico agente è punito anche per dichiarazioni difensive, la legittimità e la proporzione della risposta punitiva *ex* art. 375 c.p. si fondano necessariamente su un *quid pluris*: non la menzogna in sé, ma la sua capacità concreta di incidere sull'accertamento[49].

Sul piano sistematico, il principio del *nemo tenetur se detegere* assume una funzione indiretta ma decisiva nella delimitazione applicativa della fattispecie. Esso non opera come causa di esclusione della punibilità, ma come parametro sistematico che impone di evitare una lettura meramente formalistica del reato. La punizione del pubblico agente non può risolversi in una sanzione per la semplice falsità dichiarativa, pena una tensione con i principi di materialità e offensività e, più in generale, con l'equilibrio tra accusa e difesa nel processo penale[50].

Ne consegue che l'onere probatorio gravante sull'accusa deve essere particolarmente rigoroso: dimostrare non solo la falsità della dichiarazione e il dolo specifico, ma anche – in termini concreti e verificabili – la sua idoneità a deviare, ostacolare o compromettere l'indagine o il processo. È proprio questa verifica che consente di mantenere la fattispecie entro i confini della offensività, giustificando al contempo il più severo trattamento riservato al pubblico agente rispetto all'imputato[51].

In definitiva, il confronto con la disciplina dell'imputato concorrente e con il principio del *nemo tenetur se detegere* non ridimensiona, ma rafforza l'impostazione della Corte: la concreta idoneità inquinante non è un requisito attenuativo, bensì la condizione necessaria affinché il depistaggio si distingua dai

---

[48] P. DI STEFANO, *op. cit.*, p. 3. Per un'analisi complessiva della tematica, si rinvia a A. ABUKAR HAYO, *Il rapporto di tensione tra il principio costituzionale della finalità rieducativa della pena e il diritto penale simbolico-espressivo,* in *Studi in onore di A. Fiorella* (a cura di) M. Catenacci – N.V. D'Ascola - R. Rampioni, Roma Tre-Press, Roma, 2021, vol. 1, pag. 883-910.

[49] F. CONSORTE, *Depistaggio e diritto al silenzio: un caso problematico,* in *De iustitia,* Febbraio 2025, p.5.

[50] M.A. PASCULLI, *op. cit.*, p. 272.

[51] F. CONSORTE, *op. cit.,* p. 7.

falsi processuali "minori" e si giustifichi come autonoma e più grave figura criminosa.

7. Considerazioni conclusive

La sentenza in commento merita una valutazione complessiva che tenga conto tanto del suo valore garantista quanto dei rischi applicativi che essa introduce nel sistema.

Sul piano delle acquisizioni di principio, la qualificazione del depistaggio dichiarativo come reato di pericolo concreto rappresenta una scelta interpretativa coerente con la *ratio* della fattispecie e con il principio di offensività in concreto. Essa evita che l'art. 375 c.p. si trasformi in una norma di mero disvalore etico della menzogna del pubblico agente, sovrapponendosi ai reati di falso dichiarativo senza apportare un autonomo contributo di tutela.

In tale prospettiva, dolo specifico e concreta idoneità inquinante operano in modo sinergico: il primo come elemento selettivo che orienta la condotta verso la deviazione dell'accertamento, il secondo come criterio oggettivo che collega la condotta al bene giuridico protetto. Ne deriva una fattispecie strutturalmente coerente, proporzionata rispetto alle figure limitrofe e rispettosa del principio di colpevolezza.

Sul piano dei rischi applicativi, la soluzione non è esente da criticità. Il principale riguarda la possibile oscillazione giurisprudenziale nella valutazione della «concreta idoneità», in assenza di criteri condivisi tra i giudici di merito. Senza un apparato argomentativo sufficientemente strutturato, il giudizio rischia di tradursi in una valutazione intuitiva, con esiti difficilmente prevedibili e potenzialmente disomogenei. A ciò si aggiunge il rischio di un significativo aggravio degli oneri probatori dell'accusa, soprattutto nei casi più complessi, nei quali la dimostrazione dell'idoneità inquinante implica una ricostruzione puntuale dello stato delle indagini al momento della dichiarazione.

Un ulteriore profilo problematico emerge nei procedimenti aventi ad oggetto fatti storicamente remoti. La distanza temporale tra la condotta depistante e i fatti oggetto dell'accertamento rende particolarmente complessa la verifica della concreta idoneità inquinante: occorre ricostruire un contesto investigativo spesso frammentario e accertare, al contempo, la persistente perseguibilità delle fattispecie originarie. In tali ipotesi, il rischio è che

l'impossibilità di ricostruire con precisione il quadro investigativo si traduca in una difficoltà probatoria tale da incidere sull'effettiva applicabilità della norma.

In conclusione, la pronuncia segna un passaggio rilevante verso una lettura del depistaggio dichiarativo coerente con la sua struttura di reato di pericolo concreto, distinguendolo dalle figure di falso e ancorandone l'applicazione a un autonomo accertamento giudiziale della concreta idoneità inquinante della condotta, ulteriore rispetto alla mera verifica della falsità dichiarativa. Resta, tuttavia, affidato al dialogo tra dottrina e giurisprudenza il compito di elaborare criteri argomentativi idonei a rendere il giudizio di offensività maggiormente prevedibile e controllabile, senza attenuare gli ordinari oneri probatori gravanti sull'accusa né attribuire agli indici valutativi una funzione sostitutiva della prova.

****

(SEGUE) IL TESTO DELLA SENTENZA

CASS. PEN. SEZ. VI, 10 MARZO 2026 (DEP. 9 APRILE 2026), N. 13093 – PRES. APRILE, EST. DI GERONIMO

DEPISTAGGIO - REATO DI PERICOLO CONCRETO - ONERI PROBATORI - CONCRETA IDONEITÀ INQUINANTE – DOLO SPECIFICO (ART. 375 C.P.)

Ritenuto in fatto

Omissis

Considerato in diritto

1. Il ricorso è fondato.

2. Il primo e secondo motivo di ricorso pongono, sia pur sotto diverse angolature, la necessità di individuare il momento in cui sono emersi gli elementi che avrebbero giustificato l'iscrizione di A.A. nel registro degli indagati e la conseguente necessità che lo stesso, in data 17 settembre 2024, fosse sentito con le garanzie difensive previste per l'indagato.

2.1. Occorre in primo luogo confrontarsi con l'eccezione di inammissibilità prospettata dalla Procuratore generale, secondo cui non sarebbe stato rispettato il termine di 20 giorni per la presentazione dell'istanza di retrodatazione ex art. 335-quater cod. proc. pen., nel caso di specie formalizzata esclusivamente con il ricorso per riesame.

Sostiene il Procuratore generale come la decorrenza iniziale del termine dovesse essere fatta risalire al 17 ottobre 2024, data in cui A.A. veniva sottoposto all'interrogatorio preventivo, sicché alla data della proposizione del riesame, avverso l'ordinanza cautelare adottata il 23 ottobre 2025, il suddetto termine era ampiamente scaduto.

2.2. L'eccezione di inammissibilità è infondata essendo frutto di un errore materiale in ordine all'individuazione della data in cui è stato svolto l'interrogatorio preventivo di garanzia. L'iscrizione del ricorrente nel registro degli indagati, interveniva solo a seguito delle verifiche compiute su quanto riferito a s.i.t. nel settembre del 2024 e dopo il compimento degli accertamenti volti a verificare il contenuto di tali dichiarazioni. Dagli esami degli atti, risulta che la richiesta di misura cautelare veniva presentata il 12 settembre 2025 e l'interrogatorio di garanzia preventivo il 17 ottobre 2025, anziché il 17 ottobre 2024 come erroneamente indicato nell'ordinanza cautelare. Ne consegue che il termine per dedurre la richiesta di retrodatazione dell'iscrizione del ricorrente nel registro degli indagati, decorrente dal momento in cui l'indagato ha avuto conoscenza degli atti, deve ritenersi rispettato e, del resto, il Tribunale del riesame ha esaminato la richiesta di retrodatazione nel merito, implicitamente confermando la tempestività della stessa.

2.3. Nel merito, il primo e secondo motivo di ricorso risultano infondati, dovendosi concordare con il Tribunale del riesame lì dove ha superato l'eccezione sostenendo che la condotta delittuosa risulterebbe commessa solo all'atto di rendere le false dichiarazioni, escludendo che vi potessero essere elementi indizianti in epoca precedente, ritenendo irrilevante a tal fine che, nelle precedenti dichiarazioni rese il 15 gennaio 2020, A.A. si era limitato a riconoscere la paternità delle sottoscrizioni apposte alle annotazioni sopra richiamate.

A diverse conclusioni non si giunge neppure tenendo conto dell'evoluzione delle indagini e, segnatamente, del fatto che all'audizione del 17 settembre 2024 si è giunti a seguito di precedenti verifiche, dalle quali era emerso che D.D., indicato quale soggetto cui sarebbe stato consegnato il guanto, non aveva confermato tale circostanza.

Invero, l'elemento dirimente per sostenere la falsità delle dichiarazioni rese da A.A. è stato individuato nell'indicazione di F.F. quale consegnatario del guanto, circostanza risultata falsa, stante l'omessa individuazione di un soggetto avente tale nominativo in servizio presso la Polizia di Palermo all'epoca dei fatti, solo a seguito di specifiche verifiche condotte sul punto.

Deve ritenersi corretta, pertanto, la tesi secondo cui l'emersione di indizi di reità si colloca solo a valle delle dichiarazioni rese il 17 settembre 2024, dal che consegue sia l'infondatezza della richiesta di retrodatazione dell'iscrizione, sia la dedotta inutilizzabilità delle dichiarazioni rese il 17 settembre 2024 in violazione dell'art. 63 cod. proc. pen.

Né a diverse conclusioni conduce il fatto che A.A. è stato sottoposto a intercettazioni, anche ambientali, ben prima della sua formale iscrizione, posto che l'attività di captazione non presuppone necessariamente che il destinatario sia individuato quale indiziato del reato per il quale si procede.

3. Il terzo motivo di ricorso, afferente alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza, è fondato.

A fronte della presunta sottrazione del guanto avvenuta nel 1980, le false dichiarazioni rese nel settembre del 2024 avrebbero avuto l'effetto di attualizzare la condotta illecita, determinando la commissione del reato di depistaggio.

La tesi recepita nell'ordinanza impugnata presenta plurimi aspetti di criticità, sia in relazione alla tenuta logica della ricostruzione del fatto, che in punto di astratta configurabilità del delitto di cui all'art. 375 cod. pen.

3.1. Per quanto attiene al primo aspetto, la difesa ha dedotto plurimi elementi di manifesta contraddittorietà e illogicità della motivazione, non adeguatamente valutati nell'ordinanza impugnata.

L'ordinanza cautelare e quella resa dal Tribunale del riesame si fondano sul presupposto logico secondo cui il ricorrente, in quanto responsabile della "sparizione" del guanto, con le dichiarazioni rese a distanza di oltre 45 anni dai fatti, avrebbe inteso porre in essere una condotta di depistaggio in relazione alle indagini attualmente in corso.

Si tratta di una ricostruzione congetturale, che non si confronta in alcun modo con dati obiettivi e ragionevolmente incompatibili con la tesi dell'accusa.

L'ordinanza impugnata si fonda essenzialmente su due aspetti.

Il primo attiene al fatto che il guanto era stato immediatamente repertato e fotografato all'atto dei primi accertamenti, il che impediva - a chi avesse voluto depistare le indagini nel 1980 - di limitarsi a sottrarlo, in tal modo impedendo qualsivoglia esame sullo stesso.

Al contempo, si assume che l'annotazione redatta da A.A. con la quale si affermava che il guanto era stato consegnato a D.D. (in data 7.1.1980), per poi essere messo a disposizione del P.M., era risultata falsa, posto che D.D. ha negato di aver mai ricevuto il guanto ed analoga dichiarazione ha reso l'allora P.M. dott.E.E. (entrambi sentiti nell'ambito del presente procedimento).

Si assume che, mediante l'escamotage della falsa annotazione, A.A. avrebbe creato una situazione di stasi, per cui né la Procura della Repubblica, né la polizia scientifica, avevano consapevolezza dell'esistenza del guanto e, comunque, non avrebbero conseguito l'effettiva disponibilità di tale reperto.

Il sillogismo posto a fondamento dell'ordinanza cautelare è, quindi, che A.A. all'epoca dei fatti aveva redatto una falsa annotazione per evitare l'analisi del guanto e, a distanza di oltre 45 anni, una volta riaperte le indagini, il ricorrente aveva reso false dichiarazioni per "coprire" il favoreggiamento commesso all'epoca dell'omicidio.

A fronte di tale ricostruzione, la difesa ha sottolineato plurimi elementi di segno contrario, rispetto ai quali è mancato un adeguato vaglio da parte del Tribunale del riesame.

In particolare, si sottolinea come A.A., lungi dal tentare di occultare la disponibilità del guanto, predisponeva una relazione di servizio con la quale dava atto di aver mostrato il guanto al proprietario dell'autovettura utilizzata dagli esecutori materiali dell'omicidio (7.1.1980), precisando che questi non aveva riconosciuto il guanto come a lui appartenente.

Si tratterebbe di una condotta incompatibile con la volontà di favorire gli esecutori del delitto, posto che il ricorrente aveva compiuto un'attività investigativa sicuramente utile e foriera di possibili sviluppi.

A ben vedere, il fatto che A.A. avesse avuto l'esclusiva disponibilità del guanto per sottoporlo all'esame del proprietario dell'autovettura, lo rendeva come direttamente responsabile della sua conservazione, esponendolo - all'epoca delle indagini sul delitto - ad evidenti rischi ove il reperto non fosse stato più rinvenuto.

Né A.A. poteva ragionevolmente far affidamento che l'esistenza del guanto sarebbe caduta nel dimenticatoio, proprio perché, come sottolineato nell'ordinanza cautelare, la presenza di tale reperto era stata documentata ed era ben nota a più soggetti.

In conclusione, deve ritenersi la manifesta illogicità della tesi secondo cui le annotazioni a firma di A.A. si inserirebbero in una architettata strategia volta a sottrarre il guanto agli accertamenti.

Gli elementi indicati nell'ordinanza presentano evidenti profili di ambivalenza e contraddittorietà logica, ove si consideri che:

- nella prima relazione di servizio, redatta il 6.1.1980 da C.C., si menzionavano gli oggetti rinvenuti nell'autovettura usata dagli esecutori materiali e consegnati a A.A., senza che fosse indicato il guanto;

- il guanto risultava indicato nell'elenco degli oggetti rinvenuti sul luogo dell'omicidio e inserito nel verbale di descrizione e identificazione del cadavere del 6 gennaio 1980, sottoscritta dal P.M., senza che fosse menzionata la consegna del reperto a A.A.;

- la presenza del guanto era definitivamente accertata e nota necessariamente ad una pluralità di soggetti intervenuti sul luogo fin dall'immediatezza del fatto;

- A.A., verbalizzando la sottoposizione del guanto all'esame del proprietario dell'autovettura, ha inequivocabilmente attestato di aver avuto la diponibilità del reperto;

- l'annotazione del 7.1.1980, nella quale A.A. dava atto della consegna del guanto a D.D., era inserita nella relazione di servizio che veniva consegnata al Mar. G.G. e da questi sottoscritta per ricevuta.

A fronte di condotte poste in essere da A.A. non univocamente riconducibili alla volontà di sottrarre il guanto all'attività investigativa, il Tribunale si sarebbe dovuto porre analiticamente la questione di verificare se effettivamente A.A., all'epoca, si sia reso responsabile dell'occultamento del guanto, non potendosi limitare a recepire la tesi dell'accusa a fronte di concreti e dimostrati elementi di segno contrario.

3.2. Le considerazioni sopra svolte non possono ritenersi superate in considerazione del fatto che nei confronti di A.A. si procede per il reato di depistaggio asseritamente commesso nel 2024 e non certo per il presunto favoreggiamento risalente al 1980.

Invero, l'ordinanza impugnata riconosce come la condotta realizzata nel 1980 costituisce il presupposto del depistaggio realizzato nel 2024, dovendosi logicamente ritenere che A.A. poteva avere un interesse a depistare le nuove indagine solo ipotizzando che questi, fin da principio, avesse inteso sviare le indagini sull'omicidio B.B.

Quanto detto, però, comporta che a fronte di una ricostruzione dei fatti realizzati nel 1980 che presentano un vulnus motivazionale, ne consegue un vizio anche in relazione all'accertamento del reato per il quale si procede, soprattutto sotto il profilo dell'elemento soggettivo, essendo innegabile che la dolosa falsa dichiarazione, che si assume resa dal A.A., si giustifica solo collegandola a condotte illecite in precedenza commesse, difettando altrimenti qualsivoglia interesse a depistare le nuove indagini in corso.

4. La particolarità della fattispecie in esame riverbera i suoi effetti anche in relazione alla astratta riconducibilità della condotta ascritta al ricorrente nell'alveo del reato di depistaggio.

Deve premettersi che il delitto di depistaggio viene contestato nella forma "dichiarativa", con specifico riferimento a quanto riferito nel 2024, in merito alle modalità di acquisizione, conservazione e destinazione del guanto seguite nelle prime fasi delle indagini svolte nel 1980.

È bene precisare che il reato di cui all'art. 375 cod. pen., sia nella forma del depistaggio materiale che dichiarativo, deve essere qualificato quale reato di pericolo in concreto, occorrendo non già l'effettiva compromissione dell'attività di indagine ed essendo sufficiente la concreta idoneità ingannatoria della condotta in relazione all'accertamento in corso.

Per quanto attiene, invece, all'elemento soggettivo, la giurisprudenza ha già chiarito che ai fini della integrazione del dolo specifico del delitto di depistaggio, occorre che il pubblico agente sia animato dall'intenzione di deviare l'indagine o il processo penale rispetto al corso in origine da essi assunto e che, dunque, abbia consapevolezza che le proprie dichiarazioni sono idonee a cagionare un pregiudizio per l'una o per l'altro (Sez. 6, n. 32470 del 20/6/2024, Punzo, Rv. 286858; Sez. 6, n. 7572 del 27/1/2023, Caraccio, Rv. 284269; Sez. 6, n. 34271 del 27/4/2022, Paccione, Rv. 283727). Si è anche precisato che è proprio il dolo specifico a costituire l'aspetto specializzante della relativa fattispecie incriminatrice rispetto ai delitti di false informazioni al pubblico ministero (Sez. 6, n. 7300 del 20/12/2023, dep. 2024, Giustini, Rv. 286065).

4.1. È corretto affermare, pertanto, che l'art. 375 cod. pen. descrive un reato di pericolo concreto che richiede il dolo specifico dell'agente, occorrendo che la condotta manipolatrice - materiale o dichiarativa - sia effettivamente idonea ad incidere con effetto inquinante su un'indagine o un giudizio in corso, in relazione alla quale deve delinearsi il risultato investigativo e l'ambito dell'accertamento pregiudicato per effetto del reato, pur non essendo necessaria la rappresentazione dello specifico reato, oggetto di accertamento, rispetto al quale la condotta genera un tale effetto.

Applicando tale principio all'ipotesi del depistaggio realizzato in fase di indagini e in considerazione della fluidità che contraddistingue tale segmento procedurale, la potenzialità ingannatoria della condotta deve essere verificata contestualizzando i fatti oggetto di accertamento, al fine di verificare se, in concreto, la condotta illecita è o meno idonea ad alterare il risultato dell'indagine stessa. In particolare, lì dove il depistaggio è contestato in forma dichiarativa, la prova del reato non può discendere dalla mera prova della falsità delle dichiarazioni (condotta che può al limite integrare altre ipotesi di reato), occorrendo la dimostrazione dell'incidenza di tali dichiarazioni rispetto a specifiche esigenze investigative che risultino frustrate per effetto di tale reato.

Come condivisibilmente segnalato già da altra pronuncia, solo a tali condizioni i limiti edittali previsti per il reato in esame risultano rispettosi del principio di offensività, giustificando il maggior rigore del trattamento sanzionatorio rispetto a fattispecie finitime di falso (artt. 371-bis, 372, 373, 374-bis, 378 cod. pen.) e di frode processuale (art. 374 cod. pen.) (così in motivazione, Sez. 6, n. 32470 del 20/6/2024, Punzo, cit.).

4.2. Alla luce di tali coordinate ermeneutiche, deve evidenziarsi come l'ordinanza impugnata desuma il pericolo per le indagini dalla mera presunta falsità delle dichiarazioni rese da A.A. nel 2024, omettendo di individuare, in concreto, l'ambito dell'accertamento che risulterebbe pregiudicato.

Dalla motivazione sembrerebbe trasparire che le false dichiarazioni rese dal ricorrente nel 2024 sarebbero idonee ad incidere sull'indagine non consentendo di reperire il guanto o, comunque, di individuare le ragioni e gli artefici della sua sottrazione alle indagini svolte nell'immediatezza dell'omicidio B.B.

Si tratta, invero, di un'affermazione che avrebbe richiesto un ben più attento vaglio in ordine all'effettiva idoneità delle dichiarazioni a condurre al rinvenimento di un indumento di cui si sono perse le tracce da oltre 45 anni.

Parimenti l'idoneità ingannatoria non può essere riferita alla ricostruzione di fatti - invero non meglio specificati - commessi nel 1980, a meno che non si assuma che tali condotte risulterebbero tutt'oggi perseguibili e non coperte dalla prescrizione.

In buona sostanza, l'indagine che ha condotto all'arresto di A.A. si fonda su una sorta di appiattimento temporale tra quanto avvenuto nel 1980 e riportato all'attualità sulla base delle dichiarazioni rese dal ricorrente nel 2024, senza che si sia adeguatamente valutato quale sarebbe l'incidenza negativa concreta di tali dichiarazioni rispetto a sviluppi investigativi che, sia pur a grandi linee, dovevano essere in qualche modo descritti, valutando anche la perdurante perseguibilità dei reati il cui accertamento sarebbe stato precluso per effetto del depistaggio ascritto a A.A.

5. Il motivo concernente la ritenuta sussistenza delle esigenze cautelari è fondato.

L'ordinanza impugnata e quella genetica hanno ritenuto la sussistenza sia del pericolo di inquinamento probatorio che di reiterazione di reati della stessa specie.

A tale conclusione il Tribunale giunge valorizzando la gravità del fatto e la "speciale disinvoltura" mostrata dal ricorrente, nonché dalla possibilità per A.A. di avvalersi "di quel reticolo di contatti che lo stato di quiescenza non ha potuto cancellare".

Si tratta di considerazioni che, in quanto non ancorate ad elementi obiettivi, non consentono in alcun modo di sostenere quei requisiti di attualità e concretezza delle esigenze cautelari richiesti dall'art. 275 cod. proc. pen.

In particolare, la perdurante contiguità di A.A. con ambienti investigativi è un dato meramente enunciato e in alcun modo concretamente dimostrato, soprattutto ove si consideri che A.A. è in quiescenza già da diversi anni e che la vicenda oggetto di indagine fa comunque riferimento a fatti notevolmente risalenti nel tempo, senza che sia in alcun modo emersa l'esistenza di rapporti personali tali da consentire a A.A. di incidere su eventuali ulteriori attività di indagine.

L'unico elemento concreto è individuato nella conversazione tra A.A. e il Questore di Trapani, nel corso della quale il ricorrente effettivamente fa riferimento alla preoccupazione per essere stato nuovamente chiamato a deporre, palesando anche la possibilità di avere informazioni in ordine al motivo della sua convocazione.

Tale elemento, tuttavia, è di dubbia valenza, ove si consideri he l'interlocutore del ricorrente è C.C., parente del predetto, al quale il ricorrente chiaramente si rivolge in virtù del rapporto personale. Anche il fatto che A.A. chieda se sia possibile sapere quale sia il motivo della convocazione è un dato di per sé non univoco, tanto più che a fronte della legittima risposta per cui si tratta di fatti coperti da segreto, non fa seguito alcuna sollecitazione ad ottenere indebitamente un qualche tipo di informazione.

La breve interlocuzione intercorsa sul tema, quindi, non lascia intravedere alcuna insistenza da parte di A.A. e, al contempo, il Questore di Trapani ha tenuto un atteggiamento del tutto corretto e rispettoso del ruolo, non lasciando in alcun modo ipotizzare la benché minima disponibilità ad una strumentalizzazione della funzione al fine di agevolare il prossimo congiunto.

Fornire una lettura di tale conversazione quale dimostrativa del mantenimento di contatti con ambienti investigativi, suscettibili di essere strumentalizzati da parte di A.A., si traduce in un travisamento del tenore letterale della conversazione, dalla quale non emerge alcuna propensione all'inquinamento delle prove e, tanto meno, la capacità di reiterazione del reato sfruttando relazioni personali.

Ritiene la Corte, pertanto, che la motivazione è meramente apparente, fondandosi su mere congetture, di fatto contraddette sia dall'indimostrata esistenza di perduranti rapporti con appartenenti a settori investigativi, sia dalla genericità del contenuto della conversazione valorizzata dall'ordinanza cautelare.

6. Alla luce delle considerazioni svolte, si rileva come l'accertata fondatezza del terzo motivo di ricorso, concernente la motivazione in ordine alla gravità indiziaria, avrebbe lasciato spazio ad un annullamento con rinvio, al fine di consentire una rivalutazione del materiale probatorio per addivenire all'eventuale superamento delle carenze motivazionali evidenziate.

Tuttavia, a fronte della radicale insussistenza delle esigenze cautelari, deve prevalere l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata, posto che l'eventuale giudizio rescissorio non potrebbe in alcun modo colmare la carenza definitivamente accertata in ordine ai requisiti di attualità e concretezza richiesti per l'applicazione della misura cautelare (Sez. 6, n. 18125 del 22/10/2019, dep. 2020, Rv. 279555-19; Sez. 6, n. 40170 del 21/9/2022, Rv. 283944).

Pertanto, deve disporsi l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza impugnata e di quella genetica, con conseguente rimessione in libertà del ricorrente se non detenuto per altra causa.

P.Q.M.

Annulla senza rinvio l'ordinanza impugnata e il provvedimento genetico della misura emessa dal gip del Tribunale di Palermo del 23/10/2025 e dispone la rimessione in libertà del ricorrente se non detenuto agli arresti domiciliari per altra causa.

Manda alla cancelleria per l'immediata comunicazione al procuratore generale in sede per quanto di competenza ai sensi dell'art. 626 cod. proc. pen.

Conclusione

Così deciso in Roma il 10 marzo 2026.

Depositata in Cancelleria il 9 aprile 2026.

L'EFFICACIA CONFORMATIVA DELLA SENTENZA COSTITUZIONALE N. 86 DEL 2024 SUL SISTEMA DELL'ESECUZIONE PENALE. NOTE A MARGINE DELL'ORDINANZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE DEL 22 MAGGIO 2026, N. 107 IN MATERIA DI RAPINA AGGRAVATA.

The Conforming Effects of Constitutional Court Judgment No. 86 of 2024 on the Execution of Criminal Sentences. Notes on the Italian Supreme Court's Referral Order No. 107 of 22 May 2026 on Aggravated Robbery

di

Filomena Pisconti *

L'ordinanza della Corte di cassazione del 22 maggio 2026, n. 107 sottopone alla Corte costituzionale una questione destinata ad incidere significativamente sul sistema dell'esecuzione penale. Il giudice rimettente dubita della legittimità costituzionale degli artt. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. e 4-*bis*, comma 1-*ter*, ord. pen., nella parte in cui continuano ad assoggettare al regime ostativo il delitto di rapina aggravata anche quando il giudice della cognizione abbia riconosciuto la circostanza attenuante della lieve entità del fatto introdotta dalla sentenza n. 86 del 2024. Il contributo sostiene che la pronuncia additiva della Corte costituzionale non abbia inciso soltanto sulla commisurazione della pena, ma abbia modificato il significato assiologico della fattispecie, imponendo una rilettura dell'intero sistema delle presunzioni legislative di particolare pericolosità. L'efficacia conformativa della sentenza costituzionale si proietta così oltre il giudizio di cognizione, investendo anche la disciplina dell'esecuzione penale e dei reati ostativi.

***

The Italian Supreme Court's referral order No. 107 of 22 May 2026 raises a constitutional question that is likely to have significant implications for the law governing the execution of criminal sentences. The referring court questions the constitutionality of Articles 656 (9)(a) of the Italian Code of Criminal Procedure and 4-bis(1-ter) of the Penitentiary Act insofar as they continue to subject the offence of aggravated robbery to the restrictive regime applicable to ostative offences (so-called "reati ostativi"), even where the trial court has recognised the mitigating circumstance of minor gravity introduced by Constitutional Court Judgment No. 86 of 2024. This article argues that the Constitutional Court's additive judgment has affected

*Ricercatrice (RtDA) in diritto penale presso l'Università degli Studi di Bari "A. Moro".

not only the determination of the sentence but also the axiological structure of the offence itself, thereby requiring a reassessment of the entire system of statutory presumptions of heightened dangerousness. The conforming effect of the Constitutional Court's judgment thus extends beyond the adjudicative phase, reshaping the legal framework governing the execution of criminal sentences and the regime applicable to ostative offences.

Sommario: 1. L'ordinanza di rimessione e la questione di costituzionalità. – 2. La sentenza n. 86 del 2024 e la rimodulazione costituzionale del disvalore della rapina aggravata. – 3. Automatismi esecutivi e individualizzazione della pena. – 4. L'efficacia conformativa della sentenza costituzionale del 2024 e i suoi riflessi sull'esecuzione penale. – 5. La differenziazione del disvalore del fatto quale tecnica di individualizzazione della risposta sanzionatoria. – 6. Considerazioni conclusive.

1. L'ordinanza di rimessione e la questione di costituzionalità.

L'ordinanza del 22 maggio (Atto di promovimento) n. 107 con cui la Prima Sezione penale della Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale degli artt. 656, comma 9, lett. a), c.p.p. e 4-*bis*, comma 1-*ter*, ord. pen.[2] costituisce uno dei primi e più significativi sviluppi applicativi della sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 2024. La vicenda processuale trae origine dall'esecuzione di una condanna per il delitto di rapina aggravata ex art. 628, comma 3, c.p., nell'ambito della quale il giudice della cognizione aveva riconosciuto la circostanza attenuante della lieve entità del fatto, introdotta dalla citata pronuncia additiva della Corte costituzionale.

Nonostante tale accertamento fosse ormai definitivo, il pubblico ministero ha ritenuto di non poter disporre la sospensione dell'ordine di esecuzione prevista dall'art. 656 c.p.p., sul presupposto che il titolo di reato continuasse a rientrare tra quelli ostativi individuati dall'art. 4-*bis*, comma 1-*ter*, ord. pen.

La disciplina vigente, infatti, continua ad assumere quale esclusivo parametro di riferimento la qualificazione legale della fattispecie, senza attribuire alcun rilievo al giudizio di minore offensività espresso dal giudice della cognizione attraverso il riconoscimento della nuova circostanza attenuante.

Muovendo da tale constatazione, la Corte di cassazione ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni

[2] Cass. pen., Sez. I, ord. 22 maggio 2026, n. 107 (Atto di promovimento).

richiamate nella parte in cui non consentono di escludere dall'operatività del regime ostativo l'ipotesi di rapina aggravata connotata dalla lieve entità del fatto.

Secondo il giudice rimettente, la permanenza dell'automatismo legislativo determina un'ingiustificata compressione del principio di uguaglianza e della finalità rieducativa della pena, poiché equipara situazioni che il giudice della cognizione è oggi chiamato a distinguere sul piano della gravità concreta dell'offesa.

L'interesse dell'ordinanza, tuttavia, trascende il caso concreto dal quale trae origine. La questione sottoposta all'esame della Corte costituzionale investe, infatti, uno dei nodi più delicati dell'attuale sistema dell'esecuzione penale: il rapporto tra gli automatismi legislativi fondati sul solo titolo del reato e il progressivo consolidarsi, nella giurisprudenza costituzionale, del principio di individualizzazione dell'esecuzione della pena. In tale prospettiva, la vicenda offre l'occasione per verificare se il riconoscimento della lieve entità del fatto, lungi dall'esaurire i propri effetti nella sola determinazione del trattamento sanzionatorio, sia destinato a riflettersi anche sulle discipline che assumono la fattispecie incriminatrice quale presupposto di limitazioni ulteriori della libertà personale.

È proprio quest'ultimo profilo a rappresentare, ad avviso di chi scrive, il punto di maggiore interesse dell'ordinanza di rimessione. La questione non riguarda soltanto la compatibilità costituzionale di uno specifico automatismo esecutivo, ma impone di interrogarsi sull'efficacia conformativa delle sentenze additive della Corte costituzionale.

Se la sentenza n. 86 del 2024 della Corte costituzionale ha riconosciuto che anche la rapina aggravata può presentare un'offensività significativamente attenuata, il relativo accertamento giudiziale non può rimanere confinato alla sola fase della cognizione, ma è destinato ad incidere sull'intero sistema normativo che continua ad assumere quel medesimo titolo di reato quale indice presuntivo di particolare pericolosità[3].

[3] La sentenza si colloca in un contesto giurisprudenziale nel quale anche la Corte di cassazione ha progressivamente abbandonato ogni lettura unitaria del disvalore della rapina. Significativa, in tal senso, è la pronuncia delle Cass. pen., S.U., 27 giugno 2024, n. 42124, in C.E.D. Cass., n. 287095-03, che, pur affrontando il diverso tema dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità di cui all'art. 62, n. 4, c.p., afferma che la valutazione della speciale tenuità non può essere ancorata al solo valore economico del bene sottratto, ma richiede un apprezzamento complessivo dell'offesa arrecata ai molteplici beni giuridici tutelati dalla fattispecie. La natura plurioffensiva della rapina impone, infatti, di considerare congiuntamente il pregiudizio patrimoniale e la qualità della violenza o della minaccia esercitata. Per un commento sulla decisione della Cassazione cfr. A. MACCHIA, *Note minime su Sezioni Unite, danno patrimoniale di speciale tenuità e rapina,* in *Sist. pen.,* 18 febbraio 2025.

La decisione che la Corte costituzionale sarà chiamata ad adottare è destinata, pertanto, ad assumere rilievo ben oltre la specifica disciplina dell'art. 656 c.p.p., incidendo sul più generale rapporto tra giudizio individualizzato espresso nella sentenza di condanna e permanenza degli automatismi che ancora caratterizzano il sistema dell'esecuzione penale.

2. La sentenza n. 86 del 2024 e la rimodulazione costituzionale del disvalore della rapina aggravata.

La questione sollevata dalla Corte di cassazione non può essere adeguatamente compresa se non alla luce della profonda innovazione sistematica introdotta dalla sentenza n. 86 del 2024 della Corte costituzionale[4]. La pronuncia, infatti, non si è limitata ad ampliare gli strumenti di commisurazione della pena, ma ha inciso direttamente sulla struttura assiologica della fattispecie di rapina aggravata, modificandone il significato nell'ambito del sistema penale.

Com'è noto, la disciplina originaria dell'art. 628, comma 3, c.p. precludeva qualsiasi possibilità di differenziare il trattamento sanzionatorio in relazione a fatti caratterizzati da una significativa minore offensività. La previsione di un'unica cornice edittale per condotte tra loro profondamente eterogenee determinava una compressione della funzione individualizzatrice della pena incompatibile con il principio di proporzionalità desumibile dagli artt. 3 e 27 Cost.[5].

La Seconda Sezione, invece, con la sentenza Cass. pen., Sez. II, 4 dicembre 2024, n. 45792, in C.E.D. Cass., n. 287359-01, ha precisato che la nuova attenuante della lieve entità costituisce uno strumento ulteriore di individualizzazione della pena, destinato ad operare accanto alle attenuanti già previste dall'ordinamento. In entrambe le pronunce emerge una comune esigenza: superare ogni automatismo fondato sul solo titolo del reato e ricondurre la risposta sanzionatoria alla concreta offensività della condotta. Per un commento su tale seconda sentenza, cfr. P. CASTALDO, *Rapina impropria e attenuante speciale della lieve entità del fatto, con particolare riferimento alla ammissibilità di un concorso con l'attenuante prevista dall'art. 62 n. 4 c.p.*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2025, p. 2331 ss.

[4] Corte cost., 16 aprile 2024 (dep. 13 maggio 2024), n. 86.

[5] Ancora, una volta la Consulta è chiamata ad uno scrutinio di proporzionalità delle sanzioni penali. Si citano i più rilevanti contributi in materia: F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2021, nonché, più di recente, ID., *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2025; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, vol. 59, 4, 2016, pp. 1956 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 4, 2017, pp. 473 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Indice pen.*, 1, 2016, pp. 174 ss.; V. MANES, *Il principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2017; M. CATERINI, *La proporzione nella dosimetria della pena. Da criterio di legiferazione a canone ermeneutico*, in *Giust. pen.*, 2, 2012, pp. 92 ss. O. PORCHIA, *Il*

Tale conclusione si inserisce nel consolidato orientamento della Corte costituzionale secondo cui il principio di proporzionalità della pena costituisce espressione degli artt. 3 e 27 Cost. e impone che la risposta sanzionatoria sia calibrata sulla concreta gravità dell'offesa, escludendo discipline che impediscano qualsiasi effettiva individualizzazione del trattamento punitivo[6].

Muovendo da tali premesse, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della disposizione nella parte in cui non consentiva al giudice di riconoscere un'attenuante speciale per le ipotesi di lieve entità del fatto.

L'intervento additivo non ha introdotto una mera circostanza attenuante destinata ad operare esclusivamente nella fase della determinazione quantitativa della pena. La *ratio* della decisione risiede, piuttosto, nell'affermazione di un principio di carattere più generale: anche nell'ambito della rapina aggravata possono presentarsi fatti concretamente connotati da un disvalore significativamente inferiore rispetto al paradigma ordinario delineato dal legislatore.

---

principio di proporzionalità nelle scelte di criminalizzazione, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2025, pp. 925 ss.; G.L. GATTA, *Un'importante sentenza della Corte costituzionale sul principio di proporzionalità della pena come criterio di interpretazione restrittiva delle fattispecie penali,* in *Sist. pen.*, 7-8, 2025, p. 129 ss.

[6] Sul progressivo ampliamento del sindacato di costituzionalità in materia di proporzionalità della pena, cfr., in particolare, Corte cost., 6 marzo 2019 (dep. 10 maggio 2019), n. 112, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2019, pp. 1043 ss., in tema di confisca obbligatoria nei reati di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato; Corte cost., 24 maggio 2023 (dep. 15 giugno 2023), n. 120, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2023, pp. 881 ss., che ha introdotto, per il delitto di estorsione, una circostanza attenuante della lieve entità del fatto quale "valvola di sicurezza" rispetto all'ampia latitudine applicativa della fattispecie; Corte cost., 10 ottobre 2023 (dep. 30 ottobre 2023), n. 197, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2024, pp. 23 ss., la quale, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 577, terzo comma, c.p., sottolinea come il principio di proporzionalità imponga una risposta sanzionatoria calibrata non soltanto sul disvalore oggettivo del fatto, ma anche sulle concrete modalità della condotta e sulla posizione soggettiva dell'autore. Cfr. A. M. DELL'OSSO, *Another brick in the wall: individualizzazione della pena e illegittimità dei limiti al giudizio di bilanciamento. La Consulta sull'art. 577, comma terzo c.p.*, in *Sist. pen.*, 30 settembre 2024.

La sentenza n. 86 del 2024 prende così atto dell'eterogeneità fenomenologica della fattispecie e restituisce rilevanza costituzionale al giudizio di concreta offensività espresso dal giudice della cognizione[7].

Sotto questo profilo, la pronuncia assume un significato che trascende la sola disciplina della commisurazione della pena: la sentenza, infatti, non introduce semplicemente una nuova circostanza attenuante, ma nega che tutte le ipotesi riconducibili al paradigma legale della rapina aggravata siano costituzionalmente assimilabili quanto al loro disvalore.

Non si tratta di una valutazione meramente equitativa o discrezionale, ma dell'accertamento che il caso concreto si colloca, pur all'interno della medesima fattispecie incriminatrice, su un piano di disvalore significativamente diverso rispetto a quello normalmente presupposto dalla previsione incriminatrice.

Proprio questa considerazione consente di cogliere la reale portata sistematica della sentenza n. 86 del 2024. Una volta riconosciuto che il delitto di rapina aggravata può manifestarsi anche attraverso condotte caratterizzate da una significativa minore offensività, risulta inevitabilmente ridimensionata la capacità del mero *nomen iuris* del

---

[7] La pronuncia si inserisce nel più recente orientamento della Corte costituzionale volto a rafforzare il sindacato sulla proporzionalità della pena anche con riferimento a fattispecie caratterizzate da un'elevata eterogeneità delle condotte tipiche, a partire dalle sentenze nn. 112 del 2019 e 120 del 2023 – già citate alla nt. 5 -, nel segno del progressivo superamento del tradizionale sindacato "in chiave triadica". Per ragioni di completezza, per un commento sulla pronuncia del 2023 cfr., D. SALVATORE, *La nuova circostanza attenuante per l'estorsione di lieve entità: in attesa del legislatore, la Consulta prosegue nell'opera di adeguamento delle cornici edittali sproporzionate,* in *Studium Iuris,* 4, 2024, pp. 420 ss.; su quella del 2019, cfr. L. ROCCATAGLIATA, *Dichiarata (probabilmente invano) la illegittimità costituzionale dell'articolo 187 sexies T.U.F., nella parte in cui prevede la confisca amministrativa obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell'illecito, e non del solo profitto,* in *Giur. pen.,* 12 maggio 2019.
Sul progressivo consolidamento di tale orientamento**,** proseguito con la sent. n. 86 del 2024 in tema di rapina aggravata, v. altresì Corte cost., 3 novembre 2025 (dep. 22 dicembre 2025), n. 193, in *Dir. pen, proc.,* 5, 2026, pp. 586 ss., in tema di furto in abitazione, la quale, pur escludendo nel caso di specie l'esigenza di introdurre un'analoga circostanza attenuante, conferma che il sindacato di proporzionalità non dipende dalla sola severità della cornice edittale, ma richiede la verifica della concreta eterogeneità delle condotte ricomprese nella fattispecie incriminatrice. La decisione chiarisce, pertanto, che le sentenze nn. 120 del 2023 e 86 del 2024 non introducono una regola generalizzata di "valvola di sicurezza", bensì individuano un criterio selettivo fondato sulla non omogeneità del disvalore dei fatti. Cfr., sul punto, D. COLOMBO, *Dalla Consulta un verso irrelato: negata l'attenuante della "lieve entità" per il furto in abitazione,* in *Sist. pen.,* 17 febbraio 2026. A sostegno di tale giurisprudenza, anche C. SOTIS, *Il cono d'ombra della proporzionalità, tra "episodi marcatamente dissimili" e "fattispecie tendenzialmente omogenee",* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2025, pp. 965-975, ove l'A. osserva come la più recente giurisprudenza costituzionale assuma quale premessa l'esistenza di fattispecie «a fisarmonica», capaci di ricomprendere «episodi marcatamente dissimili» per disvalore, rendendo costituzionalmente necessaria la previsione di adeguati margini di individualizzazione della risposta sanzionatoria.

reato di esprimere, di per sé solo, un giudizio uniforme di particolare gravità e di accentuata pericolosità del condannato.

La qualificazione giuridica della fattispecie non esaurisce più il significato del giudizio di responsabilità, il quale richiede di essere integrato dall'accertamento, ormai normativamente tipizzato, relativo alla concreta entità dell'offesa.

Se, dunque, la sentenza costituzionale ha riconosciuto che la rapina aggravata non costituisce una categoria omogenea sotto il profilo dell'offensività, occorre allora domandarsi se tale accertamento possa esaurire i propri effetti nella sola determinazione della pena ovvero sia destinato a riflettersi anche sulle discipline che assumono il titolo del reato quale presupposto di ulteriori conseguenze limitative della libertà personale. La questione investe, in altri termini, il problema dell'efficacia conformativa delle decisioni additive della Corte costituzionale e della loro capacità di incidere sull'intero sistema delle presunzioni legislative fondate sulla mera qualificazione astratta della fattispecie.

Se, dunque, il giudice della cognizione ha definitivamente accertato che il fatto presenta una gravità significativamente attenuata rispetto al paradigma ordinario della fattispecie, diviene problematico giustificare la permanenza di discipline che continuino ad assumere il solo titolo del reato quale presupposto di automatismi limitativi della libertà personale. È precisamente su questo terreno che si colloca la questione devoluta alla Corte costituzionale.

La circostanza attenuante introdotta dalla sentenza n. 86 del 2024 presenta, inoltre, una peculiare natura sistematica. Diversamente da altre attenuanti fondate su esigenze di politica criminale o su condotte successive al reato, essa esprime un giudizio che investe direttamente il fatto tipico nella sua dimensione offensiva. Il relativo accertamento non riguarda, dunque, aspetti estrinseci alla fattispecie, ma la concreta intensità del disvalore dell'azione e dell'evento. Per questa ragione, esso appare destinato ad assumere rilievo anche al di fuori della sola commisurazione della pena, ogniqualvolta l'ordinamento ricolleghi al titolo del reato ulteriori conseguenze giuridiche fondate su una presunzione di particolare gravità.

La sentenza n. 86 del 2024 non costituisce una decisione isolata, ma rappresenta il naturale sviluppo del percorso inaugurato dalla sentenza n. 120 del 2023 in materia di estorsione. Non è casuale che la Corte costituzionale affermi espressamente che la *ratio decidendi* di quest'ultima «vale anche per la rapina», valorizzando la comune struttura delle due fattispecie, entrambe caratterizzate da un elevato minimo edittale e da una

significativa eterogeneità delle condotte concretamente riconducibili alla previsione incriminatrice.

Nelle due pronunce la Corte adotta il medesimo schema argomentativo. In primo luogo, rileva che l'innalzamento del minimo edittale, introdotto dal legislatore per contrastare fenomeni criminali di particolare allarme sociale, finisce per ricomprendere anche fatti privi di quella intensità offensiva che aveva giustificato l'inasprimento sanzionatorio. In secondo luogo, osserva che la struttura della fattispecie è sufficientemente ampia da comprendere condotte occasionali, caratterizzate da violenza o minaccia di modesta entità e da un profitto o un danno di valore esiguo. Infine, individua nella previsione di una circostanza attenuante della lieve entità del fatto la necessaria "valvola di sicurezza"[8], idonea a ricondurre il trattamento sanzionatorio entro i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità[9]. Se la sentenza

[8] Il passaggio da una logica di irrigidimento fondata sul titolo di reato a una logica di individualizzazione del disvalore del fatto, imponendo l'introduzione di "valvole di sicurezza" idonee a evitare trattamenti manifestamente sproporzionati, si è reso necessario a seguito di una più ampia politica criminale del legislatore che aveva assunto tali delitti quali "indicatori privilegiati di sicurezza dei consociati" (Cfr. G. PONTEPRINO, *La "storia infinita" del sindacato sulla proporzionalità della pena,* in *Sist. pen.*, 9 settembre 2024, p. 24). A proposito del reato di estorsione, cfr., anche, C. SOTIS, *Estesa a sequestro di persona a scopo di estorsione una diminuzione di pena per i fatti di lieve entità. Il diritto vivente 'preso-troppo?'- sul serio,* in *Giur. cost.*, 2, 2012, pp. 892 ss.; S. SEMINARA, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione tra paradigma normativo, cornice di pena e lieve entità del fatto,* in *Cass. pen.*, 7-8, 2012, pp. 2393 ss.; V. MANES, *Viola i principi di ragionevolezza e proporzione la mancata attenuante analoga al reato gemello*, in *Guida al Diritto*, 20, 2012, pp. 67 ss.; R. ORLANDI, *Proporzionalità della pena e reati plurioffensivi: sviluppo dell'azione e grado dell'offesa*, in *Giur. cost.*, 1, 2023, pp. 335 ss.

[9] A proposito della distinzione tra proporzionalità e ragionevolezza, cfr. A. MACCHIA, *La proporzionalità della pena nella prospettiva costituzionale e convenzionale,* in *Dir., giust., cost.*, 2, 2025: «La "proporzionalità" evoca, infatti, sul versante dello scrutinio di costituzionalità, una correlazione del mezzo rispetto al fine, nel senso che, tra strumento normativo regolatore, e realizzazione del fine che con esso si intende perseguire, l'opera di "bilanciamento" deve condurre ad un "equilibrato" componimento dei sacrifici. Si cade, dunque, ineluttabilmente in un giudizio di "valori", che assume connotazioni tanto prossime al "merito", da imporre – come temperamento alla "fluidità" del criterio – parametri di tale auto evidenza da rendere l'eventuale squilibrio apprezzabile *ictu oculi*. La ragionevolezza, invece, essendo "figlia" della uguaglianza, tende a spostarsi più sul versante "comparativo" (a situazioni uguali deve corrispondere un trattamento simile; a situazioni diseguali deve corrispondere una differenza di regime), il quale evoca, da vicino, la tematica del giudizio cosiddetto triadico (*tertium comparationis,* o di confronto fra le norme all'interno di una identica ratio legis) o diadico (confronto diretto fra norma e parametro)». A proposito del profilo della ragionevolezza, cfr., in particolare, G. ZAGREBELSKY, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale,* Giuffrè, Milano, 1994, pp. 180 ss.; V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2-3, 2007, pp. 739 ss.; N. RECCHIA, *Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale (nota alle sentenze n. 80, 81 e 143 del 2014),* in *Dir. pen. cont.*, 2, 2015, pp. 55 ss.; S. FINAZZO, *La Corte costituzionale tra principio di ragionevolezza e discrezionalità legislativa: riflessioni a margine della sentenza n. 68 del 2012*, in *Indice pen.*, 2, 2012, pp. 509 ss.

n. 120 del 2023 si limitava, tuttavia, a ricondurre entro i limiti della proporzionalità il trattamento sanzionatorio dell'estorsione, la sentenza n. 86 del 2024 pone, invece, inevitabilmente il problema degli effetti che il riconoscimento normativo della non omogeneità assiologica della fattispecie è destinato a produrre anche al di fuori della commisurazione della pena.

Una volta affermato che il delitto di rapina aggravata comprende fatti significativamente diversi quanto a gravità, diviene infatti problematico mantenere discipline esecutive che continuino a presupporre, in via assoluta, l'uniformità del disvalore espresso dal titolo della condanna.

3. Automatismi esecutivi e individualizzazione della pena.

La questione prospettata dalla Corte di cassazione si inserisce in un percorso evolutivo della giurisprudenza costituzionale volto a ridimensionare il ricorso ad automatismi legislativi che impediscano una valutazione individualizzata della posizione del condannato.

Negli ultimi anni, infatti, la Corte costituzionale ha progressivamente affermato che la previsione di discipline differenziate fondate sul titolo del reato è compatibile con gli artt. 3 e 27 Cost. soltanto nella misura in cui la presunzione legislativa trovi un adeguato fondamento razionale e rimanga coerente con le finalità perseguite dalla norma[10].

In tale prospettiva, particolare rilievo assume la giurisprudenza formatasi in materia di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena.

A partire dalla sentenza n. 41 del 2018, la Corte costituzionale ha chiarito che il rapporto tra l'art. 656 c.p.p. e la disciplina delle misure alternative alla detenzione è informato ad un criterio di sostanziale parallelismo, qualificato come il «punto di

[10] In questa prospettiva si è osservato nella letteratura di settore che, quando vengono in rilievo disposizioni che disciplinano la fase esecutiva della pena ai fini dell'accesso alle misure alternative alla detenzione, ogni preclusione fondata esclusivamente sul titolo di reato, considerato in astratto, risulta incompatibile con la funzione rieducativa della pena, finendo per sacrificare proprio il valore costituzionale che, nella fase dell'esecuzione, dovrebbe trovare la sua massima espansione. In tale prospettiva, l'automatismo legislativo non si traduce soltanto in una limitazione dell'individualizzazione del trattamento penitenziario, ma anche in una compressione del principio di proporzionalità e della finalità rieducativa sancita dall'art. 27, terzo comma, Cost. A proposito della sentenza n. 86 del 2024 della Corte costituzionale, cfr., in particolare, F. PALAZZO, L'*incidenza della sentenza costituzionale n. 86 del 2024 sulla disciplina dell'esecuzione della pena*, in n *Dir. pen. proc.*, 10, 2025, pp. 1167 ss.; G. RUGGIERO, *La "valvola di sicurezza". Il minimo ombra nel compasso edittale del delitto di rapina,* in *Dir. pen. proc.*, 1, 2025, pp. 40 ss.

equilibrio ottimale» tra le esigenze di effettività dell'esecuzione e la necessità di evitare un ingresso in carcere destinato a rivelarsi inutilmente anticipatorio rispetto alla successiva decisione del Tribunale di sorveglianza. La sospensione dell'ordine di esecuzione non costituisce, dunque, un istituto autonomo, ma uno strumento funzionale a consentire che la verifica sulla concreta meritevolezza del condannato possa svolgersi senza l'automatica instaurazione dello stato detentivo.

Da tale impostazione discende che le deroghe al principio del parallelismo non sono costituzionalmente indifferenti. Come precisato dalla stessa Corte nella sentenza n. 41 del 2018, esse rientrano certamente nella discrezionalità del legislatore, ma devono trovare una ragionevole giustificazione nella particolare natura dei reati considerati o nelle esigenze di tutela perseguite dalla disciplina derogatoria.

In assenza di tale giustificazione, l'automatica esclusione della sospensione dell'ordine di esecuzione finisce per determinare un sacrificio della libertà personale che non trova adeguata corrispondenza nelle finalità dell'istituto e si pone in tensione con i principi di ragionevolezza e di proporzionalità.

L'ordinanza di rimessione sulla rapina aggravata si colloca precisamente in questo solco interpretativo. La peculiarità della vicenda consiste, infatti, nel fatto che il presupposto sul quale si fonda l'automatismo legislativo è profondamente mutato per effetto della sentenza n. 86 del 2024.

La disciplina censurata continua a considerare la rapina aggravata quale indice uniforme di particolare gravità, mentre il giudice della cognizione è oggi chiamato ad accertare se il fatto presenti caratteristiche tali da giustificare il riconoscimento della circostanza attenuante della lieve entità. La permanenza dell'automatismo non deriva, dunque, dalla scelta legislativa di attribuire rilievo al titolo del reato, bensì dalla mancata considerazione di un accertamento giudiziale che il medesimo ordinamento reputa ormai costituzionalmente necessario.

Sotto questo profilo, la questione assume una portata che va oltre il solo istituto disciplinato dall'art. 656 c.p.p. Il problema non è se il legislatore possa, in astratto, fondare discipline differenziate sulla tipologia del reato, evenienza che la giurisprudenza costituzionale ha ripetutamente ritenuto compatibile con la Carta fondamentale. Il punto è, piuttosto, stabilire se tale scelta possa continuare a prescindere dall'accertamento, ormai tipizzato dall'ordinamento, della concreta offensività del fatto. Una volta riconosciuto che la rapina aggravata non costituisce una categoria omogenea sotto il profilo del disvalore, il solo *nomen iuris* non appare più idoneo a sorreggere, senza ulteriori verifiche, una presunzione assoluta di particolare pericolosità.

La stessa disciplina dell'art. 4-*bis* ord. pen. offre, del resto, un significativo argomento in questa direzione. Il comma 1-*ter* non configura la rapina aggravata come reato ostativo in senso assoluto, ma consente l'accesso ai benefici penitenziari quando risultino esclusi collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva.

Lo stesso legislatore ha dunque ritenuto che il titolo del reato non costituisca, di per sé, un indice sufficiente di particolare pericolosità, imponendo una verifica individualizzata della posizione del condannato. Tanto più difficile appare, allora, giustificare il permanere di un automatismo nella fase dell'emissione dell'ordine di esecuzione che continui ad attribuire rilievo esclusivamente alla qualificazione astratta della fattispecie, ignorando il definitivo accertamento della lieve entità del fatto compiuto dal giudice della cognizione.

In questa prospettiva, l'ordinanza della Corte di cassazione sembra segnare un ulteriore passaggio nell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di esecuzione penale. Essa non mette in discussione la legittimità delle presunzioni legislative in quanto tali, ma ne evidenzia il venir meno del fondamento razionale quando l'ordinamento abbia ormai riconosciuto che il medesimo titolo di reato può esprimere livelli di offensività significativamente differenti.

È proprio questo mutamento del presupposto assiologico della fattispecie a rendere problematica la sopravvivenza dell'automatismo censurato e a introdurre il tema, più generale, dell'efficacia conformativa delle pronunce additive della Corte costituzionale.

4. L'efficacia conformativa della sentenza costituzionale del 2024 e i suoi riflessi sull'esecuzione penale.

Le considerazioni sinora svolte, infatti, conducono ad un problema di carattere più generale, che trascende la specifica disciplina della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena. La questione, infatti, non riguarda soltanto l'estensione degli effetti della sentenza n. 86 del 2024, ma investe il significato stesso delle decisioni additive della Corte costituzionale quando esse incidano sulla struttura assiologica di una fattispecie incriminatrice.

Tradizionalmente, le sentenze additive sono considerate pronunce destinate ad integrare il contenuto normativo della disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima. Tale prospettiva, pur corretta, non appare tuttavia sufficiente a coglierne tutte le implicazioni sistematiche. Vi sono, infatti, decisioni che non si limitano ad introdurre una nuova regola applicativa, ma modificano il significato costituzionale

della fattispecie cui si riferiscono, incidendo sul giudizio di valore che l'ordinamento esprime in ordine alla gravità del fatto tipico.

La sentenza n. 86 del 2024 sembra appartenere a questa seconda categoria. Il riconoscimento della circostanza attenuante della lieve entità del fatto non amplia semplicemente il ventaglio degli strumenti di commisurazione della pena, ma introduce nell'ordinamento un criterio normativo destinato a distinguere, all'interno della medesima figura criminosa, fatti caratterizzati da un disvalore significativamente diverso. Da quel momento, il giudizio di particolare gravità non può più essere desunto automaticamente dal solo titolo della condanna, ma richiede di confrontarsi con l'accertamento individualizzato compiuto dal giudice della cognizione.

È proprio in questa prospettiva che assume rilievo il principio elaborato dalla giurisprudenza costituzionale e successivamente recepito dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione in tema di "circostanza applicata" del 2016[11]. Già con le ordinanze n. 193 del 2008 e n. 171 del 2009, la Corte costituzionale aveva escluso che la mera esistenza formale di una circostanza aggravante fosse sufficiente a produrre ulteriori effetti sfavorevoli quando essa fosse rimasta priva di qualsiasi incidenza sul trattamento sanzionatorio concretamente applicato. Muovendo da tale impostazione, le Sezioni Unite hanno successivamente chiarito che una circostanza può dirsi realmente "applicata" soltanto quando il giudice la utilizzi quale fondamento di uno degli effetti giuridici che l'ordinamento ad essa ricollega, non essendo sufficiente il suo mero riconoscimento formale.

Il principio espresso in tali pronunce presenta una portata che va oltre la specifica questione interpretativa allora affrontata. Esso esprime, infatti, una più generale opzione metodologica favorevole ad una lettura sostanzialistica degli effetti delle decisioni giudiziali, nella quale assumono rilievo non le qualificazioni formali, ma il contenuto effettivo dell'accertamento compiuto dal giudice. Se ciò vale per le circostanze del reato, a maggior ragione deve valere quando sia la stessa Corte costituzionale ad avere modificato i criteri attraverso i quali l'ordinamento valuta la gravità di una determinata fattispecie.

Ne consegue che il riconoscimento della lieve entità del fatto non può essere considerato un dato confinato alla sola fase della commisurazione della pena. Esso costituisce il risultato di un giudizio che investe direttamente l'offensività concreta della condotta e che, proprio per questa ragione, è destinato a riflettersi anche sulle ulteriori

[11] Cass. pen., S.U., 23 giugno 2016, n. 31669 (dep. 21 luglio 2016), in C.E.D. Cass., n. 267041.

discipline che assumono la gravità del reato quale presupposto di conseguenze limitative della libertà personale. Diversamente opinando, si finirebbe per attribuire al medesimo titolo di reato due differenti significati assiologici: uno, individualizzato, destinato alla sola determinazione della pena; l'altro, rigidamente astratto, destinato invece a governare la fase esecutiva. Una simile frattura tra cognizione ed esecuzione appare difficilmente conciliabile con la progressiva valorizzazione, operata dalla giurisprudenza costituzionale, del principio di individualizzazione della pena in tutte le sue fasi.

Sotto questo profilo, l'ordinanza della Corte di cassazione sembra cogliere un'esigenza di coerenza sistematica destinata a proiettarsi ben oltre il caso oggetto del giudizio. Se la sentenza n. 86 del 2024 ha definitivamente escluso che tutte le ipotesi di rapina aggravata siano costituzionalmente assimilabili quanto al loro disvalore, diviene difficile giustificare la permanenza di discipline che continuino ad attribuire rilievo esclusivamente al *nomen iuris* della fattispecie.

Non è casuale che la sentenza n. 86 del 2024 si collochi nell'ambito di quel più ampio orientamento attraverso il quale la Corte costituzionale ha progressivamente esteso il sindacato di proporzionalità anche alle ipotesi in cui la sproporzione non emerge dal raffronto con altre fattispecie incriminatrici, ma dalla stessa eterogeneità delle condotte ricomprese nella medesima figura di reato. Il controllo di costituzionalità tende oggi a verificare la coerenza della risposta sanzionatoria "direttamente" rispetto alla gravità delle condotte ricomprese nella fattispecie astratta, superando definitivamente il paradigma delle c.d. rime obbligate.

L'efficacia conformativa della pronuncia costituzionale non si esaurisce, pertanto, nella modifica dell'art. 628 c.p., ma investe tutte quelle disposizioni che assumono il titolo del reato quale parametro esclusivo per l'applicazione di conseguenze giuridiche ulteriormente pregiudizievoli.

5. La differenziazione del disvalore del fatto quale tecnica di individualizzazione della risposta sanzionatoria.

La questione sottoposta alla Corte costituzionale non sembra destinata ad esaurire i propri effetti nell'ambito della sola disciplina della rapina aggravata. Al contrario, essa si inserisce in una più ampia evoluzione dell'ordinamento penale, caratterizzata dalla progressiva valorizzazione della concreta offensività del fatto quale criterio di differenziazione del trattamento sanzionatorio e penitenziario.

Negli ultimi anni, infatti, tanto il legislatore quanto la stessa Corte costituzionale hanno progressivamente superato l'idea secondo cui il mero titolo della fattispecie incriminatrice sia sempre idoneo ad esprimere un giudizio uniforme di gravità. In numerosi settori dell'ordinamento si assiste, al contrario, all'introduzione di strumenti che consentono al giudice di distinguere, all'interno della medesima figura criminosa, fatti caratterizzati da un disvalore significativamente inferiore rispetto al paradigma ordinario.

Emblematica è, anzitutto, la disciplina dell'art. 609-*bis*, ultimo comma, c.p., nella quale il legislatore ha previsto una specifica ipotesi di minore gravità per i delitti di violenza sessuale, riconoscendo che anche all'interno di una fattispecie connotata da particolare allarme sociale possono collocarsi condotte significativamente meno offensive.

La centralità dell'attenuante prevista dall'art. 609-*bis*, ultimo comma, c.p. è stata ulteriormente confermata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 202 del 2025, che ne ha esteso l'applicazione anche al delitto di violenza sessuale di gruppo di cui all'art. 609-*octies* c.p.

La Corte ha infatti ritenuto costituzionalmente irragionevole l'assenza di una "valvola di sicurezza" capace di differenziare il trattamento sanzionatorio nei casi di disvalore significativamente inferiore, valorizzando proprio la diminuente dell'art. 609-*bis* quale modello già esistente nell'ordinamento. Ne emerge un'ulteriore conferma della progressiva affermazione di un principio di individualizzazione del disvalore del fatto, destinato a operare anche all'interno di fattispecie caratterizzate da un elevato allarme sociale[12].

Analoga funzione assolve l'art. 323-*bis* c.p., che consente una sensibile riduzione del trattamento sanzionatorio nei delitti contro la pubblica amministrazione quando il fatto presenti una particolare tenuità. In entrambi i casi, il legislatore prende atto dell'impossibilità di ricondurre ad un'unica valutazione assiologica tutte le manifestazioni concrete della medesima fattispecie incriminatrice.

Se questa è la traiettoria evolutiva dell'ordinamento, la questione oggi rimessa alla Corte costituzionale appare destinata ad assumere una portata che trascende il solo delitto di rapina aggravata. Il problema si riproporrà, infatti, ogniqualvolta una disciplina esecutiva o penitenziaria continui ad attribuire rilievo esclusivo al *nomen iuris*

[12] Per un commento sulla decisione cfr., in particolare, A. LUNGHI, *La violenza sessuale di gruppo dopo la sentenza n. 202 del 2025 della Corte costituzionale: il riconoscimento dei casi di minore gravità può incrinare il sistema delle preclusioni penitenziarie?*, in *Giur. pen.*, 4, 2026.

del reato nonostante il legislatore o la stessa Corte costituzionale abbiano introdotto strumenti normativi diretti a differenziarne il disvalore. In tali ipotesi, il permanere di automatismi fondati sulla sola qualificazione astratta della fattispecie rischia di determinare una frattura tra il giudizio individualizzato espresso nella sentenza di condanna e la successiva fase dell'esecuzione della pena.

Sotto questo profilo, l'ordinanza della Corte di cassazione potrebbe rappresentare il primo significativo tassello di un processo destinato a coinvolgere l'intero sistema dei reati ostativi. Il principio che essa sollecita la Corte costituzionale ad affermare non riguarda, infatti, la sola disciplina dell'art. 656 c.p.p., ma il più generale rapporto tra individualizzazione dell'offensività del fatto e sopravvivenza di presunzioni legislative costruite esclusivamente sul titolo della condanna.

6. Considerazioni conclusive.

L'ordinanza di rimessione della Corte di cassazione offre l'occasione per riflettere su un tema destinato ad assumere un rilievo crescente nel sistema penale: il rapporto tra l'individualizzazione del giudizio di offensività compiuto nella fase della cognizione e la permanenza di automatismi legislativi che continuano ad assumere il solo titolo del reato quale indice di particolare gravità o pericolosità.

La sentenza n. 86 del 2024 ha segnato, sotto questo profilo, un passaggio di particolare importanza. L'introduzione della circostanza attenuante della lieve entità del fatto non ha semplicemente ampliato gli strumenti di commisurazione della pena, ma ha modificato il significato costituzionale della fattispecie di rapina aggravata, escludendo che essa possa essere considerata, in ogni sua manifestazione concreta, espressione di un disvalore uniforme. Una volta riconosciuta normativamente tale eterogeneità, il definitivo accertamento della lieve entità del fatto diviene un dato che l'ordinamento non può coerentemente confinare entro i soli limiti della determinazione della pena.

È proprio questa la prospettiva nella quale sembra doversi collocare la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di cassazione. Il problema non consiste nello stabilire se il legislatore possa fondare discipline differenziate sul titolo del reato, soluzione che la giurisprudenza costituzionale ha da tempo ritenuto compatibile con i principi di ragionevolezza e di tutela della collettività. Si tratta, piuttosto, di verificare se tale criterio possa continuare ad operare in modo assoluto quando il medesimo ordinamento abbia imposto un accertamento giudiziale destinato a dimostrare che quel titolo di reato comprende fatti significativamente diversi quanto a gravità e offensività.

In questa prospettiva, la vicenda della rapina aggravata evidenzia come l'introduzione di meccanismi normativi di graduazione dell'offensività sia destinata ad incidere non soltanto sulla risposta sanzionatoria, ma anche sulla tenuta delle discipline che utilizzano il *nomen iuris* quale presupposto esclusivo di conseguenze ulteriormente limitative della libertà personale. L'efficacia delle pronunce additive della Corte costituzionale non si esaurisce, dunque, nella modifica della disposizione oggetto del giudizio, ma si proietta sull'intero sistema delle norme che presuppongono quella medesima valutazione legislativa di gravità.

Sotto questo profilo, la decisione che la Corte costituzionale sarà chiamata a adottare potrebbe assumere un valore paradigmatico. Essa contribuirà a chiarire se il giudizio individualizzato sulla concreta offensività del fatto debba costituire un elemento destinato ad accompagnare il condannato anche nella fase dell'esecuzione della pena oppure se possa essere neutralizzato dalla sopravvivenza di presunzioni costruite esclusivamente sulla qualificazione astratta del reato. Dalla soluzione di tale interrogativo dipenderà, in larga misura, il futuro equilibrio tra esigenze di semplificazione legislativa e principio costituzionale di individualizzazione della pena.

In definitiva, l'ordinanza n. 107 del 2026 sembra rappresentare il primo banco di prova di una questione destinata a riproporsi ogniqualvolta il legislatore o la Corte costituzionale introducano strumenti di differenziazione dell'offensività all'interno di fattispecie poste a fondamento di regimi ostativi o di automatismi esecutivi. Se l'ordinamento riconosce che il titolo del reato non esprime più, da solo, un disvalore uniforme, allora anche le discipline che su quel titolo costruiscono presunzioni assolute di gravità o di pericolosità sono chiamate a confrontarsi con il nuovo assetto costituzionale della fattispecie. È in questa prospettiva che la vicenda della rapina aggravata di lieve entità supera la dimensione del caso singolo e assume il valore di un possibile paradigma per l'evoluzione del rapporto tra giudizio di cognizione ed esecuzione penale.

La questione sottoposta alla Corte costituzionale si colloca all'incrocio di due linee evolutive della giurisprudenza costituzionale. Da un lato, le pronunce che hanno progressivamente ridimensionato il ricorso a presunzioni assolute di pericolosità fondate sul solo titolo del reato, imponendo una crescente valorizzazione della situazione individuale del condannato; dall'altro, le decisioni che hanno riconosciuto come la medesima fattispecie incriminatrice possa ricomprendere fatti significativamente differenti quanto a offensività, escludendo che il *nomen iuris* esprima necessariamente un disvalore uniforme.

L'ordinanza n. 107 del 2026 rappresenta, pertanto, il punto di incontro di tali percorsi: una volta ammesso che il titolo della condanna non esaurisce più il giudizio sulla gravità del fatto, diviene inevitabile interrogarsi sulla tenuta costituzionale delle discipline che continuano ad attribuirgli un valore preclusivo assoluto.

****

(SEGUE) IL TESTO DELLA SENTENZA

CASS. PEN., SEZ. I, ORD. 22 MAGGIO 2026, N. 107 (ATTO DI PROMOVIMENTO), GIUD. EST. NATALINI

PROPORZIONALITÀ – RAGIONEVOLEZZA – REATI OSTATIVI (ART. 4-BIS, COMMA 1-TER, ORD. PEN.) – ESECUZIONE PENALE (ART. 656, COMMA 9 LETT. A) C.P.P.) – RAPINA (ART. 628, COMMA 3 C.P.) – LIEVE ENTITÀ, ORD. 22 MAGGIO 2026, N. 107

Ritenuto in fatto

Omissis

Considerato in diritto

1. Preliminarmente, si deve sottolineare che il ricorso per cassazione sarebbe ammissibile ove anche prospettasse esclusivamente l'illegittimità costituzionale della disposizione applicata dal giudice di merito, in quanto comporterebbe pur sempre una censura di violazione di legge riferita alla decisione impugnata, purché sussista la rilevanza della questione, determinando, in caso di accoglimento della questione, un effetto favorevole per il ricorrente, in termini di annullamento, anche parziale, del provvedimento impugnato (cfr. Sez. 6, ordinanza n. 38208 dell'11 novembre 2025, S., non mass., in motiv. par. 1; Sez. 6, n. 25005 del 7 maggio 2024, ..., non mass. sul punto, in motiv. par. 2; Sez. 6, n. 37796 dell'8 aprile 2020, ..., Rv. 280961-01).

Nel caso di specie, il ricorso prospetta, in via principale, la violazione degli articoli 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale e 4-bis, comma 1-ter, ord. pen. e, in subordine, eccepisce l'illegittimità delle citate disposizioni: trattasi, pertanto, di ricorso sicuramente ammissibile.

2. Ciò premesso, ritiene la Corte rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale e 4-bis, comma 1-ter, ord. pen., in riferimento agli articoli 3 e 27, terzo comma, Cost., nella parte in cui non escludono dal novero dei reati ostativi alla sospensione dell'esecuzione della pena il delitto di cui all'art. 628, comma terzo, codice penale qualora, in relazione allo stesso, sia stata

riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 2024.

3. Quanto alla rilevanza, avendo la Corte d'appello di' Brescia, in funzione di giudice dell'esecuzione, rigettato l'istanza di sospensione e/o di temporanea inefficacia dell'ordine di esecuzione della pena emesso nei confronti del ricorrente dalla Procura generale sul presupposto dell'ostatività alla sospensione dell'esecuzione in caso di condanna per il delitto di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, comma terzo, n. 1, codice penale, anche in caso di riconoscimento dell'attenuante della lieve entità del fatto di cui alla sentenza costituzionale n. 86 del 2024, con giudizio di prevalenza rispetto alla contestata aggravante di cui all'art. 628, comma terzo, n. 1, codice penale, l'accoglimento della questione impedirebbe l'ingresso immediato in carcere del condannato, prima della decisione del Tribunale di Sorveglianza sull'istanza di concessione della misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale (che potrebbe essere eseguita in Germania, dove da tempo egli risiede e lavora).

3.1. La questione è, poi, rilevante non potendo essere accolto il motivo di ricorso per cassazione proposto in via principale.

In effetti, questa Corte ritiene che, in via interpretativa, il delitto di rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, comma terzo, n. 1, codice penale non possa essere escluso dall'elenco di cui all'art. 4-bis, comma 1-ter, ord. pen. nel caso di riconoscimento dell'attenuante della lieve entità' del fatto con giudizio di prevalenza sull'aggravante.

3.1.1. Il ricorrente chiede di superare il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione proponendo - in principalità' - una lettura delle norme tale per cui l'aggravante de qua dovrebbe ritenersi, nella specie, non "applicata" (nel proposto senso di "utilizzazione funzionale" che andrebbe riconosciuto al verbo "applicare", alla stregua di quanto affermato, in tema di recidiva, agli effetti dell'art. 81, comma quarto, codice penale, da Sez. U, n. 31669 del 23 giugno 2016, P.G. in proc. ..., in motiv. par. 6, che, a sua volta, a richiama, in tema di applicabilità' dell'indulto Sez. U, n. 17 del 18 giugno 1991, ..., Rv. 187856-01), perché, in concreto, la stessa non ha prodotto l'effetto di un sostanziale aggravamento, essendo stata ritenuta subvalente rispetto alla riconosciuta attenuante della lieve entità.

La tesi non è accoglibile, ostandovi la natura giuridica della norma da applicare e il diritto vivente sulla stessa formatosi. Poiché la sospensione dell'ordine di carcerazione è evenienza eccezionale rispetto al principio di immediata esecuzione dei giudicati, la norma che la prevede è di stretta interpretazione; ne deriva che la mera condizione di condannato per un reato ostativo impedisce l'operare dell'art. 656, comma 5, codice di procedura penale, sicche' l'organo dell'esecuzione deve

limitarsi alla constatazione della presenza del titolo ostativo (cfr. Sez. 1, n. 14331 del 20 dicembre 2012, dep. 2013, P.M. in proc. ..., Rv. 255925-01; conf. Sez. 1, n. 27762 del 30 maggio 2003, ..., Rv. 225017-01; Sez. 5, n. 32558 del 2 maggio 2001, ..., Rv. 219333-01; Sez. 2, n. 1443 del 15 aprile 2000, P.M. in proc. ..., Rv. 215904-01). Né può valere, nel senso auspicato dal ricorrente, l'operato richiamo a Sez. U, n. 31669 del 23 giugno 2016, cit. e neppure - aggiunge il Collegio - alla successiva Sez. U, n. 28808 del 25 ottobre 2018, dep. 2019, ..., Rv. 275319-01: si tratta di decisioni inconferenti ratione materiae, posto che dette statuizioni rese dal più autorevole Consesso di questa Corte si riferiscono ad una peculiare circostanza aggravante di natura soggettiva - quale è la recidiva - che, peraltro, per effetto dell'eliminazione della lettera c) del comma 9 dell'art. 656 del codice di procedura penale ad opera dell'art. 1, comma 1, lettera b), n. 3, D.L. 1 luglio 2013, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 94, neppure quando è reiterata rientra più nel novero delle circostanze che fanno rientrare il reato in quanto commesso dai recidivi reiterati in quelli ostativi ai sensi della norma in disamina.

3.2. La costante interpretazione di questa Corte è nel senso che la condanna per delitto aggravato costituente reato ostativo alla sospensione dell'ordine di esecuzione, a norma degli articoli 656, comma 9, codice di procedura penale e 4-bis ord. pen., impedisce la concessione di tale beneficio anche quando la sentenza di condanna abbia ritenuto l'equivalenza o - come nella specie - la prevalenza delle circostanze attenuanti sulle circostanze aggravanti contestate, atteso che il giudizio di comparazione rileva solo quoad poenam e non incide sugli elementi circostanziali tipizzanti la condotta (da ultimo, Sez. 1, n. 5675 del 23 gennaio 2026, ..., Rv. 289429-01; conf. Sez. 1, n. 41352 del 5 aprile 2023, non mass.; Sez. 1, n. 20796 del 12 aprile 2019, ..., Rv. 276312-01: fattispecie relativa a condanna per il reato di cui all'art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990 aggravato ai sensi del successivo art. 80, comma 2, t.u. stup.; Sez. 1, n. 36318 del 19 settembre 2012, ..., Rv. 253784-01; cfr. già Sez. 2, n. 3731 del 28 giugno 2000, ..., Rv. 217096-01: nella specie, la S.C. ha confermato l'operatività del divieto di cui all'art. 656 del codice di procedura penale in ipotesi di sentenza di patteggiamento per il reato di rapina aggravata nella quale le attenuanti generiche erano state ritenute prevalenti sulle contestate aggravanti).

Nella stessa direzione, si è ritenuto operativo il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena, previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale, nelle ipotesi di sentenze di condanna pronunciate per i delitti in relazione ai quali sia intervenuto l'accertamento giudiziale della sussistenza della circostanza aggravante prevista dall'art. 7, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 1991, n. 203, anche quando sia stata riconosciuta l'attenuante speciale della collaborazione con la giustizia di cui all'art. 8 dello stesso decreto-

legge, che opera – analogamente al caso in esame - solo quoad poenam (Sez. 1, n. 2690 del 9 dicembre 2010, dep. 2011, ..., Rv. 249556-01).

3.3. Analogamente, nella materia "contigua" dei benefici penitenziari, la giurisprudenza di legittimità è nel senso che l'esclusione prevista dall'art. 4-bis ord. pen. con riferimento ai reati ostativi operi in relazione all'astratto titolo del reato giudicato, a nulla rilevando, in assenza di diversa ed espressa previsione di legge (cfr. ad es. l'art. 609-bis codice penale), che, concretamente, la sentenza di condanna riconosca un'ipotesi attenuata, incidente solo sul trattamento sanzionatorio (Sez. 7, ordinanza n. 39918 del 17 febbraio 2017, ..., Rv. 270977-01; conf. Sez. 1, n. 27557 del 27 maggio 2010, ..., Rv. 247723-01).

Si ritiene, infatti, che la formulazione testuale dell'art. 4-bis ord. pen. ed il richiamo ai delitti ivi indicati manifesti l'intento del legislatore di assegnare esclusivo rilievo al profilo oggettivo, sulla scorta del mero titolo del reato giudicato, in ragione della presunzione di specifica pericolosità di quanti ne siano stati ritenuti responsabili, a prescindere dalla modulazione delle decisioni assunte in tema di trattamento punitivo e di bilanciamento tra circostanze eterogenee (ad es. Sez. 1, n. 6830 del 28 gennaio 2016, ..., Rv. 266240-01, in cui si è affermato che l'esclusione dai benefici penitenziari operata dall'art. 4-bis ord. pen. non riguarda l'ipotesi di condanna per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope costituita per commettere fatti di lieve entità, in quanto il richiamo medesimo non è limitato al solo regime sanzionatorio; conf. Sez. 5, n. 1483 del 16 marzo 2000, P.M. in proc. ..., Rv. 216045-01).

3.4. Dunque, poiché per il diritto vivente l'esclusione dalla sospensione dell'ordine di esecuzione della pena e dai benefici penitenziari operata dagli articoli 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale e, rispettivamente, 4-bis ord. pen., con riferimento ai reati ostativi, opera in relazione all'astratto titolo del reato giudicato, a nulla rilevando, in assenza di diversa ed espressa previsione di legge, che, concretamente, la sentenza di condanna riconosca un'ipotesi attenuata, destinata ad incidere solo sul trattamento sanzionatorio, nel presente procedimento la condanna inflitta al ricorrente per rapina aggravata costituente reato ostativo alla sospensione dell'ordine di esecuzione preclude la possibilità di sospendere l'ordine di esecuzione della pena emesso dalla competente Procura.

In definitiva, non essendo possibile operare un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme indubbiate, stante la loro natura, il chiaro tenore testuale e il diritto vivente su di esse formatosi, la questione di costituzionalità risulta rilevante.

4. Quanto alla non manifesta infondatezza della questione, si osserva quanto segue.

4.1. Introdotto nel tessuto codicistico dalla L. 27 maggio 1998, n. 168 (nota come "legge Saraceni-Simeone") per agevolare l'accesso di tutti i condannati alle misure alternative alla detenzione, il meccanismo di sospensione dell'esecuzione regolato dall'art. 656, comma 5, codice di procedura penale ha segnato un punto di svolta nelle dinamiche esecutive, attraverso l'allestimento di una disciplina omogenea volta ad eliminare le disparità di trattamento e le disuguaglianze che scaturivamo dalle precedenti esperienze normative.

4.1.1. Il comma 9 dell'art. 656 del codice di procedura penale stabilisce una serie di eccezioni alla regola generale, fissata dal precedente comma 5, in base al quale l'ordine di esecuzione della pena

detentiva deve essere automaticamente sospeso allorché la pena inflitta, anche se costituente residuo di maggior pena, non sia superiore a quattro anni (in ragione di quanto deciso da Corte costituzionale sentenza n. 41 del 2018), ovvero a sei anni nei casi previsti dagli articoli 90 e 94, D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

In particolare, l'art. 656, comma 9, codice di procedura penale, alla lettera a) - oggetto delle censure del ricorrente, in relazione all'art. 4-bis, comma 1-ter, ord. pen. - stabilisce che la predetta sospensione non possa avere luogo, per quel che qui direttamente rileva, nei confronti dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. pen. nonché' dei condannati per una serie di ulteriori delitti.

4.1.2. Il divieto di sospensione in esame è condizionato dalla presunzione di pericolosità' correlata all'inserimento di un determinato reato nel catalogo di cui all'art. 4-bis ord. pen. (Corte cost. sentenza n. 32 del 2020, par. 3.3 cons. dir.) e, per effetto di quest'ultimo rinvio - avente natura meramente formale (Corte cost. sentenza n. 39 del 1994, par. 3 cons. dir.) non ricettizio (Sez. U, n. 24561 del 30 giugno 2006, P.M. inproc. ..., in motiv.; Sez. 1, n. 45839 del 4 luglio 2023, ..., in motiv. par. 2) - la norma processuale recepisce automaticamente le variazioni (e l'evoluzione interpretativa) del catalogo dei delitti indicati nello stesso art. 4-bis (Sez. U, n. 24561 del 30 maggio 2006, P.M. in proc. A., Rv. 233975-01; Corte costituzionale sentenza n. 32 del 2020, par. 3.3 cons. dir.).

4.1.3. La ratio del divieto di sospensione di cui all'art. 656, comma 9, lettera a) cod. proc. pen. si individua - visibilmente - nell'esclusione dei condannati per i delitti di cui all'art. 4-bis ord. pen. dalla fruizione di misure alternative alla detenzione, in considerazione della presunzione di elevata pericolosità che li riguarda, ritenuti ex lege "tendenzialmente insensibili" all'opera di' rieducazione o comunque bisognosi di una particolare verifica di attendibilità soggettiva definibile in termini di necessaria emersione di una condotta specifica (la collaborazione con la giustizia o le condizioni legali di sua equivalenza) tesa a determinare la riespansione della ordinaria

discrezionalità del giudice in tema di accesso agli strumenti risocializzanti previsti dall'ordinamento penitenziario (cosi' Sez. 1, ord. n. 31853 del 18 giugno 2019, P.M. in proc. ..., in motiv. par. 2.1).

4.1.4. In effetti, nell'ambito della disposizione della legge penitenziaria, sono diversamente disciplinate plurime categorie di reati ostativi: solo per i reati cd. "di prima fascia", elencati nel comma 1 dell'art. 4-bis ord. pen. (tra cui il delitto previsto dall'art. 630 codice penale), è prevista effettiva mente una particolare rigidità di verifica dei presupposti per l'accesso alle misure alternative; diversamente, per i reati cd. "di seconda fascia", elencati nel successivo comma 1-ter (tra cui rientra l'art. 628, terzo comma, codice penale), sebbene si richiedano requisiti specifici (assenza di elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva) e un'istruttoria più approfondita (necessità di acquisire dettagliate informazioni dal Questore), l'accesso alle misure alternative non è precluso ne' in assoluto ne' in misura tale da configurarlo come residuale; ed ancora, per i cd. sex offenders, la previsione di una necessaria, prolungata e qualificata osservazione scientifica della personalità, come stabilita nel comma 1-quater, esperibile solo nel contesto carcerario, preclude l'accesso alle misure alternative dallo stato di libertà (salvo quanto si dirà postea proprio a proposito dell'attenuazione correlata alla lieve entità del fatto). Tuttavia, l'art. 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale esclude in modo assoluto la possibilità di sospensione dell'esecuzione: infatti, facendo riferimento all'art. 4-bis ord. pen. nella sua totalità per l'individuazione dei reati ostativi, la norma processuale "servente" prescinde del tutto dalle condizioni cui la norma penitenziaria "servita" subordina la concessione dei benefici normalmente esclusi per i soggetti ivi indicati, come l'assenza di collegamenti con il crimine organizzato, la collaborazione o gli altri indici di "diminuita pericolosità".

Non è mancato, peraltro, chi - in dottrina - ha prospettato un'esegesi intermedia, secondo cui i reati di prima fascia sarebbero comunque ostativi alla sospensione, mentre quelli di seconda fascia lo diverrebbero solo qualora si realizzi la fattispecie complessa comprendente la prova dei collegamenti con la criminalità organizzata; la tesi, comunque, non è mai stata recepita dalla giurisprudenza.

Guardando unicamente al venir meno della sua funzione "servente", il divieto di sospensione risulterebbe giustificato per i reati "di prima fascia" e per i sex offenders, ma non invece per i reati "di seconda fascia" (tra i quali quello di cui all'art. 628, comma terzo, codice penale). Per questi ultimi, infatti, e per le ulteriori ipotesi di reato specificamente contemplate dall'art. 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale, viene in rilievo un altro parametro: la loro

attitudine a costituire indice di particolare pericolosità sociale del condannato (v. postea par. 4.2.); parametro che, tuttavia, ad avviso del Collegio pare ontologicamente incompatibile con l'ipotesi della rapina aggravata per il quale sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità.

4.2. La disciplina della sospensione dell'ordine di esecuzione della pena di cui all'art. 656, commi 5 e 9, codice di procedura penale è già stata oggetto di una numerosa serie di pronunce del Giudice delle leggi (cfr., per tutte, Corte costituzionale sentenza n. 238 del 2021 ed ivi per richiami); del pari le operazioni di "ortopedia" costituzionale sul testo dell'art. 4-bis ord. pen., trasformatosi, nel tempo, in "un complesso, eterogeneo e stratificato elenco di reati" (sentenze n. 188 del 2019, par. 3 cons. dir., n. 32 del 2016, par. 2.2. cons. dir. e n. 239 del 2014), sono state molteplici (v. postea par. 4.2.8.).

4.2.1. Per quel che qui direttamente rileva, la Corte costituzionale riconosce all'art. 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale, irrilevante essendo la sua collocazione nel codice di rito, la natura di previsione a effetti sostanziali con riflessi sul piano dello statuto costituzionale delle garanzie applicabili ai sensi degli articoli 13 e 25, comma secondo, Cost., alla luce dell'incidenza (non "fuori" dal ma "dentro" al carcere: Corte costituzionale, sentenza n. 32 del 2020, par. 4.3.3. cons. dir.) sulle modalità esecutive della pena (Corte cost. sentenza n. 32 del 2020, par. 4.4.4. cons. dir.; cfr. altresì sentt. n. 183 del 2020 e n. 183 del 2021), mentre alla regola del precedente comma 5 riconosce natura di istituto "servente" rispetto alla richiesta di misure alternative alla detenzione (sent. n. 41 del 2018, par. 4. cons. dir.).

4.2.2. La Corte costituzionale ha da tempo rilevato - e da ultimo ribadito (cfr. Corte cost. sentenza n. 68 del 2026, par. 6.1. cons. dir.) - che "la sospensione dell'esecuzione costituisce un istituto di favore per i condannati nei cui confronti devono essere eseguite pene detentive brevi, perché ne impedisce l'immediato ingresso in carcere e dà loro modo di richiedere e, se ne sussistono le condizioni, ottenere una misura alternativa alla detenzione" (sent. n. 90 del 2017). In quest'ottica, ha individuato la ratio dell'istituto nell'esigenza di evitare la limitazione della libertà personale nella forma più severa - la detenzione in carcere - nei casi in cui al condannato potrebbe essere riconosciuta, sin dall'inizio, la possibilità di scontare la pena secondo modalità meno incisive su quella libertà e maggiormente funzionali al percorso di rieducazione.

Nella giurisprudenza costituzionale emerge l'idea, coerente con questa funzione dell'istituto, secondo cui vi è un "tendenziale collegamento della sospensione dell'ordine di esecuzione con i casi di accesso alle misure alternative" (Corte cost. sentenza n. 41 del 2018, par. 5. cons. dir.) dal punto di vista del principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. Detto altrimenti,

sussiste un "parallelismo" (sent. n. 41 del 2018, par. 4. cons. dir.) tra la possibilità, in astratto, di immediato accesso alle misure alternative - nel senso che, in ragione del quantum di pena da scontare, il condannato può presentare istanza di accesso a dette misure, rimanendo in capo alla magistratura di sorveglianza il dovere di vagliare l'istanza in concreto - e obbligo del pubblico ministero di disporre la sospensione dell'ordine di esecuzione, così' da consentire al condannato di presentare detta istanza senza essere, nelle more della relativa decisione, privato della liberta' personale.

Questo meccanismo, costituente la regola "aurea" in linea con i principi di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e di rieducazione del condannato di cui all'art. 27, terzo comma, Cost., evita la frattura dei legami del condannato "con il proprio contesto familiare, sociale e - soprattutto - lavorativo, ostacolandone un percorso di risocializzazione che potrebbe essere già iniziato durante il processo" (Corte cost. sentt. n. 3 del 2023 e, da ultimo, n. 68 del 2026).

Inoltre, quando la pena da scontare è breve, l'istituto evita il rischio, assai probabile in concreto, che la decisione del giudice di sorveglianza sull'accesso alle misure alternative "intervenga dopo che il soggetto abbia ormai interamente o quasi scontato la propria pena" (ancora sentenza n. 3 del 2023).

4.2.3. In effetti, l'ingresso in carcere per condannati che si trovano nelle condizioni di poter chiedere una misura alternativa risulta problematico tanto dal punto di vista del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., quanto dal punto di vista della necessaria finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, terzo comma, Cost.

In primo luogo, perché l'ingresso in carcere determina sempre una brusca frattura dei legami del condannato con il proprio contesto familiare, sociale e – soprattutto - lavorativo, ostacolandone un percorso di risocializzazione che potrebbe essere già iniziato durante il processo, quando il condannato stesso si trovava in stato di libertà o era comunque sottoposto a misura cautelare non carceraria (sent. n. 3 del 2023 e, mutatis mutandis, sentenza n. 28 del 2022).

In secondo luogo, perché quando la pena da scontare è breve, è assai probabile "che la decisione del tribunale di sorveglianza intervenga dopo che il soggetto abbia ormai interamente o quasi scontato la propria pena"; eventualità quest'ultima "purtroppo non infrequente, stante il notorio sovraccarico di lavoro che affligge la magistratura di sorveglianza, nonché il tempo necessario per la predisposizione della relazione del servizio sociale in merito all'osservazione del condannato in carcere" (Corte cost. sentenza n. 216 del 2019).

Infine, perché ogni disallineamento tra i limiti temporali della pena ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione e quelli per l'accesso alle misure alternative concedibili sin dall'inizio dell'esecuzione della pena rende di fatto impossibile la concessione di misure alternative prima dell'ingresso in carcere, ogniqualvolta la condanna sia ancora contenuta nel limite che consentirebbe l'accesso alla misura ma sia superiore a quello fissato per la sospensione dell'ordine di esecuzione; il che finisce per frustrare lo stesso intento perseguito dal legislatore nel dettare la disciplina della misura alternativa (Corte cost. sentenza n. 41 del 2018, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo il limite di tre anni di pena detentiva, originariamente previsto dall'art. 656, comma 5, codice di procedura penale per la sospensione dell'ordine di esecuzione: limite che la sentenza in parola ha evidenziato risultare irragionevolmente disallineato rispetto a quello, attualmente di quattro anni, fissato dall'art. 47, comma 3-bis, ord. pen. ai fini dell'accesso alla misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale).

4.2.4. Proprio perché il collegamento tra le soglie per l'accesso alle misure alternative e quelle previste per la sospensione dell'ordine di esecuzione costituisce "un punto di equilibrio ottimale" (sent. n. 41 del 2018, par. 5. cons. dir.), rappresentato dalla regola generale della corrispondenza tra i rispettivi limiti di pena (sent. n. 3 del 2023) e risponde a principi costituzionali, la Consulta ha sollecitato più volte il legislatore a intervenire per "arginare l'allarmante fenomeno della dilatazione della platea dei liberi sospesi" (sent. n. 176 del 2024).

4.2.5. Inoltre - per quel che qui direttamente rileva - la Corte costituzionale ha osservato che detto parallelismo è solo tendenziale, perché "appartiene pur sempre alla discrezionalità legislativa selezionare ipotesi di cesura, quando ragioni ostative appaiano prevalenti" (sent. n. 41 del 2018, par. 5. cons. dir.).

Il legislatore può ritenere, pertanto, che, ferma la possibilità di fare immediatamente istanza di accesso alle misure alternative, la pena carceraria debba essere la risposta iniziale alla commissione del reato accertato in via definitiva o in ragione della particolare pericolosità di cui sono indice specifici delitti (ex multis Corte cost. sentt. n. 3 del 2023, n. 238 del 2021, n. 216 del 2019, n. 41 del 2018, n. 90 del 2017 e n. 125 del 2016), o perché l'accesso alle misure alternative "è soggetto a condizioni così stringenti da rendere questa eventualità meramente residuale, sicche' appare tollerabile che venga incarcerato chi all'esito del giudizio relativo alla misura alternativa potrà con estrema difficoltà sottrarsi alla detenzione" (sent. n. 41 del 2018, par. 5. cons. dir.).

4.2.6. Al contempo, la giurisprudenza costituzionale ha precisato che, proprio perché si tratta di "eccezioni al "punto di equilibrio ottimale" rappresentato dalla regola aurea generale della

corrispondenza tra il limite di pena stabilito per l'accesso alla misura alternativa e quello stabilito ai fini della sospensione dell'ordine di esecuzione" (sent. n. 3 del 2023), le scelte del legislatore (sempre più incline ad ampliare l'area del cd. "doppio binario") che rompano il parallelismo devono essere sottoposte a uno scrutinio "particolarmente stretto" (sent. n. 41 del 2018, par. 5. cons. dir.).

4.2.7. Dalle decisioni del Giudice delle leggi susseguitesi in subiecta materia emerge, dunque, un'affermazione costante: le deroghe all'obbligo di sospendere l'ordine di esecuzione richiedono una verifica a "rime serrate" e ad imporlo è il ruolo dell'art. 656, comma 5, codice di procedura penale di canale privilegiato per accedere alle misure alternative, perché' impone di favorire - ove la soglia di pena lo consenta - l'accesso dalla libertà a forme non detentive di espiazione: l'idoneità del criterio "qualitativo" - costruito sul reato ostativo per cui è intervenuta condanna - a fungere da "bussola" di percorsi differenziati dipende "dall'adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all'esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa" (sent. n. 41 del 2018, par. 5. cons. dir.).

4.2.8. Nella giurisprudenza costituzionale si annoverano le seguenti decisioni di rilievo in subiecta materia: sentenza n. 125 del 2016 ha giudicato "incongruo" il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione rispetto ai condannati per il delitto di furto con strappo di cui all'art. 624-bis, secondo comma, codice penale, essenzialmente sulla base della considerazione che tale divieto non opera rispetto alla rapina (non aggravata), nella quale il furto con strappo può facilmente sfociare, a fronte della prevedibile reazione della vittima, con conseguente illogicità di una disciplina più sfavorevole per chi sia condannato per un reato meno grave, pur se contiguo dal punto di vista criminologico; sentenza n. 216 del 2019 ha ritenuto immune da censure sotto il profilo costituzionale la puntuale eccezione rappresentata dal divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di furto in abitazione di cui all'art. 624-bis, primo comma, codice penale; il fondamento giustificativo di tale eccezione è stato qui ravvisato nella "discrezionale, e non irragionevole, presunzione del legislatore relativa alla particolare gravità del fatto di chi, per commettere il furto, entri in un'abitazione altrui, ovvero in altro luogo di privata dimora o nelle sue pertinenze, e della speciale pericolosità soggettiva manifestata dall'autore di un simile reato" (par. 3.1.1. cons. dir.); speciale pericolosità che il legislatore ha ritenuto, con valutazione ritenuta non censurabile, costituire "ragione sufficiente per negare in via generale ai condannati per il delitto in esame il beneficio della sospensione dell'ordine di carcerazione, in attesa della valutazione caso per caso, da parte del tribunale di sorveglianza, della possibilità di concedere al singolo condannato i benefici compatibili con il suo titolo di reato e la durata della sua condanna" (par. 3.1.2. cons. dir.); sentenza n. 238 del 2021

ha ritenuto non irragionevole il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione della condanna per il delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri commesso adoperando mezzi di trasporto appartenenti a persone estranee al reato previsto dall'art. 291-ter, comma 1, D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, che rientra per l'appunto tra i delitti sottoposti allo speciale regime di preclusioni all'ordinario accesso alle misure alternative dettato dall'art. 4-bis ord. pen.; sentenza n. 3 del 2023 ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale nella parte in cui stabilisce che non può essere disposta la sospensione dell'esecuzione nei confronti dei condannati per il delitto di incendio boschivo colposo di cui all'art. 423-bis, secondo comma, codice penale; sentenza n. 68 del 2026 ha ritenuto costituzionalmente illegittimo l'art. 4-bis, comma 1-quater, ord. pen., nella parte in cui si applica ai condannati per il delitto di cui all'art. 609-quater codice penale cui sia stata riconosciuta la circostanza attenuante ad effetto speciale di cui al sesto comma del medesimo art. 609-quater codice penale.

4.3. Alla luce dei richiamati principi posti dalla giurisprudenza costituzionale in materia - che sono peraltro espressione del più generale orientamento a escludere rigidi automatismi in materia di benefici penitenziari (da ultimo, Corte costituzionale sentenza n. 24 del 2025 ed ivi per richiami) - il Collegio ritiene non manifestamente infondato il dubbio relativo al contrasto con gli articoli 3 e 27, terzo comma, Cost. della scelta del legislatore di sottrarre il condannato per il delitto di rapina aggravata (art. 628, comma terzo, codice penale), pur quando sia stata riconosciuta la circostanza attenuante del fatto di lieve entità di cui alla sentenza costituzionale n. 86 del 2024, alla regola generale della sospensione dell'ordine di esecuzione espressa dall'art. 656, comma 5, codice di procedura penale. Le norme indubbiate sono quelle di cui agli articoli 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale e 4-bis, comma 1-ter, ord. pen.

4.3.1. Le norme censurate appaiono, innanzitutto, intrinsecamente irragionevoli (art. 3 Cost.), determinando una risposta trattamentale sproporzionata per eccesso.

4.3.1. Invero, il riconoscimento della circostanza attenuante introdotta, in seno all'art. 628 del codice penale, dalla sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 2024 - nei casi in cui, per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto sia di lieve entità - consente di diminuire la pena (fino ad un terzo) per la commessa rapina così da temperare gli effetti della concentrazione in un unico titolo di reato di comportamenti (altrimenti) tra loro assai differenziati e anche molto diversi sotto il profilo della gravità oggettiva e dell'offensività rispetto al bene giuridico patrimoniale tutelato: "non solo con riferimento all'entità del danno patrimoniale cagionato alla vittima, che può

ammontare ... a pochi euro", "ma anche con riferimento alle modalità della condotta, che può esaurirsi in forme minimali di violenza", ovvero "nella mera prospettazione verbale di un male ingiusto, senza uso di armi o di altro mezzo di coazione, che tuttavia già integra la modalità alternativa di condotta costituita dalla minaccia" (in termini, Corte costituzionale sentenza n. 86 del 2024, par. 5.6. cons. dir., che a sua volta richiama la precedente sentenza n. 141 del 2023, par. 3.2. cons. dir.).

A fronte di una circostanza attenuante di tal genere - speciale, indefinita e ad effetto comune, coincidente nella sostanza con gli indici dell'art. 133 codice penale - che si fonda sulla presa d'atto dell'ampiezza della latitudine applicativa dell'art. 628 del codice penale e sulla connessa idoneità a includere condotte marcatamente dissimili sul piano criminologico e del tasso di disvalore, pare irragionevole presumere che il condannato per detto titolo di reato sia sempre e comunque pericoloso a tal punto da dover essere avviato immediatamente a pena detentiva in carcere, con una portata limitativa della libertà personale particolarmente e irragionevolmente afflittiva, anche quando abbia beneficiato, a cagione della particolare tenuità del danno o del pericolo, o delle altre circostanze sopra indicate, dell'attenuante del fatto di lieve entità.

L'applicazione di tale circostanza in favore del condannato si pone, infatti, in rotta di collisione con la ragione stessa dell'ostatività della sospensione per il titolo di reato (solo se aggravato) originariamente contestato (art. 628, comma terzo, codice penale) perché smentisce, in concreto, la presunzione di pericolosità del suo autore che costituisce la base giustificatrice razionale dell'art. 4-bis ord. pen. Difatti, se sul piano della ragionevolezza intrinseca il perimetro alla cui stregua sondare la ratio della disciplina eccezionale dell'art. 656, comma 9, codice di procedura penale, - derogatoria rispetto alla regola del precedente comma 5 - è la pericolosità del condannato, desunta in via presuntiva dalle caratteristiche del fatto-reato, può ritenersi intrinsecamente irragionevole e al contempo sproporzionato considerare parimenti pericolosi, ai fini ostativi che occupano, un condannato per rapina aggravata ex art. 628, comma terzo, codice penale col condannato per lo stesso reato ma che si sia vista riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità, per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo (nel caso di specie riconosciuta al ricorrente perché "l'imputato non ha compiuto alcun atto di violenza, minaccia o sottrazione, da valutarsi in una con la sua giovane età all'epoca dei fatti e la sua condizione di incensuratezza": cfr. pag. 2 nt. 1 ord. imp.). Non pare irrilevante, in particolare, che il legislatore penitenziario abbia agganciato la presunzione di pericolosità alla sola manifestazione del fatto nella sua forma aggravata dalle ipotesi del terzo comma dell'art. 628 del codice penale (rientrante "in seconda fascia": comma 1-ter) e non già ad ogni condanna per il delitto di rapina, a differenza di altre fattispecie ostative

(tra cui quella dell'art. 630 codice penale, rientrante in "prima fascia": comma 1-bis). Queste considerazioni fondano i dubbi sulla ragionevolezza della permanenza di siffatta presunzione legislativa nel caso di riconoscimento della ipotesi attenuata della lieve entità ai sensi della sentenza costituzionale n. 86 del 2024.

4.3.1.2. Ad avviso del Collegio, dunque, pare lecito dubitare della ragionevolezza del fondamento logico e criminologico di un simile approdo nel caso della rapina circostanziata dalla lieve entità del fatto, e ciò in rapporto alla avvertita necessità per cui le presunzioni assolute, lì dove limitano un diritto fondamentale della persona, finiscono con il violare il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit: evenienza che si riscontra segnatamente allorché sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti contrari alla generalizzazione posta dalla presunzione stessa (v. Corte costituzionale sentenza n. 130 del 2010 e successive decisioni sul tema di adeguatezza della custodia cautelare in carcere di cui all'art. 275, comma 3, codice di procedura penale).

In particolare, la fattispecie circostanziale della rapina attenuata dalla lieve entità del fatto - per come delineata da Corte costituzionale sentenza n. 86 del 2024 - non pare contenere alcuno dei connotati idonei a sostenere un'accentuata e generalizzata considerazione di elevata pericolosità del suo autore, trattandosi di condotta che ben potrebbe risolversi in un'unica occasione di consumazione, isolata e marcatamente episodica, realizzata senza uso di violenza, ben lungi dal disvelare "collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva" di cui al comma 1-ter dell'art. 4-bis ord. pen.

4.3.1.3. Un ulteriore parametro costituzionale che pare essere disatteso è quello della proporzionalità: premettendosi che la proporzionalità "è requisito di sistema nell'ordinamento costituzionale italiano, in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo" (Corte costituzionale sentenze n. 203 del 2024, par. 4.3. cons. dir., n. 24 del 2019, par. 9.7.3. cons. dir.), equiparare a livello esecutivo-trattamentale condotte criminose anche molto diverse sotto il profilo della gravità oggettiva e della diversa capacità delinquenziale del suo autore, sottoponendole, tutte, ad un identico regime ostativo, sulla base di una presunzione legislativa astratta che prescinde del tutto dalla concreta pericolosità espressa dalla vicenda per cui è intervenuta condanna definitiva, sembra configurare una risposta sperequata per eccesso, determinando un immediato passaggio carcerario che appare sproporzionato, oltreché desocializzante e irragionevolmente afflittivo.

4.3.2. Le norme indubbiate sembrano, inoltre, costituire un ostacolo al principio della finalità rieducativa della pena proclamato dall'art. 27, comma terzo, Cost., secondo il quale la pena deve

essere sempre funzionale al reinserimento sociale del condannato (Corte cost. sentenze n. 139 del 2025, par. 9.1. cons. dir.), "qualunque sia la gravità del reato commesso" (in termini, sentenze n. 139 del 2025, par. 9.1. cons. dir. e sentenza n. 149 del 2018, par. 7. cons. dir.).

In effetti, la rottura del surrichiamato "parallelismo" tra possibilità di accedere, da libero, alle misure alternative e la sospensione dell'esecuzione della pena, nel caso che occupa il Collegio non appare manifestamente legittima: senza dubbio, il legislatore - come da ultimo ha ribadito la Corte costituzionale (sentenza n. 68 del 2025, par. 6.1.1. e 6.2.3. cons. dir.) - può ritenere che la finalità di rieducazione della pena - che può trovare fuori del carcere, specie quando le condanne sono brevi o molto brevi, un ambiente più consono - debba essere oggetto di bilanciamento; tuttavia, se la scelta legislativa appare manifestamente irragionevole, come può ritenersi per le norme in esame, essa determina "un sacrificio del tutto inutile - anche nell'ottica di un'efficace tutela della collettività' - rispetto all'orientamento rieducativo della pena, imposto dall'art. 27, terzo comma, Cost." (Corte cost. sentenza n. 3 del 2023, par. 3.4.4. cons. dir., ripresa, da ultimo, da sentenza n. 68 del 2026, par. 6.2.3. cons. dir.) e coessenziale al volto costituzionale della pena (tanto da non poter essere sacrificata "sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena: ex multis, sentenze n. 78 del 2007, n. 257 del 2006, n. 68 del 1995, n. 306 del 1993 e n. 313 del 1990).

4.3.2.2. Secondo autorevole dottrina, quando vengono in rilievo disposizioni che disciplinano la fase di esecuzione della pena in funzione della fruizione delle misure alternative, che sono finalizzate al prevalente obiettivo della rieducazione, ogni preclusione fondata sul titolo (astratto) di reato e' disfunzionale al finalismo rieducativo che viene sacrificato proprio laddove esso deve trovare la sua massima espressione, quale valore costituzionalmente privilegiato.

A risentire dell'anomalia qui denunciata è il principio-cardine che, sotteso all'art. 656, comma 5, codice di procedura penale, impone di favorire tendenzialmente l'accesso dalla libertà a forme non detentive di espiazione, salve le eccezioni di legge che richiedono, però un "controllo stretto" che non può prescindere dalla concreta offensività del fatto commesso, in ottica rieducativa. Di contro, l'immediata forza esecutiva dell'ordine d'esecuzione ritarda uno sbocco che, nei casi in cui il fatto risulti di lieve entità, dovrebbe essere fruibile ab origine, senza bisogno del previo ingresso in ambiente carcerario: a pagarne il prezzo, oltre alla razionalità del sistema (art. 3 Cost.), è il finalismo rieducativo della pena (art. 27, comma terzo, Cost.).

4.4. Questa Corte è consapevole che, nel recente passato, il Giudice delle leggi si è espresso in senso contrario con le sentenze n. 188 del 2019 e n. 52 del 2020 (le cui argomentazioni sono sintetizzate e fatte proprie dall'ordinanza impugnata e dal sostituto Procuratore generale in sede

nelle proprie conclusioni scritte): in entrambe le decisioni la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis, comma 1, ord. pen., nella parte in cui non esclude dal novero dei reati ostativi "di prima fascia" il sequestro di persona a scopo di estorsione ex art. 630 codice penale qualora, in relazione allo stesso, sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità ai sensi di Corte costituzionale sentenza n. 68 del 2012; circostanza che - si è affermato in motivazione - "non risulta ... idonea ad incidere, di per se' sola, sulla coerenza della scelta legislativa di ricollegare al sequestro con finalità estorsive un trattamento più rigoroso in fase di esecuzione, quale che sia la misura della pena inflitta nella sentenza di condanna", dal momento che "natura, specie, mezzi, modalità o circostanze dell'azione, oppure particolare tenuità del fanno o del pericolo ... non sono necessariamente in contraddizione, anche sul piano empirico, con l'adesione o la partecipazione del condannato a pericolose organizzazioni criminali, stabili e strutturate" (Corte cost. sentenze n. 52 del 2020, par. 3.2. cons. dir., n. 188 del 2019 par. 3. cons. dir.).

4.4.1. Ad avviso del Collegio si tratta di considerazioni e di esiti decisori non generalizzabili rispetto all'ipotesi delittuosa qui al vaglio perché traggono origine dal diverso petitum avente ad oggetto, in ambedue le decisioni, il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 codice penale): reato ostativo "di prima fascia" da considerarsi, in effetti, di particolare gravità ed allarme sociale rispetto al quale appare comprensibile e del tutto ragionevole la scelta del legislatore - in ottica anche general-preventiva - di stabilire regole di accesso ai benefici penitenziari più severe di quelle valevoli per la generalità degli altri condannati ed imporre che il condannato debba in ogni caso iniziare a scontare la propria pena in carcere, senza che sia richiesto al giudice di accertarne, caso per caso, la persistente pericolosità sociale.

Tuttavia - nella specie - viene in considerazione un reato ostativo (solo se aggravato) di "seconda fascia" quale quello di cui all'art. 628, comma terzo, codice penale, la cui ampiezza di descrizione tipica e la cui intrinseca varietà di condotte materiali, "atteso il carattere multiforme degli elementi costitutivi ("violenza o minaccia", "cosa sottratta", "possesso", "impunita'")" (Corte Cost. n. 86 del 2024, par. 5.8. cons. dir.) ha imposto al Giudice delle leggi di "dotarlo" dell'attenuante della lieve entità, da applicare - quale "valvola di sicurezza" costituzionalmente necessaria - proprio nei casi in cui l'offensività astratta (come espressa dal titolo di reato ex se considerato) diviene del tutto sproporzionata (per eccesso) rispetto all'offensività in concreto (come espressa dalle condotte di modesto disvalore).

Invero, dal momento che la collaborazione con la giustizia si concretizza sempre in condotte finalizzate alla recisione dei legami con l'organizzazione criminale di provenienza, ne consegue

che la presunzione di non rieducabilità del condannato che sta alla base del catalogo di reati ostativi postula la condanna per condotte che costituiscono, di norma, espressione di una organizzata (e quindi con caratteristiche di stabilità e particolare resistenza) struttura criminale. Ma in quei casi vagliati dalla Consulta la fattispecie ostativa considerata (art. 630 codice penale) rientra nei delitti "di prima fascia" ed è inserita in detto contesto nella sua forma tipica di fattispecie-base autonoma: da qui le considerazioni del Giudice delle leggi sulla sua rilevanza "in quanto tale", in un contesto normativo che prevedeva, in allora, per i reati "di prima fascia" una forma di presunzione semi-assoluta; presunzione che, frattanto, è stata trasformata dal legislatore del 2022 in presunzione relativa (articoli 1 e 2 D.L. n. 162 del 31 ottobre 2022, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 dicembre 2022, n. 199). Ora, a differenza dei contesti tendenzialmente associativi contemplati dalla norma penitenziaria de qua (ad es. articoli 416-bis codice penale, 74 D.P.R. n. 309 del 1990), l'ipotesi ostativa qui al vaglio di cui all'art. 628, comma terzo, codice penale - rientrante nei reati "di seconda fascia" e, si badi, solo in quanto fattispecie aggravata - lì dove è riconosciuta l'attenuante della lieve entità del fatto si colloca evidentemente al di fuori di tali circuiti "di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva" (comma 1-ter cit.), il che rende dubbia la ragionevolezza della presunzione legale di pericolosità del suo "tipo d'autore" (come individuato sulla base del titolo astratto di reato) e, al contempo, della valorizzazione del criterio di accertamento dell'insussistenza di tali collegamenti criminali.

4.4.2. In prospettiva correlata, con riferimento al rapporto tra circostanze attenuanti e ruolo delle presunzioni, ritiene il Collegio che il riconoscimento della diminuente della lieve entità del fatto di cui alla sentenza costituzionale n. 86 del 2024 sia incompatibile con una valutazione della fattispecie di rapina aggravata in termini di grave allarme sociale, sicche' si pone in contrasto con la ratio stessa che ispira la disciplina del divieto di concessione dei benefici penitenziari per certuni reati considerati ostativi ex art. 4-bis, comma 1-ter, ord. pen. (e, quindi, di riflesso, che ispira il divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. 656, comma 9, lettera a, codice di procedura penale).

Ad avviso del Collegio, in questa particolare ipotesi attenuante viene meno la logica sottostante l'inserimento di una fattispecie di reato nel catalogo di cui all'art. 4-bis ord. pen., che risiede - in tesi - nella particolare connotazione di disvalore del fatto commesso dal condannato, tale da implicare, nella prospettiva seguita dal legislatore penitenziario nell'ottica del contrasto al crimine organizzato, la totale inaffidabilità del medesimo verso forme alternative di esecuzione della pena che lo pongano in una condizione di possibile interazione con l'esterno, con conseguente sottrazione di tale giudizio alla discrezionalità del giudice (e del pubblico ministero

dell'esecuzione: art. 656, comma 9, codice di procedura penale) in forza della presunzione legislativa, fatte salve le ipotesi di collaborazione con la giustizia (anche ai sensi dell'art. 323-bis, secondo comma cod. pen.: art. 4-bis, comma 1), di collaborazione impossibile o inesigibile (art. 4-bis, comma 1-bis) ovvero, a prescindere da qualsivoglia condotta collaborativa, l'accertata valutazione dell'insussistenza di collegamenti criminali (comma 1-ter).

Ciò che rileva, ai fini della proposizione della presente questione di costituzionalità è la considerazione dell'esistenza o meno di una congrua base logico-empirica-criminologica capace di sostenere ragionevolmente l'avvenuta qualificazione della rapina aggravata - anche quando sia stata applicata la fattispecie attenuante della lieve entità - come fondante la descritta presunzione legale di accentuata pericolosità agli effetti della norma penitenziaria "servita" di cui all'art. 4-bis, comma 1-ter, ord. pen. e, quindi, della norma processuale "servente" di cui all'art. 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale. E ad avviso del Collegio tale fondamento nella precipua ipotesi attenuata di condanna per rapina aggravata con riconoscimento della diminuente della lieve entità del fatto, difetta in radice, venendo meno la connotazione di elevata pericolosità dell'autore di siffatta condotta.

4.4.3. Più in generale, in prospettiva concettuale e funzionale, osserva il Collegio come la previsione di una circostanza concorra alla configurazione di una fattispecie incriminatrice normativamente autonoma (una sorta di sotto-fattispecie), anche se strutturalmente dipendente dal reato-base, perché ridefinisce in astratto il disvalore del fatto e dipinge diversamente la pericolosità del suo autore. Detto altrimenti, le circostanze ben possono modificare le coordinate dell'astratta risposta sanzionatoria al fatto, il che suppone che esse incidano, ancor prima, sull'astratta gravità del reato rispetto all'immagine che di questa gravità fornisce l'incriminazione del reato-base. Ne consegue l'emersione, in caso di applicazione di una circostanza (aggravante o attenuante), di una nuova entità, dotata di un proprio significato giuridico concreto e portatrice, a seconda della natura dell'elemento accessorio, di una gravità astratta (se aggravante) ovvero di una levità astratta (se attenuante) diversa da quella propria del reato-base, che trova riconoscimento in una pena già astrattamente diversa da quella prevista per il reato-base.

D'altra parte, non si può negare che le circostanze, sin dalla loro origine storica, esprimano una relazione strettissima con il disvalore del fatto di reato, sia riguardo al tipo, che vede protagonista il legislatore, sia alla comminatoria edittale, che vede invece come protagonista il giudice: già nella fase di passaggio al sistema penale moderno incentrato sulla legalità, le circostanze hanno permesso di forgiare il "tipo tipico" proprio della contemporaneità', nel senso che hanno

consentito di distinguere il fatto "generale e astratto", espressivo del disvalore "essenziale" (essentialia delicti), da quello "circostanziato", espressivo di un disvalore accessorio (accidentalia delicti), e quindi di "asciugare" e "sfrondare" la tipicità del fatto-base da fattori comunque significativi ma appartenenti al caso concreto. Ed a causa della possibilità di combinare l'istituto delle circostanze del reato con particolari istituti (sostanziali ma anche processuali e - ai fini che qui rilevano - financo penitenziari) le circostanze possono andare incontro a una disciplina differenziata che consente di far giocare loro un ruolo allo stesso tempo afflittivo ed un ruolo indulgenziale.

Più specificamente, le circostanze attenuanti del fatto di speciale o di particolare tenuità', rientranti nel novero di quelle cd. indefinite o discrezionali, intessono un profondo legame con il tipo criminoso perché si fondano per lo più su una valutazione globale del fatto o sulla considerazione dei suoi profili oggettivi, quali le caratteristiche dell'azione criminosa o il grado di colpevolezza, ovvero l'entità del danno o del pericolo (cfr. art. 133 cod. pen.), sicche' esse ben possono riguardare l'oggettiva (diminuita) pericolosità del comportamento descritto dalla fattispecie astratta. E all'interno delle sempre più numerose ipotesi di attenuanti speciali indefinite consistenti nella particolare "tenuità/lievità del fatto", quella qui di diretto interesse in tema di rapina ben può ritenersi "pensata", proprio sulla base di quanto esternato dal Giudice delle leggi in occasione del suo "conio" giurisprudenziale (cfr. Corte costituzionale sentenza n. 86 del 2024, par. 5.6. cons. dir. e sentenza n. 141 del 2023, par. 3.2. cons. dir.), non solo per attenuare in termini quantitativi o comunque equitativi un trattamento sanzionatorio altrimenti troppo rigoroso, ma anche per offrire una risposta, in senso diminuente, a fatti che esprimono un disvalore quantitativamente (e profondamente) diverso e attenuato. D'altra parte, il rilievo circostanziale non è del tutto estraneo alla logica dell'art. 4-bis ord. pen., il cui comma 1, a seguito dell'interpolazione operata dalla L. 9 gennaio 2019, n. 3, annovera la concedibilità delle misure alternative ai detenuti e internati che collaborino con la giustizia tra l'altro a norma dell'art. 323-bis, secondo comma, codice penale, costituente giustappunto una circostanza attenuante (sebbene a contenuto processuale). Inoltre, sin dalla novella attuata dal D.L. 8 giugno 1992, n. 306, convertito dalla L. 7 agosto 1992, n. 356, si è dato rilievo, sia pure eccezionalmente, a talune circostanze attenuanti speciali proprio in seno all'art. 4-bis ord. pen. e, in particolare, nel comma 1-bis (nel testo antecedente alle modifiche operate dal D.L. n. 162 del 2022, come convertito) con riguardo all'ipotesi della collaborazione cd. "oggettivamente irrilevante": il riconoscimento ad opera del giudice di merito di una delle attenuanti di cui agli articoli 62, n. 6, 114 o 116, secondo comma, codice penale connotava il reato ostativo "di prima fascia" da un indice di gravità minore, per i caratteri del contributo criminoso del condannato o perché questi ha dato segni tangibili di

ravvedimento, sicche' la collaborazione offerta diveniva, in queste particolari ipotesi, un dato sufficiente anche se praticamente inutile, purché supportata da elementi che attestino l'insussistenza di collegamenti attuali con il crimine organizzato.

Sebbene tali previsioni siano ormai superate dalla (totale) riscrittura del comma 1-bis cit. per effetto della novella del 2022, nondimeno proprio da tale "tipizzazione" circostanziale si può ricavare, quantomeno in nuce, l'idea di una valorizzazione del ruolo di talune attenuanti da parte dello stesso legislatore penitenziario ("storico").

4.4.4. Infine, nel nuovo contesto sanzionatorio che ha visto l'avvento delle pene sostitutive delle pene detentive brevi (art. 20-bis codice penale), depone per la non manifesta infondatezza della presente questione di costituzionalità il necessario adeguamento del catalogo dei reati ostativi in rapporto alla possibilità - oggi denegata ai sensi dell'art. 59, comma 1, lettera d), L. n. 689 del 1981 - di fruire della sostituzione della pena detentiva da parte dell'imputato di uno dei reati di cui all'art. 4-bis ord. pen. ("salvo che sia stata riconosciuta la circostanza attenuante di cui all'art. 323-bis, secondo comma, codice penale": v. postea), lì dove la dimensione concreta del fatto risulti attenuata dall'accertata lieve entità. Invero, con l'introduzione delle pene sostitutive, applicabili da parte del giudice della cognizione in esito all'articolato giudizio previsto dalla legge (articoli 545-bis codice di procedura penale e 53-58 L. n. 689 del 1981), il legislatore delegato (D.Lgs. n. 150 del 2022, come corretto dal D.Lgs. n. 31 del 2024) ha inteso certamente perseguire un obiettivo molto chiaro e per certi versi strategico in senso sistemico: contribuire a declinare in termini effettivi l'idea dell'esecuzione della pena detentiva come extrema ratio, evitando anche solo l'inizio di una detenzione non necessaria, perché sostituibile con altra misura meno afflittiva e tuttavia adeguata nel caso concreto agli scopi preventivi della sanzione penale. Si tratta di una prospettiva teleologica del tutto coincidente con quella che ha guidato il legislatore nell'ormai lontano 1998 con la legge "Saraceni-Simeone", quando è stato introdotto il meccanismo sospensivo previsto dal comma 5 dell'art. 656 del codice di procedura penale, in posizione "servente" rispetto alle misure alternative e, dunque, ai loro scopi rieducativi.

Orbene, in questo rinnovato contesto ordinamentale, sebbene il Giudice delle leggi - chiamato a decidere in ordine all'eccepita illegittimità, in riferimento all'art. 3 Cost., del richiamo "in blocco" di tutti reati di cui all'art. 4-bis ord. pen. - abbia ritenuto non irragionevole il generale divieto recato dall'art. 59, lettera d), L. n. 689 del 1981 di applicazione delle pene sostitutive di pene detentive brevi ai condannati per uno dei reati ostativi elencati nell'art. 4-bis cit. (Corte cost. sentenza n. 139 del 2025), nondimeno lo stesso ha evidenziato l'estrema eterogeneità delle fattispecie inserite nel suddetto catalogo ed ha espressamente sottolineato (al par. 6.1.2. cons. dir.)

che, nel caso dell'art. 609-bis codice penale, l'avvenuta applicazione della circostanza attenuante del terzo comma della minore gravità del fatto rende possibile l'applicazione di una delle pene sostitutive; ciò - da ultimo - è da ritenersi esteso, peraltro, in virtu' della posteriore sentenza costituzionale n. 68 del 2026, alle ipotesi attenuate di cui all'art. 609-quater, comma sesto, codice penale.

Orbene, anche sotto tale profilo evolutivo-comparativo, ne deriva vieppiù la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità delle norme processuali e penitenziarie qui censurate in rapporto all'attuale, perdurante esclusione dell'ipotesi attenuata della lieve entità del fatto di rapina di cui all'art. 628 del codice penale dal catalogo dell'art. 4-bis ord. pen., tanto piu' che l'art. 59 della L. n. 689 del 1981, alla lettera d), nello stabilire la preclusione assoluta di accesso alle pene sostitutive per tutti gli imputati dei reati contenuti in quel catalogo, fissa un'eccezione in favore di coloro ai quali sia stata riconosciuta fa circostanza attenuante speciale di cui all'art. 323-bis, comma secondo, codice penale; attenuante che - osserva questa Corte - non e' richiamata rispetto all'ipotesi del primo comma riguardante i fatti "di particolare tenuità" (e quindi del tutto sovrapponibile a quella di specie), bensì rispetto all'ipotesi della collaborazione che (non impinge sull'offesa tipica del reato ma) dà rilievo a comportamenti post delictum attuati per evitare che il reato sia portato a conseguenze ulteriori.

5. Consegue alle argomentazioni sin qui svolte che deve dichiararsi rilevante e non manifestamente infondata, in riferimento agli articoli 3 e 27, comma terzo, Cost., la questione di legittimità costituzionale degli articoli 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale e 4-bis, comma 1-ter, ord. pen., nella parte non escludono dal novero dei reati ostativi alla sospensione della pena il delitto di rapina aggravata ex art. 628, comma terzo, codice penale qualora, in relazione allo stesso, sia stata riconosciuta l'attenuante del fatto di lieve entità per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 2024.

5.1. Pertanto, a norma dall'art. 23, comma secondo, L. 11 marzo 1953, n. 87, va dichiarata la sospensione del presente giudizio e disposta l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale.

La cancelleria provvederà alla notifica di copia della presente ordinanza alle parti del presente giudizio di legittimità e al Presidente del Consiglio dei ministri nonché alla comunicazione della stessa ai Presidenti della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, a norma dell'art. 23, ultimo comma, L. n. 87 del 1953.

5.2. Nelle more del giudizio incidentale di costituzionalità, non è consentito a questa Corte - che non è l'organo dell'esecuzione - sospendere, nei termini richiesti dal ricorrente ("onde non

compromettere irrimediabilmente gli effetti di una eventuale decisione di accoglimento": pag. 8 ricorso), l'ordine di esecuzione emesso dalla Procura generale di Brescia nei confronti del ricorrente.

P.Q.M.

Dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, degli articoli 656, comma 9, lettera a), codice di procedura penale e 4-bis, comma 1-ter, ordinamento penitenziario, in riferimento agli articoli 3 e 27, comma terzo, della Costituzione, nella parte non escludono dal novero dei reati ostativi alla sospensione dell'esecuzione della pena il delitto di cui all'art. 628, comma terzo, codice penale qualora, in relazione allo stesso, sia stata riconosciuta all'attenuante del fatto di lieve entità per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 86 del 2024.

Dispone l'immediata trasmissione degli atti alla Corte costituzionale e sospende il giudizio in corso.

Ordina che, a cura della cancelleria, la presente ordinanza sia notificata al ricorrente, al Procuratore generale presso la Corte di cassazione, al Presidente del Consiglio dei ministri sia comunicata ai Presidenti delle due Camere del Parlamento.

Conclusione

Così deciso in il 13 maggio 2026

Il Presidente: Rocchi
Il consigliere estensore: Natalini

NOTE SUL REATO DI VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE DI CUI ALL'ART. 570 *BIS* C.P.

Notes on the offense of failure to fulfill familysupport obligations under Article 570-bis of the Penal Code

di

Gaia Marrancone *

Il presente contributo esamina l'art. 570-bis c.p. ed in particolare il bene giuridico tutelato, prendendo le mosse da una pronuncia della Corte di Cassazione che lo individua nella corretta ottemperanza degli obblighi imposti dal giudice. L'analisi si sviluppa secondo una prospettiva critica rispetto a questa concezione formale del bene giuridico, evidenziandone i rischi connessi e proponendo, invece, di qualificare il provvedimento giudiziale come mero presupposto di fatto della fattispecie incriminatrice. Inquadrando la questione nell'ottica del principio di offensività, la rilevanza penale della condotta non può discendere dal semplice inadempimento dell'ordine giudiziale, ma richiede che esso presenti caratteristiche tali da determinare una concreta lesione dell'interesse protetto, oltrepassando la dimensione della mera disobbedienza al provvedimento del giudice.

***

This article examines Article 570-bis of the Italian Penal Code—specifically the protected legal interest—taking as its starting point a ruling by the Court of Cassation that identifies this interest as the proper compliance with court-imposed obligations. The analysis adopts a critical stance toward this formal conception of the legal interest, highlighting the associated risks and proposing instead to classify the judicial order merely as a factual prerequisite for the criminal offense. When viewed through the lens of the principle of harm, the criminal nature of the conduct cannot stem from the mere failure to comply with the court order; rather, the conduct must possess characteristics that result in actual harm to the protected interest, thereby transcending the realm of simple disobedience to the judicial ruling.

* Dottoressa in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Roma" La Sapienza"

Sommario: 1. Il caso. – 2. L'origine dell'art. 570-*bis* c.p. e la sua collocazione sistematica. – 3. Il bene giuridico tutelato. – 4. La sovrapposizione tra illecito civile e illecito penale. – 5. Violazione degli obblighi di assistenza materiale e disvalore penale della condotta. – 6. Ricadute applicative. – 7. Conclusioni.

1. Il caso.

La sentenza in commento offre lo spunto per riflettere sull'ambito applicativo dell'art. 570-*bis* c.p. e, in particolare, sul rapporto tra l'inadempimento dell'obbligo economico fissato dal giudice civile e l'accertamento, in sede penale, dell'effettiva offensività della condotta.

La vicenda trae origine dall'omesso versamento, da parte dell'imputato, dell'assegno divorzile disposto in favore dell'ex coniuge dal Tribunale civile di Milano. Secondo l'imputazione, l'inadempimento si protraeva dal mese di maggio 2014 e integrava il reato di violazione degli obblighi di assistenza familiare di cui all'art. 570-*bis* c.p.

In primo grado, il Tribunale di Milano aveva assolto l'imputato. La difesa aveva valorizzato, da un lato, le condizioni economiche asseritamente precarie dell'obbligato, percettore di una pensione di importo assai modesto e costretto a ricorrere all'aiuto dei familiari; dall'altro, la situazione della persona offesa, ritenuta economicamente più favorevole anche in ragione dello svolgimento di attività lavorative e dell'instaurazione di una stabile convivenza con un nuovo compagno. Venivano inoltre richiamati alcuni pagamenti già eseguiti, la riduzione dell'assegno disposta in sede civile e l'impiego di rilevanti somme in favore della figlia.

Avverso la sentenza assolutoria proponeva impugnazione la parte civile, ai soli effetti civili. La Corte d'appello di Milano, in riforma della decisione di primo grado, riconosceva la responsabilità dell'imputato ai fini civilistici e lo condannava al risarcimento dei danni in favore dell'ex coniuge.

Nel ricorso per cassazione l'imputato denunciava, principalmente, il vizio di motivazione della sentenza d'appello: secondo la prospettazione difensiva, la Corte territoriale non avrebbe adeguatamente considerato né l'assoluta impossibilità economica di adempiere, né le risultanze istruttorie idonee a ridimensionare l'attendibilità della persona offesa. Venivano altresì dedotte la violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, in ragione della

successiva riduzione dell'importo dell'assegno, e l'omessa assunzione di prove ritenute decisive.

La Suprema Corte ha dichiarato il ricorso inammissibile. Quanto alle doglianze relative alla situazione economica delle parti e alla valutazione delle prove, i giudici di legittimità hanno ritenuto che esse si risolvessero in una richiesta di rivalutazione del merito, preclusa in sede di cassazione. Al tempo stesso, la Corte ha richiamato il principio secondo cui l'impossibilità assoluta dell'obbligato di far fronte agli adempimenti può escludere il dolo, ma deve essere accertata in concreto, alla luce dell'entità della prestazione, delle risorse disponibili, della solerzia nel reperire ulteriori fonti di reddito e delle indispensabili esigenze di vita dell'obbligato.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ha ritenuto immune da vizi la motivazione della sentenza d'appello, osservando che l'imputato aveva in passato disposto di rilevanti risorse patrimoniali e aveva destinato somme consistenti alla figlia adulta, scelta non idonea a giustificare il mancato adempimento di obblighi giuridici stabiliti in favore dell'ex coniuge. In questa prospettiva, le circostanze valorizzate dalla difesa «non potevano essere dedotte in sede penale, atteso che il bene giuridico tutelato dalla norma è la corretta ottemperanza agli obblighi economici stabiliti dal giudice civile, unico a potere provvedere all'eventuale modifica o revoca dell'assegno».

Analoga conclusione è stata affermata con riguardo alle condizioni economiche della persona offesa e alla sua nuova relazione familiare. Secondo la Cassazione, l'eventuale disponibilità di redditi propri, l'aiuto di terzi o l'instaurazione di una stabile convivenza non incidono, di per sé, sulla configurabilità del reato, finché il provvedimento civile che impone l'assegno non sia modificato o revocato dal giudice competente. Tali elementi possono dunque rilevare in sede civile, ma non possono essere invocati per la prima volta nel processo penale al fine di escludere la responsabilità dell'obbligato.

È proprio questo passaggio a costituire il nucleo problematico della decisione. Nel ricostruire il bene giuridico tutelato dall'art. 570-*bis* c.p. come "corretta ottemperanza" agli obblighi economici fissati dal giudice civile, la sentenza sembra accentuare la dimensione formale dell'inadempimento e ridurre lo spazio per una verifica sostanziale dell'offesa agli interessi familiari protetti. Da qui muovono le perplessità che la presente nota intende sviluppare.

2. L'origine dell'art. 570-*bis* c.p. e la sua collocazione sistematica

Per affrontare la questione del bene giuridico tutelato dalla norma in esame, appare necessario muovere dall'origine di essa e dalla sede in cui è collocata.

L'art. 570-*bis* c.p. estende l'applicazione delle pene previste per l'art. 570 c.p. al coniuge che si sottragga all'obbligo di corresponsione degli assegni, ovvero violi gli obblighi di natura economica stabiliti in sede di separazione, divorzio e affidamento dei figli e si colloca tra i delitti "contro l'assistenza familiare" di cui al titolo XI del Codice penale.

La disposizione, introdotta con il d.lgs. 21 del 2018, con la finalità di razionalizzare la tutela penale degli obblighi familiari, riproduce, seppur non in termini letterali, le previgenti fattispecie incriminatrici contenute nell'art. 12-*sexies* della l. n. 898 del 1970 e nell'art. 3 della l. n. 54 del 2006, contestualmente abrogate. Il predetto art. 12-*sexies* sanzionava l'inadempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile, dovuto ai sensi degli artt. 5 e 6 della stessa legge, richiamando, *quoad poenam*, l'art. 570 c. p.; mentre, il citato art. 3, in materia di separazione, a sua volta, prevedeva l'applicazione dell'art. 12-*sexies* in caso di inosservanza degli obblighi di natura economica previsti dalla stessa legge a carico dei genitori per il mantenimento dei figli.

È opportuno richiamare le origini della disposizione, considerando che già l'art. 12-*sexies* era volto a tutelare la prestazione relativa all'assegno di divorzio, quale residuo vincolo di solidarietà tra soggetti già uniti in matrimonio[2]. La norma fu introdotta nel 1987 per colmare una lacuna, in quanto l'art. 570 c.p. era posto a tutela solo degli obblighi derivanti dal matrimonio, non ricomprendendo l'ipotesi di mancata corresponsione dell'assegno dovuto dall'ex coniuge[3].

---

[2] T. PADOVANI, *sub* art. 12-sexies l. n. 898/1970, in *Commentario dir. it. fam.,* diretto da G. Cian, G. Oppo e A. Trabucchi, vol. VI, 1, Cedam, Padova, 1993, p. 536.

[3] L'originario art. 12-sexies della legge sul divorzio sanzionava il mancato versamento dell'assegno disposto in sede di divorzio, in favore dell'ex coniuge o dei figli, senza richiedere la prova dello stato di bisogno. Ne derivava una disparità di trattamento rispetto ai figli di coniugi separati, per i quali trovava applicazione il solo art. 570 c.p. limitato alla violazione degli obblighi inerenti ai mezzi di sussistenza. Proprio per superare tale asimmetria, il legislatore è intervenuto nel 2006 con la legge n. 54 in materia di separazione dei genitori e affidamento dei figli, introducendo l'art. 3, che ha esteso l'ambito applicativo dell'art. 12-sexies alla violazione degli obblighi economici *tout court*, anche nelle ipotesi di separazione, così equiparando la tutela penale tra separazione e divorzio. In proposito, M. DEL TUFO, *voce Obblighi di assistenza familiare (tutela penale),* in *Enc. dir., I tematici*, IV, *Famiglia*, Milano, 2022, p. 1009.

Il Capo IV del Titolo XI, dedicato alla famiglia, ed in particolare, ai delitti contro l'assistenza familiare, è volto a proteggere le esigenze dei componenti della famiglia, nelle relazioni tra genitori e figli e tra ex coniugi[4]. Tale capo ricomprende fattispecie accomunate dalla tutela del vincolo di assistenza materiale e morale tra i componenti della famiglia, con particolare riguardo ai soggetti più vulnerabili, quali i figli e l'ex coniuge economicamente debole[5]. In questa prospettiva, l'omesso versamento sanzionato dall'art. 570-*bis* c.p. costituisce una forma di sottrazione agli obblighi di assistenza familiare, che trascende la mera violazione del provvedimento giudiziario.

3. Il bene giuridico tutelato

La collocazione della fattispecie nel capo dei delitti contro la famiglia, ed in particolare contro l'assistenza familiare, sembra indicare che il bene giuridico tutelato vada individuato nella moderna accezione di famiglia e coincida, come si dirà meglio di seguito, con quello di cui all'art. 570 c.p., nella duplice accezione di tutela degli interessi morali e materiali connaturati al nucleo familiare[6].

L'identificazione del bene giuridico tutelato con la mera salvaguardia dell'effettività del provvedimento civile determina invece un allontanamento dell'art. 570-*bis* c.p. dalla sua collocazione sistematica tra i delitti contro l'assistenza familiare, orientando la fattispecie verso una tutela di carattere prevalentemente formale, potenzialmente in contrasto con il principio di offensività[7].

---

[4] A. DI MARTINO, *Diritto penale e "crediti da crisi familiare". Accessorietà della tutela tra assetti consolidati e recenti modifiche normative,* in *Studi in onore di Franco Coppi,* vol. II, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 811 ss.

[5] Di recente, Corte Cost., 23 marzo 2026, n. 96, in *www.cortecostituzionale.it*, nell'affrontare la questione di legittimità costituzionale del regime di procedibilità dell'art. 570-bis c.p., ossia la sua procedibilità d'ufficio, considera infatti «le potenziali condizioni di particolare vulnerabilità della vittima del reato», che potrebbero viziarne la capacità di decidere liberamente se presentare o rimettere la querela. Da tale affermazione sembra potersi ricavare un'indicazione significativa in ordine al bene giuridico tutelato dalla norma: la procedibilità d'ufficio viene infatti giustificata dall'esigenza di assicurare una tutela effettiva al soggetto beneficiario degli obblighi.

[6] G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale,* vol. II, t. I, Zanichelli, Bologna, 2024, p. 486.

[7] Uno spunto in questa direzione si rinviene nella pronuncia del Trib. Frosinone, 6 febbraio 2025, n. 144, in *Onelegale*, secondo la quale «La mera disobbedienza alla norma che impone l'obbligo di corresponsione dell'assegno così come determinato, indipendentemente dallo stato di bisogno del beneficiario, è penalmente rilevante qualora la condotta si riveli offensiva e idonea a compromettere il bene giuridico protetto dalla norma».

Nella direzione dinanzi indicata indirizza anche l'esito del contrasto giurisprudenziale relativo al rapporto tra l'art. 570-*bis* c.p. e l'art. 570 co. 2 n. 2 c.p. L'orientamento giurisprudenziale maggioritario e consolidato, nel concludere che tra le due norme sussista un concorso apparente, osserva infatti che entrambe le fattispecie tutelano lo stesso bene giuridico correlato all'obbligo di assistenza economica nell'ambito dei rapporti tra genitori e figli, e si differenziano solo per la diversa gravità dell'inadempimento, che nel reato previsto dall'art. 570, co. 2, n. 2, c.p. raggiunge il suo grado di maggiore offensività[8].

Più in particolare, secondo i giudici di legittimità «la violazione degli obblighi di assistenza economica contemplata dall'art. 570-*bis* c.p., sebbene correlata ad una pronuncia del giudice civile, non si differenzia sotto il profilo del bene giuridico protetto rispetto alle condotte di reato previste dall'art. 570 c.p. in quanto la sua finalità non è quella di tutelare l'autorità formale della pronuncia giudiziaria (come il reato di cui all'art. 388 c.p.), ma di assicurare l'osservanza degli obblighi di assistenza familiare anche in caso di separazione o scioglimento del matrimonio».[9] Ciò significa che, sebbene sia richiesto per l'integrazione del reato l'adozione di un provvedimento giudiziario che imponga l'obbligo di pagare l'assegno di mantenimento, la *ratio* della tutela è la stessa di quella del reato previsto dall'art. 570 c.p.. Benché accomunate dalla medesima *ratio,* le disposizioni incriminatrici si differenziano sotto il profilo delle condizioni di applicabilità, in quanto volte a tutelare interessi affini, ma distinti[10].

Attraverso tale ricostruzione, viene valorizzata la centralità dell'assistenza familiare, in contrapposizione alle interpretazioni che attribuiscono all'art. 570-*bis* c.p. una funzione di mera tutela del provvedimento civile[11].

La pronuncia giudiziaria costituisce, infatti, un mero presupposto fattuale della norma e non caratterizza direttamente l'offensività in concreto della condotta. Giova a questo proposito richiamare quanto recentemente affermato sulla necessità di distinguere tra "bene procedurale" e "bene finale": il primo

---

[8] Cass. pen., Sez. VI, 16 gennaio 2026, n. 12321, in C.E.D. Cass. n. 289729-01; Cass. pen., Sez. VI, 8 luglio 2024, n. 32039, in C.E.D. Cass. n. 286853-01. Per approfondire il rapporto tra le due norme si veda A. VALLINI, *Concorso apparente di norme: lo stato dell'arte, in Cassazione, nell'anno trascorso,* in *Giur. It.,* 2025, p. 879.

[9] Cass. pen., Sez. VI, 8 luglio 2024, n. 32039, cit.

[10] Cass. pen., Sez. VI, 5 novembre 2025, n. 41593, n.m.

[11] G. SERVETTI, *La riforma della legge sul divorzio: una nuova fattispecie incriminatrice,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 978.

assume carattere strumentale rispetto al secondo, il quale costituisce l'autentico bene giuridico penalmente tutelato[12]. Risulta pertanto essenziale rivolgere l'attenzione alla finalità perseguita, anziché al mero strumento impiegato, poiché il diritto processuale è funzionalmente orientato all'attuazione del diritto sostanziale. La questione centrale consiste, dunque, nello stabilire «se il diritto penale debba sanzionare la mera disobbedienza ai comandi dell'autorità o piuttosto l'offesa ai beni della vita»[13].

La *ratio* dell'art. 570-*bis* c.p. è quella di garantire l'effettiva osservanza degli obblighi di assistenza familiare anche nelle ipotesi di separazione, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio[14].

4. La sovrapposizione tra illecito civile e illecito penale

Una delle principali criticità, connesse all'individuazione del bene giuridico tutelato dall'art. 570-*bis* c.p. nella corretta ottemperanza degli obblighi economici stabiliti dal giudice civile, risiede nel fatto che l'inosservanza del provvedimento civile finisce per assumere il ruolo di fulcro dell'offesa penalmente rilevante.

Concentrare l'attenzione sul mero dato dell'inadempimento di un'obbligazione economica, rischia tuttavia di trasformare la fattispecie in uno strumento di sanzione penale dell'inadempimento civilistico. In tale prospettiva, emergono profili di tensione con i principi di sussidiarietà e di meritevolezza della pena. Il principio di sussidiarietà impone che il diritto penale operi quale *extrema ratio*, intervenendo soltanto laddove gli strumenti di tutela offerti dagli altri rami dell'ordinamento risultino inadeguati. Quanto al principio di meritevolezza della pena, esso esclude che ogni inadempimento di un obbligo patrimoniale possa, di per sé solo, giustificare l'intervento sanzionatorio penale, richiedendosi invece la presenza di un apprezzabile grado di offensività[15].

Già con l'art. 12-*sexies* si riteneva che la criminalizzazione dell'inadempimento, concernente le somme dovute, sarebbe dovuta conseguire all'identificazione di un bene tanto significativo da giustificare, in termini di proporzione, il ricorso alla sanzione penale. Il ricorso alla pena criminale deve

---

[12] Il riferimento è ad A. ABUKAR HAYO, *La sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte e la par condicio creditorum,* in *questa rivista*, 2026, p. 8.
[13] A. ABUKAR HAYO, *op. loc. cit.*
[14] Cass. pen. Sez. VI, 8 luglio 2024, n. 32039, cit.
[15] A. ROIATI, *La singolare eterogenesi dei fini del nuovo art. 570 bis cp*, in *Leg. pen.*, 2019, p. 17

poi corrispondere ad un criterio di necessità secondo il canone della *extrema ratio*. La tutela normativa non è rivolta al credito in sé per sé, infatti l'inadempimento di un'obbligazione costituisce di regola un mero illecito civile; per avere rilevanza penale, deve assumere connotazioni particolari, o per le modalità o per la natura della prestazione[16].

In contrasto con i predetti principi, seguendo la tesi affermata dalla Cassazione, l'illecito civile e quello penale tendono a sovrapporsi, salvo i casi, relativamente circoscritti, in cui assumono rilievo le valutazioni in ordine alla colpevolezza e alla scusabilità della condotta, segnatamente quando l'obbligato versi in una situazione di impossibilità assoluta di adempiere[17].

Questa prospettiva rischia, dunque, di trasformare l'art. 570-*bis* c.p. in una fattispecie volta a sanzionare penalmente il mero inadempimento civilistico, con conseguente allontanamento dal concetto sostanziale della violazione degli obblighi di assistenza familiare. In tal modo, si finirebbe per attribuire rilevanza penale anche a inadempimenti di scarsa rilevanza, o comunque non effettivamente incidenti sugli interessi protetti, anziché circoscrivere l'intervento penale alle sole condotte realmente lesive della solidarietà familiare. Così inteso, il diritto penale assumerebbe una funzione meramente sanzionatoria degli obblighi stabiliti dal giudice civile, dando luogo ad una sorta di "sussidiarietà invertita"[18].

Un'ulteriore criticità della soluzione adotta dalla sentenza in commento risiede nel fatto che tale qualificazione del bene giuridico sembra determinare un abbassamento della soglia di offensività delle condotte penalmente rilevanti; così vi rientrerebbero anche inadempimenti parziali, i quali potrebbero non comportare alcuna concreta limitazione dei mezzi economici a disposizione del nucleo familiare.

L'espressione "si sottrae all'obbligo", già contenuta nell'art. 12-*sexies*, non fa riferimento ad una semplice irregolarità, ma ad un inadempimento tale da frustrare la pretesa creditoria. Lievi ritardi o irregolarità nelle modalità possono assumere rilevanza civile, ma non determinano certo il fatto di sottrarsi alla

[16] Per questi rilievi, v. T. PADOVANI, *op. cit.*, pp. 535 ss.
[17] Secondo l'antico brocardo latino: *ad impossibilia nemo tenetur;* A. ROIATI, *op. cit.*, p. 17
[18] A. ROIATI, *op. cit.*, p. 18

corresponsione di ciò che è dovuto; la condotta criminosa in quanto tale non può essere "appiattita sulla falsariga di ogni illecito civile"[19].

L'estensione dell'area del penalmente rilevante determina, pertanto, una sovrapposizione tra illecito civile e illecito penale, con il rischio di svuotare di contenuto il disvalore penale della condotta.

5. Violazione degli obblighi di assistenza familiare e disvalore penale della condotta

La diversa prospettiva che riconduce il bene giuridico tutelato dall'art. 570-*bis* c.p. alla tutela degli obblighi di assistenza materiale, consente di cogliere meglio il disvalore penale della condotta e delimitare l'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice.

Il disvalore penale trova la sua base nei fatti violativi di interessi primari, quali la reciproca assistenza familiare e l'osservanza degli obblighi economici dovuti in caso di divorzio o separazione[20].

La scelta legislativa di attribuire rilevanza penale alla condotta inadempiente dell'ex coniuge obbligato evidenzia come l'interesse protetto non si esaurisca in una dimensione meramente patrimoniale. Esso assume, piuttosto, natura personale, in quanto correlato alla funzione assistenziale dell'assegno di divorzio e alla tutela del soggetto economicamente più debole[21]. La norma incriminatrice non mira a punire l'inadempimento dell'obbligato, ma la lesione, così effettuata, del dovere di solidarietà parentale o coniugale[22].

In linea con la tesi che il bene giuridico tutelato è costituito dall'assistenza familiare, e non dall'autorità del provvedimento giudiziale, si pone anche quell'orientamento della giurisprudenza che, in caso di separazione o scioglimento del matrimonio, esclude la configurazione del reato di cui all'art. 570-*bis* c.p. qualora il coniuge abbia corrisposto una somma inferiore in

[19] T. PADOVANI, *op. cit.*, p. 538
[20] M. DEL TUFO, *op. cit.*, p. 995
[21] D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e convivenza more uxorio del beneficiario: il passo indietro delle Sezioni Unite,* in *Giust. civ.com,* 2022, p. 12. Cfr. A. PISANI, *Sulla tutela penale della mancata corresponsione all'ex coniuge dell'assegno di divorzio*, in *Cass. pen.,* 1990, p. 384.
[22] M. FINOCCHIARO, in A. M. FINOCCHIARO, *Diritto di famiglia*, vol. III, *Il divorzio*, Giuffrè, Milano, 1988, *sub* art. 12-sexies, p. 707.

esecuzione di un accordo transattivo stipulato tra le parti, ma non omologato dal giudice[23].

Tale orientamento appare condivisibile, poiché coerente con il principio di concreta offensività della condotta e con la natura omissiva del reato: deve escludersi la sussistenza del fatto quando il soggetto abbia adempiuto al proprio obbligo di versamento, sia pure in forza di un titolo diverso dal provvedimento del giudice. Quest'ultimo ha, infatti, la funzione di tipizzare il contenuto dell'obbligo economico, individuando in concreto la prestazione dovuta, ma il bene giuridico protetto resta l'adeguata assistenza familiare; ne consegue che la condotta di chi versi un importo inferiore a quello stabilito giudizialmente, ma conforme a quanto concordato tra le parti e non concretamente lesivo degli interessi del beneficiario, può non integrare un'offesa penalmente rilevante, in ossequio al principio di offensività della condotta.

D'altro canto, giova ricordare che, di recente, la Corte Costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità dell'art. 570-*bis* c.p., sollevata dal Tribunale di Varese nella parte in cui non prevede la procedibilità a querela della persona offesa. In tale occasione, la Corte ha escluso l'omogeneità tra tale fattispecie e il reato di cui all'art. 388 co. 2 c.p., nella parte in cui quest'ultimo incrimina l'inosservanza dolosa dei provvedimenti del giudice in tema di affidamento dei minori. La Corte, richiamando una sua precedente pronuncia (C. Cost. n. 220 del 2015), ha sottolineato la diversa natura degli interessi tutelati, rilevando come l'art. 388 co. 2 c.p. sia «posto a presidio di interessi «finali» distinti da quelli tutelati dall'art. 12-sexies della legge n. 898 del 1970», oggi trasfuso nell'art. 570-*bis* c.p. La stessa Corte ha inoltre rimarcato l'opinabilità dell'asserita maggiore gravità della condotta di «elusione» del provvedimento giudiziale richiesta dall'art. 388 co. 2 c.p., rispetto a quella di «sottrazione» all'obbligo di corresponsione dell'assegno prevista dalla norma oggetto di censura, ribadendo

[23] Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 2019, n. 5236, in C.E.D. Cass. n. 278128-01. Il caso riguardava il mancato pagamento integrale dell'assegno divorzile (770 euro, anziché 800 euro) dopo che gli ex coniugi avevano concluso un accordo transattivo stragiudiziale che modificava le statuizioni patrimoniali della sentenza di divorzio. La Corte ha affermato che tale accordo, pur non omologato dal tribunale, ha natura negoziale e produce effetti obbligatori tra le parti, se non contiene clausole lesive degli interessi del beneficiario o contrarie all'ordine pubblico; quindi, ove l'imputato si attenga agli impegni, non è configurabile il reato di cui all'art. 570-*bis* c.p. Nel caso di specie, essendo stato versato un importo quasi pari a quello stabilito negozialmente, si è ritenuto ragionevole il difetto di dolo e la sentenza è stata annullata senza rinvio con la formula "perché il fatto non costituisce reato".

peraltro l'irrilevanza del confronto tra le pene edittali ai fini del giudizio di irrazionalità del diverso regime di procedibilità[24]. Sostanzialmente, il Giudice delle leggi rileva la diversità degli "interessi finali" tutelati dalle due norme, dato che l'art. 570-*bis* c.p. è posto a presidio del beneficiario degli obblighi di assistenza economica, e non dell'autorità della decisione giudiziaria, come invece avviene nell'ambito dell'art. 388 c.p.[25].

Lo scopo della norma non è, infatti, quello di punire il mancato rispetto del provvedimento del giudice civile, bensì quello di tutelare in senso sostanziale l'assistenza familiare. Il principio di offensività deve, pertanto, operare quale criterio ermeneutico, imponendo che la tipicità del fatto sia collegata alla lesione effettiva del bene giuridico tutelato dalla disposizione[26].

In coerenza con tale impostazione, si pone anche l'orientamento secondo cui la condotta incriminata dall'art. 570-*bis* c.p. postula un inadempimento serio e sufficientemente protratto nel tempo, tale da incidere concretamente sull'entità dei mezzi economici che l'obbligato è tenuto a corrispondere.[27] Pertanto, il delitto in questione, non può ritenersi integrato in forza della mera divergenza tra l'ammontare del contributo al mantenimento dovuto dall'imputato nel periodo in contestazione e le somme versate, dovendosi accertare l'esistenza di inadempimenti, in relazione alla scadenza mensile di ciascun versamento, di consistenza e durata idonee ad integrare il reato.[28]

Non ogni inadempimento civilistico integra automaticamente la fattispecie penale, dovendo la tipicità del fatto attingere almeno la soglia dell'offesa minima rilevante[29].

Appare altresì opportuno richiamare un orientamento giurisprudenziale che, con riguardo all'art. 570, co. 2, c.p., in un caso di parziale adempimento degli obblighi di assistenza, ha valorizzato il concreto venir meno dell'assistenza stessa,

---

[24] Corte Cost., 23 marzo 2026, n. 96, cit.
[25] G. SOLINAS, *Profili penali degli adempimenti civili giudizialmente disposti nell'ambito della famiglia e dell'unione civile,* in *questa rivista*, 2020, p. 2.
[26] T. DELOGU, in *Commentario dir. it. fam.*, diretto da G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI, vol. V, Cedam, *Diritto penale*, Padova, 1995, p. 13, il quale evidenzia il principio del carattere sostanziale dell'illecito penale: «un carattere puramente formalistico, [è] contrastante con l'esigenza fondamentale, già ricordata, che il reato per essere punibile, debba essere non solo formalmente, ma anche sostanzialmente antigiuridico».
[27] Cass. pen., Sez. II, 29 ottobre 2024, n. 45595, n.m.
[28] Cass. pen., Sez. VI, 6 febbraio 2025, n. 4906, in C.E.D. Cass. n. 287597-02.
[29] M. DEL TUFO, *op. cit.*, p. 1012.

facendo riferimento ai concetti di gravità, concretezza e parzialità della condotta, ed escludendo pertanto la sussistenza del fatto[30]. Tale soluzione, benché non direttamente applicabile all'art. 570-*bis* c.p., che incrimina il mero inadempimento degli obblighi stabiliti dal titolo, esprime una *ratio* che si presta ad essere utilizzata per valutare anche la condotta punita da questa ultima norma sotto il profilo della concreta offensività, così da escludere la rilevanza penale degli inadempimenti che non siano seri e protratti nel tempo. Ciò in piena coerenza, da un lato, con l'autonomia del diritto penale rispetto al diritto civile e, dall'altro, con un'interpretazione della norma conforme al principio di offensività.

In conclusione, l'illecito di cui all'art. 570-*bis* c.p. va pertanto ravvisato solo quando ricorra un'effettiva offesa al bene giuridico protetto, e non già sulla base del mero inadempimento di un titolo giudiziale[31].

6. Ricadute applicative

L'adesione alla tesi prospettata produce rilevanti conseguenze sul piano dell'accertamento demandato al giudice penale. Se il bene giuridico tutelato dall'art. 570-*bis* c.p. viene individuato nell'interesse del beneficiario a ricevere l'assistenza economica dovuta, l'accertamento della responsabilità dell'obbligato non può esaurirsi nella mera constatazione dell'inadempimento, ma deve estendersi alla verifica della sua concreta capacità di ledere gli interessi familiari protetti dalla norma.

Secondo la giurisprudenza, per ritenere un soggetto responsabile del reato «è sempre necessario valutare il limite di esigibilità del comportamento che si assume omesso, non potendo il soggetto essere tenuto ad un comportamento impossibile o gravoso in modo insostenibile»[32].

Il giudice penale non può modificare, revocare o disapplicare il provvedimento adottato dal giudice civile. È tuttavia tenuto a valutare autonomamente la rilevanza penale della sua inosservanza e, dunque, ad accertare se l'inadempimento abbia effettivamente compromesso il bene giuridico tutelato. A tal fine, deve considerare tutte le circostanze della fattispecie

[30] Cass. pen., Sez. VI, 10 gennaio 2019, n. 29896, n.m.
[31] S. PAIUSCO, *Violazione degli obblighi di assistenza familiare ex art. 570 bis c.p. e accordi transattivi,* in *Giur. It.*, 2020, p. 1208.
[32] G. SOLINAS, *op. cit.*, p. 12.

concreta, così da distinguere il mero inadempimento civilistico dalla condotta penalmente rilevante.

L'impossibilità dell'obbligato di adempiere deve essere esaminata tanto sotto il profilo dell'offensività della condotta nei confronti del soggetto beneficiario, quanto sotto quello della concreta esigibilità dell'adempimento, avuto riguardo alle condizioni personali, familiari ed economiche dell'obbligato nel periodo considerato. In tale prospettiva possono assumere rilievo anche le sopravvenienze intervenute nella vita familiare delle parti. Dal punto di vista del beneficiario, esse concorrono a stabilire se l'omesso versamento abbia concretamente inciso sull'interesse protetto; dal punto di vista dell'obbligato, rilevano ai fini del necessario bilanciamento degli interessi coinvolti e possono incidere sia sull'*an* che sul *quantum* della corresponsione dell'assegno.

Qualora l'obbligato abbia costituito un nuovo nucleo familiare, emerge infatti un conflitto di interessi che non coinvolge soltanto gli ex coniugi, ma anche soggetti terzi, quali il nuovo coniuge e i figli, portatori di esigenze di tutela almeno equivalenti e, in alcuni casi, prevalenti rispetto a quelle considerate ai fini dell'attribuzione e della determinazione dell'assegno divorzile. La giurisprudenza di legittimità ritiene, in proposito, che la costituzione di una nuova famiglia e l'assunzione dei correlati obblighi legali debbano essere considerate nella determinazione dell'assegno dovuto ai componenti del precedente nucleo familiare. La misura dell'assegno può pertanto essere rimodulata, purché tale contemperamento non determini, per i membri della prima famiglia, una condizione ingiustificatamente deteriore rispetto a quella goduta dai componenti della seconda[33].

7. Conclusioni

Sono molti i motivi di perplessità che solleva la decisione in commento. Il principale attiene alla qualificazione del provvedimento giudiziale: esso rappresenta un presupposto necessario, in quanto individua l'obbligato, il beneficiario e il *quantum* della prestazione; tuttavia, non coincide con il bene giuridico tutelato, in linea con i principi del *favor rei* e dell'*extrema ratio* del diritto penale.[34]

---

[33] Sul tema, cfr. D. BUZZELLI, *Assegno di divorzio e nuova famiglia dell'obbligato,* in *Fam dir.*, 2015, pp. 420 ss.

[34] S. PAIUSCO, *op. cit.*, p. 1208

Come evidenziato dalla giurisprudenza, il diritto di credito stabilito dal provvedimento giudiziale è espressione del "residuo vincolo di solidarietà familiare". Ne consegue che la fattispecie deve essere ricondotta ai reati contro l'assistenza familiare, sebbene riferita ad una situazione di crisi del nucleo familiare. La separazione o il divorzio, pur segnando una crisi del rapporto familiare, non possono né devono ripercuotersi sui soggetti deboli che compongono il nucleo familiare.[35] Si ricorda infatti come la Corte costituzionale giustifica la procedibilità d'ufficio del reato per la condizione di particolare vulnerabilità dei beneficiari, nell'ottica di una protezione effettiva; infatti, la presentazione o rimessione della querela potrebbero essere condizionate dalla situazione familiare. Il regime di procedibilità induce a ritenere che la protezione della norma sia orientata alla persona beneficiaria e non all'irregolarità dell'adempimento.

Bisogna andare oltre un'interpretazione squisitamente formale che incrimina qualsiasi inadempimento, senza però sfociare nell'estremo opposto ed arrivare ad attribuire al giudice penale poteri che non gli spettano. Quest'ultimo deve svolgere un accertamento concreto sulla condotta posta in essere, infatti, la stessa giurisprudenza valorizza una valutazione complessiva della vicenda. In questo senso, ci sono degli elementi che permettono di valutare sia la concreta offensività della condotta, che la sua effettiva esigibilità e la colpevolezza del reo.

Alla luce delle considerazioni svolte, appare auspicabile un orientamento volto alla riduzione dell'area del penalmente rilevante, superando l'equiparazione tra illecito civile e illecito penale, valorizzando, piuttosto, gli strumenti di tutela offerti dal diritto civile e dal diritto amministrativo, a garanzia del diritto di credito.[36] Un diritto penale all'inseguimento indiscriminato degli adempimenti civilistici rischia di smarrire la propria funzione, e scolorare i confini con altre sanzioni non penali[37].

Nel caso dell'art. 570-*bis* c.p., il delitto dovrebbe configurarsi soltanto quando la violazione degli obblighi economici assuma una gravità tale da compromettere concretamente la solidarietà familiare; per questo in varie pronunce si parla di inadempimento "serio e protratto". La sanzione penale

[35] M. FORTINO, *A mo' di introduzione,* in G. FERRANDO – M. FORTINO – F. RUSCELLO (a cura di), *Trattato di diritto di famiglia,* vol. I, Giuffrè, Milano, 2019, p. 261
[36] A. ROIATI, *op. cit.*, p. 18
[37] A. DI MARTINO, *op. cit.*, p. 820

dovrebbe, dunque, trovare applicazione esclusivamente nei casi in cui l'inadempimento economico abbia effettivamente leso gli interessi del singolo componente della famiglia, incidendo, ad esempio, sulle condizioni necessarie al pieno sviluppo della sua personalità[38].

Occorre tenere fermo il principio di offensività dell'illecito penale, ormai dotato di rilievo costituzionale, secondo cui «il semplice contrasto formale di un fatto umano con una norma penale non basta a creare il reato, se detto fatto non offende effettivamente l'interesse tutelato dalla norma»[39]. Proprio in questa prospettiva, risulta decisiva una corretta individuazione del bene giuridico protetto dall'art. 570-*bis* c.p., che consenta di restare nell'alveo della concezione già richiamata che concepisce il diritto penale quale sistema di sanzioni rivolto a reprimere condotte concretamente offensive di beni giuridici sostanziali, e non meri comportamenti di disobbedienza[40].

****

(SEGUE) IL TESTO DELLA SENTENZA

CASS. PEN. SEZ. VI, 24 FEBBRAIO 2026 (DEP. 13 APRILE 2026), N 13351 – PRES DE AMICIS, REL. DI NICOLA TRAVAGLINI

ASSISTENZA FAMILIARE – VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI – OMESSA VALUTAZIONE DEGLI ELEMENTI PROBATORI (ART. 570-BIS C.P.)

Ritenuto in fatto

Omissis

Considerato in diritto

1. Il ricorso è inammissibile.

2. I primi tre motivi di ricorso sono inammissibili perché manifestamente infondati e afferenti a questioni in fatto che implicano una rivalutazione nel merito.

---

[38] Vedi A. ROIATI, *op. cit.*, p. 18. Cfr. T. DELOGU, *op. cit.*, p. 12, il quale spiega che i delitti contro la famiglia, incidono in modo negativo sulla funzione assegnata dalla costituzione alla famiglia «o impedendo al singolo di entrare a far parte della sua famiglia o facendolo inserire in una famiglia diversa dalla sua, ovvero negandogli il soddisfacimento di interessi in virtù dei quali può plasmare ed affermare la sua personalità fisica e morale».

[39] T. DELOGU, *op. cit.*, p. 372.

[40] A. ABUKAR HAYO, *op. cit.*, p. 9.

2.1. Deve premettersi che secondo il consolidato orientamento di questa Corte, nel suo massimo consesso, l'indagine di legittimità sul discorso giustificativo della decisione ha un orizzonte circoscritto, dovendo II sindacato demandato alla Corte di cassazione essere limitato - per espressa volontà del legislatore - a riscontrare l'esistenza di un logico apparato argomentativo sui vari punti della decisione impugnata, senza possibilità di verificare l'adeguatezza delle argomentazioni di cui il giudice di merito si è avvalso per sostanziare il suo convincimento, o la loro rispondenza alle acquisizioni processuali. Esula, infatti, dai poteri della Corte di cassazione quello di una "rilettura" degli elementi di fatto posti a fondamento della decisione, la cui valutazione è, in via esclusiva, riservata al giudice di merito, senza

che possa integrare il vizio di legittimità la mera prospettazione di una diversa, e per il ricorrente più adeguata, valutazione delle risultanze processuali (Sez. U, n. 6402 del 30/04/1997, Dessimone, Rv.207944; Sez. U, n. 12 del 31/05/2000, Jakani, Rv. 216260; Sez. U, n. 47289 del 24/09/2003, Petrelia, Rv. 226074).

2.2. L'art. 570-bis cod. pen. racchiude, in un'unica previsione sanzionatoria, la condotta del coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione di ogni tipologia di assegno dovuto in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio ovvero di violazione degli obblighi di natura economica in materia di separazione dei coniugi e di affidamento condiviso dei figli.

La Corte di cassazione ha spiegato che l'impossibilità assoluta dell'obbligato di far fronte agli adempimenti sanzionati dalla norma citata, che esclude il dolo, pur non potendosi assimilare all'indigenza totale, va valutata in una prospettiva di bilanciamento dei beni in conflitto, ferma restando la prevalenza degli aventi diritto alle prestazioni. Si è precisato che, a tal fine, deve tenersi conto delle peculiarità del caso concreto, e, in particolare, dell'entità delle prestazioni imposte, delle disponibilità reddituali del soggetto obbligato, della sua solerzia nel reperire, all'occorrenza, fonti ulteriori di guadagno, della necessità per lo stesso di provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita, del contesto socio-economico di riferimento (Sez. 6, n. 2098 del 17/01/2024, A.; Sez. 6, n. 32576 del 15/06/2022, F, Rv. 283616).

2.3. In tale contesto, la Corte di merito ha fornito una completa ed articolata ricostruzione dei fatti, evidenziando come dagli atti e dalle prove raccolte fosse emerso l'inadempimento dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile stabilito dal giudice civile, poi modificato, tale da integrare la fattispecie del reato contestato.

Con riferimento alle condizioni economiche dell'imputato e della persona offesa la sentenza impugnata ha operato un approfondito esame (pagg. 9 e 10) all'esito del quale ha riconosciuta la responsabilità dell'imputato sul rilievo che le circostanze valorizzate dalla difesa non (Omissis) essere dedotte in sede penale, atteso che il bene giuridico tutelato dalla norma è la corretta ottemperanza agli obblighi economici stabiliti dal giudice civile, unico a potere provvedere all'eventuale modifica o revoca dell'assegno, e che, nella specie, era stata valutata per ben due volte, l'ultima in sede di revisione, la condizione delle parti quando era già nota la presenza di una pensione sociale e il reddito da pensionato dell'imputato (pag. 10).

In particolare, la Corte di merito ha spiegato come l'imputato, separatosi dalla moglie nel 1988, avesse importanti risorse (nel 2011 risparmi di circa Euro 500.000, di cui non era stata spiegata la destinazione) e nel 2016 avesse corrisposto alla figlia di 36 anni, priva di documentate esigenze economiche, la somma di Euro 140.000 per l'acquisto dì una casa, in cui viveva con il padre, scelta che la sentenza impugnata ha ritenuto non potesse essere posta a discapito di precisi obblighi giuridici a favore della ex moglie, come stabiliti dal Tribunale civile, e che A.A. aveva deciso di non adempiere nutrendo sospetti circa eventuali redditi di costei (pag, 11 della sentenza impugnata).

Si tratta di considerazioni non manifestamente illogiche rispetto alle quali nulla di specifico e diverso è stato dedotto, essendosi il ricorrente limitato a reiterare, criticandole, le stesse considerazioni in fatto portate alla cognizione dei Giudici di merito e da questi adeguatamente valutate.

2.4. Con riferimento alle condizioni economiche della persona offesa, la Corte territoriale ha correttamente rilevato che non incidessero sulla configurazione del reato in quanto la circostanza che la B.B. potesse disporre di risorse economiche proprie o beneficiare di aiuti di terzi non esclude l'(Omissis) dell'omissione, atteso che il bene giuridico tutelato dalla norma penale è da individuare nella corretta ottemperanza agli obblighi economici stabiliti dal giudice civile.

2.5. La Corte di Appello, inoltre, ha escluso che fosse stato dimostrato nel presente procedimento penale che la persona offesa avesse prodotto prove false sulla sua situazione economica, spettando al solo Tribunale civile stabilire la doverosità dell'assegno che, nel caso di specie, era stato in più sedi ritenuto sussistente in capo al A.A. (pag. 10).

2.6. Anche in ordine all'instaurazione di una nuova e stabile relazione sentimentale da parte dell'ex coniuge beneficiaria la sentenza impugnata ha rappresentato come non fosse

un elemento significativo, soprattutto rispetto al concreto effetto sulla vita della persona offesa, e comunque tale da non incidere sulla funzione perequativa e compensativa dell'assegno dovuto dal A.A. che era stato quantificato in base alla situazione patrimoniale al momento del divorzio nei termini indicati dalla giurisprudenza di legittimità civile a Sezioni unite (Sez. U, n. 32198 del 2021), rispetto alla quale l'obbligato può adire il giudice civile dimostrando che la beneficiaria intrattenga una stabile relazione di convivenza. Si tratta, dunque, di una circostanza che rileva esclusivamente in sede civile, ai fini dell'eventuale modifica o revoca dell'assegno, e non può essere dedotta per la prima volta in sede penale per escludere la configurabilità del reato.

2.7. Nel caso di specie, la Corte territoriale ha rilevato che A.A. era perfettamente a conoscenza dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile e del fatto che eventuali redditi della persona offesa o mancati contributi per la figlia da parte della madre non potevano influire, non solo senza un previo accertamento del giudice civile, ma anche tenuto conto delie ulteriori finalità dell'assegno, ben evidenziate in sede di modifica dell'importo dal Tribunale civile, che ha tenuto conto della pensione della B.B..

Pertanto, le censure dedotte dal ricorrente si risolvono in una inammissibile richiesta di rivalutazione nel merito della sentenza, non consentita in questa sede.

3. Il quarto motivo di ricorso è parimenti inammissibile, in quanto sottopone per la prima volta in sede di ricorso per cassazione l'accertamento di una questione di fatto relativamente alla corretta formulazione del capo di imputazione, là dove si fa riferimento alla sentenza del primo giudizio civile del 2014 - che statuiva un assegno a carico del A.A. di 1000 Euro - superata dall'ordinanza del Tribunale di Milano che ne ha dimezzato l'importo.

L'eccezione, oltre a non essere mai stata dedotta nei precedenti gradi di giudizio, né oggetto di contestazione da parte della difesa dell'imputato in sede dibattimentale o di appello, non incide sulla corretta qualificazione giuridica del fatto contestato che, a prescindere dall'entità dell'assegno, attiene all'omissione di questo.

4. Il quinto motivo di ricorso è manifestamente infondato.

Come correttamente rilevato dalla Corte territoriale, il Tribunale ha legittimamente rigettato la richiesta probatoria, documentale e testimoniale (il Parroco ed il responsabile dell'INPS sulla situazione reddituale e previdenziale della persona offesa), ai sensi dell'art. 507 cod. proc. pen., ritenendo, in base ad un preciso potere discrezionale

correttamente esercitato, non necessaria l'assunzione di ulteriori prove ai fini della decisione, sulla base della completezza delle risultanze istruttorie già acquisite.

5. Dalla declaratoria di inammissibilità del ricorso consegue, a norma dell'art. 616 cod. proc. pen., la condanna del ricorrente, oltre che al pagamento delle spese del procedimento, anche al versamento della somma di tremila Euro alla Cassa delle ammende, nonché alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalla parte civile, Laura B.B., che si liquidano come in dispositivo, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali e della somma di Euro tremila in favore della cassa delle ammende. Condanna, inoltre, l'imputato alla rifusione delle spese di rappresentanza e difesa sostenute nel presente giudizio dalla parte civile, B.B., che liquida in complessivi Euro 3686, oltre accessori di legge.

Conclusione

Cos#236; deciso in Roma il 24 febbraio 2026

Depositato in Cancelleria il 13 aprile 2026