

SP

**SISTEMA
PENALE**

FASCICOLO

7-8/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiario, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zaccà, Stefano Zirulia.

REDAZIONE Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

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

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, 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 il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2023, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

M. BIANCHI, G. PANEBIANCO, <i>Le preclusioni alla messa alla prova minorile (ancora una volta) sul banco della Corte costituzionale.....</i>	5
S. SEMINARA, <i>Solidarietà e diritto penale. La storia (quasi) circolare del divieto di accattonaggio.....</i>	27
V. SASSI, <i>Il nuovo reato di rivolta in carcere introdotto dal d.l. sicurezza n. 48/2025..</i>	39
C. VISCONTI, A. MERLO, <i>Il controllo giudiziario alla prova del fuoco. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite sull'art. 34 bis cod. ant.....</i>	57
G. GAZZOLA, <i>Per le Sezioni unite è abnorme l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio speciale ex art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p. Quali possibili rimedi per riaffermare i diritti difensivi e la presunzione di innocenza?</i>	73
G. SANTALUCIA, <i>Modi e limiti per la chiusura in corso di giudizio della contestazione aperta di reato permanente.....</i>	97

SCHEDE

G.L. GATTA, <i>Abuso d'ufficio: con le mani legate dalla riserva di legge, la Consulta certifica "indubbi vuoti di tutela" e al contempo difende in via di principio l'art. 117, co. 1 Cost. e gli obblighi internazionali di incriminazione.....</i>	111
S. ZIRULIA, <i>Caso open arms. Le motivazioni della sentenza di assoluzione dell'ex Ministro dell'interno Salvini dall'accusa di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio.....</i>	117
G.L. GATTA, <i>Un'importante sentenza della corte costituzionale sul principio di proporzionalità della pena come criterio di interpretazione restrittiva delle fattispecie penali.....</i>	129
G. FILOCAMO, <i>Modifiche alla normativa penitenziaria e regime detentivo dei condannati per reati ostativi: nota a margine di un'interessante sentenza della Cassazione.....</i>	139
N. GALANTINI, <i>Dovere di collaborazione e inutilizzabilità dei dati favorevoli nel rito tributario.....</i>	149
G. L. GATTA, C. PARODI, F. PETRELLI, <i>Carcere, suicidi e sovraffollamento: emergenze da affrontare subito.....</i>	155
G.L. GATTA, <i>R-estate in cella.....</i>	157

7-8/2025

LE PRECLUSIONI ALLA MESSA ALLA PROVA MINORILE (ANCORA UNA VOLTA) SUL BANCO DELLA CORTE COSTITUZIONALE

*Note a margine di Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. 17 aprile 2025, n. 88 reg. ord.**

di Malaika Bianchi e Giuseppina Panebianco

La legge 13 novembre 2023, n. 159, in sede di conversione del decreto legge 15 settembre 2023, n. 123 (c.d. decreto Caivano), ha introdotto un catalogo di reati ostativi all'operatività della messa prova minorile, stravolgendo l'assetto dell'istituto, fino a quel momento libero da preclusioni applicative. A meno di due anni dalla sua entrata in vigore, la disposizione che ospita l'emendamento (art. 28, comma 5-bis, d.P.R. n. 448 del 1988) è stata sottoposta ben cinque volte all'attenzione della Corte costituzionale. Il contributo, avvalendosi dell'analisi comparata delle ordinanze di rimessione finora presentate al Giudice delle leggi e soffermandosi sulla più recente, offre alcune riflessioni sulle ragioni dell'inopportunità del citato intervento legislativo: per un verso è difficile negare la fondatezza dei rilievi di incostituzionalità formulati dai giudici a quibus, tra i quali spicca, accanto alla violazione dell'art. 31, comma 2 Cost., l'irragionevolezza del catalogo dei reati ostativi voluto dal legislatore; per altro verso, il regime ostativo rischia di incentivare la strumentalizzazione degli (altri) istituti a beneficio del minore autore di reato, peraltro conseguendo quell'effetto clemenziale che il legislatore intendeva invece scongiurare.

SOMMARIO: 1. Il regime ostativo alla messa alla prova minorile e il fermento della giurisprudenza di merito. – 1.1. Analogie e differenze nelle vicende *a quibus*. – 1.2. (...) e nelle ordinanze di rimessione. – 2. La più recente ordinanza del Tribunale per i minorenni di Roma. – 2.1. Le ragioni della fondatezza della questione di legittimità costituzionale. – 3. Alcune note a margine, a cominciare dagli effetti della messa alla prova per i minorenni autori di reati gravi. – 3.1. I profili d'incostituzionalità degli automatismi in materia penale minorile. – 3.2. Violenza sessuale commessa da minori: tra maldestri approcci alla sessualità, fraintendimenti e soprafrazione violenta. – 3.3. Quali alternative per il minore autore di violenza sessuale aggravata? – 4. Il climax dell'irragionevolezza del catalogo dei reati ostativi alla messa alla prova minorile. – 5. L'eterogenesi

* L'intero contributo è frutto della riflessione condivisa dalle autrici e riprende le considerazioni già svolte in occasione della collaborazione con l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale per la redazione di due opinioni scritte, presentate alla Corte costituzionale in qualità di *Amicus curiae*, nei giudizi incidentali di legittimità costituzionale introdotti dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale per i minorenni di Roma, in data 18 febbraio 2025 (con ordinanza iscritta al n. 45 del Registro delle Ordinanze della Corte costituzionale e pubblicata sulla *Gazz. Uff.* del 19 marzo 2025, n. 12, *1ª Serie Speciale*), e dal Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale per i minorenni di Bari, in data 24 marzo 2025 (con ordinanza iscritta al n. 68 del Registro delle Ordinanze della Corte costituzionale, e pubblicata sulla *Gazz. Uff.* del 23 aprile 2025, n. 17, *1ª Serie Speciale*).

dei fini: l'attesa strumentalizzazione degli (altri) istituti a beneficio del minore autore di reato. – 6. Là dove il Legislatore non vuole, la Corte costituzionale potrebbe.

1. Il regime ostativo alla messa alla prova minorile e il fermento della giurisprudenza di merito.

A meno di due anni dalla sua entrata in vigore, il comma 5-*bis* dell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988, introdotto dalla l. 13 novembre 2023, n. 159 in sede di conversione del 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» – c.d. decreto Caivano –), è stato sottoposto ben cinque volte all'attenzione della Corte costituzionale. Com'è noto, il legislatore del 2023, stravolgendo l'assetto della disciplina della messa alla prova minorile, fino a quel momento priva di preclusioni applicative, ha introdotto un catalogo di reati ostativi all'operatività dell'istituto, non consentendo al giudice specializzato di concedere la misura con riguardo ai delitti previsti dall'art. 575 c.p., limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 576, dagli artt. 609-*bis* e 609-*octies* c.p., limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p., e dall'art. 628, comma 3, nn. 2, 3 e 3-*quinqies*, c.p.¹.

Le vicende *a quibus* riguardano tutte episodi di violenza sessuale (individuale o di gruppo) aggravata ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p.

Per vero, le prime due questioni di legittimità, sollevate con distinte ordinanze dal Tribunale per i minorenni di Bari², riguardavano vicende verificatesi prima dell'entrata in vigore della riforma Caivano, sicché la Corte, riuniti i giudizi, ha avuto agio nel dichiarare inammissibili le predette questioni per difetto di rilevanza, non potendo la nuova disciplina, più gravosa di quella vigente al momento della commissione dei fatti, trovare applicazione retroattiva, a ciò ostandovi gli artt. 25, secondo comma, Cost. e 7 CEDU³.

¹ In argomento v. L. BARTOLI, *Il processo al minore nel decreto "Caivano"*, in www.la-legislazione-penale.eu, 21.5.2024, p. 15 ss.; 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 questa *Rivista*, 2024, 5, p. 135 ss.; A. CAVALIERE, *Il Decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in www.penedp.it, 9 febbraio 2024; 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.; 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.; 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.

² Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. 25 marzo 2024, n. 76 reg. ord., in *Gazz. Uff.*, 15 maggio 2024, n. 20, 1^a Serie speciale; Id., ord. 25 marzo 2024, n. 104 reg. ord., in *Gazz. Uff.*, 12 giugno 2024, n. 24, 1^a Serie speciale.

³ Corte Cost., 14 gennaio (4 febbraio) 2025, n. 8.

7-8/2025

Trepidante è l'attesa per la decisione sulle ultime tre questioni⁴, ad oggi pendenti, vertendo esse su fatti verificatisi nella vigenza della nuova disciplina.

In questa sede, ci si concentrerà in particolare sulla questione più recente, sollevata dal Tribunale per i minorenni di Roma, con ordinanza del 17 aprile 2025 (reg. ord. n. 88 del 2025)⁵; tuttavia, il richiamo alle precedenti, (di cui tre) sollevate dal Tribunale per i minorenni di Bari⁶ e (una) dallo stesso giudice minorile di Roma⁷, torna utile alla verifica della fondatezza delle argomentazioni svolte in quest'ultima.

1.1. Analogie e differenze nelle vicende a quibus.

Come sopra accennato, le vicende che hanno dato origine ai giudizi nei quali sono maturate le questioni di legittimità costituzionale sull'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988 riguardano tutte episodi di violenza sessuale (individuale o di gruppo) aggravata ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p. La gamma delle condotte oscilla da approcci maldestri alla sessualità a forme di sopraffazione violenta, realizzata in gruppo; peraltro, rispetto alle vicende di violenza sessuale di gruppo, la questione della messa alla prova si pone nei confronti dei soli partecipanti "moralì" alla commissione dell'atto sessuale. Al momento del fatto gli autori erano per lo più infrasedicenni e tutti incensurati, mentre le vittime in alcuni casi avevano età inferiore ai quattordici anni⁸ e in altri erano ultraquattordicenni e sostanzialmente coetanee dei soggetti attivi⁹.

1.2. (...) e nelle ordinanze di rimessione.

Nei giudizi *a quibus* i giudici minorili ravvisavano la sussistenza dei presupposti per la concessione della messa alla prova, sulla scorta delle relazioni dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia. In tutti i procedimenti si segnalava l'avvio di un processo di rimeditazione critica da parte dei giovani autori, spesso supportato dalla collaborazione delle famiglie¹⁰, meritevole di essere promosso attraverso un percorso educativo assistito dal confronto con i servizi specialistici.

Tutte le ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale di cui si discute seguono un analogo canovaccio argomentativo, sia pure enfatizzando profili diversi

⁴ Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025; Id., ord. 17 aprile 2025, n. 88 reg. ord., in *Gazz. Uff.*, 21 maggio 2025, n. 21, 1^a Serie speciale; Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025.

⁵ V. nota precedente.

⁶ V. *supra*, in note 2 e 4.

⁷ Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. 18 febbraio 2025, n. 45. Su tale pronuncia v. V. BOSCO, [Le preclusioni alla messa alla prova minorile di nuovo al vaglio della Consulta](#), in questa *Rivista*, 31 marzo 2025.

⁸ V. Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 76 del 2024; Id., ord. n. 68 del 2025.

⁹ V. Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025; Id., ord. n. 88 del 2025.

¹⁰ V., in particolare, Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 76 del 2024; Id., ord. n. 104 del 2024; Id., ord. n. 68 del 2025. V., altresì, Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025, che per uno dei due imputati rispetto ai quali si pone la questione della messa alla prova segnala una situazione familiare disfunzionale.

sulla base delle suggestioni delle vicende concrete, con gli inevitabili riflessi sui parametri costituzionali invocati.

Le motivazioni ruotano intorno ai punti focali della disciplina sul processo penale a carico di imputati minorenni, e segnatamente: le finalità del rito penale minorile, come disegnato dal legislatore del 1988, e il ruolo centrale degli accertamenti sulla personalità del minorenne (art. 9 d.P.R. n. 448 del 1988), funzionali anche alla formulazione di prognosi individualizzate e dunque al recupero del minore autore di reato. Rispetto alla messa alla prova, la preoccupazione di prevenire eventuali rilievi in merito alla strumentalizzazione dell'istituto spinge i giudici a rimarcare i tratti caratterizzanti, idonei a rivelare la serietà dell'impegno dell'imputato (in particolare, i tempi di durata previsti per la prova, la possibilità che la stessa sia svolta all'interno di comunità di tipo educativo o terapeutico, le verifiche intermedie dell'andamento del percorso, così come la revocabilità della sospensione). In questa direzione, inevitabile è poi la valorizzazione del progetto di intervento che sostanzia la prova, che apre a importanti momenti di confronto con i servizi specialistici e di supporto psicologico «utili nei delitti caratterizzati da dinamiche affettive disfunzionali (come nei casi di violenza sessuale e nei delitti di pedopornografia)», riducendo «il rischio di recidiva, a beneficio della generalità dei consociati»¹¹. Come evidenziano tutte le ordinanze, la soddisfazione di questi requisiti presuppone la competenza di un «giudice specializzato e interdisciplinare». Le caratteristiche così elencate confermano quanto riconosciuto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 125 del 1995, citata da tutte le ordinanze in discorso, che identifica il *probation* quale «strumento particolarmente qualificante», rispondendo più di ogni altro alle finalità della giustizia minorile¹².

La convergenza dei fattori sopra richiamati, compendiabile nel binomio «prognosi individualizzate» e «recupero del minore autore di reato», corrobora l'intera argomentazione sulla intollerabilità di rigidi automatismi nel sistema penale minorile, e dunque di preclusioni assolute alla messa alla prova basate sul titolo di reato, che si risolvono in un duplice *vulnus*: l'uno alla protezione del minore, l'altro alla tutela dell'intera collettività contro i rischi di una possibile recidiva¹³.

Il ragionamento svolto dai giudici *a quibus* trova ampio conforto nella giurisprudenza della Corte costituzionale, puntualmente richiamata, non solo là dove censura il ricorso ad automatismi con riguardo al minore autore di reato, ma anche nelle pronunce che respingono doglianze su taluni profili di divergenza tra la disciplina del *probation* minorile e quella dell'omologo degli adulti. La valorizzazione delle peculiarità dell'istituto minorile, «specularmente opposte» a quelle della messa alla prova dell'adulto, rimarcata dalla Consulta, è costantemente ripresa nelle ordinanze di rimessione, tutte impegnate a segnalare l'inaccettabilità dell'adulterizzazione del sistema penale minorile.

¹¹ Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025; Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025; Id., ord. n. 88 del 2025.

¹² V. Corte cost., 5 aprile 1995, n. 125, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

¹³ Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 76 del 2024; Id., ord. n. 104 del 2024; Id., ord. n. 68 del 2025; Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025; Id., n. 88 del 2025.

In considerazione di quanto precede, protagonista indiscusso di tutte le questioni di costituzionalità è l'art. 31, comma 2 Cost., che, com'è noto, impegna la Repubblica a proteggere «la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo». Tale parametro è talvolta collegato, esplicitamente o in filigrana, all'art. 27, comma 3, Cost.

Come anticipato, le ordinanze dei giudici *a quibus* presentano anche tratti distintivi; tuttavia risaltano gli elementi comuni alle ultime tre.

In particolare, i Tribunali minorili segnalano che il regime ostativo alla messa alla prova introdotto dalla l. n. 153 del 2023 lascia nella disponibilità del giudice, che non ritenga opportuno il ricorso alla pena detentiva, istituti tuttavia privi delle potenzialità educative e responsabilizzanti propri del programma di intervento che sostanzia la prova¹⁴. Inoltre, poiché la raccomandazione del ricorso alla privazione della libertà personale del minore autore di reato come misura di *extrema ratio* accomuna i documenti internazionali in materia di giustizia penale minorile, ricorre nelle doglianze di legittimità costituzionale la violazione anche dell'art. 117, comma 1, Cost.¹⁵.

E ancora, le tre ordinanze più recenti concordano nel ravvisare profili di irragionevolezza nel catalogo dei reati che rendono inaccessibile la messa alla prova per il minore, nella misura in cui il ricorso al *probation* rimane possibile per reati di gravità analoga se non maggiore di quella dei delitti contestati nei giudizi *a quibus* ed esclusi dall'operatività dell'istituto¹⁶; sicché diviene inevitabile eccipire il contrasto con l'art. 3 Cost.

La delicatezza della questione chiama in causa le diverse sensibilità dei giudici minorili che si riflettono in alcuni sviluppi delle argomentazioni formulate. Così, nelle tre ordinanze del Tribunale per i minorenni di Bari è posto l'accento sul privilegio che il regime ostativo alla messa alla prova minorile, introdotto nel 2023, accorda alle esigenze di sicurezza e ordine pubblico nel bilanciamento con quelle di «protezione dell'infanzia e della gioventù»¹⁷; e ciò, nonostante in almeno due delle vicende *sub iudice* si tratti di vittime infraquattordicenni¹⁸ a fronte di fatti inquadrabili nella violenza sessuale individuale¹⁹ o di gruppo²⁰.

Le ordinanze del Tribunale per i minorenni di Roma, invece, si segnalano per l'attenzione al profilo vittimologico nel suo collegamento con gli spazi che la messa alla prova riserva alla giustizia riparativa²¹.

¹⁴ V., in particolare, Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025; Id., ord. n. 88 del 2025; Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025.

¹⁵ V., ancora una volta, Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025; Id., ord. n. 88 del 2025; Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025.

¹⁶ Anche per questo profilo di incostituzionalità v., in particolare, Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025; Id., ord. n. 88 del 2025; Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025.

¹⁷ Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 76 del 2024; Id., ord. n. 104 del 2024; Id., ord. n. 68 del 2025.

¹⁸ V. Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 76 del 2024; Id., ord. n. 68 del 2025.

¹⁹ Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 104 del 2024; Id., ord. n. 68 del 2025.

²⁰ Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 76 del 2024.

²¹ Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025; Id., ord. n. 88 del 2025.

Al di là delle divergenze segnalate e delle diversità di accenti nelle argomentazioni comuni, che si ripercuotono nella selezione dei parametri costituzionali invocati e nell'ordine di priorità ad essi assegnato, in tutti i giudizi *a quibus* le doglianze di incostituzionalità trovano concordi i Pubblici ministeri²².

2. La più recente ordinanza del Tribunale per i minorenni di Roma.

L'ordinanza che ci occupa coglie spunti dalle argomentazioni formulate nelle precedenti, non mancando di sviluppare profili inediti o comunque solo accennati nelle antecedenti.

Prima di addentrarci nell'analisi delle motivazioni dell'ultima ordinanza del Tribunale per i minorenni di Roma, torna utile una sintesi della vicenda che ha dato origine al giudizio *a quo*.

La condotta *sub iudice*, pur non concretandosi in una congiunzione sessuale violenta, è consistita in baci e ripetuti tocamenti del seno e delle parti intime della vittima, sostanzialmente coetanea dell'imputato (poco più che quattordicenne), qualificabili come atti sessuali ai sensi dell'art. 609-*bis* c.p. La connotazione costrittiva della condotta era determinata dal dissenso più volte espresso dalla vittima, peraltro non in grado di opporsi efficacemente in quanto sotto l'effetto di sostanze alcoliche al pari dell'agente. Dalle dichiarazioni dell'imputato emergeva che questi aveva agito anche per incitamento di alcuni amici; inoltre, le sommarie informazioni rese dalle persone sentite in fase di indagini, tra le quali anche la stessa vittima, nonché gli *screenshot* dei messaggi intercorsi tra la ragazza e l'imputato, rivelavano la respinca di questi e la sua rimeditazione critica dell'accaduto, autentica e non strumentale, espressa prima ancora che venisse sporta denuncia.

Il Pubblico ministero riconduceva il fatto ai «casi di minore gravità» ai sensi dell'art. 609-*bis*, comma 3 c.p., contestando altresì l'aggravante della minore età della vittima di cui all'art. 609-*ter*, comma 1, n. 5.

Stante la preclusione *de iure* all'ammissione alla prova, trattandosi di reato ostativo al beneficio, nel corso dell'udienza preliminare il difensore chiedeva al Collegio di sollevare questione di legittimità costituzionale del comma 5-*bis* inserito nell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988 dalla l. n. 159 del 2023; ciò che impegnava il GUP del Tribunale per i minorenni di Roma a verificare la rilevanza e non manifesta infondatezza della questione proposta.

In punto di rilevanza, il Giudice minorile, esaminati gli atti e sentito l'imputato, non ha esitato nel ravvisare la sussistenza di tutti i requisiti di merito in astratto necessari per l'ammissione alla prova, tuttavia impedita dalla citata preclusione. Ai fini del riscontro dei presupposti dell'istituto, il Tribunale per i minorenni ha osservato che l'episodio criminoso non costituisce «il prodotto di una scelta deviante radicata da parte di un soggetto minorenni dalla personalità delinquenziale strutturata»; siffatta

²² Per vero questo dato, reso esplicito nelle precedenti ordinanze, non risulta in quella in commento.

valutazione tiene conto del contesto di vita dell'imputato, della sua disponibilità «ad aderire ad un progetto educativo anche con l'intervento dei servizi specialistici della ASL», oltre che delle sue fragilità cognitive.

D'altra parte, per il giudice *a quo*, nella vicenda che lo occupa, non si prospettano alternative diverse dalla pena detentiva. Nonostante la qualificazione del caso come «di minore gravità» ai sensi dell'art. 609-*bis*, comma 3 c.p., non è possibile pronunciare il non luogo a procedere ai sensi dell'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988, non potendosi il fatto considerare tenue in considerazione del bene giuridico violato, della minore età della vittima e della ricostruzione della vicenda sulla base delle sommarie informazioni rese dalla persona offesa. Anche il perdono giudiziale, rispetto al quale il Tribunale per i minorenni di Roma ravvisa la sussistenza dei relativi presupposti astrattamente considerati, non sembra rappresentare una valida soluzione nel caso di specie. Tale istituto, non solo comporta effetti sfavorevoli connessi alla relativa annotazione nel certificato del casellario giudiziale fino al compimento dei ventuno anni, ma si prospetta altresì inidoneo a promuovere la responsabilizzazione del minore in relazione alla corretta gestione della sessualità. Inoltre, il perdono giudiziale non prevede né spazi di conciliazione con la persona offesa né un percorso educativo²³, come invece assicurato dalla messa alla prova, quanto mai necessario specialmente all'esordio dell'adolescenza.

2.1. Le ragioni della fondatezza della questione di legittimità costituzionale.

Superato il vaglio di rilevanza, il giudice *a quo* si sofferma sulla struttura della messa alla prova minorile, dando immediato risalto all'ampia operatività dell'istituto, in ciò agevolato da un non trascurabile precedente della Corte costituzionale.

Occorre infatti ricordare che la possibilità di concedere la messa alla prova minorile per qualsiasi tipo di reato è stata ribadita con fermezza dalla Consulta nella rilettura dell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988, che nell'originaria formulazione sembrava escludere dalla sua applicazione i reati puniti con pena dell'ergastolo. La Corte costituzionale ha spiegato che, accedendo ad una lettura riduttiva della disposizione, l'istituto, qualificabile come «l'innovazione più significativa e coraggiosa» della riforma del 1988, «non troverebbe applicazione proprio nei casi più gravi in cui essa innovazione è più che mai necessaria, la stessa gravità del reato non potendo escludere, in un minore, un eccezionale, non più ripetibile, momento di anomalo sviluppo della personalità»²⁴. Lo stesso legislatore ha avvertito la necessità di codificare l'interpretazione della Consulta, interpolando nel primo comma dell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988 il riferimento ai reati puniti con l'ergastolo (d.lgs. n. 12 del 1991). Il persistente richiamo ai reati puniti con l'ergastolo nell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988, non scalfito dalla riforma del 2023, non può dunque che confermare la piena compatibilità dell'istituto con i delitti più gravi.

²³ V., tuttavia, *infra*, in nota 59.

²⁴ Corte cost. 27 settembre 1990, n. 412, punto 1 del *Considerato in diritto*.

Seguendo l'adagio delle ordinanze dei giudici *a quibus* che lo hanno preceduto, il Tribunale per i minorenni di Roma avvia le doglianze di incostituzionalità invocando l'art. 31, comma 2, Cost. Il regime preclusivo introdotto dalla riforma del 2023 contraddice la *ratio* della messa alla prova e ancor prima dell'intero impianto che regola il rito penale minorile, poiché reca con sé una presunzione di «non rieducabilità» dei minorenni autori dei reati ostativi all'istituto, indipendentemente dalla valutazione della loro personalità e in netto contrasto con il principio di individualizzazione, che trova espressione nella disciplina dell'accertamento sulla personalità del minorenne prevista nell'art. 9 d.P.R. n. 448 del 1988. L'argomentazione trova ulteriore sviluppo nel collegamento tra l'art. 31, comma 2, Cost. e l'art. 27, comma 3, Cost., che giova al rimettente per richiamare la funzione educativa e risocializzante del processo penale minorile, promossa anche attraverso il principio di minima offensività dello stesso, e per rimarcare la necessità che la risposta penale alla commissione del reato da parte del minorenne tenga conto della specificità della sua condizione. In questa prospettiva, la messa alla prova rappresenta lo strumento privilegiato tra quelli concepiti dal legislatore del 1988, poiché consente al giudice di valutare compiutamente la personalità del giovane reo lungo tutta la parabola dell'istituto, dalla sua concessione, allo svolgimento del programma di prova fino al suo esito, che, se positivo, rende soddisfazione alla pretesa punitiva, per il conseguimento della finalità di recupero del minorenne.

Sul punto il ragionamento segue quasi pedissequamente le precedenti ordinanze, nella misura in cui richiama le caratteristiche della messa alla prova che consentono di verificare la serietà dell'impegno dell'imputato oltre che le potenzialità dell'istituto in termini di riduzione del rischio di recidiva²⁵. Nel riprendere le argomentazioni dei giudici *a quibus* che lo hanno preceduto, il Tribunale per i minorenni di Roma ribadisce il duplice *vulnus*, alla protezione del minore e alla tutela dell'intera collettività²⁶, conseguente al regime ostativo alla messa alla prova introdotto per i minori nel 2023. Lo stesso giudice valorizza altresì il ruolo della mediazione penale e della giustizia riparativa nell'ambito dei progetti di intervento che sostanziano la prova, che «possono coinvolgere anche le persone offese, soprattutto se minorenni e vittime di particolari reati»; argomentazione per vero già sviluppata dalla precedente ordinanza dello stesso Tribunale²⁷, ma qui corroborata dal richiamo agli atti internazionali, con un inedito accenno alla direttiva 2012/29/UE (c.d. Direttiva vittime)²⁸. In proposito è opportuno ricordare che il percorso educativo che accompagna la messa alla prova del minorenne da sempre assegna un ruolo tutt'altro che marginale al profilo conciliativo con la persona offesa, che in questo istituto sembra trovare il suo migliore sviluppo²⁹.

²⁵ Sul punto il Tribunale per i minorenni di Roma cita altresì la ben nota sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 1995, che, come anticipato, costituisce una delle costanti delle precedenti ordinanze dei giudici minorili.

²⁶ V. *supra*, n. 1.2.

²⁷ Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025.

²⁸ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

²⁹ Cfr. G. PANEbianco, *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino, 2012, p.

Ancora muovendosi lungo la trama tessuta dai suoi predecessori, l'autore della più recente ordinanza riprende la giurisprudenza della Corte costituzionale che censura il ricorso a «rigidi automatismi» nella materia penale minorile, i quali sottraggono al vaglio di un giudice specializzato e interdisciplinare la possibilità di formulare prognosi individualizzate, necessarie per l'identificazione della risposta adeguata alla personalità del minore. Inevitabile, poi, il richiamo alle sentenze della Consulta che rimarcano «l'eterogeneità teleologica» tra il *probation* minorile, con esclusiva funzione rieducativa, e l'omologo degli adulti, connotato in senso sanzionatorio e orientato alla deflazione. Queste considerazioni trovano ulteriore proiezione nelle citazioni dei principali atti internazionali in materia (non solo) di giustizia penale minorile, i cui punti focali vengono ripresi ripercorrendo, a mo' di sintesi, lo schema argomentativo sin qui sviluppato, conducendo al rilievo di incostituzionalità per violazione (anche) dell'art. 117, comma 1, Cost.

Come le altre due ordinanze che hanno dato causa ai giudizi di costituzionalità tuttora pendenti, anche quella in commento conclude l'*iter* argomentativo segnalando l'irragionevolezza della composizione del catalogo dei reati previsti nell'art. 28, comma 5-bis, d.P.R. n. 448 del 1988, dal quale risultano esclusi delitti di gravità analoga se non maggiore di quelli resi ostativi dalla riforma del 2023, e in particolare quelli previsti dagli artt. 416-bis, aggravato ai sensi dell'art. 416-bis1, 422, 629, comma 2, e 630 c.p.; sicché risulterebbe violato anche l'art. 3 Cost.

Nondimeno, corre l'obbligo di osservare che, a differenza dell'ultima ordinanza del Tribunale per i minorenni di Bari³⁰, quelle del Giudice minorile di Roma si distinguono per l'ampliamento del rilievo di irragionevolezza all'intero sistema ostativo introdotto nel 2023, sebbene i relativi dispositivi circoscrivano la questione di legittimità costituzionale alla porzione del comma 5-bis dell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988 relativa ai delitti implicati dalle vicende *sub iudice*.

In punto di motivazione sull'irragionevolezza della disciplina censurata, si osserva un maggiore impegno argomentativo nell'ordinanza in commento, che coglie l'occasione per segnalare come la «previsione di reati ostativi all'applicazione della messa alla prova non consente di assicurare uniformemente la portata educativa della risposta penale minorile, riesuma larvatamente la funzione retributiva della giustizia penale soltanto per alcuni reati e impedisce che possa essere valutata la personalità del minorenne autore del fatto». Non manca in proposito una riflessione di politica criminale, nella misura in cui si ravvisa nell'introduzione del regime ostativo alla messa prova minorile e nella conseguente resa all'intervento meramente punitivo, non la soluzione al problema della commissione di reati gravi, ma piuttosto «la prova di un

249. V. altresì, E. LANZA, *Mediazione e procedimento penale minorile*, in A. MANGIONE – A. PULVIRENTI (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, 3^a ed., Milano, 2020, p. 708 ss. V. inoltre C. CESARI, *Le strategie di diversion*, in M. BARGIS (a cura di), *Procedura penale minorile*, 4^a ed., Torino, 2024, p. 312, per i rapporti tra la disciplina della giustizia riparativa introdotta dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 e il rito minorile.

³⁰ Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025.

insuccesso delle strutture sociali quali la famiglia, la scuola, le associazioni culturali, assistenziali, sportive».

Traspare dall'ultimo scorcio della motivazione in ordine alla non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988, come proprio nel caso dei reati resi ostativi alla messa alla prova, risulti «ancor più necessaria una analisi approfondita ed individualizzata della personalità del minore imputato», non potendo la preclusione dell'istituto fondarsi soltanto sul titolo di reato contestato «che finirebbe [...] per “apparire come l'unico dato certo sul minore”».

In conclusione, le doglianze del Tribunale per i minorenni di Roma in relazione all'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988, nella parte in cui prevede che le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai delitti previsti dall'art. 609-*bis* c.p., limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p., si appuntano sui parametri espressi dagli artt. 31, comma 2, 117, comma 1, e 3 Cost.; con prevalenza dei primi due, ritenuti assorbenti rispetto all'ultimo.

3. Alcune note a margine, a cominciare dagli effetti della messa alla prova per i minorenni autori di reati gravi.

La disciplina della messa alla prova minorile, distribuita tra gli artt. 28 e 29 d.P.R. n. 448 del 1988 e 27 d.lgs. n. 272 del 1989 (che dispone le norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del d.P.R. n. 448 del 1988)³¹, lascia individuare agevolmente la *ratio* dell'istituto, inteso a risparmiare al minore la responsabilizzazione in chiave punitiva, attraverso l'attivazione di un percorso di recupero endoprocedimentale svolto con l'assistenza dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia in collaborazione con i servizi socio-assistenziali degli enti locali.

La funzione esclusivamente educativa della messa alla prova minorile spiega l'originaria assenza di preclusioni all'operatività dell'istituto, che nella disciplina disegnata dal legislatore del 1988 poteva essere disposto indipendentemente dal tipo di reato commesso, rimettendo al giudice specializzato la valutazione circa l'opportunità della prova. Come segnalato dal giudice rimettente, la discrezionalità in merito all'ammissione al beneficio nella prassi può dar luogo anche al suo diniego «nei casi di reati di massima gravità, e/o in relazione ad imputati con personalità deviante strutturata non potendosi ritenere la concessione dell'istituto da parte dei giudici minorili un mero automatismo processuale»³².

³¹ A queste disposizioni deve ora aggiungersi la “variante” dell'istituto introdotta (dal c.d. decreto Caivano) con l'art. 27-*bis* d.P.R. n. 448 del 1988: vale a dire il «percorso di rieducazione del minore». Peraltro, questa disposizione è già stata sottoposta allo scrutinio della Corte costituzionale, che ne ha dichiarato l'illegittimità nella parte in cui affida al giudice per le indagini preliminari, anziché al giudice dell'udienza preliminare, la competenza in merito all'ammissione all'istituto: Corte cost. 10 febbraio 2025, n. 23, sulla quale v. L. CAMALDO, [Decreto Caivano: per la Corte costituzionale sulla prova minorile “semplificata” deve decidere il giudice collegiale \(art. 27-bis, comma 2, d.P.R. n. 448/1988\)](#), in questa Rivista, 3, p. 179 ss.

³² Trib. minorenni Roma, g.u.p., ord. n. 88 del 2025, a p. 73 della Gazz. Uff.

L'illimitatezza applicativa del *probation* minorile ha finora costituito il puntello argomentativo privilegiato dalla Corte costituzionale ogni qualvolta si è trattato di rimarcare la differenza funzionale tra l'istituto minorile e l'omologo previsto per gli adulti³³: alla funzione essenzialmente deflattiva del *probation* degli adulti si contrappone la finalità "puramente rieducativa" della messa alla prova minorile³⁴, laddove «il senso delle prescrizioni inerenti al programma cui l'imputato deve essere sottoposto appare esclusivamente orientato a stimolare un percorso (ri)educativo del minore, finalizzato all'obiettivo ultimo di una «evoluzione della sua personalità» nel senso del rispetto dei valori fondamentali della convivenza civile, al cui riscontro è subordinata la stessa valutazione di esito positivo della messa alla prova»³⁵.

Il periodo di prova rappresenta un punto di osservazione privilegiato sull'evoluzione della personalità del minorenne, che, lungi dal ricevere una paternalistica misura di clemenza, è impegnato nell'osservanza di un programma educativo personalizzato sotto la guida dei servizi minorili, in vista dell'acquisizione della consapevolezza dei valori fondamentali della convivenza civile e della propria responsabilizzazione. Per tali ragioni, come sostenuto anche dagli studiosi della materia³⁶, la messa alla prova si prospetta maggiormente proficua proprio con riguardo ai minori autori di reati di una certa gravità³⁷; per questi l'istituto in parola può talora rappresentare l'unica alternativa alla pena detentiva autenticamente rispondente alle esigenze educative manifestate dal comportamento criminoso, proprio in ragione del progetto di intervento che sostanzia la prova. Occorre infatti considerare che nell'età evolutiva la commissione di reati anche di una certa gravità rappresenta spesso un *unicum* nella vita del minore, in quanto manifestazione di un disagio transitorio, non di rado collegato al difficile contesto socio-familiare e al difetto di supporto in seno alle primarie agenzie sociali.

L'analisi della prassi in materia di messa alla prova minorile evidenzia che nel caso di applicazione dell'istituto per reati (anche gravi) della stessa specie, la durata del periodo di prova stabilita dal giudice varia in funzione della personalità del minore e in particolare della sua capacità di rispettare le prescrizioni impartite, di rielaborare la vicenda criminosa e di impegnarsi con costanza nello svolgimento del programma educativo. Ove si consideri che il progetto di intervento può estendersi fino ai tre anni, che le prescrizioni che lo sostanziano possono essere alquanto impegnative per l'adolescente – tanto che si registrano casi in cui i minorenni non manifestano disponibilità al *probation* – e che l'esito negativo della prova comporta la ripresa dell'*iter*

³³ V. Corte cost. 20 febbraio 2019, n. 68; Id., 6 luglio 2020, n. 139.

³⁴ Corte cost. n. 139 del 2020, punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

³⁵ Corte cost. n. 68 del 2019, n. 3.2.2. del *Considerato in diritto*.

³⁶ S. ABRUZZESE, *La messa alla prova del minore omicida*, in *Min. giust.*, 1996, n. 1, p. 15; A. CIAVOLA, V. PATANÈ, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in ZAPPALÀ (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, 3ª ed., Torino, 2019, p. 191. V., altresì, per i dati emersi dalla prassi, lo studio condotto da C. MONTELEONE, *Messa alla prova e "reati gravi": uno studio della prassi applicativa del tribunale per i minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, n. 9, 2008, p. 3480 ss.

³⁷ V., tuttavia C. CESARI, sub *Art. 28*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. 448/1988*, 6ª ed., Milano, 2024, p. 530 s.

processuale, trova conferma il carattere tutt'altro che indulgenziale dell'istituto, che per un verso non sacrifica le istanze repressive in caso di fallimento della prova, e, per altro verso, soddisfa le esigenze di difesa sociale in caso di esito positivo del percorso educativo. Come evidenzia il giudice *a quo*, «la possibilità di inserire, nel progetto di messa alla prova, importanti momenti di confronto con i servizi specialistici (a seconda dei casi, Consultorio Familiare, Neuropsichiatria Infantile, SERD presso le Aziende Sanitarie Locali) e di supporto psicologico, utili, in particolare, nei delitti caratterizzati da dinamiche affettive disfunzionali (come spesso rilevabile nei casi di violenza sessuale, maltrattamenti in famiglia e nei delitti di pedopornografia) riduce il rischio di recidiva con indubbio beneficio della generalità dei consociati». A tal ultimo riguardo, dai dati disponibili in relazione al tasso di recidiva conseguente all'applicazione della messa alla prova minorile, valorizzati anche in numerosi *report* del Dipartimento per la giustizia minorile e di comunità³⁸, emerge «un più alto tasso di recidiva stimata per i giovani che hanno sperimentato altre misure rispetto alla messa alla prova, indipendentemente dalla lunghezza della stessa. La percentuale di recidiva è di circa il 30%, un valore più alto di circa 10 punti percentuali rispetto a coloro che sono stati sottoposti alla misura della messa alla prova». Del resto, anche dall'ultimo report del citato Dipartimento, relativo ai dati statistici dell'anno 2024³⁹, risulta che dal 2003 al 2024 la prova ha dato esito positivo in oltre l'80% dei casi. Si aggiunga che dagli studi sulla messa alla prova minorile risulta che l'esito negativo della prova non è in diretta relazione con il tipo di reato perpetrato⁴⁰.

3.1. I profili d'incostituzionalità degli automatismi in materia penale minorile.

Il regime ostativo alla messa alla prova minorile di recente introduzione si risolve in ipotesi presuntive di “non recuperabilità” del minore al di qua della condanna; questi, per il fatto stesso di avere commesso taluno dei reati elencati nell'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988, non è considerato meritevole di accedere ad un percorso di (ri)educazione che può condurre all'estinzione del reato. Limitando l'operatività del *probation* minorile, la novella del 2023 ne avvicina la disciplina a quella ordinaria, avviando l'istituto ad un'inammissibile adultizzazione più volte scongiurata dalla Corte

³⁸ La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88). Dati statistici Anno 2023, in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/MAP_2023_G.pdf. Sul punto, v. A. GILI, L. PIERONI, *L'applicazione della messa alla prova nella riduzione del tasso di recidiva: primi risultati*, in I. MASTROPASQUA – M.M. LEOGRANDE – C. ZANGHI – M.S. TOTARO – L. PIERONI – A. GILI (a cura di), *La recidiva nei percorsi penali dei minori autori di reato. Report di ricerca*, in *I numeri pensati. Quaderni dell'Osservatorio sulla devianza minorile in Europa*, Roma, 2013, p. 90 ss. V. altresì, M. COLAMUSSI – A. MESTITZ, *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?*, Milano, 2012, per una ricerca che rileva l'impatto maggiormente positivo della messa alla prova applicata in età minore in termini di abbattimento della recidiva in età adulta, in confronto con l'esperienza di misure afflittive o meramente indulgenziali.

³⁹ La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 D.P.R. 448/88) Dati statistici Anno 2024, in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/MAP_2024_G.pdf.

⁴⁰ M. TREZZI – A. MAGGIOLINI, *Reati sessuali minorili e messa alla prova*, in *Minori Giustizia*, n. 2, 2024, p. 192.

costituzionale nelle pronunce che censurano la parificazione del trattamento penale tra adulti e minori⁴¹.

La Consulta ha più volte ribadito, argomentando sugli artt. 31, comma 2 e 27, comma 3, Cost., l'impraticabilità di rigide preclusioni per i minorenni autori di reato, rispetto ai quali è manifesta la necessità di prognosi individualizzate rimesse al giudice minorile⁴², specializzato e con competenze multidisciplinari. La recente opzione legislativa si pone dunque in netto contrasto con le esigenze di personalizzazione della risposta penale minorile, che deve perseguire il primario obiettivo dell'educazione del giovane reo. D'altra parte, ricorre nella giurisprudenza della Corte costituzionale la valorizzazione del rapporto di necessaria funzionalità tra prognosi individualizzate e finalità di recupero del minore⁴³.

Sennonché, nell'ordinanza in commento, il rimettente, pur richiamando il combinato disposto degli artt. 27, comma 3 e 31, comma 2, Cost. per rintracciare il fondamento costituzionale del rito penale minorile, al quale è riconosciuta la funzione di recupero del minore, non è conseguenziale nella formulazione del *petitum*, ove, come nella gran parte delle ordinanze precedenti⁴⁴, non si giunge alla coraggiosa doglianza di violazione dell'art. 27, comma 3, Cost.

3.2. Violenza sessuale commessa da minori: tra maldestri approcci alla sessualità, fraintendimenti e sopraffazione violenta.

Il delitto di cui all'art. 609-bis c.p., in assenza di una definizione agli effetti della legge penale della nozione di «atti sessuali», si presta ad abbracciare un'ampia gamma di condotte, come dimostra il variegato panorama giurisprudenziale, nel quale si riscontrano pronunce che applicano la fattispecie anche nel caso del bacio dato senza il consenso della vittima o nell'ipotesi di palpeggiamenti repentini. Quanto osservato trova riscontro nell'art. 609-bis, comma 3, c.p., che prevede una consistente attenuante ad effetto speciale per i «casi di minore gravità», la quale ha trovato applicazione nel caso di specie.

Questa ampiezza di contenuti della fattispecie prevista nell'art. 609-bis c.p. si riflette sull'estensione del novero di comportamenti rilevanti come violenza sessuale di gruppo ai sensi dell'art. 609-octies c.p., che fa consistere la condotta incriminata «nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609-bis». Si aggiunga che la formulazione dell'art. 609-octies c.p. è tale da includere condotte che vanno dal contributo morale alla perpetrazione dell'atto sessuale.

⁴¹ Corte cost. 12 febbraio 1998, n. 16; v. anche Corte cost. 16 marzo 1992, n. 125; Id. 10 dicembre 1997, n. 403; Id. 9 aprile 1997, n. 109.

⁴² Basti qui limitare il richiamo alle più recenti pronunce: Corte cost. 22 febbraio 2017, n. 90; Id. 5 novembre 2019, n. 263.

⁴³ Corte cost. 2 maggio 1996, n. 143; Id., 22 aprile 1991, n. 182; Id., 8 aprile 1987, n. 128; Id., 15 luglio 1983, n. 222; Id., 11 aprile 1978, n. 46.

⁴⁴ Fa eccezione Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025.

Sennonché, diversa valenza assume l'assistere all'atto sessuale violento compiuto da altri, esprimendo compiacimento⁴⁵, rispetto all'effettiva commissione della violenza; del resto, anche l'art. 609-*octies*, comma 4, c.p. prevede un'attenuante, tuttavia ad effetto comune, riservata al partecipante «la cui opera abbia avuto minima importanza nella preparazione o nella esecuzione del reato». D'altra parte, con particolare riferimento alla casistica che vede come protagonisti soggetti in età minore, non può trascurarsi che spesso gli adolescenti partecipano all'azione criminosa sotto la spinta emotiva del branco, che non di rado è assoggettato ad una figura dominante.

Quanto fin qui osservato trova riscontro empirico nelle vicende all'origine delle molteplici ordinanze che hanno investito l'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988, tutte relative a delitti di violenza sessuale perpetrati in danno di vittime minorenni. La preclusione introdotta dal legislatore del 2023 non consente al giudice del merito di avvalersi della messa prova quale strumento che, più di ogni altro tra quelli a disposizione del giudice minorile, consente di individualizzare la risposta penale in funzione dell'esigenza di recupero del minore. A maggior ragione nei casi di violenza sessuale, individuale o di gruppo, commessa tra minori, che, come anticipato, assumono sfumature e intensità diverse anche per le caratteristiche intrinseche dell'autore e della vittima.

Basti qui considerare che, secondo alcuni studi sul tema, spesso il procedimento penale per reati sessuali commessi da minori scaturisce da fatti riconducibili a «situazioni “relazionali”, che vedono posti, l'uno dinanzi all'altro, adolescenti – pressoché coetanei – tra i quali è frequente una sorta di “frintendimento del gesto”»⁴⁶, che si riflette sulla percezione dell'autore circa la sussistenza, la consistenza e i limiti del consenso prestato dalla vittima⁴⁷. L'osservazione dei dati empirici riflette l'incongruenza della novella che, sollecitata dai gravi fatti di cronaca registrati nel Comune di Caivano, perde di vista il dato di esperienza. Come segnalato da una recente ricerca, «la quota ampiamente maggioritaria delle storie di reati sessuali commessi da minorenni non vede protagonisti ragazzi “devianti” nel pieno senso di questo termine, bensì adolescenti autori di gesti e condotte inquadrabili nella logica di approcci impropri alla sessualità, in cui è carente il completo consenso dell'altro e che rappresentano inoltre un momento transitorio del proprio sviluppo psicosessuale e relazionale, peraltro spesso già superato quando vengono presi in carico dai servizi per compiere un intervento educativo»⁴⁸. Non può poi trascurarsi la preoccupazione manifestata dagli esperti in tematiche relative al disagio e devianza minorile, circa le conseguenze dell'enfatizzazione della dimensione sessuale del reato commesso da minorenni coinvolti nel circuito penale. Trattandosi di adolescenti, non sempre provenienti da contesti di disagio familiare e/o sociale, per i

⁴⁵ V., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. III, 12.7.2022, n. 32503, in *DeJure*.

⁴⁶ Così I. MASTROPASQUA – R. BRACALENTI – M.S. TOTARO (a cura di), *Minorenni autori di reati sessuali e Giustizia minorile*, in *I numeri pensati. Quaderni dell'Osservatorio sulla devianza minorile in Europa*, Roma 2021, p. 77.

⁴⁷ V. I. MASTROPASQUA – R. BRACALENTI – M.S. TOTARO (a cura di), *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, cit., p. 77.

⁴⁸ Così I. MASTROPASQUA – R. BRACALENTI – M.S. TOTARO (a cura di), *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, cit., p. 77.

quali la commissione del reato sessuale spesso rappresenta un fatto pressoché unico, «si corre il rischio di sollecitare il minore ad una sorta di “autostigmatizzazione”, non già del proprio gesto o della propria condotta illegale bensì della propria sessualità *in toto*»⁴⁹. Preoccupazione che non può non alimentarsi ulteriormente in conseguenza dell'introduzione del regime ostativo alla messa alla prova minorile, che priva il giudice di uno strumento che, per le sue caratteristiche e soprattutto per il coinvolgimento del personale specializzato dei servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, meglio si presterebbe al recupero del minore anche in chiave responsabilizzante nel rispetto dei principi di minima offensività del processo penale e di *extrema ratio*.

3.3. Quali alternative per il minore autore di violenza sessuale aggravata?

Volgendo lo sguardo al sistema di sanzioni e di “benefici” per il minore autore di reato, l'impossibilità di ricorrere alla messa alla prova non necessariamente implica l'applicazione della pena carceraria, potendosi prospettare le condizioni per l'operatività della sospensione condizionale della pena o delle pene sostitutive; ancora, in fase esecutiva, l'accesso alle misure penali di comunità (d.lgs. n. 121 del 2018). Rispetto alle “alternative” appena indicate, la messa alla prova, risparmiando al minore impegnato seriamente nel programma di intervento (parte del)l'esperienza procedimentale e finanche la condanna, si presenta, come già evidenziato, maggiormente funzionale al principio di minima offensività della giustizia penale minorile. Difatti, la sospensione condizionale della pena, pur corroborata dalla prescrizione della frequenza e del superamento con esito favorevole di specifici percorsi di recupero (art. 165, comma 5, c.p.) e dall'eventuale affiancamento delle misure di rieducazione previste dall'art. 25 r.d.l. n. 1404 del 1934 (art. 26 r.d.l. n. 1404 del 1934), non risparmierebbe al minore la prosecuzione del processo fino alla condanna, esponendolo agli effetti pregiudizievoli del rito. Quanto detto vale altresì per le pene sostitutive (v. artt. 30 d.P.R. n. 448 del 1988 e 59, comma 2, l. n. 689 del 1981) – che peraltro, come in precedenza osservato dal Tribunale per i minorenni di Bari, risultano «prive della capacità educativa e responsabilizzante del programma trattamentale di messa alla prova»⁵⁰– e, *a fortiori*, per le misure penali di comunità, che operano in fase esecutiva (d.lgs. n. 121 del 2018).

Nondimeno, nella valutazione in punto di rilevanza della questione di legittima costituzionale, nessuna delle citate “alternative” disponibili in sede di cognizione è considerata dal giudice *a quo* del caso di specie. Curiosamente, l'ordinanza in commento si limita a spiegare le ragioni dell'inopportunità della pronuncia del non luogo a procedere per irrilevanza del fatto (ai sensi dell'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988) e della concessione del perdono giudiziale (art. 169 c.p.), laddove proprio questi istituti, in

⁴⁹ Così I. MASTROPASQUA – R. BRACALENTI – M.S. TOTARO (a cura di), *Minorenni autori di reati sessuali e giustizia minorile*, cit., p. 77.

⁵⁰ V. Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025, a p. 105 della. Un accenno nei medesimi termini si intravede anche in Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025, a p. 79 della Gazz. Uff.

rapporto al caso *sub iudice*, appaiono come i meno plausibili rispetto al ventaglio delle possibili opzioni alla messa alla prova minorile.

Ad ogni modo, non può farsi a meno di osservare che la configurazione della violenza sessuale (individuale e di gruppo) aggravata come reato ostativo alla messa alla prova minorile palesi un'intollerabile schizofrenia e irragionevolezza del sistema, che non confida nel *probation* per gli autori di questi reati, lasciando intendere che la pena detentiva si prospetti come unica valida misura, e tuttavia non preclude la possibilità di sottrarre il minore alla pena carceraria, legittimando il ricorso alle alternative sopra richiamate.

4. Il *climax* dell'irragionevolezza del catalogo dei reati ostativi alla messa alla prova minorile.

Seguendo l'adagio delle più recenti ordinanze promotrici degli altri giudizi di legittimità costituzionale (ancora pendenti) sull'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988, anche l'ultimo rimettente lamenta l'irragionevolezza del catalogo di reati ostativi alla messa alla prova approntato dal legislatore, segnalando l'esclusione di delitti di maggiore gravità, per i quali l'istituto può tuttora operare.

Per vero, ad una più attenta analisi, la questione dell'irragionevolezza del regime preclusivo introdotto nel 2023 risulta assai più articolata di quanto non si prospetti ad una prima lettura, poiché l'irrazionalità assume toni via via crescenti nel passaggio dalla selezione dei reati ostativi, all'individuazione delle aggravanti utili a qualificarli come tali, fino a culminare nella rigidità della preclusione a fronte della gamma di condotte che alcune di queste fattispecie sono in grado di raffigurare.

In primo luogo, risultano compatibili con la messa alla prova minorile reati assistiti da livelli edittali di pena più severi di quelli previsti per alcuni dei delitti ostativi. Prendendo spunto dai rilievi formulati nelle diverse ordinanze che hanno investito l'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988, si considerino i reati per i quali il legislatore fa consistere la pena nell'ergastolo (v., ad es. art. 422 c.p.) o i delitti puniti con pena superiore a quella prevista per l'omicidio comune (v. art. 630 c.p.) e dunque, *a fortiori*, più grave della sanzione prevista per i reati di violenza sessuale (individuale o di gruppo) aggravata ai sensi dell'art. 609-*ter* c.p., nonché per la rapina aggravata ai sensi dell'art. 628, comma 3, nn. 2, 3 e 3-*quinq*ues c.p.

D'altro canto, anche l'esclusione di reati di gravità analoga a quelli ostativi suscita perplessità. Ancora una volta, torna utile la casistica osservata in occasione dell'analisi comparativa tra le diverse ordinanze che hanno investito la recente novella. Si pensi ai fatti narrati nella prima ordinanza del Tribunale per i minorenni di Roma⁵¹: se la complessiva vicenda di bullismo verificatasi nel caso di specie fosse culminata non in una violenza sessuale di gruppo ma in una condotta rilevante ai sensi dell'art. 583-*quinq*ues c.p. (aggravato dall'art. 61, n. 11-*quinq*ues c.p. per la minore età della vittima),

⁵¹ V. Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025.

gli imputati avrebbero potuto beneficiare della messa alla prova. Considerazioni non dissimili si prospettano anche rispetto ad altre fattispecie che non raggiungono il livello di pena della violenza sessuale di gruppo: si pensi all'ipotesi in cui, in luogo della violenza sessuale, gli imputati avessero procurato una paralisi permanente alla vittima (art. 583 c.p.).

In secondo luogo, l'irragionevolezza si prospetta altresì come interna allo stesso novero dei reati ostativi, laddove si prevede un richiamo omnicomprensivo alle aggravanti dell'art. 609-ter c.p., con riferimento alla violenza sessuale individuale e di gruppo, mentre si selezionano le aggravanti per il delitto di rapina, così come per l'omicidio, che rileva in quanto aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p. Al riguardo, si pensi al minore che, non avendo superato la delusione amorosa, cagioni la morte dell'*ex* fidanzata minorenni (ipotesi riconducibile all'art. 577, comma 2, c.p.), a fronte di altro coetaneo che, nel tentativo di riconquistare l'*ex partner*, anch'essa minorenni, la costringa a baciare (ipotesi che, similmente a quella dell'ordinanza in commento, verrebbe inquadrata nell'art. 609-bis, ultimo comma, c.p., ma aggravata ai sensi dell'art. 609-ter c.p., per la minore età della vittima). Paradossalmente, mentre il primo ragazzo potrebbe beneficiare della messa alla prova, il secondo sarebbe destinato al carcere o, più plausibilmente, a taluna delle possibili alternative che, come già spiegato⁵², non sono equiparabili al *probation* in termini di tutela "dal processo" ed opportunità educative.

Vale la pena di ricordare che la minore età della vittima figura tra le aggravanti previste dall'art. 609-ter c.p., sicché l'impossibilità di applicare la messa alla prova minorile per i reati previsti dagli artt. 609-bis e 609-octies c.p. risulta pressoché ineluttabile, poiché, come già rilevato, la violenza sessuale commessa da un minore solitamente coinvolge vittime minorenni e dunque implica l'ipotesi aggravata che preclude l'accesso al beneficio.

Pertanto, anche rispetto ai reati per i quali il legislatore si è impegnato nella selezione delle aggravanti che determinano l'ostatività alla messa alla prova, sfugge la *ratio* del criterio discrezionale impiegato. Si consideri che la scelta legislativa di candidare al regime ostativo l'omicidio aggravato ai sensi dell'art. 576 c.p. e non anche dell'art. 577 c.p. consente l'accesso al beneficio per il minore che abbia ucciso un compagno di scuola con crudeltà o adoperando sevizie (art. 577, comma 1, n. 4 c.p.), e non anche per il suo coetaneo che abbia freddato con un colpo d'arma da fuoco un agente di pubblica sicurezza (art. 576, comma 1, n. 5-bis). Quanto al delitto di rapina, poi, non si comprende per quale ragione non possa essere ammesso alla prova il minore che commetta il fatto nei confronti di un ultrasessantacinquenne (art. 628, comma 2, n. 3-quinquies c.p.) mentre ben potrebbe beneficiarne il minore autore di una rapina a mano armata commessa in danno di un sessantacinquenne (art. 628, comma 3, n. 1 c.p.).

Infine, deve segnalarsi che la qualificazione in termini ostativi di alcuni dei reati elencati nel comma 5-bis dell'art. 28 d.P.R. n. 448 del 1988 risulta in sé irragionevole, in quanto si tratta di fattispecie suscettibili di ricomprendere un ampio spettro di condotte di diversa consistenza quanto a disvalore. Basti qui richiamare le osservazioni già

⁵² V. *supra*, n. 3.3.

formulate a proposito dei delitti di violenza sessuale individuale e di gruppo, che hanno segnato le vicende di costituzionalità per le quali è ad oggi impegnata la Consulta⁵³. Simile ragionamento può essere svolto con riferimento al delitto di rapina, a maggior ragione dopo la recente pronuncia del Giudice delle leggi che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 628, commi 1 e 2, c.p. nella parte in cui non prevedono che la pena da essi comminata sia diminuita in misura non eccedente un terzo «quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità»⁵⁴.

Spingendo oltre il ragionamento, e ancora una volta avvalendoci degli spunti offerti da alcune delle ordinanze che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988, il sistema preclusivo introdotto nel 2023 porta all'irragionevole risultato, per lo stesso imputato e in relazione alla medesima vicenda criminosa, di poter prospettare la messa alla prova solo per alcuni dei reati contestati. In particolare, da quanto risulta dalla prima ordinanza del Tribunale per i minorenni di Roma⁵⁵, nella relativa vicenda processuale gli imputati sono stati chiamati a rispondere, insieme alla violenza sessuale di gruppo, dei delitti di atti persecutori e di pornografia minorile di cui all'art. 600-*ter*, comma 1, n. 1 c.p., questi ultimi esclusi dal regime ostativo al *probation* minorile; in uno dei giudizi innanzi al Tribunale per i minorenni di Bari⁵⁶, l'imputato è chiamato a rispondere sia del delitto di violenza sessuale aggravata ai sensi dell'art. 609-*ter*, ultimo comma, prima ipotesi, c.p. sia del delitto di sequestro di persona a sensi dell'art. 605 c.p., anche questo escluso dal catalogo dei reati elencati nell'art. 28, comma 5-*bis*, d.P.R. n. 448 del 1988. Sembra paradossale, che per lo stesso minorenni ritenuto maturo e dunque imputabile per tutti i reati commessi nella medesima occasione, si pongano le condizioni per un'osservazione approfondita della personalità e per la predisposizione di un percorso individualizzato di recupero solo rispetto ad alcuni dei reati perpetrati.

5. L'eterogenesi dei fini: l'attesa strumentalizzazione degli (altri) istituti a beneficio del minore autore di reato.

Come anticipato⁵⁷, negli snodi conclusivi delle argomentazioni l'ordinanza in commento non manca di segnalare che il regime ostativo alla messa alla prova minorile introdotto dalla l. n. 159 del 2023 «riesuma larvatamente la funzione retributiva della giustizia penale soltanto per alcuni reati e impedisce che possa essere valutata la personalità del minorenni autore del fatto». Per vero, tale osservazione offre una visione solo parziale delle conseguenze della riforma, ove si ponga mente al ventaglio di alternative che rimangono nella disponibilità del giudice minorile una volta esclusa *de*

⁵³ V. *supra*, n. 1.1.

⁵⁴ Corte cost., 16 aprile 2024, n. 86.

⁵⁵ Trib. minorenni di Roma, g.u.p., ord. n. 45 del 2025.

⁵⁶ V. Trib. minorenni Bari, g.u.p., ord. n. 68 del 2025.

⁵⁷ V. *supra*, n. 2.1.

jure la possibilità di ricorrere al *probation* in caso di commissione di taluno dei reati ostativi all'istituto. Si è già osservato, nell'esplorare le alternative alla messa alla prova per il minore autore di violenza sessuale aggravata⁵⁸, che il sistema di sanzioni e di "benefici" previsto per il giovane reo lascia aperta la possibilità di ricorrere, laddove ne sussistano i presupposti, al non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, al perdono giudiziale, alla sospensione condizionale della pena, alle pene sostitutive e, in ultimo, alle misure penali di comunità. Tuttavia, è bene ribadirlo, nessuna di queste alternative è in grado compendiare, "in un'unica soluzione", il principio di minima offensività del rito penale minorile (certamente soddisfatto dall'istituto previsto nell'art. 27 d.P.R. n. 448 del 1988), l'*extrema ratio* della pena detentiva (in varia misura realizzata anche dalle altre alternative sopra richiamate) e l'individualizzazione del trattamento in funzione educativa (senz'altro non ravvisabile nel non luogo a procedere per irrilevanza del fatto)⁵⁹.

È vero che un programma pedagogico può intravedersi anche in gran parte delle alternative sopra menzionate, tuttavia la cifra autenticamente distintiva del *probation* minorile risiede nell'anticipazione dell'intervento educativo già nella fase processuale. Il complesso delle attività di osservazione, trattamento e sostegno che sostanziano la "prova" del minore mira a promuovere il superamento della fase d'instabilità transeunte, scatenata dalle dinamiche adolescenziali e manifestatasi nella perpetrazione del reato⁶⁰, preservando il giovane reo dai dannosi effetti stigmatizzanti connessi alla permanenza nel circuito penale⁶¹. D'altro canto, l'esperienza processuale può risultare deleteria anche per la vittima del reato, che soprattutto nei casi di delitti contro la persona è costretta a ripercorrere il trauma della violenza subita, con il conseguente rischio di vittimizzazione secondaria, che potrebbe invece essere neutralizzato dalla sospensione del processo per la messa alla prova del giovane autore del delitto. Peraltro la messa alla prova rappresenta l'istituto minorile maggiormente in grado di offrire spazi alla giustizia riparativa e dunque ad una rielaborazione della vicenda criminosa che include il punto di vista della persona offesa, la cui posizione è altrimenti destinata a rimanere in ombra anche per effetto dell'art. 10 d.P.R. n. 448 del 1988, che preclude, nel

⁵⁸ V. *supra*, n. 3.3.

⁵⁹ Considerazioni diverse devono essere riservate agli istituti del perdono giudiziale e della sospensione condizionale, dal momento che, ai sensi dell'art. 26, comma 2, r.d.l. n. 1404 del 1934, quando è concesso taluno di questi benefici il giudice minorile deve valutare se al minorenni sia necessaria una delle misure rieducative previste nell'art. 25 del medesimo articolato; misure che prevedono «lo svolgimento di un progetto di intervento educativo con finalità rieducativa e riparativa sotto la direzione e il controllo dei servizi sociali» (art. 25, comma 1, r.d.l. n. 1404 del 1934). Meno appropriata rispetto al minore sembra invece la disciplina delle prescrizioni che devono necessariamente assistere la sospensione condizionale della pena nei casi di condanna per taluno dei delitti indicati nell'art. 165, comma 5, c.p.

⁶⁰ Sui contenuti del progetto di intervento e sui relativi orientamenti giurisprudenziali v. C. CESARI, *Art. 28*, in G. GIOSTRA (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d.P.R. n. 448/1988*, 6ª ed., Milano, 2024, p. 568 ss.

⁶¹ Nondimeno, non può farsi a meno di notare che, a differenza dell'altro istituto processuale a rilevanza sostanziale che caratterizza il sistema minorile, vale a dire il proscioglimento per irrilevanza del fatto (art. 27 d. P.R. n. 448 del 1988), la messa alla prova determina una protrazione dei tempi processuali: cfr. G. PANEbianco, *Il sistema penale minorile*, cit., p. 246 e letteratura ivi citata.

procedimento penale minorile, l'esercizio dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno⁶².

Ora, l'aver escluso alcuni reati dalla sfera operativa della messa alla prova minorile rimette al giudice, altrimenti costretto a condannare il minore a pena detentiva, la valutazione del ricorso a talune delle alternative sopra menzionate disponibili in fase di cognizione; alternative che, si ripete, non possiedono la medesima valenza del *probation* minorile. A ben vedere, il ricorso ad alcuni di questi istituti non solo consente di arginare l'intento repressivo che ha animato la riforma del 2023, ma potrebbe altresì conseguire quell'effetto clemenziale che il legislatore intendeva invece scongiurare.

Basti qui il sintetico richiamo ad una recente vicenda che ha impegnato il Tribunale per i minorenni di Messina⁶³. Il fatto vedeva coinvolto un quindicenne in concorso con un ragazzo maggiorenne nella realizzazione di alcuni furti e una rapina impropria (aventi ad oggetto tre biciclette, quattro dispositivi elettronici, qualche moneta e un cavatappi), pluriaggravati e avvinti dal vincolo della continuazione. Rispetto a tutti i reati risultava il ruolo gregario del minorenni, al quale è stata peraltro riconosciuta, rispetto alla rapina impropria, l'attentante di cui all'art. 116, comma 2, c.p. Tra le aggravanti della rapina impropria era ravvisata la circostanza prevista dall'art. 628, comma 3, n. 3-*quinqies*, c.p., poiché una delle persone offese risultava ultrasessantacinquenne. Nell'impossibilità di applicare la messa alla prova, pur richiesta dalla difesa, stante la presenza del reato ostativo tra quelli contestati, il giudice minorile ha concesso il perdono giudiziale; operazione che ha implicato la valorizzazione non solo del ruolo secondario dell'imputato nella perpetrazione dei reati ascrittigli, ma anche il suo «atteggiamento fortemente collaborativo» già dalle prime indagini, nonché la sua incensuratezza e l'influenza negativa su di lui esercitata dal correo maggiorenne, peraltro già noto alla giustizia. Non sfugge ad un'attenta lettura delle conclusioni del provvedimento il rilievo assegnato all'esperienza comunitaria dell'imputato, in ragione dell'esecuzione della misura cautelare applicatagli dal GIP, alla quale il giudice riconosce una incisiva valenza deterrente.

Non è poi da escludere che un simile approccio, pur condivisibile nell'intento, possa condurre all'estremo di ricorrere forzatamente al proscioglimento per immaturità, riabilitando quell'uso inflazionistico della dichiarazione di non imputabilità ai sensi dell'art. 98 c.p., che aveva caratterizzato la giurisprudenza negli anni precedenti all'introduzione del d.P.R. n. 448 del 1988 e dunque della messa alla prova⁶⁴.

6. Là dove il Legislatore non vuole, la Corte costituzionale potrebbe.

La recente introduzione di un catalogo, sia pur notevolmente circoscritto, di fattispecie sottratte all'operatività della messa alla prova minorile ha di fatto aperto una

⁶² Cfr. G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile*, cit., p. 249.

⁶³ Trib. minorenni Messina, g.u.p., 19 febbraio 2025, n. 17/25 Reg. Sent. GUP (inedita).

⁶⁴ G. PANEBIANCO, *Il minore reo*, in A. MANGIONE – A. PULVIRENTI (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, 3ª ed., Milano, 2020, p. 175 ss.

pericolosa breccia che potrebbe incoraggiare il legislatore, già rivelatosi particolarmente sensibile all'allarme sociale generato da eclatanti fatti di cronaca, ad ampliare ulteriormente il novero dei reati ostativi.

Per vero, l'attuale e ciclica tendenza all'inasprimento della disciplina penale minorile non è caratteristica solo del nostro ordinamento, potendosene trovare riscontro anche oltreoconfine. Il riferimento è in particolare alla recente riforma messa in opera dal legislatore francese con la LOI n° 2025-568 del 23 giugno 2025 (cd. *loi Attal*), volta a rafforzare l'autorità del sistema giudiziario nei confronti dei minori autori di reato e dei loro genitori. Intervento che sorprende a maggior ragione, ove si consideri l'inversione di rotta rispetto al *Code de la justice pénale des mineurs* entrato in vigore poco più di tre anni addietro⁶⁵. Nel mirino della riforma, fra altro, era coinvolta la *procédure de mise à l'épreuve éducative*, prevista dagli articoli L521-7 à L521-25 del *Code de la justice pénale des mineurs* (istituto per vero non assimilabile alla nostra messa alla prova), rispetto alla quale si intendeva ampliare il regime di deroghe alla sua applicazione. Il *Conseil constitutionnel francese*, chiamato a pronunciarsi sulla conformità costituzionale della novella prima della sua promulgazione, come previsto dall'art. 61 della Costituzione francese, ha dichiarato l'incostituzionalità (anche) di questo profilo della riforma⁶⁶.

Se è arduo, o più realisticamente impossibile, che il nostro legislatore torni sui suoi passi riportando la disciplina della messa alla prova minorile alla formulazione anteriore al c.d. decreto Caivano, è invece auspicabile, non senza fondatezza, l'intervento ablativo della Corte costituzionale: i parametri costituzionali invocati dai giudici *a quibus*, corroborati da valide argomentazioni, lasciano ben sperare nell'accoglimento delle doglianze di incostituzionalità. Peraltro, sebbene possa sembrare difficile che la Consulta estenda la censura all'intero catalogo dei reati ostativi alla messa alla prova minorile, stante il vincolo per la Corte di pronunciarsi «nei limiti dell'impugnazione» (ai sensi dell'art. 27, l. 11 marzo 1953, n. 87), negli snodi delle motivazioni di entrambe le ordinanze del giudice minorile di Roma si rivengono gli estremi per un ampliamento del rilievo di irragionevolezza all'intero comma 5-*bis* d.P.R. n. 448 del 1988⁶⁷.

⁶⁵ Il *Code de la justice pénale des mineurs* è entrato in vigore il 30 settembre 2021. In argomento, SYLVAIN JACOPIN (a cura di), *Le Code de la justice pénale du mineur: Quel bilan?*, Parigi, 2023.

⁶⁶ Decisione n° 886/2025 del 19 giugno 2025: v. G.L. GATTA – G. MENTASTI, [Il Conseil constitutionnel francese "boccia" la riforma della giustizia penale minorile \(loi Attal\): dalla stampa e dalla politica forti critiche alla Corte e ai principi fondamentali richiamati nella decisione](#), in questa *Rivista*, 24 giugno 2025.

⁶⁷ V. *supra*, n. 2.1.

SOLIDARIETÀ E DIRITTO PENALE. LA STORIA (QUASI) CIRCOLARE DEL DIVIETO DI ACCATTONAGGIO

di Sergio Seminara

Il nuovo art. 600-octies c.p., come modificato dal c.d. Decreto sicurezza, sanziona nel comma 2 la condotta di induzione all'accattonaggio; la successiva previsione di un aumento della pena, nel caso il destinatario della condotta sia un soggetto infrasedicenne, dimostra che si è voluto sanzionare l'induzione all'accattonaggio anche di adulti. Ne deriva un parallelismo con i reati di istigazione o induzione al suicidio o alla prostituzione, cioè con fatti riprovati dall'ordinamento ma privi di sanzione sulla base di peculiari ragioni di politica criminale. L'accostamento della mendicizia a tali ipotesi è privo di ogni giustificazione e forse nasconde l'intento di criminalizzare proprio l'accattonaggio, ripristinando così scelte punitive da tempo abbandonate.

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. La nuova formulazione dell'art. 600-octies c.p. – 3. La nozione di accattonaggio. – 4. Il reato di accattonaggio dinanzi alla Corte costituzionale. – 5. Conclusioni. – 6. Postilla.

1. Il problema.

Il c.d. decreto sicurezza (d.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito in l. 9 giugno 2025, n. 90) ha modificato l'art. 600-octies c.p., nel comma 1 elevando da quattordici a sedici anni l'età del minore il cui utilizzo a fini di accattonaggio è sanzionato; nel comma 2 – che in questa sede intendiamo approfondire – inserendo nel preesistente precetto, relativo a chi «organizzi l'altrui accattonaggio, se ne avvalga o comunque lo favorisca a fini di profitto»¹, la condotta di chi «induca un terzo all'accattonaggio». Manco a dirlo, giacché i tempi sono quello che sono, la cornice di pena è stata significativamente elevata per entrambe le ipotesi: reclusione da uno a cinque anni nel comma 1 e da due a sei anni nel capoverso, quando in precedenza la pena consisteva, rispettivamente, nella reclusione fino a tre anni ovvero da uno a tre anni.

Di sfuggita rileviamo nel testo del comma 2 l'uso del congiuntivo: considerando che le fattispecie codicistiche sono solitamente declinate nel tempo dell'indicativo, potrebbe insinuarsi il sospetto che i redattori della norma – di quella nuova come della previgente, risalente al 2018 – non siano penalisti. Sullo stesso piano va rimarcata l'incongruità stilistica della formulazione, ove in poche righe il termine “terzo” compare una volta come pronome e altra volta come aggettivo numerale. Né va trascurata

¹ Il comma 2 dell'art. 600-octies è stato introdotto dall'art. 21-quinquies, comma 1, lett. a), d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, così modificato dalla legge di conversione 1° dicembre 2018, n. 132.

l'inconsueta menzione del "terzo" al posto di "una persona" o di "taluno"²: deviazione, questa, dai canoni in uso che rafforza i dubbi sulle competenze penalistiche di quanti abbiano cooperato alla stesura della fattispecie. Non si tratta di acribia fine a sé stessa: è che abbiamo ancora difficoltà ad arrenderci dinanzi a tanta sciatteria, a causa della convinzione che la legge esige il rispetto di requisiti formali e non solo sostanziali.

Ma non perdiamo tempo con questi infortuni linguistici e giuridici e concentriamoci sulla condotta di induzione all'accattonaggio, assimilata alle condotte di chi organizza l'altrui accattonaggio, se ne avvale o comunque lo favorisce a fini di profitto.

Nel linguaggio penalistico il concetto di induzione compare con una frequenza decisamente minore di quello di istigazione. In effetti, i due termini non sono sinonimi: l'istigazione designa l'atto diretto a suscitare o rafforzare un altrui proposito, l'induzione risulta orientata sulla causazione di un'altrui condotta o di un vizio dell'altrui volontà. Si spiega così perché nel codice penale l'istigazione sia tipizzata attraverso il suo finalismo – il più spesso consistente nel "far commettere" (artt. 302, 414, 414-bis, 604-bis, 613-ter) o nel "far disobbedire" (artt. 266, 415) –, mentre l'induzione è utilizzata per l'azione che cagiona l'altrui errore (artt. 494, 640, 643) o provoca un'altrui condotta (artt. 319-quater, 377, 377-bis, 507, 558-bis, 600-bis, 600-ter, 609-bis). Da tale distinzione deriva che l'istigazione, ove accompagnata dai requisiti dell'idoneità e della concreta pericolosità, si conclude con la sua realizzazione e, se autonomamente incriminata, già in quel momento può dirsi consumata; l'induzione invece si compie con l'esecuzione della condotta del terzo, in assenza della quale risulta configurabile a carico dell'induttore solo un tentativo³. A conferma di quanto appena osservato, d'altra parte, valga il rilievo che l'istigazione può svolgersi in forma pubblica (artt. 414-415 c.p.), così assumendo natura monosoggettiva, mentre l'induzione richiede un rapporto interpersonale destinato a concludersi nella psiche del destinatario di essa.

Questa differenza si riflette sull'interpretazione dell'art. 600-octies, comma 2: indurre all'accattonaggio non significa semplicemente suscitare o eccitare in altri il proposito di mendicare, essendo necessario che il proposito si traduca in realtà. Nondimeno, fuori dai casi di espressa tipizzazione, induzione e istigazione sono condotte atipiche di concorso e per entrambe vale il principio generale della non punibilità sancito dall'art. 115 comma 3 in favore dell'istigazione quando essa «è stata accolta, ma il reato non è stato commesso».

² Il termine «terzo» compare nel codice penale per indicare un comma o un capoverso oppure una frazione a fini di riduzione o aumento della pena. Le eccezioni sono rappresentate dall'art. 289-ter (ove la nozione di terzo non ammette equivalenti perché si specifica in «uno Stato, una organizzazione internazionale tra più governi, una persona fisica o giuridica o una collettività di persone fisiche») e dalle fattispecie nelle quali la condotta, di ricezione o ritenzione (art. 316) ovvero di accettazione della dazione o promessa (artt. 317, 318, 319, 319-quater e 322), avviene «per sé o per un terzo».

³ Si pensi solo all'art. 319-quater c.p., ove l'induzione del pubblico agente configura il delitto tentato quando il privato si rifiuta di dare o promettere ovvero, con la sua riserva mentale, rende solo apparente l'accordo raggiunto (da ult. Cass., sez. VI, 11 ottobre 2024, n. 37447). Sulla condotta induttiva vd. A. NISCO, *La tutela penale dell'integrità psichica*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 108 ss.; D. PIVA, *Premesse ad un'indagine sull'«induzione»*, Napoli, Jovene, 2013, p. 9 ss.

Andiamo avanti. Solitamente, l'induzione è autonomamente sanzionata perché esprime un autonomo disvalore, pur atteggiandosi come un atto preparatorio rispetto all'altrui reato: si pensi agli artt. 377 e 377-*bis* c.p. in tema di intralcio alla giustizia. Allo stesso modo si giustifica la punibilità autonoma dell'induzione quando essa è esercitata con un abuso di potere sulla persona che, privata così della sua libertà di autodeterminazione, è anche la vittima: si pensi agli artt. 558-*bis* e 609-*bis* c.p., rispettivamente concernenti la costrizione o induzione al matrimonio e la violenza sessuale. Il problema insorge quando, fuori dai casi di abuso, la condotta oggetto dell'induzione in sé non costituisce reato: è il caso della prostituzione e della pornografia minorile (artt. 600-*bis* e 600-*ter* c.p.), relativamente al minore di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni, ma è anche il caso della prostituzione da parte di soggetti adulti (art. 3, nn. 5 e 6, legge 20 febbraio 1958, n. 75).

Ora, non è certo questa la sede per riflettere sulla giustificazione politico-criminale delle incriminazioni appena menzionate. È sufficiente dire che gli artt. 600-*bis* e 600-*ter* e l'art. 3 legge n. 75 del 1958 sono destinati a proteggere soggetti che, per età o per condizioni presunte, risultano più fragili e dunque esposti a condotte di altrui sfruttamento particolarmente significative sul piano esistenziale.

Sul punto torneremo brevemente in seguito, poiché al momento il vero interrogativo è un altro: che c'entra con tutto questo l'induzione all'accattonaggio?

Affinché i termini del ragionamento siano chiari, abbiamo parlato di fatti – la prostituzione di minori e di adulti – considerati negativamente dall'ordinamento e pertanto presidiati attraverso una serie di divieti mirati a colpire non il soggetto agente ma quanti lo inducono o lo agevolano nella sua attività o ne traggono profitto. Pienamente giustificata è dunque la riconduzione nella stessa categoria del reato di istigazione e aiuto al suicidio, ove la condotta di istigazione più propriamente acquista il carattere dell'induzione attraverso la condizione obiettiva di punibilità, richiesta dall'art. 580 c.p., che il suicidio si verifichi o dal suo tentativo derivi una lesione grave o gravissima.

Fatti ovviamente assai diversi tra loro, prostituzione e suicidio, e tuttavia accomunati dalla tutela normativa accordata a soggetti presuntivamente fragili. E allora ripetiamo: che c'entra l'accattonaggio?

2. La nuova formulazione dell'art. 600-*octies* c.p.

Il comma 2 dell'art. 600-*octies*, nella versione originaria risalente al 2018, andava a contrastare un fenomeno criminoso di recente emersione, colmando una lacuna relativa allo sfruttamento organizzato della mendicizia: la difficoltà di dimostrare processualmente la soggezione continuativa della vittima, richiesta dall'art. 600 c.p. relativamente alla riduzione in servitù mediante costrizione all'accattonaggio, rendeva opportuna la previsione di un'apposita fattispecie incentrata sull'utilizzazione sistematica di persone in assenza di violenza o minaccia. La formulazione del comma 2 era univoca nel colpire organizzazioni strutturate in forma imprenditoriale, con ripartizione dei ruoli di organizzatore, sfruttatore e favoreggiatore; in questa prospettiva

diveniva comprensibile il motivo per cui il fatto di avvalersi dell'altrui accattonaggio era sanzionato in entrambi i commi, nel primo trattandosi dello sfruttamento di un minore determinato e nel secondo di una o più persone non rilevanti nella loro individualità.

A seguito della riforma operata dal d.l. n. 48 del 2025 la situazione è però mutata, poiché il nuovo comma 2 dell'art. 600-*octies* prevede l'uso di violenza o minaccia e la minore età della vittima come cause di aggravamento della pena, sicché la fattispecie base prevista dallo stesso comma 2 sanziona lo sfruttamento di soggetti adulti che, in assenza di qualsiasi coartazione, abbiano liberamente scelto di mendicare. La riforma ha così cagionato due ordini di problemi, uno interno e l'altro esterno.

Sul versante interno è infatti svanita la differenza tra il comma 1 e il comma 2, pur diversamente sanzionati, giacché il fatto di avvalersi di un infrasedicenne per mendicare integra il reato di cui al comma 1 e, in forma aggravata, il reato di cui al comma 2. La diversità dovrebbe consistere nel contesto, che nel comma 2 si colora in senso imprenditoriale, sebbene – come si dirà – questa connotazione risulti fortemente attenuata dalla menzione delle condotte induttive. Ovviamente, a causa della sua estrema genericità a nessuno verrebbe in mente di indicare il dolo specifico di profitto, menzionato solo nel comma 2, come elemento differenziale; mentre sarebbe stato assai opportuno che ai redattori della norma venisse in mente di equiparare alla minore età e alla non imputabilità i casi di grave disabilità fisica ⁴.

Sul versante esterno, la previsione dell'uso di violenza o minaccia avvicina l'art. 600-*octies*, comma 2, al reato di riduzione in servitù *ex* art. 600, affidando la loro distinzione al requisito della continuatività dello stato di soggezione ⁵, assai difficilmente misurabile rispetto a un minore di età. Neppure si trascuri che l'autonomia dei reati previsti nei due commi dell'art. 600-*octies* fa sì che la previsione del comma 2 sia in grado di concorrere, nel caso di violenza o minaccia, con il reato di cui all'art. 416, così aprendo ingovernabili scenari sanzionatori.

Il problema più delicato riguarda però la fattispecie base del comma 2 e, in particolare, l'inserimento dell'induzione all'accattonaggio svolta su adulti in assenza di violenza o minaccia e, dunque, in piena libertà e consapevolezza. La condotta di induzione invero non condivide la natura imprenditoriale delle altre che la seguono, poiché si realizza all'interno di un rapporto interpersonale, laddove organizzazione, sfruttamento e favoreggiamento ne prescindono. In sostanza, considerando anche la varietà delle situazioni qualificabili come mendicizia, ogni condotta realizzata tra amici, conoscenti o componenti di uno stesso gruppo e mirata a indurre altrui atti di accattonaggio, magari saltuari, dovrebbe configurare il reato in esame, a nulla potendo valere il requisito del dolo di profitto.

L'incriminazione di una condotta finalizzata a sollecitare la commissione di un fatto lecito, da parte di un adulto libero e consapevole, costituisce però un'evenienza assai rara nel nostro ordinamento giuridico: per trovare modelli corrispondenti, occorre ricorrere alla prostituzione e all'istigazione al suicidio. Ma davvero è possibile concepire

⁴ Per questa notazione R. BARTOLI-M. PELISSERO-S. SEMINARA, *Diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2024³, p. 140.

⁵ Da ult. Cass., sez. V, 17 febbraio 2022, n. 5733.

una politica di contrasto all'accattonaggio attraverso una disciplina che lo equipara alla prostituzione e al suicidio?

3. La nozione di accattonaggio.

Precisiamo subito che tra accattonaggio e mendicizia non sussiste nessuna differenza concettuale, come dimostra già l'art. 600-*octies*, che nella rubrica menziona l'accattonaggio e nel comma 1 punisce il fatto di «chiunque si avvale per mendicare»: in sostanza, l'accattonaggio è il sostantivo e mendicare è il correlativo verbo⁶. Al di là della loro capacità evocativa nel linguaggio comune, che – peraltro in conformità a una risalente tradizione storica e giuridica – tende a costruire la nozione di mendicante e accattono più sulla persona che sulla condotta –, entrambi i termini compaiono nella fattispecie normativa senza specificazioni relative all'abitudine della condotta, sicché dovrebbe trattarsi di un reato istantaneo.

Cosa significhi “mendicare” è presto detto: è la condotta di chi, con qualsiasi modalità, chiede soldi o doni a persone indeterminate in luogo pubblico o aperto al pubblico. Non si pensi a scenari necessariamente drammatici: può certamente darsi il caso del soggetto costretto a mendicare dal proprio stato di assoluta indigenza, ma è possibile pure che non sia in gioco la sua sopravvivenza (il dramma eventualmente potrebbe riferirsi alle cause per le quali il soggetto vive per strada) o che si tratti di una tradizione culturale o di una scelta ideologica anti-sistema (è il caso, rispettivamente, dei rom e dei c.d. *punkabestia*); né si trascuri la possibilità di qualificare come mendicizia il c.d. *busking*, cioè l'esibizione di abilità offerta ai passanti sulla pubblica via per ricevere un obolo.

Dinanzi a questa ampiezza di situazioni, si tratta di riflettere sull'accostamento dell'induzione all'accattonaggio all'istigazione al suicidio e all'induzione alla prostituzione. Non è necessario in questa sede approfondire le ultime due tematiche, oggetto di un noto e vivace dibattito in ordine alla loro punibilità; concentriamo l'attenzione sull'accattonaggio, prima fornendone una breve ricostruzione sul piano normativo e poi guardando agli interventi della Corte costituzionale⁷.

Sul piano normativo, il codice penale del 1889, conformandosi alla tradizione preunitaria, sanzionava con l'arresto nell'art. 453 la mendicizia da parte della persona abile al lavoro e anche di quella inabile al lavoro, ove non avesse adempiuto alle

⁶ Nel testo originario del vigente codice penale, gli artt. 670 e 671 erano rispettivamente rubricati come «Mendicizia» e «Impiego di minori nell'accattonaggio», ma nella descrizione dei relativi fatti si utilizzava il verbo “mendicare”. Nel senso che il termine “accattonaggio” presenti una natura «dialettale-gergale» e risulti «molto più denso di connotazioni socio-economiche» F. CURI, *Il reato di accattonaggio: “a volte ritonano”*, in *Dir. pen. cont.*, 21-1-2019, p. 10; interessanti notazioni storiche sui due termini sono in A. COSEDDU, *Mendicizia*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, VII, p. 601 s. In favore della valenza sinonimica si esprime D. SCIUTTERI, *La repressione penale della mendicizia, tra solidarietà e multiculturalismo*, in *Arch. pen.*, 2022, n. 1, p. 35.

⁷ Oltre gli Autori citati nella nota precedente vd. L. FERLA, *Art. 600-*octies**, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti-S. Riondato-S. Seminara, Milano, Wolters Kluwer, 2024⁷, p. 2354 ss.; M. MIEDICO, *Art. 600-*octies**, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini-G.L. Gatta, Milano, Wolters Kluwer, 2021⁵, p. 1581 ss.

prescrizioni di legge ⁸; l'art. 454 puniva più gravemente la mendicizia «in modo minaccioso, vessatorio o ripugnante» e l'art. 456 sanzionava infine chi permetteva che il minore infraquattordicenne, affidato alla sua potestà, custodia o vigilanza, mendicasse o che altri se ne avvallesse per mendicare.

Il codice del 1930 si manteneva nel solco di tale disciplina: l'art. 670 puniva il fatto di mendicare in luogo pubblico o aperto al pubblico, nel capoverso aggravando la pena «se il fatto è commesso in modo ripugnante o vessatorio, ovvero simulando deformità o malattie, o adoperando altri mezzi fraudolenti per destare l'altrui pietà»; l'art. 671 sanzionava l'«impiego di minori nell'accattonaggio» con una formula assai prossima a quella del testo previgente.

L'affinità delle previsioni dimostra una continuità della politica criminale. La Relazione dell'on. Zanardelli sul Progetto presentato alla Camera dei Deputati il 22 novembre 1887 osservava nel n. CLXXXVIII che nella mendicizia «l'ozio non solo costituisce un fatto concreto e risultante da estremi determinati e costanti, ma riesce colpevole e dannoso, sia per le abiette abitudini che ingenera, sia perché la mendicizia riesce molesta insidiatrice della tranquillità pubblica e della proprietà privata». Il passo è davvero straordinario nella sua sintesi, recando dentro di sé tutti gli argomenti contrari alla mendicizia: da un lato la fonte di essa – cioè l'ozio, consentito ai benestanti ma precluso ai poveri –, dall'altro l'effetto, consistente nella minaccia per l'ordine pubblico e il patrimonio. Facendo leva su un assetto ordinamentale che sul piano delle misure di prevenzione aveva già eretto gli oziosi e i vagabondi a destinatari primari, al pari dei briganti ⁹, l'ozio si confonde con la mendicizia e gli oziosi e i mendicanti diventano nemici sociali: «per la malvagità ed i pericoli – prosegue la Relazione nel commento all'art. 453 – che vanno congiunti ad una delle più tristi piaghe sociali, devono essere penalmente colpiti quegli uomini sani e robusti, i quali, agli onesti guadagni dell'onorato lavoro utile alla produzione sociale, preferiscono l'ozio infingardo che fa loro perdere ogni dignità personale ed ogni delicato pudore, e, con spettacolo indegno di un paese civile, rendono ben comodo fomite de' proprii vizii la pubblica pietà» ¹⁰.

⁸ L'art. 453 cpv. escludeva rilievo al «fatto che il colpevole mendichi col pretesto o con la simulazione di rendere servizi alle persone o di smerciare oggetti»; la mancata riproposizione di questa specificazione nel codice del 1930 dimostra come in questo sia stata accolta la nozione più ampia di mendicizia.

⁹ La legge c.d. Pica del 15 agosto 1863, n. 1409, mentre introduceva lo stato di guerra nelle province meridionali infestate dal brigantaggio, prevedeva il domicilio coatto per gli oziosi, i vagabondi e le «persone sospette», così introducendo nell'ordinamento giuridico italiano misure di polizia *praeter delictum* che avrebbero dimostrato una straordinaria vitalità. Per la dottrina del tempo si rinvia all'imponente ricerca di E. FLORIAN-G. CAVAGLIERI, *I vagabondi*, Torino, Bocca, 1897 e 1900, I e II; nella dottrina contemporanea, per tutti, A. MARTINI, *Essere pericolosi*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 81 ss.; D. PETRINI, *Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione*, in *Storia d'Italia, Annali 12, La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, p. 893 ss.

¹⁰ Parole simili sono in V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 1923², Torino, Utet, IX, p. 163 s.: «È evidente che la libertà di mendicare, in uno Stato civile, e che tale vuol apparire, non può essere riconosciuta. Lo sfruttamento dell'altrui carità col mezzo dell'accatto, se è particolarmente odioso e dannoso quando avviene da parte di chi può lavorare, è pure ingiustificato da parte degli inabili al lavoro». L'Autore individua tre fondamenti per la repressione: «lo sconcio dell'accattonaggio (...) può essere giudicato, specialmente dagli stranieri, come un indizio d'insufficienti provvidenze sociali e quindi di civiltà arretrata»;

Potrebbe dirsi che, in una società protocapitalistica come quella italiana di fine '800, la mendicizia era intesa come "renitenza" all'obbligo di prestare attività lavorativa; in questo senso, le misure preventive adottate nei confronti degli oziosi e dei vagabondi miravano a riconvertire i "dissidenti" in lavoratori, mentre l'accattonaggio era qualificato come reato perché costituiva l'evoluzione dell'oziosità e del vagabondaggio, rappresentandosi al tempo stesso come un'alternativa al lavoro nelle fabbriche.

Il fascismo mantiene questa impostazione, sebbene ora giustificata dall'idea della potenza dello Stato e dell'obbligo di ciascuno di contribuirvi ¹¹. Solo viene eliminata, nel nuovo art. 670, la distinzione tra abili e inabili al lavoro, rinviandosi sul punto agli artt. 154 s. del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza (t.u.l.p.s., r.d. 18 giugno 1931, n. 773).

In sostanza, una tradizione secolare ci consegna una visione dell'accattonaggio come stadio propedeutico al compimento di reati di minaccia, violenza privata o estorsione, se non addirittura furto o rapina. Potrebbe replicarsi che nessuna ragione consente di sanzionare una condotta consistente nella semplice richiesta di denaro: giacché la mendicizia appunto in questo consiste, nel chiedere un obolo di solidarietà a persone indeterminate, libere di accogliere o respingere la richiesta.

4. Il reato di accattonaggio dinanzi alla Corte costituzionale.

Lo studio sui rapporti tra accattonaggio e diritto penale ci ha condotto dinanzi a un miserabile capitolo della storia: miserabile perché concernente fatti di miseria e soprattutto perché caratterizzato da risposte sanzionatorie intrinseche della miseria morale di un diritto penale classista.

Quanto a lungo sia durato questo diritto penale classista – e, si potrebbe aggiungere, ossessivamente preoccupato di tutelare a ogni costo la proprietà privata da nemici attuali e potenziali –, lo dimostrano i non pochi interventi della Corte costituzionale sul tema che ci occupa.

Il primo risale alla pronuncia 21 novembre 1959, n. 51, che trae origine da una supposta incompatibilità dell'art. 670 c.p. con l'art. 38, comma 5, Cost., che sancisce la libertà dell'assistenza privata. La dichiarazione di infondatezza della questione si comprende, ma con l'odierna sensibilità appare eccessivamente rigida l'affermazione della Corte secondo cui «la norma contenuta nell'art. 670 c.p., anche nella forma aggravata di accattonaggio vessatorio, tutela soltanto il bene giuridico della tranquillità

«il danno economico generale, che proviene dalla sottrazione al lavoro delle forze di coloro che, non essendo invalidi, preferiscano vivere parassitariamente»; «la mendicizia è, per sua natura, l'immonda sorella della delinquenza e del vizio, così che il lasciarla prosperare costituirebbe evidentemente un grave pericolo per la sicurezza pubblica genericamente considerata».

¹¹ Vd., infatti, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, Torino, Utet, 1939, IX pt. II, p. 266 s., che con pochissime variazioni lessicali ripropone i passi citati nella nota precedente, aggiungendo solo che «anche sotto l'aspetto demografico la mendicizia è causa dannosa, perché abbrutisce e deprava chi la esercita, e nuoce quindi al decoro e alla forza della razza».

pubblica, con qualche riflesso sull'ordine pubblico». Verrebbe da dire che assai male, in quell'occasione, fu impiegata la nozione di bene giuridico.

Il secondo intervento consiste in un *obiter dictum*, riferito a una questione sollevata in riferimento al reato di «Possesso ingiustificato di valori» sanzionato dall'art. 708 c.p., che a quel tempo caratterizzava le condizioni personali dell'agente richiamando l'art. 707, che tra l'altro menzionava il condannato per mendicizia. In tale occasione, la sentenza 19 luglio 1968, n. 110, rileva «la diversa *ratio* delle relative norme repressive (artt. 670 c.p. e 156 t.u.l.p.s.) dirette prevalentemente a evitare molestie e coercizioni», affermandone l'estraneità alla tutela apprestata dall'art. 708 c.p. in quanto proiettate, più che sulla pubblica tranquillità, sulla libertà individuale.

Nello stesso senso si esprime, questa volta in riferimento all'art. 156 t.u.l.p.s.¹², la sentenza 2 febbraio 1972, n. 12, che dichiara la legittimità della norma evocando, «oltre all'interesse generale al mantenimento dell'ordine pubblico, quello (...) di preservare i cittadini dalle molestie, dalle velate e fastidiose coercizioni (che potrebbero eventualmente pregiudicare anche il diritto a non rivelare le proprie convinzioni), e talvolta anche dalle frodi verificabili attraverso le raccolte stesse».

È una stagione, questa, in cui la Corte costituzionale limita il proprio spazio operativo alle norme immediatamente lesive dei principi costituzionali, altrimenti ritenendo – afferma la sentenza appena citata – che, «a parte ogni considerazione circa il carattere direttamente precettivo dell'art. 2 allorché richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà, ed anche ad ammettere che fra questi rientri anche quello di promuovere o sollecitare l'altrui concorso in attività di carattere solidaristico, non può competere ad altri che non sia il legislatore lo stabilire i modi ed i limiti dell'adempimento stesso». Appare quasi futile la notazione che le norme oggetto di giudizio sono il più delle volte quelle emanate sotto il fascismo e che il rinvio alle determinazioni future del legislatore assume il valore di una rinuncia all'esercizio di un sindacato sulle leggi.

Ancora una manifestazione di tale atteggiamento si rinviene nella sentenza 7 maggio 1975, n. 102, che trae origine da un'acuta ordinanza di rimessione, che muove dal rifiuto di ribaltare il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost. in una «obbligatorietà del lavoro, rendendolo coercibile nei riguardi di coloro che lo rifiutano per una personale "visione del mondo", espressione di un atteggiamento ideologico di libero dissenso verso i criteri di vita dominanti nella società nella quale sono inseriti». Il giudice rimettente aggiungeva che, rispetto all'art. 670 c.p., «sarebbe da escludersi tanto il danno patrimoniale quanto il pericolo per la pubblica tranquillità, risolvendosi al massimo la richiesta del questuante in un eventuale senso di disagio per colui al quale la richiesta sia indirizzata senza che ciò rappresenti turbativa per la stessa tranquillità pubblica».

Come si vede, si tratta di argomentazioni intelligenti e sensibili, che però non fanno breccia nel conservatorismo della Corte costituzionale di quel tempo, ancora

¹² L'art. 156 t.u.l.p.s. subordinava le raccolte di fondi o di oggetti, le collette e le questue, alla licenza del questore, che poteva essere concessa solo in presenza di «scopo patriottico o scientifico ovvero di beneficenza o di sollievo da pubblici infortuni». Sulla norma la Corte si era già pronunciata, sempre rigettando le questioni di illegittimità, con la sentenza 26 gennaio 1957, n. 2 e le ordinanze 1° dicembre 1958, n. 68 e 21 novembre 1959, n. 54.

attestata sull'idea che i diritti inviolabili dell'uomo possano conoscere «restrizioni della sfera giuridica rese necessarie dalla tutela dell'ordine sociale», giacché «diventerebbero illusori per tutti, se ciascuno potesse esercitarli fuori dall'ambito della legge, della civile regolamentazione, del costume corrente, per cui tali diritti debbono venir temperati con le esigenze di una tollerabile convivenza». La decisione si limita ad accogliere un'altra questione congiuntamente esaminata, ammettendo la configurabilità dell'art. 54 c.p. in favore di «colui che, fisicamente debilitato e privo di chi debba per legge provvedere ai suoi bisogni essenziali, si induca alla mendicizia per non essere stato messo in condizione di non poter tempestivamente e validamente usufruire di quell'assistenza pubblica alla quale avrebbe diritto». È inutile indugiare su tale ripiego, incapace di presentarsi anche come un'astuzia della ragione poiché, al contrario, chiaramente ribadisce la validità generale dell'assetto sanzionatorio in vigore ¹³.

Occorre attendere, per una svolta, altri vent'anni. La sentenza 28 dicembre 1995, n. 519, afferma l'illegittimità dell'art. 670, comma 1, c.p. alla luce di un mutato atteggiamento della coscienza sociale nei confronti del fenomeno in esame, dal quale discende che «la figura criminosa della mendicizia non invasiva appare costituzionalmente illegittima alla luce del canone della ragionevolezza, non potendosi ritenere in alcun modo necessitato il ricorso alla regola penale. Né la tutela dei beni giuridici della tranquillità pubblica, "con qualche riflesso sull'ordine pubblico" (sentenza n. 51 del 1959), può dirsi invero seriamente posta in pericolo dalla mera mendicizia che si risolve in una semplice richiesta di aiuto».

Sulla scia di queste poche ma essenziali parole l'art. 18, legge 25 giugno 1999, n. 205, avrebbe abrogato l'art. 670 c.p. nella sua interezza.

5. Conclusioni.

La vicenda che si sta narrando non ha però un lieto fine. A distanza di dieci anni l'art. 3, comma 19, lett. d), legge 15 luglio 2009, n. 94, ha cancellato l'art. 671 solo per ricollocarlo, come delitto e non più come contravvenzione, nel nuovo art. 600-*octies*; l'art. 21-*quater*, comma 1, introdotto dalla legge n. 132 del 2018 in sede di conversione del d.l. n. 113 del 2018, ha poi provveduto a recuperare il previgente art. 670 comma 2, questa volta mantenendolo come contravvenzione, all'interno del nuovo art. 669-*bis* c.p.

Affinché la storia finora riferita acquisti una perfetta circolarità, dunque, manca ancora solo un ultimo passo, costituito dalla restaurazione del reato di accattonaggio; per il momento, abbiamo nell'art. 600-*octies* una norma che sanziona l'induzione all'accattonaggio anche di adulti liberi e consapevoli, così da qualificare la mendicizia nel senso più negativo, al pari della prostituzione e del suicidio.

Ha senso qui parlare di una nuova manifestazione di paternalismo del diritto penale?

¹³ Sull'applicabilità dell'art. 54 c.p. nei casi di accattonaggio la giurisprudenza ha assunto sempre posizioni assai restrittive: da ult. Cass., sez. I, 1° marzo 2022, n. 7140.

La risposta richiede un approfondimento non consentito in questa sede. Ci limitiamo a osservare che l'ammissibilità di forme di paternalismo indiretto – nelle quali, cioè, la minaccia di pena si indirizza verso un terzo, al fine di impedirgli condotte ritenute dannose nei confronti di chi vi abbia consentito – risulta direttamente condizionata dal bisogno di tutela di un soggetto che si presume debole: ciò che fornisce pieno fondamento alle norme poste a protezione dei minori e, in misura più disputabile, a fatti esistenzialmente complessi e invasivi, posti in essere da adulti dietro compenso, come la maternità surrogata e la prostituzione ¹⁴. Assolutamente diverse sono le motivazioni relative al divieto di morte assistita, mentre nessun dubbio dovrebbe sorgere in merito alla vendita di organi.

Non è facile rinvenire un punto di incontro tra il liberismo di quanti rivendicano il diritto di ciascuno di disporre in qualsiasi modo del proprio corpo e il solidarismo insito in incriminazioni che, allo scopo di tutelare i più deboli e i più fragili, assumono inevitabilmente tinte paternalistiche. Certo è, comunque, che mai nessun afflato solidaristico potrà sorreggere una disapprovazione della mendicizia, spinta fino al punto di sanzionare l'induzione.

La mendicizia non offende alcun bene meritevole di tutela penale. È possibile che un benpensante possa rilevare la sgradevolezza del fatto o dello spettacolo offerto da chi chiede denaro o cibo sulla pubblica via, ma l'accattonaggio non invasivo, praticato da soggetti adulti liberi e consapevoli, non può costituire reato. La solidarietà che si manifesta nell'offrire denaro o cibo a chi ne ha bisogno rappresenta un dovere la cui inderogabilità è oggi rimessa alla coscienza del singolo; a nessuno dovrebbe però essere consentito di invocare sanzioni penali per contrastare il fenomeno ¹⁵.

6. Postilla.

Si è più volte e da più parti osservato che il d.l. n. 48 del 2025 ha un contenuto ispirato da "cattiveria", perché indirizza la sua volontà punitiva nei confronti delle categorie più deboli o emarginate; accusa, questa, che peraltro acquista una luce ancora più vivida se come contrappunto si pensi alla legge 9 agosto 2024, n. 114, che, abrogando il reato di abuso di ufficio e modificando il reato di traffico di influenze, ha usato un trattamento opposto in favore di altre categorie.

Stiamo vivendo tempi caratterizzati da profonde discriminazioni, che conferiscono al diritto penale un volto talora mite e talaltra feroce. Anche guardando ad altri recenti e scombinate interventi del legislatore, non va però trascurato il sospetto che

¹⁴ In tema di prostituzione Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141 e 20 dicembre 2019, n. 278; nonché Corte Edu, sez. V, 25 luglio 2024, n. 63664/19, M.A. e altri v. Francia. Sul divieto di maternità surrogata Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272.

¹⁵ In argomento Corte Edu, sez. III, 19 gennaio 2021, n. 14065/15, Lacatus v. Svizzera, che afferma la natura sproporzionata della sanzione pecuniaria, convertita in sanzione detentiva, inflitta a una donna di etnia Rom, analfabeta e indigente, che aveva praticato l'accattonaggio, ravvisando una violazione del diritto alla dignità umana e al rispetto della vita privata di cui all'art. 8 Cedu.

7-8/2025

l'inserimento della condotta induttiva nell'art. 600-*octies* non sia frutto di un'esasperazione repressiva, ma risulti dovuto solo all'inconsapevolezza e all'incompetenza di chi quella norma ha redatto, magari pensando di richiamarsi al testo dell'art. 600-*bis* c.p. e confondendo l'induzione con il reclutamento.

Fosse vero, non si tratterebbe però di un motivo di conforto.

IL NUOVO REATO DI RIVOLTA IN CARCERE INTRODOTTO DAL D.L. SICUREZZA N. 48/2025

di Vittorio Sassi

Il nuovo reato di rivolta all'interno di un istituto penitenziario ex art. 415-bis c.p. rappresenta un momento di possibile rottura nel modo in cui il carcere è concepito e amministrato. La fattispecie non si limita a punire fenomeni di esteso disordine, ma sembra proporsi di agire più in profondità nelle dinamiche carcerarie.

SOMMARIO: 1. Le fattispecie penali penitenziarie introdotte dal DL Sicurezza. – 2. Il reato di rivolta carceraria: la fattispecie. – 3. Una prima analisi. – 4. Focus sulle condotte di resistenza. – 5. Bene giuridico (e accostamenti pericolosi). – 6. La fattispecie di rivolta nei centri ex artt. 10-ter e 14 T.U. Immigrazione e l'istigazione penitenziaria: cenni. – 7. Rilievi conclusivi e il perché del reato di rivolta.

1. Le fattispecie penali penitenziarie introdotte dal DL Sicurezza.

Il Decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48 (convertito con L. 9 giugno 2025, n. 80: “DL Sicurezza”) introduce due nuove fattispecie di reato e una circostanza aggravante che si contraddistinguono per il loro ambito di applicazione penitenziario e *para*-penitenziario. Nel considerare questo nuovo, piccolo *corpus* di diritto penale, è utile soffermarsi sulla fattispecie che (anche a livello mediatico¹) sembra aver attratto maggior attenzione: il delitto di cui all'art. 415-bis c.p., rubricato *Rivolta all'interno di un istituto penitenziario*, introdotto dall'art. 26, co. 1, lett. b), DL Sicurezza. Si accennerà brevemente anche all'aggravante di istigazione alla disobbedienza in ambito penitenziario di cui al nuovo art. 415, co. 2, c.p. (interpolato dall'art. 26, co. 1, lett. a), DL Sicurezza) e al reato di rivolta commesso nei centri per migranti previsti agli artt. 10-ter e 14 D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (“T.U. Immigrazione”) di cui al nuovo co. 7.1 dell'art. 14 T.U. Immigrazione (introdotto dall'art. 27 DL Sicurezza).

Le considerazioni finora svolte sul DL Sicurezza² si sono per lo più concentrate sul dettato normativo in generale e sulle sue molteplici incoerenze. Analogamente,

¹ Per Il Sole24Ore, che pubblica una mera notizia *flash*, il titolo è *Ddl sicurezza / Reclusione da uno a cinque anni per chi partecipa a rivolta in carcere* (19 settembre 2024), disponibile a questo [link](#). Analogamente per il Post, con un intervento più corposo: *I problemi del reato di “rivolta in carcere” introdotto dal governo* (16 aprile 2025), disponibile al seguente [link](#). V. anche: E. NOVI, *Il Dl Sicurezza innalza la tensione in carcere: ogni respiro è “rivolta”*, in *Il Dubbio*, 21 aprile 2025, disponibile al seguente [link](#).

² Ecco i contributi usciti a ridosso della pubblicazione del DL Sicurezza: G. GIOSTRA, [È “necessario e urgente” rifondare il DL Sicurezza](#), in *questa Rivista*, 29 aprile 2025; F. PALAZZO, [Decreto Sicurezza e questione carceraria](#),

un'analisi dell'art. 415-bis c.p. ne farà emergere spontaneamente l'inopportunità, l'inadeguatezza della tecnica redazionale, nonché i molteplici profili di tensione con principi di rango costituzionale³.

2. Il reato di rivolta carceraria: la fattispecie.

La fattispecie di *Rivolta all'interno di un istituto penitenziario* punisce con la reclusione da uno a cinque anni «Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, partecipa ad una rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, commessi da tre o più persone riunite» (co. 1, primo periodo).

La lettera della norma, come si vede, ricalca la struttura dei reati associativi, a precedere i quali la stessa è stata dunque non a caso inserita: ad essere punita è infatti una condotta a concorso necessario di partecipazione alla "rivolta". Tale condotta partecipativa, sorretta da dolo generico, viene poi qualificata da un punto di vista modale, dovendo caratterizzarsi per atti di violenza, minaccia o resistenza. Ad

in questa Rivista, 01 maggio 2025; E. DOLCINI, [Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza](#), in in questa Rivista, 15 maggio 2025; M. PASSIONE, [Ancora a proposito del decreto-sicurezza \(d.l. 11 aprile 2025, n. 48\)](#), in questa Rivista, 16 maggio 2025. G.L. GATTA, [Decreto-sicurezza e lesioni a ufficiali o agenti di p.g. o di p.s. \(art. 583-quater, co. 1 c.p.\): dimenticate l'esistenza dell'aggravante di cui agli artt. 585, 576 n. 5-bis c.p. e le pene più severe per le lesioni gravi e gravissime?](#), in questa Rivista, 22 aprile 2025 si concentra su una diversa, puntuale questione sollevata dal DL Sicurezza. Due contributi più risalenti lambiscono la materia qui di interesse: M. PORCHIA, *Il reato di rivolta nelle strutture di trattenimento e accoglienza per i migranti: una lettura costituzionalmente orientata alla luce del diritto internazionale e dell'Unione Europea*, in *Questione Giustizia*, 30 gennaio 2025, che si concentra sull'odierno art. 27 DL Sicurezza (allora ancora parte del d.d.l. 1660); C. PASINI, [Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti](#), in questa Rivista, 29 maggio 2024, che si concentra sulla fattispecie oggetto del presente contributo per come appariva in una prima versione all'interno del d.d.l. 1660, anche offrendo un'interessante prospettiva comparatistica. Sul d.d.l. 1660, si vedano inoltre: L. ROSSI, [A proposito del nuovo disegno di legge in materia di sicurezza](#), in questa Rivista, 7 marzo 2024; F. FORZATI, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 3/2023, pp. 1 ss. Da ultimo, v. S. ZIRULIA, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del Codice Rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2025, pp. 217 ss. Per una prospettiva criminologica, v. R. CORNELLI, *Verso democrazie autoritarie? Paradossi, presupposti e tendenze delle politiche di sicurezza contemporanee*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2025, pp. 207 ss.

³ Questa elencazione è liberamente ispirata all'incipit di G. GIOSTRA, *È "necessario e urgente" rifondare il DL Sicurezza*, cit., § 1 riferito all'interesse del DL Sicurezza, laddove l'Autore scrive: «Difficile immaginare un esempio altrettanto efficace del decreto-legge n. 48/2025 per spiegare come non andrebbe esercitato il potere di legiferare, soprattutto in materia penale: carente il presupposto costituzionalmente richiesto per bypassare il confronto parlamentare; inadeguato il drafting legislativo; insensato l'assemblaggio di temi, rationes e destinatari, così eterogenei da risultare espressione più di un fenomeno di incontinenza securitaria che di un organico disegno di riforma». E. DOLCINI, *Un Paese meno sicuro*, cit., § 1 nota come l'effetto del DL Sicurezza è stato quello di unire magistratura, dottrina e esponenti del mondo professionale nella critica, con la sola eccezione di M. RONCO, *Pacchetto sicurezza*, in *Centro Studi Livatino*, 28 aprile 2025, il quale si propone di confutare «le roventi critiche che la magistratura associata, le Camere penali degli avvocati e i professori associati di diritto penale hanno mosso alla disciplina secondo linee ideologiche dirette alla contestazione pregiudiziale della politica di sicurezza del Governo».

accomunare la fattispecie base in esame a quella di cui agli artt. 416 e 416-bis è inoltre la soglia numerica di partecipanti: non inferiore a tre.

La fattispecie base è completata dal seguente periodo: «*costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza*» (co. 1, secondo periodo). Come si vede il legislatore ha inteso definire il lemma “resistenza” estendendone la portata anche ai casi di “resistenza passiva” e, allo stesso tempo, precisando che in quest’ultimo caso le condotte saranno punibili solo al ricorrere di ulteriori circostanze fattuali: contesto, numero dei *resistenti* e impedimento dei necessari atti d’ufficio o di servizio.

I commi 2 e 3 del nuovo art. 415-bis c.p., prevedono due circostanze aggravanti: per «*coloro che promuovono, organizzano o dirigono la rivolta*» la pena è della reclusione da due a otto anni; nel caso di utilizzo di armi, la pena è da due a sei anni per i partecipanti e da tre a dieci per i promotori. Anche in questo caso, è ben visibile come la tecnica normativa richiami la struttura dei reati associativi, e in particolare dell’art. 416-bis c.p. che parimenti punisce condotte meramente partecipative come fattispecie base per poi prevedere un aggravamento di pena per condotte di organizzazione, direzione o promozione⁴.

I commi 4 e 5, infine, prevedono un aggravio punitivo rispetto a quanto ordinariamente previsto dal combinato disposto degli artt. 83 e 586 c.p.: se dai fatti di rivolta derivano lesioni personali gravi o gravissime oppure la morte come conseguenze non volute, non solo sono aumentate le pene di cui agli artt. 589 e 590 c.p. (come da art. 586 c.p.), ma sono aumentate anche le pene per il reato *voluto* (dunque, quello di cui all’art. 415-bis c.p.), con gradazioni differenti a seconda di quali siano state le modalità della condotta (co. 4: fino a un massimo di diciotto anni di reclusione)⁵ o in ragione del fatto che più persone siano vittime di lesioni oppure siano decedute (co. 5: fino a un massimo di venti anni di reclusione)⁶.

⁴ La formulazione odierna costituisce un *novum*, in quanto a struttura, rispetto a quella inizialmente comparsa nel d.d.l. 1660 presentato in Parlamento. Infatti, come riportato da C. PASINI, *Il disegno di legge*, cit., § 2, i primi due commi apparivano come segue: «*Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, mediante atti di violenza o minaccia, di resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti ovvero mediante tentativi di evasione, commessi in tre o più persone riunite, promuove, organizza o dirige una rivolta è punito con la reclusione da due a otto anni. Per il solo fatto di partecipare alla rivolta, la pena è della reclusione da uno a cinque anni*». Come si vede, tale formulazione ripercorreva la struttura dell’art. 416 c.p., invece che quella di cui all’art. 416-bis c.p.

⁵ «*Se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, una lesione personale grave o gravissima, la pena è della reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a dodici anni nei casi previsti dal secondo comma; se, quale conseguenza non voluta, ne deriva la morte, la pena è della reclusione da sette a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dieci a diciotto anni nei casi previsti dal secondo comma*».

⁶ «*Nel caso di lesioni gravi o gravissime o morte di più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti*».

3. Una prima analisi.

Intuitivamente, il fenomeno evocato dal lemma “*rivolta*”, contenuto sia nella rubrica del reato sia (ancor più significativamente) nella descrizione del fatto, appare chiaro: proteste su larga scala, che coinvolgono ampie fette della popolazione detenuta, magari anche in più istituti penitenziari contemporaneamente⁷. Fenomeni di questo tipo hanno oggi grande copertura mediatica⁸ e si ripetono con una certa frequenza nelle carceri esacerbate da condizioni di un sovraffollamento⁹ che ha raggiunto i livelli in passato censurati dalla sentenza CEDU *Torregiani e altri v. Italia* (2013)¹⁰.

Nondimeno, il fatto tipico descritto all’art. 415-bis, co. 1, c.p. non sembra, in realtà, *riflettere* i fenomeni appena menzionati.

Anzitutto, da un punto di vista soggettivo, la fattispecie non appare caratterizzarsi inequivocamente quale reato proprio: se l’idea è quella di sanzionare rivolte poste in essere da detenuti, il reato invece punisce, letteralmente, «*chiunque, all’interno di un istituto penitenziario*». Dunque, la soggettività cui fa riferimento la fattispecie è tutt’al più ristretta in quanto selezionata in base al luogo in cui le condotte vengono poste in essere, ma non sulla base di una caratteristica o qualifica del soggetto agente¹¹. Diversamente sarebbe stato (come peraltro è stato fatto per il successivo art. 27 DL Sicurezza: v. *infra*) se il legislatore avesse inteso punire «*chiunque, [detenuto] all’interno di un istituto penitenziario*». Non si può quindi escludere che a innescare o partecipare alla “*rivolta*” possano essere tutti coloro che si trovino a operare, lavorare o far visita all’interno di un istituto di pena: una tale condotta sarebbe punibile senza dover ricorrere al sistema di imputazione del concorso esterno *ex art.* 110 c.p.

La condotta sanzionata, come visto, viene descritta nel seguente modo: «[...] *partecipa ad una rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza* [...]»¹². Conviene

⁷ Le notizie di stampa sono innumerevoli. Si riportano solo le più recenti riportate da ANSA: *Rivolta in carcere a Brissogne, cinque agenti intossicati* (17 maggio 2025, [link](#)); *Rivolta in carcere a Piacenza, agenti in tenuta antisommossa* (15 aprile 2025, [link](#)); *Rivolta al carcere minorile di Bologna, 4 capi trasferiti* (22 aprile 2025, [link](#)); *Rivolta detenuti nel carcere di Ariano Irpino, disarmati agenti* (29 marzo 2025, [link](#)); *Rivolta nel carcere di Cassino, trasferiti 50 detenuti* (14 aprile 2025, [link](#)). Sono poi ben noti i fatti che connotarono le rivolte, contemporanee in più istituti, durante l’emergenza Covid: L. MASTRODATO, *13 morti, mille ombre. A tre anni dalla strage nelle carceri italiane*, in *Lifegate*, 7 marzo 2023, disponibile al seguente [link](#); R. GALULLO, *Rivolta e morti nelle carceri, i veri motivi e l’attenta regia*, in *Sole24Ore*, 9 marzo 2020, disponibile al seguente [link](#); Redazione, *Coronavirus, rivolte nelle carceri, sette i detenuti morti a Modena. Nove ostaggi a Melfi, liberati nella notte*, in *La Repubblica*, 09 marzo 2020, disponibile al seguente [link](#).

⁸ *Ibidem*.

⁹ Più precisamente: nell’anno 2013 ci si attestava alle 62.536 unità, oggi (*rectius*, a febbraio 2025) alle 62.195. Si vedano i dati statistici rilasciati dal Ministero della Giustizia ([link](#)) e l’ultimo rapporto di Antigone sui dati della detenzione ([link](#)), dove si possono vedere i numeri in prospettiva storica.

¹⁰ *Torregiani e altri c. Italia* – Ricorsi nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10.

¹¹ *Contra*, v. C. PASINI, *Il disegno di legge sicurezza*, cit., § 2.1, dove il reato è considerato quale reato proprio sulla base dell’indicazione per cui il soggetto agente deve trovarsi all’interno di un istituto penitenziario. Della stessa opinione rispetto a quella qui descritta, invece, S. ZIRULIA, *Il “decreto sicurezza” 2025*, cit., p. 223.

¹² Questo contributo considera il reato in parola un reato di mera condotta, sebbene vi siano Autori che propendano per soluzioni diverse. Si rimanda la discussione *infra* (in particolare, § 4 e nota 21) allorché saranno state approfondite anche le condotte di resistenza passiva.

anzitutto interrogarsi in merito all'utilità del concetto di *rivolta* nell'economia della fattispecie e alla sua capacità selettiva delle condotte punibili¹³. In altre parole: ogni condotta violenta, minacciosa o di resistenza commessa da tre o più persone all'interno di un istituto penitenziario costituirà rivolta? Oppure si continueranno ad avere contestazioni per percosse, lesioni, minacce, violenza privata, ecc., *a meno che* non si inseriscano nel contesto più grave di una "*rivolta*", elemento che porterà all'applicazione dell'art. 415-bis c.p.?

La seconda opzione appare ovviamente di maggior garanzia, confinando l'applicazione del reato in parola solamente a casi in cui le condotte abbiano portato a conseguenze particolarmente gravi. Rimane però da verificare se la lettera della fattispecie consenta tale ricostruzione: e la risposta sembra essere negativa.

Il nocciolo della questione risiede, infatti, nel comprendere cosa abbia inteso il legislatore utilizzando il termine "*rivolta*", al di là dei fenomeni mediatici a tutti noti¹⁴. Un'indicazione la si trova nell'ibridazione che questa fattispecie opera tra: da una parte, condotte che presentano elementi propri di autonome fattispecie di reato che offendono la persona (lesioni, percosse, minacce, violenza privata...) e il cui inserimento nella fattispecie odierna ricalca la formulazione del reato di cui all'art. 337 (*Resistenza a pubblico ufficiale*: v. *infra*); dall'altra, come detto, la struttura tipica dei reati associativi, e in particolare l'indicazione del limite minimo di tre partecipanti. Ebbene, è abbastanza evidente che tale soglia minima nemmeno si avvicina alle grandezze che il termine "*rivolta*" suggerisce: se il limite minimo di partecipanti si attesta a tre, saranno punibili tutti gli atti di disobbedienza di piccola scala, portati avanti da pochi detenuti, anche in strutture carcerarie altrimenti pacificate.

L'adozione di una tecnica normativa analoga a quella delle fattispecie di associazione, insomma, non convince: mentre è ben possibile immaginare

¹³ Problematica analizzata approfonditamente da M. PORCHIA, *Il reato di rivolta*, cit., pp. 7-8 in relazione all'odierno art. 27 DL Sicurezza.

¹⁴ Appare utile notare che M. PORCHIA, *Il reato di rivolta*, cit., pp. 2-3 evidenzia altri due casi di reati di *rivolta* nel nostro ordinamento. Il primo è rappresentato dall'art. 73 l. 121/1981 (Nuovo ordinamento dell'Amministrazione della pubblica sicurezza): "*Rivolta*" «Fuori della ipotesi prevista dall'articolo 284 del Codice penale, sono puniti con la reclusione da tre a dieci anni gli appartenenti alla Polizia di Stato che, riuniti in numero di cinque o più: 1) prendono arbitrariamente le armi e rifiutano di obbedire all'ordine di deporle, intimato da un superiore; 2) rifiutano di obbedire all'ordine di un superiore di recedere da gravi atti di violenza. La pena per chi ha promosso, organizzato o diretto la rivolta è della reclusione non inferiore a cinque anni». Il secondo è previsto all'art. 174 R.D. 303/1941 (Codice Penale Militare): "*Rivolta*" «Sono puniti con la reclusione militare da tre a quindici anni i militari, che, riuniti in numero di quattro o più: 1° mentre sono in servizio armato, rifiutano, omettono o ritardano di obbedire a un ordine di un loro superiore; 2° prendono arbitrariamente le armi e rifiutano, omettono o ritardano di obbedire all'ordine di deporle, intimato da un loro superiore; 3° abbandonandosi a eccessi o ad atti violenti, rifiutano, omettono o ritardano di obbedire alla intimazione di disperdersi o di rientrare nell'ordine, fatta da un loro superiore. La pena per chi ha promosso, organizzato o diretto la rivolta è della reclusione militare non inferiore a quindici anni. La condanna importa la rimozione». Siamo, come si vede, in ambiti molto differenti da quello oggi trattato, trattandosi, come nota l'Autrice, di delitti che si inquadrano in un ambito gerarchico ben definito e che si caratterizzano per una tecnica normativa ben più precisa nell'elencare le condotte vietate. Fuori da questi casi, e dunque nella libera società civile, rileva, come accennato dall'art. 73 l. 121/1981, l'art. 284, che punisce l'*Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*.

un'associazione a delinquere composta da tre persone, una "rivolta" di tre persone appare esserlo di meno¹⁵.

Escluso quindi che il riferimento fattuale che fa da sfondo alla fattispecie sia quello di sanzionare (esclusivamente) episodi su larga scala, non resta che osservare come la *ratio* del reato risieda, invece, nella criminalizzazione della disobbedienza carceraria *tout court*, sostanzialmente a prescindere dalla sua estensione¹⁶. L'intento del legislatore, insomma, ben più che nella prevenzione/repressione di fenomeni di esteso disordine, pare essere quello di voler criminalizzare condotte altrimenti non integranti reato¹⁷ o la cui punizione sarebbe condizionata alla presentazione di una querela¹⁸ o ancora che porterebbero all'applicazione di pene più lievi¹⁹, solo per il fatto che le stesse sono state commesse all'interno di un istituto di pena. Che poi tale disobbedienza sfoci in un accadimento che minaccia l'ordine pubblico (bene giuridico su cui si tornerà) appare un elemento meramente accidentale.

4. Focus sulle condotte di resistenza.

A riprova del fatto che la fattispecie è chiamata a punire anche fenomeni non necessariamente connotati da particolare gravità o allarme, deve portarsi la criminalizzazione degli atti di resistenza, e di resistenza *passiva* in particolare. Si è già menzionato che il legislatore si è premurato (rimediando rispetto alla prima versione del

¹⁵ A tal proposito, è vero che le fattispecie di reato di cui al Codice penale militare e alla L. 121/1981 prevedono, come nel presente caso, in rubrica il lemma *Rivolta* e un limite minimo di partecipanti (sebbene leggermente più alto: quattro e cinque, rispettivamente). Tuttavia, ciò che distingue il presente caso è che tale termine è usato nel fatto tipico per connotarlo: la contraddizione tra numero minimo di partecipanti e *rivolta* ha dunque valore interpretativo fondamentale, in quanto tale termine non è utilizzato semplicemente in via generalmente descrittiva nella rubrica, ma al pari di un qualunque altro elemento del fatto tipico. Di qui, come già osservato nel presente contributo, anche il problema di rinvenire in tale lemma un elemento che abbia una qualunque efficacia selettiva delle condotte penalmente sanzionabili. Sul punto, si vedano le analoghe considerazioni svolte da S. ZIRULIA, *Il "decreto sicurezza" 2025*, cit., pp. 223-224.

¹⁶ Secondo E. DOLCINI, *Un Paese meno sicuro*, cit., § 4, la fattispecie di rivolta va annoverata tra quelle che «minano, o almeno si prestano ampiamente, alla repressione delle più svariate forme di dissenso». Si vedano le osservazioni svolte da L. POMPILI, *Il dissenso nelle nuove fattispecie di reato e nelle aggravanti introdotte con il DDL sicurezza*, in *Penale. Diritto e Processo*, 15 ottobre 2024. Icastico il commento di cui al documento ANTIGONE-ASGI, *No a un DDL che minaccia il nostro stato di diritto e che se diventasse legge incarcererebbe anche Ghandi: «In sintesi, se tre persone detenute che condividono la stessa cella sovraffollata si rifiutano di obbedire all'ordine di un poliziotto, con modalità nonviolente, scatterà la denuncia per rivolta e una ipotetica condanna ad altri [...] anni di carcere senza potere avere accesso ai benefici penitenziari, in quanto la rivolta viene parificata ai delitti di mafia e terrorismo. È la trasformazione del detenuto in corpo docile che deve obbedire»*.

¹⁷ Come si dirà *infra*, la resistenza *passiva* non costituisce reato di resistenza a pubblico ufficiale ex art. 337 c.p. per consolidata giurisprudenza.

¹⁸ Si considerino, ad esempio: le percosse ex art. 581 se non aggravate ex art. 61, n. 11 *octies*, c.p.; le lesioni personali ex art. 582, co. 1, c.p.; la violenza privata ex art. 610 c.p., esclusi i casi di procedibilità d'ufficio ex art. 610, co. 3, c.p.

¹⁹ *Ibidem*, ed inoltre vengono alla mente le fattispecie di ex artt. 336 e 337 c.p., di violenza o minaccia oppure resistenza nei confronti di un pubblico ufficiale.

reato comparsa in sede di disegno di legge²⁰) di caratterizzare ulteriormente la fattispecie in quest'ultimo caso: la resistenza passiva sarà punibile solo se «*avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza*». L'effettiva capacità selettiva di tale precisazione rimane, al più, meramente ipotetica: il riferimento (assolutamente neutro, in quanto non meglio caratterizzato) al "contesto" e la considerazione per il "numero delle persone coinvolte" appaiono assolutamente generali e in definitiva lasciati alla piena discrezionalità del decidente. Si può solo ipotizzare che, per poter sanzionare condotte di resistenza passiva, i) il contesto dovrà apparire di particolare gravità e ii) il numero di soggetti resistenti essere ben superiore a tre.

Ciò detto, vi è un ulteriore recupero di offensività in relazione alla rivolta posta in essere tramite condotte di resistenza passiva, che crea un vistoso disallineamento interno alla fattispecie. Mentre nel caso di partecipazione tramite atti di violenza, minaccia e resistenza attiva si è di fronte ad un reato di mera condotta, essendo sufficiente la partecipazione alla rivolta, in caso di partecipazione tramite atti di resistenza passiva quest'ultima deve portare, come visto, «[all'impedito] *compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza*». In tale evento impeditivo, dunque, si risolve il disvalore del fatto di resistenza passiva²¹.

La distinzione tra resistenza attiva e resistenza passiva diviene allora cruciale per determinare i requisiti per la responsabilità penale e dunque l'ampiezza del *thema probandum*. Al riguardo, viene in soccorso la giurisprudenza affermatasi in materia di art. 337 c.p., *Resistenza a un pubblico ufficiale*. Tale fattispecie non prevede, letteralmente, condotte di resistenza, essendo il lemma confinato alla rubrica del reato. Tuttavia, come già accennato, l'art. 337 c.p. (nonché l'art. 336 c.p., *Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale*) condivide con l'art. 415-bis c.p. un'analoga formulazione della condotta, punendo: «*Chiunque usa violenza o minaccia [...]*». La giurisprudenza di legittimità ha da sempre incluso in tale formulazione anche gli atti di *resistenza*, con però il limite negativo

²⁰ V. C. PASINI, *Il disegno di legge, cit.*, § 2, dove la fattispecie è riportata come segue: «*Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, mediante atti di violenza o minaccia, di resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti ovvero mediante tentativi di evasione, commessi in tre o più persone riunite, promuove, organizza o dirige una rivolta è punito con la reclusione da due a otto anni. Per il solo fatto di partecipare alla rivolta, la pena è della reclusione da uno a cinque anni. Se il fatto è commesso con l'uso di armi, la pena è della reclusione da tre a dieci anni. Se dalla rivolta deriva una lesione personale, la pena è aumentata; se ne deriva la morte, la pena è della reclusione da dieci a venti anni. Le pene di cui al quarto comma si applicano anche se la lesione personale o la morte avvengono immediatamente dopo la rivolta e in conseguenza di essa*».

²¹ La ricostruzione qui riportata appare quella più aderente al tenore letterale della norma. Nella fattispecie base con condotte di violenza, minaccia e resistenza attiva, al soggetto agente si richiede di partecipare ad una rivolta tramite determinati atti: la *rivolta*, dunque, appare la manifestazione collettiva delle condotte che singolarmente alla stessa contribuiscono. Non pare possa distinguersi naturalisticamente tra condotte (violenti, minacciose o resistenti) e rivolta trattando quest'ultima alla stregua di un evento del reato. Gli interventi sul tema, peraltro, hanno svolto considerazioni differenti: M. PORCHIA, *Il reato di rivolta, cit.*, p. 18; C. PASINI, *Il disegno di legge, cit.*, § 2.1. Con riferimento alla condotta di resistenza passiva, invece, l'impedimento del compimento del dovere rappresenta, effettivamente, un elemento fattuale esterno rispetto alla condotta e alla stessa conseguente.

della resistenza passiva, sul presupposto che la stessa si risolve in una mera disobbedienza non punibile²². Anzi, la casistica testé citata mostra come la resistenza punibile coincida, sostanzialmente, con atti di violenza e minaccia: il legislatore del 1930, come già detto, riporta il termine *Resistenza* in rubrica e lo descrive nel fatto tipico come l'utilizzo di “*violenza o minaccia*” nei confronti del pubblico ufficiale.

Se dunque è difficile immaginare atti di resistenza attiva che non si risolvono in violenze o minacce, non resta che osservare che la resistenza descritta come condotta di partecipazione alla rivolta dall'art. 415-bis c.p. non possa che essere resistenza passiva. Ripescando dunque quanto escluso dalla giurisprudenza in sede di applicazione dell'art. 337 c.p., diventeranno punibili, ai sensi dell'art. 415-bis c.p., tutte quelle condotte che manifestano un comportamento non docilmente obbediente rispetto agli ordini impartiti dall'autorità. In altre parole, di mera disobbedienza²³.

Se ciò è vero, tensioni con le norme costituzionali che prescrivono che i fatti di reato debbano essere dotati di un'accettabile componente di offensività e materialità, nonché quelle che tutelano la libertà di pensiero e di riunione saranno inevitabili nel momento in cui la fattispecie troverà applicazione.

Ancora due notazioni in punto di resistenza e disobbedienza.

Si è detto che la fattispecie specifica che gli atti di resistenza (solo passiva, dunque) devono essere posti in essere nei confronti dell'«*esecuzione degli ordini impartiti*

²² In Cass. pen., sez. VI, 05 giugno 2008, n. 37352, ad esempio, l'imputata si è limitata a «“*aggrapparsi*” al braccio dell'ispettore S., costretto pertanto, insieme all'altro collega, “a caricarla in macchina”»; in merito, la Suprema Corte osserva che «*può concludersi che il comportamento tenuto dall'imputata si concretò in una mera disobbedienza o resistenza passiva, nel senso che non aderì spontaneamente all'invito rivoltole di seguire gli agenti presso il Commissariato ma, essendo rimasta aggrappata al braccio di uno di essi, fu introdotta di peso nell'auto di servizio. Perché ricorrano gli estremi del reato di resistenza a pubblico ufficiale è necessario il verificarsi di atti positivi di aggressione o di minaccia che impediscano al pubblico ufficiale di compiere l'atto del proprio ufficio. Nessuna violenza o minaccia risulta essere stata posta in essere dalla P.*». Un'analoga giurisprudenza si è poi formata sull'atto di divincolarsi dalla presa di un pubblico ufficiale: la giurisprudenza reitera che «*l'atto di divincolarsi posto in essere da un soggetto, fermato dalla polizia giudiziaria, integra il requisito della violenza e non una condotta di mera resistenza passiva, quando non costituisce una reazione spontanea ed istintiva al compimento dell'atto del pubblico ufficiale, ma un vero e proprio impiego di forza diretto a neutralizzarne l'azione ed a sottrarsi alla presa, guadagnando la fuga*» (v. Cass. pen., sez. V, 27 settembre 2013, n. 8379; così anche Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2010, Rv. 246412). Così, in Cass. pen. n. 8379/2013 appena citata, la Cassazione conferma la condanna dell'imputata per l'«uso di una violenza e di una forza fisica non limitate alla istintiva reazione consistente nel divincolarsi, ma manifestatesi come “*spinta con impeto*” dei militari verso “*l'esterno*” dell'appartamento» (simile, v. anche Cass. pen., sez. VI, 06 novembre 2012, n. 10136 nonché, più recentemente, Cass. pen., sez. VI, 18 gennaio 2022, n. 6604).

Cita poi C. PASINI, *Il disegno di legge*, cit., § 2.2 Corte app. Cagliari, sez. I, 09 maggio 2023 (dep. 24 maggio 2023), n. 500, interessante in quanto la Corte d'Appello sarda avrebbe escluso che possa configurare resistenza a pubblico ufficiale la disobbedienza all'interno del carcere di due detenuti i quali hanno ostruito l'accesso alla loro cella ad un agente di polizia penitenziaria per evitare che vi venisse allocato un nuovo detenuto; la Corte ha ritenuto insussistente il reato in parola e sufficiente la sanzione disciplinare.

²³ Secondo M. PELISSERO, *A proposito del disegno di legge*, cit., sub art. 18, la previsione della resistenza passiva tra le modalità di condotta astrattamente configurabili crea un vero e proprio corto circuito tra fine e mezzi della norma: «*Su questa modalità la fattispecie realizza una sorta di cortocircuito, perché la rivolta – ossia l'atto di ribellione all'autorità – si realizza mediante la mancata esecuzione degli ordini. Il fine si identifica con il mezzo, ma il mezzo è dato dal non eseguire un ordine: la condotta penalmente rilevante si sostanzia nel non obbedire*».

per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza». È stato osservato come tale nozione sia inadeguata a restringere il campo di applicazione della fattispecie in parola: ciò che sottende al mantenimento di ordine e sicurezza in una struttura carceraria è molto più complesso di quanto un osservatore esterno (e.g., un giudice) possa apprezzare *ex post*²⁴. È, in altre parole, impossibile prevedere quanti e quali raduni di (anche un piccolissimo) gruppo possano diventare *questioni d'ordine*, se non rimettendosi alle valutazioni di chi quell'ordine lo deve mantenere²⁵. D'altronde, la stessa fattispecie in esame quando cita l'elemento del "contesto" lo caratterizza come il «contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio», per espressa volontà del legislatore. L'applicazione della fattispecie rimane dunque condizionata da valutazioni discrezionalmente operate dagli operatori di polizia penitenziaria intervenuti al momento del fatto; polizia penitenziaria che sarà verosimilmente chiamata a redigere la notizia di reato e, poi, a deporre in dibattimento. In questo quadro, viene da chiedersi quanta e quale possibilità di replica possano avere i detenuti imputati per rivolta carceraria nei confronti delle accuse mosse contro di loro.

Infine, non può che destare perplessità (oltre che sul piano della compatibilità costituzionale con i principi anzidetti) la previsione di condotte di resistenza anche in ragione dell'allineamento sanzionatorio tra queste ultime e i più gravi atti di violenza e minaccia. Sotto il profilo della razionalità e proporzionalità del trattamento punitivo, vengono infatti accomunate condotte completamente differenti tra loro sia dal punto di vista naturalistico sia per il disvalore che esprimono. Appare quindi evidente la tensione che si viene a creare (anche) con l'art. 3 Cost.

5. Bene giuridico (e accostamenti pericolosi).

Occorre ora soffermarsi sulla natura del bene giuridico protetto dalla fattispecie di rivolta penitenziaria: il reato è stato inserito infatti al Titolo V, "Dei delitti contro l'ordine pubblico". L'oggettività giuridica in questione (l'ordine pubblico, appunto) già sconta problematiche definitorie e di inquadramento se astrattamente considerata²⁶; in più,

²⁴ M. PASSIONE, *Ancora a proposito del decreto-sicurezza*, cit., osserva: «Chiunque abbia esperienza dei luoghi di privazione della libertà personale sa bene che dietro l'evocazione di detti interessi da proteggere si celano in realtà quasi sempre dinamiche complesse, regolatrici di equilibri che nulla hanno a che fare con l'ordine pubblico».

²⁵ Ancor di più, secondo M. PELISSERO, *A proposito del disegno di legge*, cit., sub art. 18 «La norma si presta a fungere da pericoloso strumento di gestione arbitraria dell'ordine pubblico in contesti dove le relazioni di forza sono necessariamente a senso unico».

²⁶ In dottrina, si veda G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, V ed., Zanichelli, Bologna, 2012, pp. 473 ss., dove gli Autori definiscono il concetto di ordine pubblico come "proteiforme e inafferrabile", ricostruendo poi l'alternativa tra ordine giuridico in senso materiale (la condizione di pacifica convivenza tra consociati) e ideale o normativo (tutela del complesso di valori e principi propri dell'ordinamento). V. poi: G. CORSO, *Ordine pubblico (dir. pubbl.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 1057; C. FIORE, *Ordine pubblico (dir. pen.)*, *ivi*, pp. 1084 ss. La questione definitoria dell'espressione *ordine pubblico* in giurisprudenza ha interessato direttamente l'art. 415 c.p., sia davanti al giudice di legittimità che a quello delle leggi; per la recentissima Cass. pen., sez. I, 24 aprile 2024, n. 27113 *ordine pubblico* deve essere inteso ai sensi degli artt. 1, comma 3, lett. I), della legge di delegazione 15 marzo 1997, n. 59 e 159, comma 2, d.lgs delegato 31 marzo

l'applicazione della stessa alla fattispecie in parola appare, *to say the least*, problematica. In particolare, l'art. 415-bis c.p. (ma ciò si applica anche al nuovo art. 415, co. 2, c.p.) appare difforme dalle altre fattispecie contenute al Titolo V. Il Titolo V, infatti, si apre con tre reati di istigazione a delinquere nei quali la condotta deve essere commessa "pubblicamente"²⁷, continua con una *suite* dedicata ai reati associativi²⁸ e si chiude con una serie di fattispecie che, pur eterogenee tra loro, sono però accomunate dall'enucleare un chiaro nocumento alla collettività²⁹. La dimensione *pubblica* del pericolo che tali fattispecie presentano appare, in altre parole, evidente.

Si potrebbe dire lo stesso per la fattispecie neo-introdotta? Anche accedendo ad un'interpretazione rigorosa del termine *rivolta* quale fenomeno di estese dimensioni e di allarmante gravità, l'art. 415-bis c.p. sembra tuttavia esaurire la sua funzione all'interno delle mura carcerarie, senza nemmeno paventare un pericolo o un danno per la collettività al di fuori delle stesse.

Quello che accomuna la fattispecie neo-introdotta a quelle che con la stessa confinano, dunque, pare essere esclusivamente la (non ineccepibile) tecnica normativa che la stessa ha in comune con le fattispecie associative. Ciò, a meno di ammettere che la collocazione del reato di rivolta evidenzia l'intento di accostare volutamente il reato in parola, non tanto ai reati del Titolo V in generale, quanto ai reati associativi in particolare. E l'accostamento è, come si vede, alquanto pericoloso: i detenuti che protestano non esprimono un disagio degno d'ascolto anche se veicolato attraverso atti di violenza, e dunque da condannare. Sono invece da considerarsi al pari di associati a delinquere, o addirittura criminali mafiosi, che si associano esclusivamente al fine di perseguire scopi illeciti; l'accento viene posto sulle illecite modalità della protesta per silenziare le finalità perseguite.

Il bene giuridico dell'ordine pubblico risulta, quindi, perfettamente e inquietantemente calzante nella logica di questo legislatore: conseguenza necessaria del ragionamento è, infatti, che i detenuti in rivolta sono visti (secondo il paradigma tipico del diritto penale d'autore³⁰) come soggetti che presentano un pericolo per la società³¹,

1998, n. 112, quale «complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni». Sul punto, si rimanda *amplius* a M. PORCHIA, *Il reato di rivolta*, cit., p. 6.

²⁷ Artt. 414 (Istigazione a delinquere); art. 414-bis (Istigazione a pratiche di pedofilia e pedopornografia); art. 415, co. 1 (Istigazione a disobbedire le leggi) c.p.

²⁸ Artt. 416 (Associazione per delinquere), 416-bis (Associazioni di tipo mafioso anche straniero), 416-bis1 (Circostanze aggravanti e attenuanti per reati connessi ad attività mafiose), 416-ter (Scambio elettorale politico-mafioso), 417 (Misure di sicurezza), 418 (Assistenza agli associati) c.p.

²⁹ Artt. 419 (Devastazione e saccheggio), 420 (Attentato a impianti di pubblica utilità), 421 (Pubblica intimidazione), 421-bis (Pubblica intimidazione con uso di armi) c.p.

³⁰ E. DOLCINI, *Un Paese meno sicuro*, cit., § 5.

³¹ Che la questione qui si attagli al tipo di criminale (ossia: soggetto già detenuto ovvero migrante *trattenuto*) invece che al fatto commesso è ben chiaro a F. FORZATI, *Il nuovo Ddl sicurezza*, cit., p. 21, che scrive: «Ne deriva la costruzione di un reato di posizione e di sospetto, che polarizza il disvalore nell'area dell'obbedienza, valorizzando ancora una volta la dimensione personologica dell'illecito: è lo status di detenuto e di immigrante irregolare a lasciare presumere una pericolosità sociale declinata sul tipo d'autore del disobbediente; non possiamo dunque parlare di (reato di) pericolo presunto, ma solo di pericolosità presunta». Allo stesso modo C. PASINI, *Il disegno di legge*, cit., § 3:

7-8/2025

meritevoli di ulteriore pena e prolungata esclusione dal consesso sociale. I 'buoni fuori', insomma, devono essere protetti dai 'pericolosi dentro'.

A suffragare queste impressioni possono essere portate due considerazioni, direttamente connesse all'art. 415-bis c.p. e alla sua applicazione.

In primo luogo, l'accento va posto sul trattamento penitenziario che segue alla condanna per rivolta carceraria: l'art. 34 DL Sicurezza inserisce l'art. 415-bis c.p. nell'elenco dei reati ostativi a misure alternative al carcere di cui all'art. 4-bis o.p. Alla condanna per rivolta carceraria seguirà dunque l'esclusione da iniziative che potrebbero favorire un reinserimento sociale. Ciò, anche se il reato per cui il detenuto si trova recluso non è originariamente ostativo e anche se questi si sia limitato a *resistere passivamente* agli ordini dell'autorità.

In secondo luogo, bisogna valorizzare l'art. 415-bis c.p. nel suo contesto: non solo le fattispecie penali preesistenti, ma il diritto penitenziario largamente inteso. Si è detto che le condotte che rientrano nel perimetro ora disegnato dall'art. 415-bis c.p. già possono essere variamente sanzionate come lesioni, percosse, minaccia, violenza privata, resistenza a pubblico ufficiale, ecc., ma che ciò condurrebbe a pene minori o *meno certe*³². A ciò si aggiunga che, come peraltro nota la stessa relazione tecnica che accompagna la proposta di legge di conversione³³, la formulazione del nuovo reato ricalca le condotte enucleate all'art. 41 o.p. nel momento in cui individua i casi in cui è giustificato ricorrere all'uso della forza fisica o di mezzi di coercizione nei confronti dei detenuti³⁴. Inoltre, nei confronti del detenuto *in rivolta* (anche solo passiva) già sono irrogabili le misure disciplinari interne al carcere, capaci di influire significativamente sulle sue condizioni di vita³⁵.

«così come già evidenziato in relazione all'art. 415 bis c.p., l'intenzione del legislatore sembra quella di punire più che una condotta un "tipo" di autore, in questo caso il migrante».

³² Osserva d'altronde M. PELISSERO, *A proposito del disegno di legge*, cit., sub art. 18 come «Per reprimere i fatti di rivolta non è necessario ricorrere a nuove fattispecie incriminatrici perché le modalità violente, minatorie [...] sono già di per sé rilevanti penalmente». Parimenti F. PALAZZO, *Decreto Sicurezza e questione carceraria*, cit., § 3 osserva: «Non si può certo dire che l'ordine e la sicurezza carceraria non riceversero tutela anche prima delle modifiche apportate col recente decreto legge».

³³ Proposta di legge AC 2355 di conversione del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48 (<https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=2355>). Si rimanda al testo della *Relazione tecnica*, pubblicata in questa Rivista. Allo stesso modo si esprime il Servizio studi del Parlamento, *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario* A.C. 1660, 26 febbraio 2024, pp. 131 ss., disponibile al seguente link https://documenti.camera.it/leg19/dossier/pdf/gi0037a.pdf?_1747821528109.

³⁴ «Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti».

³⁵ L'art. 38 o.p. rinvia per la tipizzazione delle infrazioni disciplinari all'art. 77 reg. es. ord. pen. (d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230), il quale comprende: l'inosservanza di ordini o prescrizioni o ingiustificato ritardo nella loro esecuzione (n. 16); la partecipazione a disordini e sommosse (nn. 18); la promozione di disordini e sommosse (n. 19); l'evasione (n. 20) e ogni fatto «previsto dalla legge come reato» (n. 21). Le sanzioni sono disciplinate all'art. 39 o.p., e comprendono: «1) richiamo del direttore; 2) ammonizione, rivolta dal direttore, alla presenza di appartenenti al personale e di un gruppo di detenuti o internati; 3) esclusione da attività ricreative e sportive per non più di dieci giorni; 4) isolamento durante la permanenza all'aria aperta per non più di dieci giorni; 5) esclusione

7-8/2025

In altre parole, esigenze di deterrenza generale e speciale apparivano già soddisfatte sulla base della normativa precedente all'introduzione del DL Sicurezza. L'effetto che appare unicamente proprio alla fattispecie in parola, dunque, risiede nell'allungamento del castigo: aggiungere ulteriore pena (fino all'esorbitante massimo di anni 20 di cui all'ultimo comma dell'art. 415-bis c.p.) e ulteriore esclusione *a tutela della collettività*, come se a più carcere corrispondesse effettivamente più sicurezza³⁶.

A questo proposito, sembra utile riportare le parole pronunciate dal Ministro della Giustizia Carlo Nordio il 4 aprile 2025 in sede di conferenza stampa tenutasi presso Palazzo Chigi per la presentazione del DL Sicurezza: «Vi sono delle introduzioni di nuovi reati e vi sono anche degli inasprimenti di pene. Vorrei subito dire che noi siamo sempre stati accusati di contraddizione, perché da un lato abbiamo predicato il garantismo e dall'altro poi abbiamo introdotto quello che si chiama pan-penalismo. Vorrei ancora una volta chiarire che garantismo per noi significa enfaticizzazione della presunzione di innocenza, ma anche nello stesso tempo certezza della pena e soprattutto certezza anche della sicurezza dei cittadini. [...] Per quanto riguarda la certezza della pena e soprattutto la sicurezza dei cittadini, ecco questo corposo provvedimento»³⁷.

6. La fattispecie di rivolta nei centri ex artt. 10-ter e 14 T.U. Immigrazione e l'istigazione penitenziaria: cenni.

Un breve cenno è opportuno che sia fatto alle rimanenti fattispecie di cui al *corpus* introdotto dal DL Sicurezza. Molto si potrebbe dire: qui ci si limiterà a quanto possa essere utile a illuminare ulteriori aspetti del (o comunanze con il) reato ex art. 415-bis c.p.

Si inizi dal co. 2 dell'art. 415 c.p. La fattispecie base enucleata al co. 1 punisce con la reclusione da sei mesi a cinque anni l'istigazione a disobbedire le leggi di ordine pubblico o all'odio fra classi sociali. Con la nuova aggravante, «la pena è aumentata se il fatto è commesso all'interno di un istituto penitenziario ovvero a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute». La giurisprudenza sarà (con ogni probabilità) chiamata a interrogarsi in merito ai rapporti tra tale fattispecie aggravata e l'art. 415-bis c.p., considerato che si può ben immaginare che condotte d'istigazione possano precedere o inserirsi in un fenomeno di rivolta. A questo punto, l'alternativa si porrà tra: specialità, con prevalenza dell'art. 415-bis c.p.; concorso formale; concorso materiale con cumulo *quoad poenam* ai sensi dell'art. 81 cpv. c.p. Ovviamente, la prevalenza dell'art. 415-bis c.p. appare preferibile per evitare sproporzionate duplicazioni sanzionatorie. Ma ecco palesarsi un singolare effetto collaterale, che fa sorgere seri dubbi in merito alla razionalità e proporzionalità della cornice edittale prevista all'art. 415, co. 2, c.p.: trattandosi di reato aggravato, la pena potrà salire fino a otto mesi (nel minimo) e sei

dalle attività in comune per non più di quindici giorni».

³⁶ Assunto discusso, proprio nella materia *de qua*, anche da R. CORNELLI, [Il Ddl Sicurezza alla prova della ricerca criminologica: prime annotazioni critiche](#), in questa Rivista, 27 maggio 2024, § 1.

³⁷ Disponibile al seguente link: <https://www.youtube.com/watch?v=XZliuhM8EA0>. Per quanto qui rileva, si vedano i minuti da 1:05 a 2:23.

anni e otto mesi (nel massimo). Dunque, la cornice edittale astrattamente prevedibile per la mera istigazione *ex* art. 415, co. 2, c.p. è più alta nel massimo di quella prevista per la fattispecie base del reato di rivolta (cinque anni), ossia il reato istigato e poi effettivamente commesso.

Anche sotto tale profilo, dunque, l'effettiva compatibilità della normativa neointrodotta con l'art. 3 Cost. dà da pensare.

Si venga ora all'altro reato di rivolta, quello introdotto all'art. 27 DL Sicurezza che ha ad oggetto i centri per migranti ed è ispirato alle medesime finalità dell'art. 415-*bis* c.p. Moltissimo ci sarebbe da dire, in punto di opportunità di accomunare così esplicitamente strutture carcerarie ai centri di trattenimento per migranti: sul punto, non può che rimandarsi la discussione ad altre sedi, essendo la materia oggetto di un gran numero di riflessioni tra coloro che si occupano di *crimmigration* e *border criminology*³⁸.

Continuando invece nel solco fin qui tracciato, si deve osservare che la fattispecie base e l'articolazione delle sue circostanze ricalcano quelle di cui all'art. 26 (a cui dunque si rimanda), presentando tuttavia delle significative differenze.

Da un punto di vista della tecnica redazionale, si deve preliminarmente notare che la fattispecie, invece di costituire autonomo articolo all'interno del T.U. Immigrazione viene compressa in un unico comma (co. 7.1) all'art. 14. Ne deriva un'unica disposizione normativa particolarmente (inutilmente?) complessa e di difficile lettura.

Una difformità a cui già si è fatto cenno è che il delitto ora in esame presenta la soggettività tipica del reato proprio: esso punisce, infatti, «*Chiunque, durante il trattenimento in uno dei centri di cui al presente articolo o in una delle strutture di cui all'articolo 10-ter*» T.U. Immigrazione. Risulta qui chiarito che soggetti attivi sono coloro che sono *trattenuti* all'interno dei centri e dei luoghi indicati.

La più vistosa differenza tra le due fattispecie risiede nel trattamento sanzionatorio, presentando, nel caso dell'art. 27, cornici edittali più basse: da uno a quattro anni per la semplice partecipazione (invece che da due a cinque anni); da un anno e sei mesi a cinque anni in caso di promozione, direzione e organizzazione (invece che da quattro a otto anni); da uno a cinque anni (invece che da due a sei anni) in caso di partecipazione a rivolta armata; da due a sette anni (invece che da tre a dieci anni) in caso di promozione, direzione e organizzazione di rivolta armata. Le pene previste poi per i casi di morte e lesioni come conseguenze non volute tornano invece ad allinearsi con quelle enucleate all'art. 26.

Tolto l'elemento caratterizzante del contesto in cui le condotte vengono realizzate, viene da chiedersi quali siano le ragioni per questi disallineamenti tra due

³⁸ Entrambi i filoni di ricerca citati sono troppo vasti perché se ne possa fare giustizia indicando solo qualche opera. Si rimanda allora ad alcuni lavori che hanno indubbiamente segnato lo sviluppo della letteratura in queste due aree: M. BOSWORTH, *Inside Immigration Detention: Foreigners in a Carceral Age*, Oxford University Press, 2014; K. FRANKO, M. BOSWORTH, *The Borders of Punishment*, Oxford University Press, 2013. Per uno studio complessivo sulla materia, v. M. BOSWORTH, K. FRANKO, M. LEE, R. MEHTA, *Border Criminology*, Elgar, 2024. Più recente, ma sicuramente farà parlare, è D. FASSIN, A.C. DEFOSSEZ, *Exile: Chronicle of the Border*, Polity, 2025.

fattispecie, che, peraltro, in nessun caso trovano appoggio nella relazione alla riforma³⁹. Con riguardo all'individuazione del soggetto agente, è possibile che si tratti solamente di un caso di eccezionale formulazione delle fattispecie. Per quanto riguarda le differenze nella dosimetria sanzionatoria, la questione rimane, francamente, misteriosa. Forse il contesto dell'istituto penitenziario deve indurre maggior contegno in coloro che vi sono detenuti, e dunque i casi di disobbedienza appaiono più gravi? Forse la sottoposizione ad una pena già in corso costituisce fondamento per una sorta di recidiva non formalmente istituzionalizzata, ma che consiglia di aggravare il contenuto del messaggio sanzionatorio?

Sul punto, appaiono ancora significative alcune parole pronunciate dal Ministro Nordio in sede di conferenza stampa:

«Noi riteniamo intollerabile che una persona che già è in esecuzione di pena o che comunque è ristretta in carcere per ragioni ovviamente dovute a quello che ha commesso, ai reati che ha commessi, possa esercitare ulteriore violenza nei confronti di chi veste la divisa»⁴⁰.

Insomma: è possibile che, in effetti, la diversa dosimetria sanzionatoria rifletta una differente concezione di *status* tra migrante e detenuto, a svantaggio del secondo⁴¹. Che ciò rappresenti una scelta discrezionale del legislatore ovvero un trattamento irrazionalmente ineguale (considerata la *somiglianza* tra le condizioni di *detenuto* e *trattenuto*) in violazione (ancora) dell'art. 3 Cost. rimane un'ulteriore domanda aperta⁴².

7. Rilievi conclusivi e il perché del reato di rivolta.

La nuova fattispecie di cui all'art. 415-bis c.p. presenta tante e tali problematiche da rendere ogni commento finale sicuramente non esaustivo, soprattutto ora che la fattispecie è sfornita di esperienza giurisprudenziale. La prassi contribuirà a illuminarne il perimetro applicativo e renderà possibile valutarne l'impatto sui numeri della popolazione carceraria — come noto, già in preoccupante ascesa.

Le tensioni di cui si è detto con i principi (proporzionalità, ragionevolezza e offensività) e le libertà (di pensiero, di riunione) sanciti dalla Costituzione caratterizzano profondamente la fattispecie in parola. In un tale quadro, le inadeguatezze redazionali altresì evidenziate rappresentano meri elementi di corredo, tuttavia utili a confermare una volontà legislativa orientata al risultato e poco attenta agli strumenti per ottenerlo.

³⁹ Si fa riferimento alla già citata Relazione tecnica alla proposta di legge AC 2355 di conversione del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48 già citata. V., in particolare, pp. 30 ss. Lo stesso si deve dire anche per Servizio studi del Parlamento, *Disposizioni in materia di sicurezza*, cit., pp. 131 ss.

⁴⁰ Per quanto qui rileva, si vedano i minuti da 08:04-08:25

⁴¹ Osserva similmente M. PELISSERO, *A proposito del disegno di legge*, cit., sub art. 18 come «Le pene più severe di cui all'art. 415-bis c.p. sottendono che il disvalore non è dato solo dall'offesa alla sicurezza interna ai contesti di privazione della libertà personale, ma al diverso significato che la privazione della libertà personale assume nei due contesti».

⁴² M. PELISSERO, *A proposito del disegno di legge*, cit., sub art. 18 individua similmente un possibile *vulnus* costituzionale per «per violazione del principio di ragionevolezza in un'ottica di *tertium comparationis* (cfr. Corte cost. sent. n. 236 del 2016)».

7-8/2025

All'esito della presente analisi, rimane forse da domandarsi perché sia stata introdotta una fattispecie come quella di cui all'art. 415-*bis* c.p. Tale domanda chiede di investigare non solo gli obiettivi che la norma si prefigge ma anche il contesto che ne ha reso possibile l'introduzione: appare utile tornare brevemente alla presentazione che del DL Sicurezza è stata fatta ai media.

In data 4 aprile 2025 si è tenuta, come detto, una conferenza stampa a Palazzo Chigi a margine del Consiglio dei Ministri che ha approvato il DL Sicurezza. A presentare il testo normativo intervengono i Ministri co-firmatari dello stesso, Matteo Piantedosi e Carlo Nordio⁴³. Le parole spese da quest'ultimo⁴⁴, in particolare, in relazione al *corpus* di diritto penale qui esaminato sono poche⁴⁵, ma illuminanti: «*Vi sono una serie di tutele [...] penali a favore delle forze dell'ordine quando vengono aggredite, soprattutto quando vengono aggredite negli istituti penitenziari. [...] Una tutela ulteriore che noi diamo alle forze dell'ordine, in questo caso alla polizia penitenziaria. Anche questa si inserisce in tutta una serie di richieste che sono state fatte, in questo caso, dalla polizia penitenziaria, ma per altri casi da tutte le forze dell'ordine in generale*»⁴⁶.

La medesima filosofia sembra caratterizzare altresì il secondo intervento, quello del Ministro dell'Interno Piantedosi⁴⁷.

Le dichiarazioni appena riportate rivelano il vizio d'origine di tutte le inadeguatezze, inopportunità e illegittimità della fattispecie qui analizzata: l'idea che il

⁴³ *A latere*, si deve dire che l'atmosfera che la ripresa video restituisce della conferenza è... verrebbe da scrivere *surreale*, ma forse è meglio ripercorrerne brevemente i momenti più significativi (si riporta il *link* già citato: <https://www.youtube.com/watch?v=XZliuhM8EA0>). La conferenza dura circa 30 minuti, ed è subito chiaro che per entrambi i Ministri si deve discutere di una novella complessa e relevantissima — Nordio: «*un corposo provvedimento che tocca vari settori*» (minuti da 02:12-02:18) e poi una «*corposa modifica del codice penale e del codice di procedura penale*» (minuti da 02:33-2:38) e ancora «*ripeto: si tratta di un corposissimo decreto legge*» (minuti da 08:54-08:59); Piantedosi: «*è un provvedimento [...] a cui noi annettiamo grande importanza complessiva*» (minuti da 11:05-11:10). Ciò detto, il funzionario che amministra la conferenza avverte immediatamente che «*il Ministro Carlo Nordio ha un aereo e deve lasciare la sede del Governo quanto prima*». E così accade: dopo poco più di otto minuti di presentazione e una sola domanda posta da una giornalista, il Ministro della Giustizia lascia la sala conferenze. Vi è poi anche un certo imbarazzo, in *incipit* dei due interventi, su chi abbia effettivamente competenza sul provvedimento: Nordio: «*Sono 34 articoli, molti dei quali riguardano il Ministero dell'Interno e sui quali il Collega Piantedosi poi spiegherà*» (minuti da 00:50-01:01); Piantedosi: «*Io aggiungo poco perché [il Ministro Nordio] è stato sintetico ma molto esaustivo*» (minuti da 10:28-10:32).

⁴⁴ Appare singolare notare che Nordio spenda veramente pochissime parole in merito al nuovo *corpus* di diritto penale penitenziario. Dopo aver premesso che illustrerà solamente le novità più significative tra quelle introdotte (minuti da 02:18-02:20), si sofferma in particolare (minuti da 02:42-06-39) su: tutela del proprietario e che trova la propria abitazione abusivamente occupata (art. 10 DL Sicurezza che introduce l'art. 634-*bis* c.p.); spese di giustizia per le forze dell'ordine (Art. 22 DL Sicurezza); truffe agli anziani (art. 11 DL Sicurezza).

⁴⁵ Per quanto qui rileva, si vedano i minuti da 07:00-08:45, dunque circa 1 minuto e 45 secondi.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Il quale spazia lungamente su diversi contenuti del DL (dalle norme anti-terrorismo all'assunzione di nuovi vigili presso il Comune di Palermo) e dedica una trentina di secondi (minuti da 17:07-17:40) alla materia qui di interesse, unicamente per specificare che è stato aggiunto il riferimento al mantenimento dell'ordine e della sicurezza quale elemento caratterizzante gli «*ordini*» nei confronti dei quali è punita la resistenza.

7-8/2025

carcere possa essere visto unicamente con gli occhi di una parte tra quelle che vi partecipano, quella incaricata di mantenervi la sicurezza. Tutto il DL Sicurezza, in fondo, appare incentrato su istanze securitarie provenienti dalla polizia penitenziaria e dalle forze dell'ordine in generale⁴⁸. Ne sono ulteriore testimonianza le nuove circostanze aggravanti ad effetto speciale previste agli artt. 336, co. 4, e 337, co. 2, c.p.⁴⁹, la dotazione di *body-cams*⁵⁰, la copertura delle spese legali⁵¹, la possibilità di portare armi anche fuori servizio⁵². Ed è di pochi mesi fa il provvedimento che destina i già pochi fondi a disposizione del sistema carcerario all'assunzione di nuovo personale di sicurezza⁵³.

Il reato di rivolta, quindi, ben lungi dal voler prevenire e punire rivolte, interviene molto più *in profondità* nella realtà carceraria. Manifesta la volontà di interpretare il carcere come una dinamica di rapporti di forza⁵⁴, invece che di dialogo, crescita, riabilitazione e risocializzazione. Un'ottica di questo tipo, un'ottica di forza, non pare peraltro confinata all'ambiente carcerario, ma estendersi alla società in generale: forme di resistenza passiva sono punite anche altrove nel DL Sicurezza (si veda il reato di blocco stradale⁵⁵).

Se è vero, come i Ministri affermano sempre in sede di conferenza, che il DL Sicurezza è pensato per dar protezione ai più deboli e dare ascolto alle istanze che provengono dalle fasce più vulnerabili⁵⁶, che tra queste rientrino anche i soggetti detenuti o altrimenti confinati⁵⁷ è completamente obliterato. Buoni fuori ma pericolosi dentro, insomma.

⁴⁸ G. GIOSTRA, *Con il decreto sicurezza il governo ignora lo stato di diritto e maltratta la Carta*, in *Domani*, 05 maggio 2025 parla in termini di finalità consistenti, tra le altre cose, nell'«*ipertutelare le forze dell'ordine*».

⁴⁹ Peraltro, secondo [quanto condiviso](#) in questa Rivista già oggetto di questione di legittimità costituzionale, limitatamente all'art. 337, co. 2, c.p.

⁵⁰ DL Sicurezza, art. 21, che il Ministro Piantadosi si affretta a inquadrare come richiesta proprio dalle forze dell'ordine: si vedano i minuti 15:30-16:00.

⁵¹ DL Sicurezza, art. 23. V. *supra*.

⁵² DL Sicurezza, art. 28, definita da più parti una bomba criminogena ad orologeria: R. CORNELLI, *Il Ddl Sicurezza*, cit., § 5; ANTIGONE-ASGL, *No a un Ddl che minaccia il nostro stato di diritto*, cit., p. 2.

⁵³ Con decreto-legge 4 luglio 2024, n. 92, in merito al quale risuonano le parole di M. PELISSERO, [La pervicace volontà di non affrontare i nodi dell'emergenza carceraria](#), in questa Rivista, 28 luglio 2024, § 6: «Ben venga l'aumento di organico del personale di polizia, [...]; tuttavia, nel contesto di una situazione critica come quella degli istituti penitenziari, dove è del tutto carente il supporto di educatori, psicologi e psichiatri, considerato il dramma del disagio psichico in carcere, quelle norme suonano come un investimento esclusivo sul piano della sicurezza, più che su quello dei percorsi rieducativi che sono comunque imprescindibili, pur con le difficoltà di dare attuazione all'art. 27, comma 3 Cost. in contesti che non garantiscono nemmeno il rispetto dei diritti umani».

⁵⁴ Si rimanda a quanto già scritto *sub* nota 23 da M. PELISSERO, *A proposito del disegno di legge*, cit., *sub* art. 18 in merito alla natura dei rapporti di forza tra detenuto e polizia penitenziaria.

⁵⁵ L'articolo 14 del DL eleva l'art. 1-bis del D.lgs. n. 66 del 1948 da fattispecie amministrativa a delitto per chi impedisce la libera circolazione su strada ordinaria o ferrata, ostruendo la stessa con il proprio corpo, prevedendo la reclusione fino a un mese o la multa fino a 300 euro. Con DL 113/2018 era stata già elevata a reato la condotta di chi ostruisce la strada con oggetti. La novella appare dunque in linea con i precedenti decreti sicurezza: v. *amplius* L. POMPILI, *Il dissenso nelle nuove fattispecie di reato*, cit., § 3.

⁵⁶ Si vedano i minuti da 18:10-18:55, laddove il Ministro Piantadosi specifica che la finalità del DL è quella di tutelare le persone «*più fragili e più deboli*».

⁵⁷ Osserva d'altronde F. FORZATI, *Il nuovo Ddl sicurezza*, cit., p. 8 come lo stesso DL Sicurezza colpisca vulnerabili e emarginati, solo diversi da quelli che intende tutelare: «*Il minimo comun denominatore di questa*

molteplicità di tipi d'autore risiede nell'equazione fra pericolosità e marginalità sociale: basti pensare al raccordo fra lo status di immigrato irregolare/carcerato e la condizione di rivoltoso/ribelle che emerge dal nuovo 415 bis (reato di "rivolta in istituto penitenziario") cui fa da pendant il reato di rivolta in Cpr, attraverso la modifica dell'art. 14, co. 7 d.l. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. sull'immigrazione e sulla condizione dello straniero)».

7-8/2025

**IL CONTROLLO GIUDIZIARIO ALLA PROVA DEL FUOCO.
A PROPOSITO DELL'ORDINANZA DI RIMESIONE ALLE SEZIONI
UNITE SULL'ART. 34 BIS COD. ANT.**

*Cass., Sez. VI, ord. 4 luglio 2025 (ud. 30 aprile 2025), n. 24672, Pres. Fidelbo, Est.
Tripiccone*

di Costantino Visconti e Andrea Merlo*

L'ordinanza n. 24672/2025 della VI Sezione penale della Cassazione rimette alle Sezioni Unite la tormentata questione dell'applicabilità del controllo giudiziario "volontario" ex art. 34 bis, comma 6, Cod. antimafia, nei casi in cui il Tribunale non ravvisi infiltrazioni mafiose. La vicenda si inserisce in un contrasto interpretativo che rischia di generare effetti paradossali: imprese dichiarate "pulite" potrebbero restare prigioniere dell'interdittiva antimafia, mentre altre, gravemente compromesse, accederebbero a misure di sostegno. Gli autori ripercorrono l'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'istituto, richiamando la filosofia della prevenzione "mite" che privilegia la bonifica aziendale rispetto alle misure ablative. Centrale è la riflessione sul concetto di "occasionalità" dell'agevolazione mafiosa e sulla sua capacità di condizionare l'accesso allo strumento. La decisione delle Sezioni Unite, attesa come un momento di chiarificazione sistemica, dovrà bilanciare esigenze di legalità, continuità aziendale e uguaglianza sostanziale, con l'auspicio è che la Corte sappia, ancora una volta, "guardare alla luna e non al dito".

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La questione: domande e risposte tra legge e politica criminale. – 3. Filogenesi del controllo giudiziario. – 4. Un solo controllo giudiziario? Certamente no. – 4.1. Segue. Il controllo giudiziario "volontario" e il concetto di "occasionalità". – 4.2. Segue. La novità della prevenzione collaborativa e le implicazioni sistemiche. – 5. Valori costituzionali vs Ponzio Pilato. – 6. Auspici conclusivi.

1. Premessa.

Tanto tuonò che piovve, verrebbe da dire. Non può certo sorprendere, infatti, la scelta dei giudici della sesta sezione penale della Corte di cassazione di rivolgersi alle Sezioni unite¹ per comporre finalmente il contrasto giurisprudenziale circa la possibilità

**Benché l'intero lavoro sia frutto delle ricerche e delle riflessioni congiunte dei due autori, i parr. 3, 4.2 e 5 sono stati scritti da C. Visconti e i parr. 2, 4.1 e 4.3 sono stati scritti da A. Merlo, le premesse e le conclusioni da entrambi.*

¹ Un intervento della Cassazione riunita è stato più volte invocato dalla dottrina. Cfr. ad es. E. BIRRITTERI, *L'eccezionalismo italiano nella lotta al crimine organizzato: vantaggi, insidie e prospettive della prevenzione antimafia "cooperativa"*, in T. ALESCI – M. COLACURCI – F. LOMBARDI (a cura di), *L'interferenza criminale nell'economia. Modelli di prevenzione*, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, pp. 279 ss.

di disporre il controllo giudiziario c.d. “volontario” di cui all’art. 34 *bis* del d.lgs. 159/2011 (Codice antimafia), pur quando il Tribunale della prevenzione valuti insussistente la contaminazione criminale dell’impresa ravvisata invece dalla prefettura.

Per quanto singolare possa sembrare, nonostante la radicale incompatibilità dei due orientamenti che attualmente si contrappongono nella giurisprudenza di legittimità, entrambi – come ben evidenziato nell’ordinanza di rimessione – strutturano il proprio apparato argomentativo quasi fosse il logico sviluppo delle premesse tracciate nella celebre pronuncia “Ricchiuto” resa nel 2019 dalla Cassazione riunita². In effetti, con tale pronuncia la Corte ha fornito un contributo imprescindibile nel cartografare i tratti del controllo giudiziario, individuandone i principali vertici geodetici. Ma, insegna Borges, senza uno scopo o una rotta da seguire, anche le mappe possono essere ingannevoli: se non addirittura del tutto inutili. Difatti, anche dopo il pronunciamento nomofilattico, la giurisprudenza non ha cessato di dibattere intorno alla questione se il giudice della prevenzione, nell’accertare i presupposti applicativi del controllo “volontario”, dovesse affidarsi al vaglio svolto dalla Prefettura circa l’ “occasionalità” dell’agevolazione mafiosa, incentrando quindi il giudizio sulla concreta possibilità di realizzare il programma di bonifica dell’ente coinvolto (c.d. prognosi di bonificabilità)³; o se invece il Tribunale fosse comunque chiamato a svolgere una nuova e autonoma valutazione intorno al tipo di agevolazione fornita dall’impresa verso gli interessi dell’organizzazione criminale⁴.

Mentre la prima soluzione interpretativa, ritenendo che il provvedimento amministrativo costituisca un «substrato intangibile»⁵ della domanda dell’impresa, esclude nei fatti la possibilità che decisioni assunte da autorità diverse entrino fra loro in conflitto, nella seconda alternativa, invece, va contemplata anche l’evenienza che il

² Cass. pen., Sez. un., 19 novembre 2019 (ud. 26 settembre 2019), n. 46898, Ricchiuto, in questa *Rivista*, 5/2020, p. 153, con nota di F. BALATO, [Le sezioni unite e il doppio grado di giudizio per il controllo giudiziario delle aziende: verso il crepuscolo della tassatività delle impugnazioni?](#), nonché in *Foro it.*, 2020, II, 330, con nota di A. MERLO, *La bonifica aziendale come scopo delle misure patrimoniali «diverse dalla confisca»: le sezioni unite si pronunciano sul controllo giudiziario «volontario»*.

³ Cass. pen., Sez. VI, 26 novembre 2024 (ud. 17 settembre 2024), n. 42983, Furino Ecologia Srl, Rv. 287866-02; id., Sez. VI, 13 novembre 2024 (ud. 17 settembre 2024), n. 41799, Na.Ro.Mi. s.r.l.; id., Sez. VI, 9 agosto 2024 (ud. 4 luglio 2024), n. 32482, Società Restivo Srl; id., Sez. VI, 24 maggio 2023 (ud. 6 aprile 2023), n. 22395, C.L.P. Sviluppo Industriale Spa; id., Sez. VI, 2 agosto 2021 (ud. 7 luglio 2021), n. 30168, Gruppo Samir Global Service S.r.l., in *CED*, n. 281834-02; id., Sez. VI, 16 luglio 2021 (ud. 9 giugno 2021), n. 27704, Società coop. a.r.l. Gli Angeli, Rv. 281822; id., Sez. II, 5 marzo 2021 (ud. 28 gennaio 2021), n. 9122, in questa *Rivista*, 10 marzo 2021 con nota di G. AMARELLI, [La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario](#); id. Sez. I, 4 febbraio 2022, (ud. 20 dicembre 2021), n. 4052, Alagna; id., Sez. V, 22 dicembre 2021 (ud. 14 settembre 2021), n. 46799; id., Sez. VI, 14 gennaio 2021 (ud. 14 ottobre 2020), n. 1590, Senesi, Rv. 280341.

⁴ Cass. pen., sez. V, 20 febbraio 2025 (ud. 19 novembre 2024), n. 7090, Fra.ra.fer., Rv. 287660 – 02; id., sez. I, 11 aprile 2023 (ud. 23 novembre 2022), n. 15156, M&M Servizi Srl, in questa *Rivista*, 22 maggio 2023, con nota di A. MERLO, [Una sentenza garantista sul controllo giudiziario “volontario” esclude automatismi se un parente è mafioso e offre nuovi spunti per ricostruire i presupposti applicativi](#); id., Sez. I, 13 marzo 2023 (ud. 9 novembre 2022), n. 10578, Edil PEP Sas, in *Ced rv.* 284243-01; Cass. pen., Sez. II, 13 gennaio 2023 (ud. 16 novembre 2022), n. 899; id., Sez. II, 4 giugno 2021 (ud. 20 maggio 2021), n. 22083, Imprecoge s.r.l., in *CED* n. 281450-01.

⁵ Cass. pen., Sez. II, 5 marzo 2021, n. 9122, Car Jet, cit.

giudice della prevenzione si assesti su conclusioni divergenti da quelle espresse dall'autorità prefettizia. In quest'ultimo caso, si pone il problema del che fare ove il Tribunale ritenga di dover prendere le distanze dal contenuto della comunicazione antimafia, non ravvisando la sussistenza di alcun comportamento agevolativo, neanche di tipo occasionale.

Di qui il quesito formulato dalla sesta sezione: «se, in presenza di una richiesta di applicazione del controllo giudiziario previsto dall'art 34 *bis*, comma 6, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, il giudice, preso atto della sussistenza dell'informazione antimafia interdittiva e della pendenza del giudizio amministrativo avverso la stessa, debba svolgere esclusivamente un giudizio in merito al carattere occasionale dell'agevolazione mafiosa e alle concrete possibilità dell'impresa di riallinearsi al contesto economico sano oppure possa anche valutare la sussistenza dell'infiltrazione mafiosa, presupposto dell'interdittiva disposta dal prefetto, e, nel caso di sindacato negativo, negare il controllo giudiziario richiesto volontariamente dall'impresa».

La questione non è certo oziosa, se solo si considerano gli effetti irrazionali che possono scaturire qualora, dinnanzi a questo bivio interpretativo, il giudice si trovasse a imboccare la seconda strada. Rigettando la domanda di applicazione del controllo giudiziario, infatti, il Tribunale relegherebbe l'azienda istante in un kafkiano *impasse*, poiché la ritenuta estraneità al condizionamento mafioso, piuttosto che liberare l'impresa, le impedirebbe di superare gli effetti incapacitanti dell'interdittiva, che resterebbe pertanto in vigore. Col paradosso, dunque, che i soggetti indiziati di intrattenere rapporti con la criminalità organizzata godrebbero di una disciplina più favorevole rispetto a coloro a cui non può rimproverarsi alcuna forma di contiguità mafiosa⁶. E i giudici remittenti non hanno dubbi: questo paradosso va evitato.

2. La questione: domande e risposte tra legge e politica criminale.

I giudici della nomofilachia dovranno oltretutto pronunziarsi in un quadro in cui anche la Corte Costituzionale ha appena fornito importanti indicazioni sulla collocazione sistematica e sull'orientazione teleologica del controllo giudiziario, giudicando la norma incostituzionale laddove non prevede che gli effetti sospensivi rispetto all'interdittiva antimafia determinati dalla misura si protraggono anche oltre il

⁶ Cfr. Cfr. A. MERLO, *Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario "volontario" e interdittive*, in *Giur. it.*, pp. 2721 ss.; G. AMARELLI, *La Cassazione riduce i presupposti applicativi del controllo giudiziario volontario ed i poteri cognitivi del giudice ordinario*, cit.; R. MAGI, [Assestamenti interpretativi in tema di controllo giudiziario su domanda](#), in questa *Rivista*, 12 maggio 2023; M. ROMANO, *Il Controllo Giudiziario: tra esigenze di tutela dell'ordine pubblico e diritto d'impresa*, in *Dir. pen. proc.*, 9, p. 1225. In giurisprudenza il problema è di recente stato segnalato dagli stessi giudici della sesta sezione (Cass., Sez.VI, 26 novembre 2024, n. 42983), i quali appunto hanno segnalato il rischio di una «irragionevole disparità di trattamento a sfavore delle imprese più sane, comunque colpite dall'interdittiva antimafia, che non potrebbero mai avvalersi di tale istituto, rispetto a quelle che, presentando più evidenti sintomi di infiltrazione mafiosa, potrebbero invece beneficiare della sospensione dei divieti correlati alla misura interdittiva, ove tali elementi di collegamento fossero ritenuti superabili ed emendabili attraverso il controllo giudiziario».

periodo di applicazione fintantoché non si pronunci nuovamente il Prefetto, e ciò al fine di garantire la continuità aziendale⁷.

A ogni modo, il provvedimento di rimessione della Cassazione risulta ben strutturato, in quanto che pone le domande giuste all'organo della nomofilachia anticipandone la risposta, mostrando un'ammirevole consapevolezza degli aspetti politico-criminali in gioco nel contrasto statale alle infiltrazioni mafiose nell'economia, anche al di là degli opportuni rilievi esegetici che pure non vanno trascurati. In poche parole: i giudici remittenti fanno i conti con lo spirito della riforma che introdusse l'istituto in discussione nell'ambito di una più generale rivisitazione dello strumentario prevenzionistico volto a conciliare meglio le istanze di difesa sociale con quelle della libertà d'impresa e – quale snodo di sintesi tra l'uno e l'altro – l'interesse pubblico a tenere riparato il sistema delle imprese dai condizionamenti criminali garantendone al contempo la continuità produttiva.

E diciamo subito che la soluzione auspicata nell'ordinanza, ossia di considerare ammissibile il controllo giudiziario anche nei casi di fenomeni infiltrativi "sotto soglia", è talmente condivisibile e coerente sul piano sistematico e della politica del diritto che non andrebbero spesi chissà quali argomenti di tipo strettamente esegetico per sostenerla. Come si è visto poco sopra, infatti, sarebbe sufficiente affidarsi al principio di eguaglianza e ragionevolezza di respiro costituzionale per prendere atto – semplicemente – che l'ordinamento non si può permettere di garantire una misura di *favor* verso la continuità imprenditoriale ad aziende ritenute "contaminate" da fenomeni di contiguità criminale e negarla, invece, a operatori economici ritenuti esenti dal pericolo di condizionamenti mafiosi. Basterebbe un simile, sintetico, rilievo per chiudere la discussione, per la verità. Che ciononostante sia sorto un contrasto giurisprudenziale al riguardo, induce pertanto a supporre che il vento della riforma che ha introdotto il controllo giudiziario e di altre che si muovono nel medesimo solco nell'ambito della prevenzione antimafia, deve ancora soffiare adeguatamente nella prassi, non solo giudiziaria. D'altro canto, non è il caso di stupirsi: lo stesso sistema impiantato dal d.lgs 231/2001, sempre in materia di contrasto alla criminalità economica o comunque coinvolgente le imprese, soltanto negli ultimi tempi comincia a respirare un'aria nuova in giurisprudenza!

Ma, in sintesi, qual è la posta in gioco? Si tratta, a ben vedere di misurare la disponibilità della giurisdizione a far suo un obiettivo di politica criminale che il legislatore ha costruito pezzo dopo pezzo, norma dopo norma, negli ultimi lustri. In altre parole, nel campo della legislazione antimafia, almeno dal 2017⁸ le riforme susseguitesì

⁷ Corte cost. sent. 20 maggio 2025 (dep. 17 luglio 2025), n. 109, in questa *Rivista*, 23 luglio 2025, con nota di G. AMARELLI, [Controllo giudiziario volontario: aspettando le Sezioni unite, la Corte costituzionale protrae gli effetti sospensivi dell'interdittiva antimafia](#).

⁸ In argomento C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario "volontario": una moderna "messa alla prova" aziendale per una tutela recuperatoria contro le infiltrazioni mafiose*, in G. AMARELLI – S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *Le interdittive antimafia e le altre misure di contrasto all'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 237 ss.; E. BIRRI, *I nuovi strumenti di bonifica aziendale nel codice antimafia: amministrazione e controllo giudiziario delle aziende*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, pp. 837 ss.; A.M. MAUGERI, *Prevenire il condizionamento criminale dell'economia: dal modello ablatorio al controllo terapeutico delle aziende*, in *Dir. Pen. Cont. – Riv. Trim.*,

hanno collocato sullo sfondo, con un ruolo di *extrema ratio*, le misure ablative, mettendo per converso in primo piano, come prima scelta, le diverse soluzioni volte a curare le aziende contagiate da influssi mafiosi attraverso forme di affiancamento e tutoraggio che, da un lato, bonificano le strutture imprenditoriali e, dall'altro, ne garantiscono la continuità produttiva⁹. Ecco perché la sesta sezione verosimilmente si è decisa a chiedere l'intervento della Cassazione riunita. Non si tratta soltanto di decidere quale sia il perimetro della norma, ma anche – e soprattutto – di entrare in risonanza con gli obiettivi perseguiti dal legislatore mediante una messa a punto generale degli istituti della prevenzione “mite”, evitando interpretazioni riduttive e cortocircuiti applicativi che finiscono con ostacolare la piena e razionale attuazione dei disegni legislativi. Evitare, cioè, di indicare «il percorso di recupero» senza fornirgli «le gambe per percorrerlo», per usare un'icastica immagine della Consulta¹⁰.

Da questo punto di vista la *querelle* che adesso impegnerà le sezioni unite è solo un sintomo di un fenomeno più ampio di sottovalutazione (non solo giudiziaria¹¹) dell'importanza del complessivo armamentario normativo improntato al recupero delle imprese, secondo il paradigma che distingue la reazione statale al cospetto di «attività criminali dell'impresa» rispetto alle attività dell'«impresa criminale»¹². Paradigma, questo, che d'altronde ha ispirato anche la ben più celebre – ma non meno tormentata – disciplina sulla responsabilità degli enti¹³. Tale sottovalutazione ha negli anni impedito al paradigma cooperativo-prospettico di dispiegare appieno le sue potenzialità nel sistema della prevenzione patrimoniale, la cui proiezione giurisprudenziale resta in buona parte attardata sui tradizionali approcci di tipo ablativo quali il sequestro e la confisca. Ed è una gran frustrazione per chi ha davvero a cuore il contrasto alle infiltrazioni mafiose nell'economia. È agevole supporre, infatti, che sempre meno ci imbattemmo in futuro in forme di contiguità imprenditoriali che danno vita a imprese mafiose in senso stretto, ossia *tout court* riconducibili a proventi di reato o all'esercizio di metodo mafioso¹⁴. Aziende, cioè, che per il loro grado di compromissione con interessi

1, pp. 106 ss.

⁹ C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario “volontario”*, cit.; cfr. inoltre E. BIRRITTERI, *L'eccezionalismo italiano nella lotta al crimine organizzato*, cit.

¹⁰ Corte cost., Sent. n. 109/2025, cit.

¹¹ Sulla resistenza della giurisprudenza a metabolizzare questo nuovo paradigma di intervento cfr. A. MERLO, *Il controllo giudiziario “volontario”: fra irrazionalità della disposizione e irrazionalità interpretative*, in *Foro it.*, II, pp. 130 ss.; A. MERLO, *Ancora controversi i rapporti fra controllo giudiziario “volontario” e interdittive*, cit.

¹² F. MUCCIARELLI, *Sanzioni penali e attività d'impresa: qualche nota*, in C.E. PALIERO – F. VIGANÒ – G.L. GATTA – F. BASILE (a cura di), *La pena, ancora fra attualità e tradizione – Scritti in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, Milano, 2018, pp. 1189 ss.; F. MUCCIARELLI, *La responsabilità degli enti nel contrasto alla corruzione: tra repressione e prevenzione*, in *DisCrimen*, 1° gennaio 2019.

¹³ Cfr. anche A. COSTANTINI, *La confisca al crocevia tra criminalità d'impresa e impresa criminale: differenziazioni e contaminazioni di paradigmi*, in *Dir. pen. proc.*, 2, pp. 314 ss.

¹⁴ Cfr. fra le altre Cass., Sez. V, 23 ottobre 2019, n. 43405, Arena, dove si spiega che «si parla di “impresa mafiosa” allorché esista una situazione di totale sovrapposizione fra la compagine associativa e la consorteria criminale o, comunque, quando l'intera attività d'impresa sia “inquinata” dall'ingresso nelle casse dell'azienda di risorse economiche provento di delitto, che abbiano determinato una contaminazione irreversibile dei meccanismi di accumulazione della ricchezza prodotta, di tal che risulti impossibile distinguere tra capitali illeciti e capitali leciti».

e pratiche mafiose presentano i requisiti richiesti per l'applicazione del sequestro e della confisca. Più di un quarantennio di applicazione delle misure di prevenzione congegnate inizialmente dalla legge Rognoni-La Torre, non può infatti che aver inciso sulle stesse trame criminali, determinandone una metamorfosi finalizzata anche a scansare l'intervento statale attraverso forme meno "spesse" di coinvolgimento in attività imprenditoriali¹⁵. La riluttanza degli operatori (non solo la magistratura) a servirsi pienamente di tali strumenti di prevenzione "terapeutica" significa, pertanto, rassegnarsi a "prendere troppo poco" e quindi a farsi sfuggire di mano la realtà in movimento oppure cedere alla tentazione di "prendere troppo" impiegando misure sproporzionate per eccesso alla casistica trattata.

3. Filogenesi del controllo giudiziario.

Già in seno alla commissione ministeriale che propose l'introduzione del controllo giudiziario a richiesta di parte privata di cui al comma sesto dell'art. 34 *bis* Cod. ant., albergava la consapevolezza che la novità dell'approccio congegnato avrebbe avuto bisogno di tempo per essere metabolizzato, prima dal decisore politico e poi – ove tradotto in legge – nella giurisprudenza. Tanto che all'esito di intense discussioni, si decise di proporre un modello caratterizzato dall'automaticità in grado di esonerare l'autorità giudiziaria da decisioni ritenute troppo impegnative: se richiesta dall'azienda interdetta, il Tribunale avrebbe dovuto applicare la misura senza margini di discrezionalità¹⁶.

In effetti trascorse quasi un lustro prima che il Parlamento accogliesse la proposta, con alcune non irrilevanti modifiche, tra cui appunto l'eliminazione del meccanismo automatico e l'inserimento di mai precisati "presupposti", insieme ad altre contenute nella relazione finale della commissione¹⁷. E oggi, pur a distanza di quasi dieci anni dall'introduzione, non mancano contrasti e aggiustamenti giurisprudenziali, uniti a una certa riluttanza applicativa, da cui si desume che l'istituto del controllo giudiziario volontario e le altre misure "terapeutiche" previste dal sistema della prevenzione antimafia, di tipo giurisdizionale e di recente anche amministrativo, ancora stentano ad affermare la filosofia "basica" che li ispira: ossia l'attuazione giudiziaria di un volontario «programma di aiuto e sostegno» (art. 34, comma 2 Cod. ant.) suscettibile di accompagnare e tutelare l'operatore economico in un percorso di risanamento e/o aggiornamento organizzativo suscettibile di neutralizzare e/o contenere il condizionamento criminale.

¹⁵ R. SCIARRONE – L. STORTI, *Le mafie nell'economia legale*, Il Mulino, Bologna, 2019; R. SCIARRONE, *Prima lezione di sociologia delle mafie*, Laterza, Roma-Bari, 2025.

¹⁶ C. VISCONTI, *Proposte per recidere il nodo mafie-imprese*, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2014.

¹⁷ Cfr. C. VISCONTI, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2016; più diffusamente C. VISCONTI – G.B. TONA, *Nuove pericolosità e nuove misure di prevenzione percorsi contorti e prospettive aperte nella riforma del codice antimafia*, in *Leg. pen.*, 14 febbraio 2018.

Sul piano storico-giudiziario, è inoltre utile riportare alla luce i precedenti che in qualche modo ispirarono la commissione ministeriale “Fiandaca” nel concepire i “nuovi” istituti dell’amministrazione e del controllo giudiziari per avere una migliore contezza della filosofia politico-criminale che li ha ispirati¹⁸.

Da un lato, un noto caso di cui si occuparono nel 2008 le autorità di giudiziarie calabresi: un colosso aziendale impegnato nella realizzazione dell’autostrada Salerno-Reggio Calabria che risulta infiltrato da interessi ‘ndranghetistici. In particolare, dalle indagini condotte dalla procura di Palmi e poi da quella reggina, emerge che una piccola azienda nata per commercializzare ortaggi diventa in poco tempo il principale, se non esclusivo, fornitore di calcestruzzo in un segmento dei lavori, azienda riconducibile a una ‘ndrina imperante in quel territorio. Viene chiesta e ottenuta la “sospensione temporanea” del colosso imprenditoriale con sede a Bergamo (il precedente dell’amministrazione giudiziaria così rubricata dal Codice antimafia del 2011). Ebbene, trascorso il periodo di sospensione, l’azienda destinataria del provvedimento e l’autorità giudiziaria procedente conclusero un accordo molto innovativo: si applicava il controllo giudiziario (allora esangue quanto a contenuti e risolvendosi in oneri comunicativi) lasciando quindi al management la piena gestione aziendale con la contestuale adozione di un modello di organizzazione ex 231/2001 particolarmente versato nel controllo dei fornitori, insieme a un flusso informativo costante verso l’autorità giudiziaria¹⁹.

Dall’altro, il caso di un’azienda di Reggio Emilia colpita da interdittiva antimafia nel 2010 per infiltrazioni ‘ndranghetiste nel campo dei lavori pubblici e della produzione di inerti²⁰. L’azienda impugna il provvedimento ma senza risultati, e allora si affida a un impegnativo *self cleaning* e a una ristrutturazione interna con l’adozione progressiva di un modello di organizzazione ex 231/2001. Alla conclusione di tale percorso, chiede l’aggiornamento dell’interdittiva al Prefetto che dopo due ispezioni a sorpresa ad opera del Gia che constatano il pieno funzionamento del modello organizzativo, rilascia il provvedimento liberatorio con conseguente iscrizione nella *White list*.

E, infine, il più noto caso milanese riguardante una grande multinazionale operante nel campo delle spedizioni²¹: lì il meccanismo che si è innescato in virtù dell’art. 34, Cod. ant. (ante riforma) è stato esemplarmente rapido ed efficace nel garantire piena continuità operativa a quella parte di azienda ritenuta infiltrata da cosche mafiose, intervenendo al contempo sulle rilevate vulnerabilità organizzative attraverso l’adozione di un modello idoneo ed efficace nell’ottica di scongiurare il rischio di futuri condizionamenti mafiosi.

Perché soffermarsi su questi antecedenti? Perché da essi emerge la possibilità, la prospettiva, di un approccio – nella prevenzione giurisdizionale e in quella

¹⁸ “Proposte di intervento in materia di criminalità organizzata: la prima relazione della Commissione Fiandaca”, in *Dir. pen. cont.*, 12 febbraio 2014, disponibile all’indirizzo <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org>.

¹⁹ Tribunale di Reggio Calabria, 19 luglio 2007 e 2 luglio 2008, inedite.

²⁰ Prefettura di Reggio Emilia, provv. aggiornamento interdittiva ai sensi dell’art. 91 co. 5, cod. ant., del 26 luglio 2016.

²¹ Cfr. C. VISCONTI, *Contro le mafie non solo confisca ma anche “bonifiche” giudiziarie per imprese infiltrate: l’esempio milanese*, in *Dir. Pen. Cont.*, 20 gennaio 2012.

amministrativa – che faccia leva sui modelli organizzativi quali strumenti di risanamento, di bonifica aziendale in grado di neutralizzare le infiltrazioni mafiose nelle imprese, senza quindi lasciarsi condizionare da stereotipi e precomprensioni radicati sulle persone fisiche. Proprio ciò che a ben vedere servirebbe diffondere, più di quanto si è fatto fino ad ora, nella cultura media degli operatori del settore, giurisprudenza compresa. Del resto, raffinate analisi di sociologia dell’organizzazione hanno messo ben in luce proprio tale problema culturale: l’approccio penalistico risulta impregnato dall’inesorabile pulsione di «trovare il colpevole», quasi sempre rimuovendo le ragioni più profonde – e cioè quelle di tipo organizzatorio – degli illeciti commessi negli enti collettivi²². Si tratta, per lo più di vere e proprie dissonanze cognitive che inducono gli organi giudiziari ad accontentarsi della “storia corta”, ossia dell’individuazione di singoli episodi indesiderati e dei loro autori, senza «analizzare il ruolo tossico dei cattivi sistemi e delle cattive situazioni nell’indurre persone normali a comportarsi in modo patologico nelle organizzazioni²³.

4. Un solo controllo giudiziario? Certamente no.

Il dibattito fino ad adesso sviluppatosi in giurisprudenza va forse arricchito con ulteriori elementi meritevoli di considerazione relativi soprattutto al significato che assume il concetto di occasionalità nella ricostruzione complessiva degli istituti della prevenzione “mite”.

Anzitutto bisogna far chiarezza su un punto: la disciplina positiva contenuta nel Codice antimafia non prevede una sola forma di controllo giudiziario, prevista dall’art. 34 *bis*, ivi compresa la variante volontaria di cui al sesto comma. Piuttosto – come ben messo in luce da una recente pronuncia di legittimità²⁴ – l’art. 34, al comma 6, prevede un’ulteriore possibilità applicativa per il controllo giudiziario, che può essere disposto dal Tribunale al termine del periodo massimo di amministrazione giudiziaria, senza che sia richiesta la sussistenza di alcun presupposto giuridico-fattuale fra quelli segnalati al primo comma dell’art. 34 *bis*. La legge rimette, infatti, ai giudici della prevenzione la valutazione sull’opportunità di disporre la misura in quei casi in cui permangono ragioni per mantenere presidi di vigilanza sulla gestione al fine di soddisfare le esigenze preventive originariamente ritenute sussistenti.

In casi come questi il concetto di occasionalità trascolora del tutto e perde ogni rilevanza connotativa dell’istituto, mentre l’essenza del controllo giudiziario va ricercata nella seconda parte della disposizione, invero negletta dagli interpreti giudiziali, che «delinea ancor meglio la funzione della misura»²⁵, e cioè che «sussistano circostanze di

²² M. CATINO, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Il Mulino, Bologna, 2022.

²³ M. CATINO, *Trovare il colpevole*, cit., p. 228.

²⁴ Cass., sez. I, 11 febbraio 2025 (ud. 11 dicembre 2024), n. 5514, Edil San Marco s.r.l.

²⁵ Cass., sez. I, 11 febbraio 2025, n. 5514, cit., § 5.2., “In diritto”.

fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni idonee a condizionarne l'attività».

4.1. Segue. Il controllo giudiziario "volontario" e il concetto di "occasionalità".

Da tali rilievi esegetici, si desume la fragilità di quei costrutti interpretativi che pretendano di vincolare inoppugnabilmente i presupposti del controllo giudiziario a richiesta della parte privata ai requisiti fissati per il controllo giudiziario d'ufficio di cui al primo comma dell'art. 34 *bis* Cod. ant. In altre parole, l'opzione ermeneutica che si è affermata già ai primi passi della riforma che ricostruisce l'intero istituto sul calco del primo comma dell'art. 34 *bis* poggia su basi meno robuste di quanto non appaia a prima vista e, sotto diverse angolazioni, si rivela assai opinabile. E, d'altronde, lo stesso *obiter dictum* delle Sezioni unite Ricchiuto – ormai tralaticciamente richiamato a ogni più sospinto – fa leva sulla dimensione cooperativo-prospettica della bonificabilità dell'azienda proprio per relativizzare l'impiego in termini statico-vincolanti del concetto di agevolazione occasionale. Il supremo consesso aveva infatti precisato che l'accertamento dello stato di condizionamento e di infiltrazione non può «essere soltanto funzionale a fotografare lo stato attuale di pericolosità oggettiva in cui versano la realtà aziendale a causa delle relazioni esterne patologiche, quanto piuttosto a comprendere e a prevedere le potenzialità che quella realtà ha di affrancarsene seguendo l'iter che la misura alternativa comporta». In altre parole, «il fuoco dell'attenzione e quindi del risultato di analisi deve essere posto non solo su tale pre-requisito [della occasionalità], quanto piuttosto, valorizzando le caratteristiche strutturali del presupposto verificato, sulle concrete possibilità che la singola realtà aziendale ha o meno di compiere fruttuosamente il cammino verso il riallineamento con il contesto economico sano»²⁶.

In realtà, se solo si guarda al complessivo ordito normativo della prevenzione patrimoniale ci si avvede agevolmente che con riguardo al controllo giudiziario le categorie dell'agevolazione stabile o occasionale svolgono una funzione peculiare, e cioè quella di calibrare il tipo di intervento rispetto al caso concreto. Ecco, quindi, il rilievo che assume la nozione di agevolazione con riguardo alla domanda di controllo avanzata dalla parte privata: il Tribunale è chiamato a disporre la misura solo se il tipo di agevolazione non è cronica, poiché in tal caso andrebbe applicata la più intrusiva misura dell'amministrazione giudiziaria, per la sua maggiore attitudine a perseguire – in questi casi – lo scopo della bonifica aziendale.

Breve: piuttosto che costituire il *quid proprium* espressivo del tratto identitario del controllo giudiziario nelle sue diverse declinazioni normative, dunque, l'occasionalità rappresenta semplicemente un criterio di orientamento per il giudice nella scelta della misura da adottare, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e adeguatezza²⁷. Le stesse

²⁶ Cass. Sez. un., 26 settembre 2019, n. 46898, cit.

²⁷ Anche nella giurisprudenza amministrativa relativa all'applicazione dell'art. 94 *bis* Cod. Ant., l'occasionalità è letta alla stregua di un «concetto giuridico indeterminato» che «diventa il parametro che orienta la discrezionalità amministrativa, in quanto indica il livello del rischio così come accertato

Sezioni unite Ricchiuto quando affermano che nel controllo “volontario” l’accertamento dei presupposti agevolativi «non scolora del tutto» si pongono problema di delimitare il confine della misura “verso l’alto”, cioè in quei casi in cui la stabilità del condizionamento criminale è incompatibile col mero affiancamento dell’impresa. E difatti, gli stessi giudici hanno esplicitamente affermato che la necessità di tale verifica «si desume dal rilievo che l’accertamento di tale presupposto ed *eventualmente di una situazione più compromessa* possono comportare il rigetto della domanda e magari l’accoglimento di quella, di parte avversa, relativa alla più gravosa misura giudiziaria o altra ablativa»²⁸.

D'altronde, la griglia interpretativa che riconduce le diverse forme di controllo giudiziario a quella disciplinata dal primo comma dell’art. 34 *bis* Cod. ant. sembrerebbe risultare asfittica anche per quella giurisprudenza meno disposta a rinunciare all’ancoraggio della misura al presupposto della verifica circa l’occasionalità dell’agevolazione di soggetti portatori di pericolosità. La stessa Sezione I, quando si è trovata libera dall’assillo di riaffermare l’autonomia valutativa del Tribunale rispetto alle diagnosi prefettizie, ha preso atto che il controllo della aziende costituisce nell’ambito delle misure a carattere recuperatorio, una «ulteriore sottopartizione con caratteri peculiari» i cui meccanismi di attivazione non possono *tout court* essere ricalcati su quelli previsti per il controllo giudiziario c.d. prescrittivo, poiché una «lettura ancillare del sesto comma dell’art. 34 *bis* rispetto alla previsione del primo comma mortificherebbe la *ratio* dell’istituto, restringendone la portata e riconducendolo ad un modello non conforme allo spirito della riforma»²⁹. A partire da simili premesse la corte ha cominciato a sbazzare uno statuto differenziato del controllo giudiziario “volontario” smarcandosi dal riferimento “statico” alla nozione di contaminazione occasionale ed ha quindi affermato che una condizione di agevolazione anche «perdurante» dell’impresa a vantaggio di organizzazioni di stampo mafioso non necessariamente costituisce un ostacolo all’accoglimento della richiesta avanzata della parte privata ma diviene fattore ostativo «se ed in quanto tale condizione [...] renda negativa la prognosi di ‘riallineamento’ dell’impresa a condizioni operative di legalità e competitività»³⁰. Una tale impostazione ermeneutica è in effetti più coerente con la *ratio* complessiva di un istituto concepito per salvaguardare la continuità aziendale³¹. Già all’indomani della

all’attualità e consente al contempo una valutazione prognostica sulla base degli elementi che in concreto caratterizzano la fattispecie» (Tar Calabria, sez. Reggio Calabria, 5 luglio 2023, n. 598).

²⁸ Cass. Sez. un., 26 settembre 2019, n. 46898, cit., enfasi aggiunte.

²⁹ Cass., Sez. I, 23 novembre 2022, n. 15156, M&M Servizi s.r.l., cit.; La pronuncia citata riproduce le cadenze argomentative di Cass., Sez. II, 5 marzo 2021, n. 9122, Car Jet, cit.

³⁰ Cass., Sez. I, 23 novembre 2022, n. 15156, cit., § 2.2. “In diritto”, enfasi aggiunte.

³¹ Una più prudente lettura della sentenza qui richiamata (E. BIRRITTERI, *Accertamento dell’infiltrazione criminale nell’ente e controllo giudiziario “volontario”*, in *Giur. it.*, 7, pp. 1647 ss.) segnala però che nei passaggi successivi la motivazione torna a elencare fra i presupposti applicativi anche l’occasionalità. Tuttavia non sembra forzato desumere che la corte, con riferimento al controllo «volontario», assegni al requisito dell’occasionalità un significato differente rispetto a quello di cui al co. 1: altrimenti non si coglie il significato delle affermazioni sopra riportate e il riferimento alla necessaria autonomia del controllo «volontario» rispetto a quello «prescrittivo».

riforma, oltretutto, si era si aveva avuto modo di osservare che la verifica dei “presupposti” postulata dalla legge andasse «calibrata su una valutazione che abbia il suo fulcro nella praticabilità di un programma di “bonifica” dell’azienda istante, ossia un programma volto a rendere l’ente economico sufficientemente presidiato dal rischio di infiltrazioni mafiose. [...] E così, non va escluso a priori che in una situazione in cui è stata rilevata una forma di “agevolazione stabile”, l’azienda si presenti tuttavia potenzialmente in grado di liberarsi dalla commistione di interessi mafiosi»³².

Non mancano inoltre sentenze che si spingono fino a rinunciare del tutto al requisito dell’occasionalità, a partire dal rilievo secondo cui «il comma 6 non fa rinvio al comma 1 dell’articolo che indica le ipotesi in cui viene disposto il controllo giudiziario delle aziende. Ed è proprio in tale comma 1 che è prevista la condizione della “agevolazione... occasionale”»³³. Mentre l’unico rinvio testuale è quello al comma 2, lett. b), segno – secondo la pronuncia da ultimo richiamata – che il legislatore si abbia voluto disciplinare le modalità di esecuzione della misura, ma non assimilare i presupposti delle due diverse forme di controllo, anche perché diversi sarebbero i soggetti cui la misura può essere applicata³⁴.

Né vanno trascurate vere e proprie aree di eccellenza nella giurisprudenza di merito, in cui le decisioni volte a concedere il controllo giudiziario vengono assunte in piena sintonia tra magistratura requirente e giudicante, con provvedimenti che guardano essenzialmente – se non esclusivamente – alla bonificabilità organizzativa dell’azienda richiedente quale percorso utile a rimuovere le condizioni di fatto e di diritto che hanno indotto l’autorità amministrativa a emettere l’interdittiva. Ad esempio, pregevole l’approccio dei giudici torinesi, secondo cui «l’istanza deve essere accolta, proprio sulla base degli elementi fondanti l’interdittiva antimafia» in quanto «l’azienda punta ad adottare nuove strategie volte a scongiurare ulteriori tentativi di contagio» e la «sottoposizione dell’impresa alle prescrizioni in dispositivo possono fungere da adeguato contrappeso alla situazione che ha determinato l’adozione dell’informativa»³⁵; nondimeno il Tribunale di Palermo accoglie la domanda «preso atto delle ragioni sottese all’irrogazione dell’interdittiva (in questa sede non sindacabili), della volontà dell’ente di aderire a un programma di sostegno e di aiuto astrattamente idoneo alla definitiva rimozione delle situazioni che hanno determinato i provvedimento prefettizio»³⁶.

Inoltre, in sedi giudiziarie ove la cultura della prevenzione “mite” è stata presa sul serio fin dall’inizio, si arriva perfino a concludere il periodo di controllo giudiziario con provvedimenti riassuntivi e finali che danno atto del lavoro svolto dall’azienda in ossequio alle prescrizioni ricevute anche in funzione di una successiva richiesta di aggiornamento alla prefettura³⁷. Quest’ultimo aspetto è centrale: si tratta, infatti, di una

³² C. VISCONTI, *Il controllo giudiziario “volontario”*, cit., p. 15.

³³ Così Cass. pen., sez. II, 16 marzo 2023 (ud. 2 febbraio 2023), n.11326, Fabiano.

³⁴ Negli stessi termini cfr. già C. VISCONTI – G.B. TONA, *Nuove pericolosità*, cit., p. 32.

³⁵ Trib. Torino, sez. misure di prevenzione, 2 luglio 2025, n. 159, Cogefa.

³⁶ Trib. Palermo, sez. misure di prevenzione, 25 luglio 2025, n. 28, Energy group s.r.l.

³⁷ Si fa riferimento, in particolare, alla giurisprudenza del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, sulla quale si veda G.M. CASELLA, *Il controllo giudiziario volontario delle aziende nella prassi conformativa del Tribunale della prevenzione*, in T. ALESCI – M. COLACURCI – F. LOMBARDI (a cura di), *L’interferenza criminale nell’economia*.

prassi virtuosa che ha come obbiettivo una “leale collaborazione” tra i diversi attori della prevenzione antimafia e respinge pulsioni “competitive” all’interno del sistema istituzionale che nulla hanno a che vedere con il contrasto alla criminalità mafiosa.

4.2. *Segue. La novità della prevenzione collaborativa e le implicazioni sistemiche.*

Ma c’è un ulteriore e cruciale argomento che spinge verso una ricostruzione del controllo «volontario» in termini autonomi rispetto a quello «prescrittivo»: l’introduzione, all’art. 94 *bis* Cod. ant.³⁸, delle nuove «misure amministrative di prevenzione collaborativa» implica adesso che in presenza di una agevolazione di tipo occasionale il Prefetto dovrebbe evitare di emettere un’interdittiva e ricorrere invece alla misura tutoria³⁹. Pertanto, i provvedimenti di interdizione dovrebbero essere limitati ai casi in cui l’agevolazione abbia il carattere della *non* occasionalità⁴⁰. Con queste premesse, ferma restando l’autonomia di giudizio che resta in capo al giudice della prevenzione⁴¹, il controllo giudiziario volontario sarebbe sostanzialmente destinato a non trovare mai applicazione⁴². Ma quest’opzione – oltre a connotarsi per una sua

Modelli di prevenzione, Editoriale scientifica, Napoli, 2024, pp. 177 ss. e, ancor prima M. COLACURCI, *La giurisprudenza del Tribunale di S.M. Capua Vetere sul d.lgs. n. 231/2001 e le misure di prevenzione patrimoniali antimafia: il controllo giudiziario volontario nella prassi*, in F. CENTONZE – S. MANACORDA (a cura di), *Verso una riforma della responsabilità penale degli enti. Dato empirico e dimensione applicativa*, Il Mulino, Bologna, 2023, pp. 331 ss.

³⁸ Con il D.l. 152/2021, su cui cfr. G. D’ANGELO – G. VARRASO, [Il decreto legge n. 152/2021 e le modifiche in tema di documentazione antimafia e prevenzione collaborativa](#), in questa *Rivista*, 1° agosto 2022.

³⁹ Cfr. sul punto i tre arresti gemelli del massimo organo della giustizia amministrativa: Cons. Stato, Ad. plen., 13 febbraio 2023 (ud. 14 dicembre 2022), nn. 6, 7 (in *Foro it.*, 2023, III, 153, con nota di G. D’ANGELO (*Impugnazione dell’informazione interdittiva e controllo giudiziario volontario: profili critici dopo il d.l. n. 152 del 2021*)) e 8. Inoltre nella giurisprudenza di merito non si è mancato di osservare che la possibilità di ricorrere alle misure di cui all’art. 94 *bis* «deve essere comunque vagliat[a] nei suoi presupposti applicativi anche prima dell’adozione dell’informazione interdittiva di conferma, atteso l’obbligo posto in capo alla Prefettura di verificare motivatamente se i fatti del riesame siano idonei a far degradare la condizione permeabilità mafiosa dell’impresa da cronica ad occasionale, pur senza spingere l’organo amministrativo ad emanare misure immediatamente e definitivamente liberatorie» (Tar Calabria, n. 598/2023, cit.).

⁴⁰ Addirittura secondo il Consiglio di Stato (Ad. Plen. 7/2023, cit.), l’emissione di una informativa a carattere interdittivo in relazione a casi di agevolazione occasionale «può in ipotesi costituire ragione di illegittimità» della stessa «in ragione dell’alternativa costituita dalle misure meno invasive introdotte con il medesimo art. 94 *bis*, e dunque giustificare l’interesse dell’impresa alla definizione del giudizio di impugnazione contro l’interdittiva». Nello stesso senso cfr. G. VELTRI, *La prevenzione antimafia collaborativa: un primo commento*, in [www-giustizia-amministrativa.it](#), 2022, che prefigura anche riverberi sui processi amministrativi sulle interdittive, in cui troveranno spazio «provvedimenti cautelari propulsivi e atipici quali l’ordine del riesame o addirittura l’ordine di applicare il controllo giudiziario quale misura “cautelare” minore idonea a scongiurare i rischi per l’economia legale nelle more del definitivo giudizio sull’informativa».

⁴¹ Cfr. E. BIRRITTERI, *Accertamento dell’infiltrazione criminale nell’ente e controllo giudiziario “volontario”*, cit., secondo cui ove si sostenesse che «il Tribunale di prevenzione debba giocoforza recepire, con piglio notarile, l’accertamento prefettizio signific[herebbe], in un certo senso, generare un cortocircuito sistematico, relegando il controllo giudiziario volontario alla irrilevanza applicativa».

⁴² Non sono difatti mancate voci che mettono in discussione la stessa opportunità di mantenere all’interno del sistema del Cod. ant. il controllo «volontario» quale misura «ponte» fra le due giurisdizioni. In questo

incoerenza⁴³ – mortificherebbe l’operatività di un istituto cui invece il legislatore ha inteso assegnare piena centralità all’interno del sistema della prevenzione. Insomma, anche da questo punto di vista non possono che rivelarsi più convincenti le tesi che forniscono una lettura differenziata del controllo “volontario” rispetto a quello “prescrittivo”.

Occorre prendere atto, pertanto, che la misura di cui al sesto comma dell’art. 34 *bis* Cod. ant. è suscettibile di coprire un ventaglio di casi assai più ampio rispetto a quello disciplinato dal primo comma. Tanto si giustifica non solo (o non tanto) in ragione del principio di gradualità che informa tutto il sistema di prevenzione⁴⁴, ma anche perché il legislatore ha assegnato al controllo “volontario” il compito di esprimere in modo peculiare quella tensione verso la *cooperative compliance*, anche grazie a un paradigma di intervento che assegna una nuova centralità ai meccanismi di rigenerazione organizzativa di cui al d.lgs. 231/2001⁴⁵.

Secondo quest’impostazione, dunque, i criteri con cui deve misurarsi il tribunale della prevenzione potrebbero essere così sintetizzati: la richiesta della parte privata andrebbe sempre accolta nei casi in cui secondo una valutazione prognostica il condizionamento criminale sulla vita dell’impresa (quale che sia il suo livello di intensità) potrà essere eliminato *senza allontanare l’imprenditore dalla gestione*, ma solo affiancandolo⁴⁶.

Mentre, di fronte a una agevolazione di tipo cronico o stabile, o che comunque induce a ritenere insufficiente il solo affiancamento “tutorio”, il Tribunale dovrà valutare

senso cfr. G. VELTRI, *La prevenzione antimafia collaborativa*, cit., nonché G. BOTTO, *Sul rapporto tra controllo giudiziario ad esito favorevole e aggiornamento dell’informativa anti-mafia*, in *www.giustiziainsieme.it*, 5 ottobre 2022), M.A. SANDULLI, *Rapporti tra il giudizio sulla legittimità dell’informativa antimafia e l’istituto del controllo giudiziario*, in *www.giustiziainsieme.it*, 10 maggio 2022. La giurisprudenza amministrativa ha inoltre rilevato che il nuovo art. 94 *bis* cod. ant. «potrebbe addirittura condurre (ove opportunamente utilizzato e valorizzato dalle Prefetture) a svuotare di contenuto l’istituto del controllo giudiziario, così riducendo al minimo le problematiche dell’interferenza tra il processo amministrativo avverso l’interdittiva e il giudizio del giudice della prevenzione penale in tema di controllo giudiziario» (Tar Sicilia, sez. Catania, Sez. IV, 1° maggio 2022).

⁴³ In particolare con riferimento all’argomento della *coerenza* come criterio di giustificazione degli esiti interpretativi cfr. G. PINO, *L’interpretazione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 289.

⁴⁴ Cfr. E. BIRITTERI, *Accertamento dell’infiltrazione*, cit.

⁴⁵ Cfr. M. DI LELLO FINUOLI, *La compliance riparativa: un “giunto cardanico” tra responsabilità da reato degli enti e misure di prevenzione*, in *Arch. Pen.*, 2; N. SELVAGGI, *Criminalità organizzata e responsabilità dell’ente*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 3-4, 719 ss. (in particolare il § 6).

⁴⁶ Si vedano i sopra richiamati provvedimenti del Tribunale di Torino² luglio 2025, n. 159, Cogefa, cit. e di Palermo, 25 luglio 2025, n. 28, Energy group s.r.l., cit. In termini simili cfr. Cass. pen., Sez. V, 22 dicembre 2021, n. 46799, cit. secondo la quale per vagliare l’occasionalità dell’agevolazione il «substrato principale su cui deve appuntarsi l’accertamento del giudice è dunque la realtà imprenditoriale nelle sue implicazioni gestionali, operative che per essere colte nella loro essenza e nelle loro componenti non possono che essere considerate in una visione dinamica e non statica; ed invero, è solo seguendo il loro divenire – dal passato e con proiezione nel futuro – nel contesto di riferimento che si può veramente cogliere a entità dei legami esistenti tra l’impresa e i fattori inquinanti ai fini di qualificarlo o meno come occasionale (ed è all’accertamento della occasionalità che consegue poi la necessità di verificare la sussistenza di un pericolo concreto di infiltrazioni mafiose, idonee a condizionare le attività economiche e le aziende laddove l’ipotesi della stabilità dell’assoggettamento implica piuttosto la già intervenuta infiltrazione)».

l'ipotesi di applicare l'amministrazione giudiziaria⁴⁷ a richiesta della parte pubblica. O anche d'ufficio: se si ritenesse che il comma 4 dell'art. 34 *bis*, laddove prevede che il Tribunale possa disporre di sua iniziativa l'amministrazione giudiziale nel corso del controllo giudiziario ove ne riscontri i presupposti di fatto, possa applicarsi analogicamente ai casi in cui è stata presentata l'istanza di controllo ma la misura non è stata ancora disposta. E, tutto sommato, non si tratterebbe di una analogia *in malam partem*, poiché in caso contrario si lascerebbe l'imprenditore in un limbo inespugnabile: imprigionato dall'interdittiva e senza la possibilità di essere guidato verso un percorso di riallineamento legale. Lo stesso legislatore, del resto, ha tentato di scongiurare questo scenario ed è a più riprese intervenuto per impedire che i provvedimenti interdittivi si traducessero in un «ergastolo imprenditoriale»⁴⁸ offrendo alle imprese che assumono un atteggiamento collaborativo diverse vie d'uscita. E sarebbe davvero illogico negare l'accesso a misure terapeutiche proprio alle imprese che, più pervasivamente contaminate dalla criminalità organizzata, spontaneamente chiedono un supporto del Tribunale per affrancarsi dal condizionamento mafioso.

5. Valori costituzionali vs Ponzio Pilato.

Ha ragione, quindi, chi oggi chiede come mai i giudici “negazionisti” – che cioè negano l'ammissibilità al controllo giudiziario richiesto da aziende per le quali il Tribunale non rileva poi alcuna pericolosità – non abbiano provveduto a sollevare una questione di costituzionalità per contrasto con il principio di eguaglianza della disciplina così interpretata⁴⁹. L'irragionevole disparità di trattamento tra l'azienda che l'ottiene, pur compromessa da condizionamenti mafiosi, e quella che non l'ottiene ancorché immune da condizionamenti criminali, è evidentemente macroscopica. Né certamente rileva il comodo rifugiarsi in un pilatesco “se la vede il Prefetto”, che sarà costretto a rivalutare le sue valutazioni a fronte della decisione del Tribunale che ritiene insussistente qualsiasi pericolo di condizionamento mafioso. Perché in realtà, un simile atteggiamento disvela una questione ben più rilevante di indifferenza, più in generale, nei confronti dei valori costituzionali in gioco nella lettura dell'intero sistema della legislazione antimafia. Se guardiamo, infatti, alle più rilevanti riforme degli ultimi anni che hanno interessato il Codice antimafia emerge nitidamente un interesse, uno scopo,

⁴⁷ Non mancano nella prassi casi in cui alla richiesta di applicazione del controllo giudiziario il Tribunale risponda disponendo l'amministrazione giudiziaria. Cfr. ad es. Trib. Reggio Calabria, Sez. mis. prev., decr. 1° dicembre 2022, n. 10 R.c.g., *Athena service soc. coop.*: con tale provvedimento il Tribunale reggino, a fronte della richiesta dell'azienda raggiunta da interdittiva di applicare il controllo giudiziario, ha ritenuto di dover applicare la più incisiva misura dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34 Cod. ant. sulla base della valutazione del livello di contaminazione criminale dell'azienda, considerato stabile e non occasionale e stimando pertanto che il controllo giudiziario non potesse «ritenersi strumento idoneo per consentire e proseguire la bonifica dell'impresa attenzionata dal pericolo di infiltrazioni criminali».

⁴⁸ L'espressione è di M. MAZZAMUTO, *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *Giust. Amm.*, 3.

⁴⁹ G. AMARELLI, *Controllo giudiziario volontario: aspettando le Sezioni unite, la Corte costituzionale protrae gli effetti sospensivi dell'interdittiva antimafia*, cit.

che trova espressione in precisi dispositivi normativi: quello, cioè, che si incarna nella “continuità aziendale o produttiva” dell’ente economico che viene coinvolto in vario modo dalle misure preventive. Cominciando da sequestro e confisca, si veda l’art. 41 del Codice Antimafia, che prevede una serie di adempimenti a carico dell’autorità giudiziaria e dei suoi ausiliari al fine di predisporre un «programma di prosecuzione o di ripresa dell’attività» d’impresa proprio nel segno di garantire la protezione di una serie interessi diffusi collegati alle attività aziendali che rivestono una rilevanza non solo privatistica connessa alla libertà di iniziativa economica, ma anche di tipo pubblicistico (livelli occupazionali, stakeholders del territorio, ecc). Si guardi poi all’amministrazione giudiziaria: il comma 3 dell’art. 34 prevede che il giudice «può» decidere di sostituire uno o più organi societari di controllo o di gestione, oppure prescrivere un mero affiancamento senza alcun spossessamento gestorio, in ogni caso però «tenuto conto delle esigenze di prosecuzione dell’attività d’impresa». E ovviamente lo stesso controllo giudiziario *ex art. 34 bis*, comma 1, che invero costituisce il deposito prioritario di tali istanze, visto che nei casi in cui l’agevolazione descritta nel precedente articolo risulti solo di tipo «occasionale», esclude qualsiasi forma di invadenza gestoria dell’autorità giudiziaria contemplando invece tipi di intervento che si limitano ad affiancare l’azienda in attività di *self cleaning* e di compliance organizzativa. Ancora, l’art. 94 *bis*, Cod. ant., che disciplina l’istituto della “prevenzione collaborativa”, misura che appunto si risolve anch’essa in un tutoraggio nei confronti dell’operatore economico senza interromperne l’attività e che il Prefetto è chiamato ad applicare in luogo della draconiana interdittiva antimafia quando la supposta infiltrazione mafiosa si desume da forme di agevolazione occasionale e non cronica. E un medesimo indirizzo riscontriamo pure fuori dai confini del Codice antimafia: il comma 10 dell’art. 32 d.l. n. 90/2014 (c.d. Legge Anac) prevede che nel caso in cui l’emissione di un’interdittiva antimafia, interrompendo la continuità produttiva dell’operatore economico che l’ha subita, determina un impatto sui livelli occupazionali o sull’erogazione di servizi pubblici essenziali, il Prefetto ha il dovere di sostituirla con le misure contemplate nel medesimo articolo, dal commissariamento dei contratti pubblici alla *tutorship* aziendale mediante la nomina di esperti. Senza contare che lo stesso “sistema 231” è caratterizzato da un generale *favor* nei confronti della continuità aziendale che trova massima espressione nell’istituto del commissariamento giudiziale ma pure nei plurimi vantaggi assicurati alle aziende che adottando anche *ex post* un modello di organizzazione forniscono rassicurazioni su un’operatività produttiva improntata alla prevenzione dei rischi del tipo di quello verificatosi.

6. Auspici conclusivi.

Non resta che aspettare la decisione delle sezioni unite. Nella consapevolezza che come in altre occasioni si è riusciti a far soffiare il vento della ragionevolezza costituzionale – ad esempio quando si è equiparata l’impugnazione dell’interdittiva al

7-8/2025

rifiuto di iscrizione in *white list* allargando il novero delle aziende ammesse all'istituto⁵⁰
– anche stavolta la Cassazione sarà capace di guardare alla luna e non al dito.

⁵⁰ Cfr. Cass. pen., Sez. II, 19 gennaio 2023, (ud. 17 novembre 2022), n. 2156, F.B.S. s.r.l. (in *Cass. pen.*, 2023, p. 2304, con nota F. TONDIN, *Rifiuto di iscrizione nella white list e ammissibilità del controllo giudiziario volontario*) ha esteso la possibilità di richiedere il controllo “volontario” anche ai casi in cui l’impresa abbia ricevuto risposta negativa alla richiesta di inserimento in “white list” (elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, operanti in settori particolarmente a rischio di cui all’art.1 comma 52 della legge n.190 del 2012). In motivazione la cassazione sottolinea appunto che sottolinea che «l’equivalenza dei presupposti legittimanti il diniego della iscrizione nella white list con quelli che comportano l’adozione della interdittiva determina una sostanziale equiparazione tra i due istituti [...] pertanto una interpretazione costituzionalmente orientata impone la parificazione delle due situazioni». Nello stesso senso, Tribunale Bologna, 7 settembre 2020 (Rel. Buttelli), cit.; Tribunale di S.M. Capua Vetere, 11 luglio 2018.

7-8/2025

**PER LE SEZIONI UNITE È ABNORME L'ORDINANZA DI RIGETTO
DELLA RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO SPECIALE EX ART.
392 C. 1-BIS, PRIMO PERIODO, C.P.P.
QUALI POSSIBILI RIMEDI PER RIAFFERMARE I DIRITTI DIFENSIVI E
LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA?**

di Giulio Gazzola

Il presente contributo analizza la sentenza n. 10869 del 18 marzo 2025 delle Sezioni Unite, che si sono espresse nel senso di ritenere abnorme il rigetto delle istanze di incidente probatorio cosiddetto "speciale" di cui all'art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p., negando qualsiasi spazio di discrezionalità giudiziale in ordine alla valutazione della sussistenza in concreto del requisito della vulnerabilità della persona offesa da uno dei reati di cui all'elenco contenuto in tale disposizione. Nonostante la decisione in commento sia conforme alla lettera della legge, la disposizione citata, contenendo una vera e propria presunzione di vulnerabilità, non pare essere compatibile con il dettato della direttiva 2012/29/UE. Quest'ultima, infatti, in particolare all'art. 22, prevede l'obbligo di procedere all'individual assessment della condizione della vittima e delle sue necessità, al fine di decidere se attivare o meno misure protettive come l'incidente probatorio "speciale". Il presente lavoro, dunque, attraverso l'esame di giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale in materia di effetto diretto delle direttive UE e rapporti tra ordinamenti, cerca di delineare possibili strade da percorrere affinché sia rilevata la descritta incompatibilità e così ripristinato un margine di discrezionalità giudiziale, in modo da garantire un effettivo rispetto dei principi della presunzione di innocenza e del giusto processo, consentendo una compressione dei diritti difensivi soltanto quando lo giustifichino le concrete condizioni della persona offesa, individualmente valutata.

SOMMARIO: 1. I termini del contrasto sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità. – 2. Le Sezioni Unite n. 10869 del 18 marzo 2025, con qualche breve annotazione critica. – 3. La direttiva 2012/29/UE: la valutazione individuale delle vittime di reato come diritto di ogni vittima e garanzia dei diritti difensivi, al di là di qualsiasi presunzione di vulnerabilità. – 3.1 Sulla diretta efficacia dell'art. 22 della direttiva 2012/29/UE. – 3.2 Possibili conseguenze, sul piano interno, di un'eventuale disapplicazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p.

1. I termini del contrasto sviluppatosi nella giurisprudenza di legittimità.

La Sezione Sesta della Corte di cassazione, con l'ordinanza n. 27104 del 9 luglio 2024, aveva rimesso al massimo consesso della Suprema Corte la questione relativa alla sussistenza o meno di un margine di valutazione discrezionale in capo al giudice che

7-8/2025

debba pronunciarsi su di una richiesta di incidente probatorio cosiddetto “speciale”¹, ex art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p., affinché fosse risolto un contrasto che perdurava in giurisprudenza ormai da alcuni anni².

Le Sezioni Unite, dunque, con sentenza n. 10869 del 18 marzo 2025 (udienza del 12 dicembre 2024), si sono espresse nel senso di ritenere abnormi – e, quindi, ricorribili in sede di legittimità – le ordinanze di rigetto delle richieste di incidente probatorio formulate ai sensi dell’art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p.³

Come è noto, tale disposizione – introdotta dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66 e più volte modificata da interventi legislativi che ne hanno ampliato la portata applicativa⁴ – permette di assumere con le modalità dell’incidente probatorio (a prescindere dalla sussistenza dei requisiti di cui al comma 1 del medesimo articolo) la testimonianza del minorenni e della persona offesa maggiorenne, quando si proceda “per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter e 600-quater, anche se relativi al materiale pornografico di cui all’articolo 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis del codice penale”.

Venendo ai termini del contrasto sviluppatosi, alcune pronunce della Terza Sezione, ritenendo che il giudice destinatario di una richiesta di incidente probatorio ai sensi dell’art. 392 c. 1-bis c.p.p. fosse, in presenza dei presupposti normativi, obbligato ad accoglierla, avevano censurato le ordinanze reiettive, qualificandole abnormi e così avallandone l’impugnazione avanti alla Corte di cassazione, non essendo prevista espressamente la facoltà di proporre gravame contro tali provvedimenti.

Le prime pronunce di annullamento di dette ordinanze ne avevano ravvisato l’abnormalità strutturale, poiché adottate “fuori dai casi consentiti e al di là di ogni ragionevole limite”⁵, stante il fatto che il legislatore stesso avrebbe già provveduto a svolgere il bilanciamento tra il principio del contraddittorio – in particolare nelle componenti dell’oralità e dell’immediatezza nella formazione della prova – e le istanze di protezione dal rischio di vittimizzazione secondaria⁶ (ma anche da intimidazione o da

¹ Si è deciso di utilizzare il termine “speciale”, invece di “atipico”, in conformità alla scelta lessicale operata proprio dalla sentenza in commento, che identifica l’incidente probatorio atipico con quello previsto dal secondo periodo dell’art. 392 c. 1-bis c.p.p.

² Cass. pen., Sez. VI, Ord., 9 luglio 2024, n. 27104, con commento di F. MARCHETTI, [Rimessa alle Sezioni Unite la questione dell’impugnabilità dell’ordinanza reiettiva della richiesta di assunzione anticipata della prova ex art. 392 c. 1-bis c.p.p.](#), in questa Rivista, 10 ottobre 2024.

³ Cass. pen., Sez. Un., Sent., 18 marzo 2025, n. 10869. Un primo commento critico, precedente al deposito della motivazione, è quello redatto da F. R. DE PALO, [L’obbligo di incidente probatorio protetto e il ritorno dell’istruzione formale](#), in Arch. pen. web, 1, 2025, 12 febbraio 2025.

⁴ Le modifiche, tutte in senso estensivo dell’applicabilità della norma, ampliando il catalogo di reati che comportano la presunzione di vulnerabilità della persona offesa, ovvero allargando il perimetro soggettivo delle categorie di persone offese meritevoli di protezione, sono avvenute, in ordine cronologico, con L. 3 agosto 1998, n. 269, L. 11 agosto 2003, n. 228, L. 6 febbraio 2006, n. 38, il D. L. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito in L. 23 aprile 2009, n. 38, L. 1° ottobre 2012, n. 172 e, da ultimo, con il D. Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

⁵ In tal senso Cass. pen., Sez. III, Sent., 26 luglio 2019, n. 34091 e Cass. pen., Sez. III, Sent., 22 novembre 2019, n. 47572.

⁶ M. VENTUROLI, [La tutela della vittima nelle fonti europee](#), in Dir. pen. cont., 3-4, 2012, p. 93, ha significativamente rilevato che, a fianco del diritto a partecipare al processo o a modalità alternative di risoluzione dei conflitti

ritorsione) della persona offesa, quando si proceda per i reati elencati nella citata disposizione. L'importanza di tali esigenze, nell'ultimo decennio, ha trovato sempre maggiore spazio nell'ordinamento italiano, su sollecitazione di diverse fonti di produzione sovranazionali, tra le quali, soprattutto, la direttiva n. 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, ma anche le Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul⁷. Senza dimenticare la necessità di assicurare quanto più possibile la genuinità delle dichiarazioni della persona offesa, giacché la loro assunzione in un momento quanto più prossimo ai fatti costituirebbe una garanzia per l'imputato, facilitando il mantenimento dei ricordi del teste e impedendone così l'alterazione⁸.

L'orientamento più recente e maggioritario, invece, anche in considerazione del disposto dell'art. 398 c. 1 c.p.p., riteneva perfettamente conforme al sistema processuale l'ordinanza con la quale il giudice avesse rigettato la richiesta di incidente probatorio formulata ai sensi dell'art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p., con ciò riconoscendo l'esistenza di un margine di discrezionalità anche quando sussistano tutti i requisiti richiesti da tale disposizione. Secondo questa lettura, dunque, sarebbe possibile per il giudice valutare se, nel caso concreto, le esigenze di protezione della persona offesa (o del testimone minorenni) siano effettivamente così significative da dover comportare una compressione delle garanzie difensive⁹.

Tali pronunce, dunque, escludevano l'abnormità funzionale dell'ordinanza di rigetto dell'incidente probatorio speciale – giacché non causerebbe alcuna stasi del procedimento – e, altresì, l'abnormità strutturale, poiché il sistema processuale attribuirebbe al giudice un potere discrezionale, da esercitare attraverso un

e del diritto alla compensazione monetaria per il danno subito dal reato, il terzo pilastro dello “*statuto europeo della vittima nel processo penale*” è proprio il diritto alla protezione dai rischi di vittimizzazione secondaria, definita dalla Commissione europea come “*negative consequences for victims that may result from victims' participation in criminal proceedings, including victims' exposure to contacts with their perpetrators, judicial authorities and/or the general public*” (così in [Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. EU Strategy on victims' rights \(2020-2025\), COM\(2020\) 258 final, 24.6.2020](#), p. 2, nota 14. Sulla definizione di vittimizzazione secondaria si vedano anche G. FANCI, [La vittimizzazione secondaria: ambiti di ricerca, teorizzazioni e scenari](#), in *Riv. Crim. Vitt. Sic.*, Vol. 5, n. 3, 2011, pp. 53-66 e M. BOUCHARD, [Sulla vulnerabilità nel processo penale](#), in *DPU*, 12, 2019, 18 dicembre 2019, pp. 12-14.

⁷ Per una panoramica di tale orientamento si veda F. MARCHETTI, [L'impugnabilità dell'ordinanza di rigetto dell'istanza di incidente probatorio: una storia solo apparentemente semplice](#), in questa *Rivista*, 5, 2021, 11 maggio 2021, pp. 20-24.

⁸ Argomento già criticato da A. GIARDA, [Il reato di stalking: Profili procedurali, abstract dell'intervento al Convegno Mobbing e stalking. Aspetti penali, procedurali e civili, tenutosi a Milano il 26 marzo 2011](#), il quale, nel commentare il D. L. 23 febbraio 2009, n. 11, bollava come privo di razionalità l'allargamento dell'incidente probatorio speciale alle ipotesi di assunzione delle dichiarazioni del maggiorenne persona offesa dai reati elencati dall'art 392 c. 1-bis c.p.p., poiché solo con riferimento al minore sarebbe ragionevole ritenere che i ricordi possano essere inquinati con il passare del tempo.

⁹ Si sono schierate su questa posizione Cass. pen., Sez. VI, Sent., 2 settembre 2020, n. 24996; Cass. pen., Sez. V, Sent., 21 gennaio 2021, n. 2554; Cass. pen., Sez. III, Sent., 28 luglio 2021, n. 29954; Cass. pen., Sez. III, Sent., 18 ottobre 2021, n. 37605; Cass. pen., Sez. III, Sent., 8 novembre 2021, n. 40056; Cass. pen., Sez. VI, Sent., 16 dicembre 2021, n. 46109; Cass. pen., Sez. I, Sent., 21 novembre 2023, n. 46821; Cass. pen., Sez. III, Sent., 16 luglio 2024, n. 28494; Cass. pen., Sez. VI, Sent., 2 maggio 2024, n. 17521; Cass. pen., Sez. III, Sent., 11 settembre 2024, n. 34234.

bilanciamento in concreto degli interessi in gioco, senza che né l’attuazione della direttiva 2012/29/UE, né l’adesione alle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul, avessero comportato l’insorgere di alcun automatismo.

Una posizione mediana è stata seguita, infine, da un’altra pronuncia della Corte di cassazione¹⁰, che ha sì ravvisato un vizio nelle ordinanze di rigetto delle istanze di incidente probatorio speciale, ma consistente in abnormità per carenza di potere in concreto, *“nel caso in cui il giudice non esponga le cogenti ragioni che, nello specifico, prevalgono sulle esigenze di tutela della vittima e della genuinità della prova”*¹¹. Secondo quest’ultima tesi, dunque, il giudice investito dalla richiesta avrebbe uno spazio di discrezionalità, ma dovrebbe esplicitare i termini del giudizio di bilanciamento che lo abbia portato a ritenere ingiustificata la compressione delle garanzie difensive rispetto alle esigenze della vittima nel caso di specie, senza, tuttavia, poter sindacare in merito alla valutazione di vulnerabilità della vittima, quando questa sia presunta *ex lege*.

La Corte costituzionale, interessata alcuni anni fa di una questione di legittimità relativa all’art. 392 c. 1-bis c.p.p., nella parte in cui prevede che a dover essere sentito in incidente probatorio sia anche il testimone minorenne non vittima del reato, nel formulare il proprio giudizio di infondatezza, ha riconosciuto l’esistenza di *“una presunzione di indifferibilità o di non ripetibilità del relativo contributo testimoniale”*¹², pur rimarcando l’eccezionalità dell’istituto in esame, giustificata dalla natura dei reati per i quali è previsto, che comportano l’insorgenza di un particolare bisogno di tutela dal rischio di vittimizzazione secondaria, trattandosi di casi di vulnerabilità ritenuta dal legislatore sussistente *in re ipsa*, nonché dalla già menzionata necessità di garantire all’imputato la maggiore genuinità della prova dichiarativa oggetto della richiesta di incidente probatorio.

Sul punto, anche in dottrina si sono registrati orientamenti oscillanti. Alcuni commentatori si sono attestati su posizioni favorevoli alla necessità di riconoscere uno spazio di discrezionalità al giudice delle indagini preliminari investito dalla richiesta di incidente probatorio speciale *ex art. 392 c. 1-bis*, primo periodo, c.p.p., soprattutto al fine di non compromettere i diritti difensivi dell’imputato quando non risulti in concreto necessario¹³. Altri, invece, hanno individuato un automatismo per il quale il sindacato

¹⁰ Cass. pen., Sez. II, Sent., 6 luglio 2023, n. 29363.

¹¹ P. DI GERONIMO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità. 1. L’incidente probatorio per l’acquisizione della testimonianza di “soggetti vulnerabili”*, in Cass. pen., 11, 2023, p. 3528.

¹² Corte cost., Sent., 5 febbraio 2021, n. 14. Per un commento si veda V. TONDI, *L’incidente probatorio «speciale» torna al vaglio della Corte Costituzionale*, in questa Rivista, 22 febbraio 2021, secondo la quale la citata decisione del giudice delle leggi *“ha avallato, quantomeno sotto il profilo della coerenza con la Carta fondamentale, l’approccio interpretativo [...] che sostiene la configurabilità, nell’ipotesi di cui al comma 1-bis dell’art. 392 c.p.p., di una vera e propria presunzione di non rinviabilità dell’atto probatorio”*.

¹³ In questo senso si vedano R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell’ammissione dell’incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in QG, 5 febbraio 2021; C. PARODI, *Incidente probatorio, minorenni e vittime vulnerabili: un nervo scoperto del sistema*, in Dir. viv., 22 aprile 2023, che, tuttavia, distingue il caso in cui la persona offesa sia maggiorenne da quello in cui sia minorenne, riconoscendo come, in questa seconda circostanza, dovrebbe sussistere un automatismo nell’accoglimento della richiesta di incidente probatorio; su posizioni simili anche A. CAPONE, *Incidente probatorio e tutela della vittima di reato*, in Riv. dir. proc., 2, 2012, pp. 352-353 e 358-362, il quale reputa razionale voler estromettere rapidamente dal

del giudice su tale richiesta dovrebbe limitarsi alla verifica dei requisiti di legge posti dalla disposizione citata¹⁴. Vi è stato anche chi, autorevolmente, ha messo in dubbio l'ammissibilità di un bilanciamento di interessi contrapposti tra il diritto di difesa dell'imputato e il principio del contraddittorio nella formazione della prova, da una parte, e la tutela dei soggetti vulnerabili chiamati a testimoniare nel procedimento penale, dall'altra¹⁵.

La Sesta Sezione, in ogni caso, in sede di remissione, aveva aderito all'orientamento restrittivo della discrezionalità del giudice, giacché il legislatore avrebbe introdotto una presunzione di vulnerabilità delle persone offese dai reati elencati dall'art. 392 c. 1-*bis* c.p.p., accompagnata da una presunzione di non rinviabilità della prova, senza che ciò si traduca in una lesione delle garanzie difensive, potendosi comunque svolgere l'assunzione della testimonianza con modalità che assicurino il contraddittorio. Inoltre, eventualmente, la prova potrebbe essere rinnovata in dibattimento, qualora necessario e nei limiti di cui all'art. 190-*bis* c.p.p.¹⁶

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite sulla questione, sembrava, tuttavia, preferibile che venisse percorsa una strada mediana tra le posizioni in contesa. Infatti, se la previsione di un automatismo per il quale, quando si proceda per determinati reati, la persona offesa abbia, *de facto*, un diritto a essere sentita in incidente probatorio, non appare necessaria ai sensi della direttiva di riferimento¹⁷ (e, invero, con essa neppure

procedimento penale persone offese minorenni o inferme di mente, tuttavia ritenendo ingiustificato che tale diritto venga accordato alle vittime maggiorenni solo in considerazione del titolo di reato, senza un accertamento in concreto delle reali condizioni emotive e psicologiche e, nello specifico, della sussistenza del rischio che la volontà della vittima di conservare la relazione patologica nella quale si possono verificare molti dei reati indicati nel catalogo di cui all'art. 392 c. 1-*bis* c.p.p. prevalga sulla volontà di dire la verità, qualora la distanza tra i fatti e l'esame dibattimentale fosse eccessiva. Il giudice conserva uno spazio di autonoma valutazione anche secondo E. GUIDO, [Vittima del reato e tutela processuale a due facce](#), in *Arch. pen. web*, 2, 2023, 5 giugno 2023, p. 19. Si vedano anche C. ARDIGÒ, [L'incidente probatorio per l'ascolto della vittima vulnerabile: automatismi ed eccessi di tutela](#), in questa *Rivista*, 8 gennaio 2020, e, della stessa Autrice, [Verso una "liberalizzazione" dell'incidente probatorio, tra tutela della vittima vulnerabile e salvaguardia delle garanzie difensive](#), in questa *Rivista*, 6, 2020, 16 giugno 2020, pp. 209-227.

¹⁴ G. DALIA, [La risposta del sistema processuale penale per la tutela delle vittime di violenza di genere](#), in *Arch. pen. web*, 1, 2020, 10 marzo 2020, p. 15, che, per la precisione, parla di quasi obbligatorietà; B. ROMANELLI, [Incidente probatorio atipico e abnormità: oscillazioni ed equivoci giurisprudenziali](#), in *Arch. pen. web*, 2, 2021, 1° giugno 2021, pp. 5-8.

¹⁵ O. MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, in D. NEGRI, R. ORLANDI (a cura di), *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 119-130; del medesimo Autore *Tradimenti di un codice. La Procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Giappichelli, 2020, pp. 81-94 (il capitolo dedicato al tema, con una significativa progressione semantica, è intitolato "Il contraddittorio impedito di fronte ai testimoni vulnerabili").

¹⁶ Così Cass. pen., Sez. VI, Ord., 9 luglio 2024, n. 27104.

¹⁷ Né risulta del tutto razionale dal punto di vista del diritto interno, poiché sarebbe difficilmente giustificabile l'imposizione di un obbligo in capo al g.i.p. di disporre l'incidente probatorio, quando analogo vincolo non è posto a carico del pubblico ministero procedente, il quale, alla luce del dettato normativo, non sembra tenuto a richiedere l'instaurazione di un incidente probatorio speciale anche sussistendone i presupposti, come ha notato il massimo giudice eurounitario in CGUE, Seconda Sezione, Sent., 21 dicembre 2011, causa [C-507/10](#), par. 44, con una pronuncia mediante la quale, secondo L. LUPÁRIA, *Quale posizione per la vittima nel modello processuale italiano*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA, *Lo Scudo e la*

7-8/2025

compatibile, come si vedrà di seguito), è altresì evidente come non si possa avallare una prassi che conduca, in nome della discrezionalità giudiziale, a permettere di rigettare le richieste di incidente probatorio speciale senza esporre le motivazioni di tale rifiuto¹⁸ ed esplicitare il giudizio di bilanciamento eseguito.

2. Le Sezioni Unite n. 10869 del 18 marzo 2025, con qualche breve annotazione critica

Le Sezioni Unite, però, hanno ritenuto di avvalorare l'orientamento minoritario, riconoscendo l'abnormità del provvedimento reiettivo di una richiesta di incidente probatorio speciale motivato *“con riferimento alla insussistenza della vulnerabilità della persona offesa o della non rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti la cui esistenza è presunta per legge”*.

Dopo aver passato in rassegna gli argomenti addotti dagli orientamenti in contesa e aver ricostruito l'evoluzione normativa della disposizione intorno alla cui interpretazione verteva il contrasto, i giudici del Supremo Consesso hanno cominciato a enucleare i motivi a sostegno dell'opzione interpretativa preferita, partendo dall'analisi dell'art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p., contestualizzandolo nell'ambito della disciplina complessiva della materia dell'incidente probatorio.

Quindi, la deroga, nei casi contemplati dalla disposizione in questione, ai requisiti per l'ammissibilità dell'incidente probatorio previsti dal comma 1 della medesima consentirebbe di ritenere che il giudice destinatario della relativa richiesta non sia tenuto a verificare la sussistenza dei presupposti di indifferibilità e non rinviabilità della prova, comportando una vera e propria presunzione *iuris et de iure*. E ciò sarebbe ancor più evidente dal raffronto con il secondo periodo dello stesso art. 392 c. 1-bis c.p.p., il quale permette al giudice l'esercizio *“di un più ampio potere valutativo”* circa la sussistenza dello stato di particolare vulnerabilità della persona offesa da un reato non compreso nell'elenco di quelli che legittimano la presunzione.

Né tale lettura sarebbe in alcun modo scalfita dal fatto che l'art. 398 c.p.p. contempli la possibilità di dichiarare inammissibile o rigettare la richiesta di incidente

Spada. *Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 46, *“la Corte, a differenza di quanto accaduto nel caso Pupino, ha colto con maggiore consapevolezza il ruolo giocato dall'incidente probatorio nel nostro modello processuale: uno strumento utile ma da dosare con grande attenzione affinché il rapporto tra regola ed eccezione non rischi un pernicioso capovolgimento”*.

¹⁸ In realtà, a rigore, sarebbe preferibile un ribaltamento di prospettiva rispetto a quanto statuito dalla sentenza della Corte di cassazione sopra richiamata espressiva di tale posizione mediana: il giudice non dovrebbe esporre *“le cogenti ragioni che, nello specifico, prevalgono sulle esigenze di tutela della vittima e della genuinità della prova”*, bensì, al contrario, in un sistema processuale fondato sulla presunzione di non colpevolezza dell'imputato e sul diritto di quest'ultimo al giusto processo e alla formazione della prova in contraddittorio (quindi in ossequio ai principi di oralità e immediatezza), è in caso di accoglimento dell'istanza di incidente probatorio speciale che andrebbero esplicitate le ragioni indifferibili prevalenti sul diritto di difesa dell'imputato. In questo senso, R. ROCCO, [L'incidente probatorio atipico e l'inarrestabile querelle in ordine al provvedimento reiettivo del Giudice per le indagini preliminari](#), in *Arch. pen. web*, 2, 2024, 17 luglio 2024, pp. 8-9. Ciò, difformemente da quanto statuito dai giudici di legittimità, imporrebbe al giudice di scendere nel merito della valutazione individuale delle esigenze di protezione della vittima.

probatorio, poiché non sarebbe comunque applicabile ai casi di cui all'art. 392 c. 1-*bis*, primo periodo, c.p.p.; così come, a questi ultimi casi, non andrebbe applicato quanto previsto dall'art. 393 c. 1 lett. c) c.p.p., il quale vuole che la richiesta di incidente probatorio esponga *“le circostanze che, a norma dell'art. 392, rendono la prova non rinviabile al dibattimento”*. Un'indicazione in senso contrario non sarebbe nemmeno data dal fatto che le parti possono, a propria discrezione, decidere di formulare o meno la richiesta di incidente probatorio, poiché nulla vieterebbe che a tale facoltà delle parti non corrisponda un potere ugualmente ampio da parte del giudice investito dalla richiesta.

Una parvenza di discrezionalità – ridotta davvero ai minimi termini – residuerebbe in virtù del disposto dell'art. 190 c. 1 c.p.p., il quale, disciplinando in generale la materia della prova, attribuisce al giudice il potere di escludere le prove vietate dalla legge, ovvero quelle manifestamente superflue o irrilevanti: dunque, il giudice potrebbe rigettare la richiesta formulata ai sensi dell'art. 392 c. 1-*bis*, primo periodo, c.p.p. soltanto qualora l'esame della persona offesa appaia inutile perché la prova dei fatti sia già stata raggiunta, ovvero *“non praticabile per le particolari condizioni personali in cui si trova il dichiarante”*. Per tale ragione, non ci si troverebbe davanti a un automatismo probatorio, ma semplicemente a una limitazione della discrezionalità giudiziale.

Rimanendo sempre nell'ambito della disciplina della prova in generale, il massimo organo nomofilattico ravvisa una conferma della propria tesi anche nelle modifiche intervenute all'art. 190-*bis* c.p.p., con l'introduzione del comma 1-*bis*: quest'ultimo, pur non avendo la stessa estensione della disposizione oggetto di analisi, non consente la rinnovazione dell'esame della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità, quando si proceda per una delle fattispecie di reato ivi contemplate.

Le Sezioni Unite cercano poi ulteriore conforto nella giurisprudenza della Corte costituzionale, ricavandone che quest'ultima avrebbe *“espressamente chiarito come quella prevista dalla disposizione in argomento sia una presunzione legislativa di sussistenza della condizione di vulnerabilità”*, introdotta in ossequio a fonti di carattere sovranazionale e inserita in un complesso normativo volto a garantire una più efficace risposta sanzionatoria nei confronti dei reati sessuali, nonché ad approntare un più efficiente sistema di tutela e sostegno delle vittime, valorizzandone anche il ruolo processuale. A tal fine, viene richiamata anche la pronuncia della Corte costituzionale n. 1 del 2021, che ha respinto la questione di costituzionalità dell'art. 76 c. 4-*ter* D.P.R. 115/2001¹⁹, sollevata in riferimento alla parte in cui il medesimo prevede l'automatica ammissione al patrocinio della persona offesa da uno dei reati di cui al catalogo inserito nella medesima disposizione, in buona parte coincidente con quello contemplato dall'art. 392 c. 1-*bis*, primo periodo, c.p.p.

Nella lettura della Suprema Corte, il giudice delle leggi, dunque, avrebbe valutato positivamente la compatibilità della disposizione in esame con gli artt. 24 e 111 della Costituzione, ritenendo il sacrificio di alcuni elementi del diritto di difesa

¹⁹ [Corte cost., Sent., 11 gennaio 2021, n. 1.](#)

qualificabile come esercizio legittimo della discrezionalità legislativa, operato a fronte di un bilanciamento tra i medesimi e la *“tutela della personalità del minore o della persona vulnerabile, obiettivo di sicuro rilievo costituzionale”*. Del pari, tali deroghe al principio di immediatezza non contrasterebbero neanche con l’art. 6 CEDU, perché accompagnate da strumenti quali la videoregistrazione, che permetterebbero comunque al giudice incaricato della decisione *“la piena conoscenza del materiale probatorio acquisito”*.

Infatti, la decisione di negare al giudice investito della richiesta di incidente probatorio speciale uno spazio di discrezionalità relativo alla sussistenza di una effettiva condizione di vulnerabilità della persona offesa sarebbe, a parere delle Sezioni Unite, la più rispettosa delle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali. All’uopo, quindi, le stesse richiamano una propria precedente pronuncia in tema di avviso della richiesta di archiviazione della persona offesa a testimonianza della ricettività, da parte del massimo organo nomofilattico, dell’interesse per la tutela della vittima di reato manifestato da molteplici organizzazioni internazionali²⁰.

In particolare, viene fatto riferimento a quanto disposto dall’art. 35 della Convenzione di Lanzarote, dall’art. 18 della Convenzione di Istanbul, dall’art. 8 CEDU e dagli artt. 18 e 20 della direttiva 2012/29/UE. Quest’ultima, soprattutto, richiederebbe che l’audizione della vittima segua tempestivamente la presentazione della denuncia e che il numero delle audizioni sia limitato a quanto strettamente necessario ai fini delle indagini, al fine di evitare l’emergere di fenomeni di vittimizzazione secondaria. A conclusione del proprio ragionamento, dunque, le Sezioni Unite citano l’arresto reso dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nel cosiddetto *“caso Pupino”*, sottolineando come il giudice eurolunitario avesse riconosciuto il valore dello strumento dell’incidente probatorio per la tutela delle vittime²¹.

La sentenza in commento, infine, dopo aver delineato le caratteristiche delle diverse categorie di abnormità elaborate dalla giurisprudenza di legittimità, inquadra il vizio del quale sarebbero affette le ordinanze reiettive delle richieste di incidente probatorio speciale – fondate sull’insussistenza della condizione di vulnerabilità della persona offesa – nella specie dell’abnormità strutturale per carenza di potere in concreto. Infatti, contenendo l’art. 392 c. 1-bis c.p.p. una presunzione *iuris et de iure*, tali ordinanze di rigetto costituirebbero *“manifestazione dell’esercizio di un potere caratterizzato da una radicale ‘deviazione del provvedimento dallo scopo del suo modello legale’”*.

Orbene, se la conclusione cui perviene la Suprema Corte può essere formalmente corretta, ci si permette di esprimere qualche perplessità residua dalla lettura delle motivazioni addotte a sostegno della stessa.

Non pare utile il richiamo all’art. 190-bis c. 1-bis, il quale, oltre a non far riferimento a un catalogo di fattispecie esattamente coincidenti con quello di cui alla

²⁰ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un., Sent., 16 marzo 2016, n. 10959, che ha ampliato l’ambito definitorio della formula *“delitti commessi con violenza alla persona”*, di cui all’art. 408 c. 3-bis c.p.p., includendovi le fattispecie di cui agli artt. 572 e 612-bis c.p., in ossequio a una lettura di tale espressione alla luce del concetto di violenza di genere per come quest’ultimo risulta dalle fonti di diritto internazionale e dell’Unione europea.

²¹ CGUE, Grande Sezione, Sent., 16 giugno 2005, causa C-105/03, [Pupino](#).

disposizione in argomento, per la sua formulazione, sembra sconfiggere l'esistenza di una presunzione *iuris et de iure* di vulnerabilità.

Allo stesso modo, non si comprendono le citazioni di pronunce delle stesse Sezioni Unite e della Corte costituzionale, utilizzate al solo scopo di rimarcare l'attenzione dell'ordinamento nazionale, eurounitario e sovranazionale alla tutela delle vittime di reati particolarmente sensibili, senza che abbiano, tuttavia, alcuna attinenza con l'argomento e non giustifichino, se non su un piano di principio, la previsione di una vulnerabilità presunta.

Nemmeno le citate disposizioni delle fonti sovranazionali colgono nel segno. L'art. 35 della Convenzione di Lanzarote richiede che le audizioni dei minori siano prossime alla segnalazione dei fatti di reato e il più possibile ridotte nel numero. L'art. 18 della Convenzione di Istanbul sottolinea la necessità che gli ordinamenti nazionali si dotino di strumenti idonei a tutelare le vittime di reato dai pericoli di vittimizzazione secondaria. Anche qui, dunque, nessuna presunzione di vulnerabilità, ma affermazioni di principio circa la necessità di proteggere e sostenere le vittime nell'ambito del procedimento penale.

Tuttavia, è il riferimento alle disposizioni della direttiva 2012/29/UE quello che parrebbe essere meno convincente, poiché le stesse risultano estrapolate dal *corpus* normativo nel quale sono inserite. La direttiva citata, in realtà, come si vedrà meglio nel successivo paragrafo, all'art. 22, introducendo l'obbligo dell'*individual assessment* della vittima di reato, toglie cittadinanza a qualsiasi presunzione di vulnerabilità. Con tutta evidenza, il legislatore eurounitario con tale disposizione ha voluto intendere che solo proteggendo con misure derogatorie alle normali regole processuali soltanto le vittime effettivamente bisognose di speciali tutele siano correttamente bilanciati i valori, da una parte, del diritto di difesa e, dall'altra, della dignità e della personalità della vittima del reato.

Nemmeno il richiamo alla pronuncia della Corte di giustizia nella già citata sentenza *Pupino* appare del tutto appropriato, giacché dalla medesima non sembra ricavabile alcuna indicazione favorevole alla previsione di presunzioni di vulnerabilità, limitandosi a esprimere la necessità che si proceda con uno strumento come l'incidente probatorio all'esame del testimone vulnerabile.

In ogni caso, però, condivisibilmente, le Sezioni Unite hanno rilevato come la formulazione testuale dell'art. 392 c. 1-*bis* c.p.p., nell'insieme dei due periodi che lo compongono, conduca necessariamente all'affermazione della sussistenza, nell'ordinamento italiano, di una presunzione di vulnerabilità delle persone offese dei reati ricompresi nell'elenco di cui alla medesima disposizione.

Il problema, quindi, sta nella (in)compatibilità di tale presunzione *iuris et de iure* con le disposizioni della direttiva 2012/29/UE.

3. La direttiva 2012/29/UE: la valutazione individuale delle vittime di reato come diritto di ogni vittima e garanzia dei diritti difensivi, al di là di qualsiasi presunzione di vulnerabilità.

Il legislatore italiano, purtroppo, non ha voluto uscire da quella che è stata definita la “stagione della categorizzazione” delle vittime vulnerabili²², mantenendo in vigore una vera e propria presunzione di vulnerabilità delle persone offese²³ dai reati indicati nell’art. 392 c. 1-bis c.p.p.²⁴. E ciò nonostante la direttiva 2012/29/UE in realtà richiede che ogni (presunta, o meglio, presunta non) vittima²⁵ di reato sia sottoposta a

²² Così S. QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment: l’evoluzione dei parametri di identificazione*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 303-310, la quale ha posto in evidenza come l’utilizzo di categorie di persone offese presuntivamente ritenute vulnerabili sia in contrasto col principio di ragionevolezza, poiché “creare delle categorie normative significa includervi o escludervi, una tantum, soggetti che il legislatore, astrattamente ritiene posseggano o meno i requisiti che distinguono il raggruppamento in questione”. Emblematico, in questo senso, è il mutamento lessicale operato dal legislatore europeo: rispetto alla decisione quadro 2001/220/GAI, che utilizzava l’espressione “vittima vulnerabile”, la direttiva 2012/29/UE fa riferimento alle “vittima con esigenze specifiche di protezione”, le quali, necessariamente, vanno individuate con un approccio case by case. Si veda sul punto anche F. DELVECCHIO, [La nuova fisionomia della vittima del reato dopo l’adeguamento dell’Italia alla Direttiva 2012/29/UE](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 aprile 2016, pp. 27-28.

A pensarci bene, il ragionamento è il medesimo che ha portato CGUE, Grande Sezione, Sent., 16 giugno 2005, causa C-105/03, [Pupino](#), a statuire che l’incidente probatorio speciale potesse essere disposto al di là dei casi previsti dalla legge, di fatto sancendo l’inefficacia delle presunzioni normative a ricomprendere tutti i casi meritevoli di tutela.

²³ Va tenuto presente, dal punto di vista terminologico, che il codice di procedura penale italiano continua a utilizzare i lemmi “persona offesa del reato” e “danneggiato dal reato”, in luogo della categoria onnicomprensiva indicata con l’espressione “vittima di reato” e definita dall’art. 2.1 lett. a.i) come “a natural person who has suffered harm, including physical, mental or emotional harm or economic loss which was directly caused by a criminal offence”.

Il tema esula dagli scopi di questo scritto, ma risulta evidente come il legislatore nazionale, in sede attuativa della direttiva 2012/29/UE, sia stato inadempiente anche sotto questo punto di vista.

Un primo utilizzo dell’espressione si è avuto, in maniera, si può dire, estemporanea, con l’art. 498 c.p.p. Con maggiore organicità, l’art. 129-bis c.p.p. e il D. Lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, disciplinanti la giustizia riparativa.

²⁴ Con il D. Lgs. 15 dicembre 2015, n. 212, invece, sarebbe stato opportuno modificare l’approccio adottato con precedenti interventi legislativi, a partire dalla L. 15 febbraio 1996, n. 66, abbandonando ogni meccanismo presuntivo, in ossequio ai principi fissati dalla normativa eurounitaria, che introducendo il nuovo paradigma dell’*individual assessment* ha posto le basi per quella che S. RECCHIONE, [Le vittime da reato e l’attuazione della Direttiva 2012/29 UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive](#), in *Dir. pen. cont.*, 25 febbraio 2015, p. 6, ha definito una “‘rivoluzione copernicana’ dello statuto processuale della vittima vulnerabile”.

²⁵ Taluni sconsigliano di utilizzare tale espressione: si veda L. PARLATO, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di ‘ascolto effettivo’ nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 9, 2013, p. 3300, la quale richiama quanto scritto da G. P. FLETCHER, *Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims*, in *LCLR*, 2005, p. 549, secondo il quale “[w]hen we are discussing the rights of victims, we take it for granted that, regardless of whether the particular defendant is guilty, we know who the victim is. We rarely refer to an ‘alleged victim’ in the way we routinely speak about alleged offenders. One reason for this disparity is that the person identified as the victim has actually suffered, and there appears to be at least a plausible connection between the suffering and the wrongful actions of some criminal suspect”. Questa prospettiva, tuttavia, non tiene in considerazione che vi sono molte situazioni in cui va necessariamente posto in dubbio lo stato di vittima del reato, se si vuole dare significato alla presunzione di non colpevolezza dell’accusato: si pensi, come è ovvio, ai reati inframurari. Per alcuni esempi del fenomeno

una valutazione individuale per identificare quali siano le reali esigenze di protezione da tutelare nei singoli casi concreti²⁶, prevedendo, invece, una presunzione soltanto per

delle false accuse di maltrattamenti, si veda M. MICCOLI, M. GRASSINI, *Codice Rosso: quando l'uomo è vittima*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 21-23.

²⁶ In tal senso provvede l'art. 22 della direttiva n. 2012/29/UE, sulla scorta di quanto chiaramente ed esplicitamente premesso dai *considerando* 55-58, pur riconoscendo che le vittime di determinati reati, tra cui quelli commessi con violenza all'interno di relazioni strette o quelli a sfondo sessuale, "tendono a presentare un elevato tasso di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e ritorsioni" (*considerando* 57, ma anche il *considerando* 17 si muove nella medesima direzione). Ciononostante, come ha notato H. BELLUTA, [Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni comunitarie e aporie nazionali](#), in P. SPAGNOLO, H. BELLUTA, V. BONINI, *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, in *Leg. pen.*, 4 luglio 2016, p. 24, "anche se la direttiva lascia intendere che certe vittime siano particolarmente vulnerabili, cioè più permeabili al rischio di vittimizzazione secondaria rispetto ad altre, in effetti abbandona tale categoria presuntiva, a favore di una nuova tipologia mobile, la vittima con particolari esigenze di protezione, da accertare caso per caso".

Il punto di vista prospettico della direttiva 2012/29/UE è ben sintetizzato da S. ALLEGREZZA, *Il ruolo della vittima nella Direttiva 2012/29/UE*, in L. LUPÁRIA (a cura di), *Lo statuto europeo della vittima di reato*, CEDAM, Milano, 2015, p. 18, la quale sottolinea come lo scopo del legislatore europeo sia stato tradurre in norme giuridiche "l'esigenza di tutelare non una vittima qualsiasi, standardizzata, bensì una persona specifica, con le sue precise esigenze e problematiche. Da qui l'esigenza di imporre agli Stati membri una personalizzazione della protezione della vittima, che tenga in debito conto le specifiche caratteristiche del soggetto leso".

Sul punto sono interessanti le osservazioni svolte da M. BOUCHARD, *op. cit.*, p. 10-12, secondo il quale l'*individual assessment*, nell'intenzione della direttiva 2012/29/UE, non sarebbe preposto alla valutazione di caratteristiche oggettive della situazione di fatto e soggettive della persona offesa (quantomeno, a opinione di chi scrive, non esclusivamente), atteggiandosi più propriamente nelle forme di una prognosi circa il rischio di vittimizzazione (secondaria, ripetuta, di intimidazione o di ritorsione) che ciascuna vittima di reato si trovi a correre e nella determinazione delle misure protettive necessarie a soddisfare le esigenze di tutela della medesima così come concretamente individuate. Questo aspetto è reso ancor più evidente dall'introduzione degli art. 16 e 17 della direttiva 2024/1385/UE del 14 maggio 2024, che vanno a integrare l'art. 22 della direttiva 2012/29/UE, enumerando gli indicatori del rischio di nuova vittimizzazione e ponendo ancor più l'attenzione sulle specifiche esigenze di protezione.

È opportuno notare, oltretutto, che già la direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, così come la direttiva 2011/36/UE del 5 aprile 2011, avente a oggetto la lotta contro la tratta di esseri umani, avevano introdotto il metodo della valutazione individuale delle necessità di protezione della vittima: per un approfondimento, C. AMALFITANO, *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell'Unione Europea diverse dalla Direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 89-122.

Ancor prima dell'adozione della direttiva 2012/29/UE si erano espressi per la necessità di una valutazione *case by case*, rigettando costruzioni che implicino l'obbligatorietà dell'incidente probatorio speciale e auspicando il superamento del sistema presuntivo della vulnerabilità di talune vittime, in G. CANZIO, T. RAFARACI, S. RECCHIONE, [La tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie](#), in *Criminalia*, 2010, pp. 255-299, Tommaso Rafaraci (pp. 268-269) e Sandra Recchione (pp. 275-276), la quale sottolinea come la "resilienza agli effetti di un evento traumatico è, infatti, diversa per ogni individuo e mentre alcune vittime si dimostrano capaci di affrontare la cross examination anche in forme non protette (nonostante possano essere considerate, in astratto e sulla base di massime di comune esperienza, riconducibili al genus delle vittime vulnerabili), altre manifestano una tendenza alla vittimizzazione secondaria non facilmente prevedibile in relazione al fatto per cui si procede", auspicando che sia il giudice a determinare se sussista o meno la condizione di particolare vulnerabilità della presunta vittima. Per un approccio più corretto in sede attuativa rispetto a quello adottato dal legislatore italiano si veda C. PELOSO, [La tutela della vittima nel sistema penale italiano e francese: riflessioni comparate sull'attuazione della direttiva 2012/29/UE](#), in *Eurojus.it*, 13 maggio 2016, anche se, a parere di chi scrive, l'opzione esercitata nel modello francese, cioè quella di affidare all'operatore di polizia giudiziaria che per primo entra in contatto

i minori vittime di reato (comunque da sottoporre alla procedura di *individual assessment*, al fine di “determinare se e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali di cui agli articoli 23 e 24”, come previsto dall’art. 22.4 della direttiva medesima²⁷).

Il meccanismo presuntivo, al contrario, porterebbe a rinunciare “alla piena esplicazione del principio del contraddittorio (e al corollario dell’immediatezza), sulla mera base di un assunto ancora da dimostrare, ovvero quello che il dichiarante sia effettivamente persona offesa del reato (per di più in condizione di particolare vulnerabilità), in contraddizione con il principio *nullum crimen sine iudicio*”²⁸, nonché, in definitiva, in contrasto con il principio della presunzione di non colpevolezza²⁹.

Di conseguenza, ecco che è la direttiva stessa a delineare quale debba essere il contenuto dell’ordinanza emessa dal giudice a fronte di una richiesta di incidente probatorio ai sensi dell’art. 392 c. 1-bis c.p.p.: le conclusioni del procedimento di valutazione individuale³⁰. E questo certamente nel caso in cui la richiesta sia rigettata,

con la vittima di reato il compito di svolgere l’*individual assessment*, appare criticabile nel far discendere una serie di importanti conseguenze procedurali da una valutazione extragiurisdizionale e insindacabile.

²⁷ H. BELLUTA, *op. cit.*, pp. 25-26; S. RECCHIONE, *Le vittime da reato e l’attuazione della Direttiva 2012/29 UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive*, cit., p. 11.

²⁸ R. CASIRAGHI, [Garanzia del contraddittorio e testimonianza della sola vittima](#), in *Qf*, 1, 2020, p. 265.

²⁹ Concetto già espresso da O. MAZZA, *Il pregiudizio effettivo fra legalità processuale e discrezionalità del giudice*, in *Giust. pen.*, XII, 2015, p. 699, secondo il quale “[i] diritti fondamentali dell’individuo accusato di un reato non possono entrare in bilanciamento con altri presunti valori, dalla ragionevole durata del processo ai diritti della vittima, che nel processo è, specularmente all’imputato presunto innocente, una presunta non vittima del reato o comunque dell’accusato”. L’Autore, nel già citato O. MAZZA, *Il contraddittorio attutito di fronte ai testimoni vulnerabili*, cit., afferma altresì che, anche qualora un tale bilanciamento fosse ammissibile, le scelte legislative e le posizioni giurisprudenziali sviluppatesi sul punto sarebbero state non tanto “frutto di un ragionevole bilanciamento di interessi”, bensì “improntate a una tanto netta quanto indebita prevalenza delle garanzie riconosciute al dichiarante debole”, con illegittimo sacrificio della presunzione di innocenza costituzionale a favore di istanze punitive e di prevenzione speciale, rappresentate proprio dalla vittima del reato, “accreditata di uno status, quello di persona che ha subito il reato, che deve ancora essere dimostrato”.

Allo stesso modo L. LUPÁRIA, *op. cit.*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA, *op. cit.*, p. 51, ricorda che la qualifica di vittima “deve intendersi come soltanto ipotetica in rapporto all’imputato, proprio perché quest’ultimo è considerato non colpevole sino alla condanna definitiva”.

Similmente anche L. TAVASSI, [Time danaos: la tutela della vittima e le trasformazioni del processo penale](#), in *Arch. pen. web*, 3, 2017, 26 novembre 2017, , la quale, partendo, appunto dalla considerazione per cui la vittima del reato non sarebbe “degnata di aprioristica tutela dal momento che il suo status è tutto da accertare” (pp. 3-4), mette in luce la lesione del principio di parità delle armi consistente nelle differenti modalità di acquisizione dei contributi dichiarativi della vittima/persona offesa/parte civile, ammessa a rendere testimonianza (peraltro di per sé idonea a fondare il giudizio di responsabilità, come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità e, tra le altre, da Cass. pen., Sez. Un., Sent., 24 ottobre 2012, n. 41461), mentre tale facoltà è negata all’imputato, che può soltanto sottoporsi all’esame. Secondo l’Autrice, tale situazione processuale della vittima, espressione di istanze punitive e di una tendenza alla privatizzazione della giustizia penale, “spinge lecitamente a chiedersi se il processo penale sia ancora, o sia mai stato, la sede adatta ad inglobare le istanze punitivo-risarcitorie di chi ha subito il reato e se la vera vittimizzazione secondaria del soggetto leso non dipenda, invece, proprio dagli oneri richiesti per la sua partecipazione attiva al processo” (p. 21).

³⁰ Così S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *op. cit.*, p. 318, secondo la quale il giudice chiamato a svolgere la valutazione individuale della vittima deve pronunciarsi “con ordinanza, sempre motivata e, se emessa negli atti preliminari o in dibattimento, impugnabile secondo le regole dell’art. 586 c.p.p.”. In ottica *de iure condendo*, forse, potrebbe essere anche più opportuno approntare una fase

7-8/2025

ma allo stesso modo anche quando venga accolta. Soltanto così si avrebbe uno strumento processuale in grado di proteggere le persone offese a rischio di vittimizzazione secondaria, senza privare ingiustamente le persone indagate di garanzie difensive³¹, come indicato sempre dalla direttiva 2012/29/UE al *considerando* 12 e all'art. 23.1.

In un sistema così costruito, l'attenzione dovrebbe spostarsi dall'ordinanza del giudice alle modalità di svolgimento della valutazione individuale e alle relative conclusioni. Le incertezze definitorie e la mancata individuazione dell'*iter* procedurale da seguire, infatti, rischiano di condurre a valutazioni eccessivamente discrezionali, potenzialmente lesive del principio di legalità³².

subprocedimentale che preveda l'adozione di un provvedimento immediatamente impugnabile, sulla falsariga del procedimento cautelare.

³¹ Come scrivono M. BARGIS, H. BELLUTA, *La Direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 20-21, l'*individual assessment*, nell'ottica della direttiva, costituisce "lo strumento di identificazione personale della vittima, presupposto di un altrettanto personale trattamento da parte delle autorità e dei servizi di assistenza, nonché in rapporto al processo penale. Capire a fondo chi sia la vittima serve anzitutto alla vittima, che così si sente meglio compresa e tende a riversare maggiore fiducia nelle istituzioni, favorendo l'emersione di una parte del 'sommerso' penale; serve parimenti al sistema, per calibrare al meglio gli strumenti protettivi in rapporto, da un lato, alle esigenze individuali e al rischio al quale la vittima risulta in concreto esposta, dall'altro, alla doverosa precauzione di non comprimere irragionevolmente i diritti e le prerogative dell'imputato".

La tensione tra diritti dell'imputato alla formazione della prova nel contraddittorio e lo statuto *ad hoc* della prova dichiarativa delineato per la tutela delle vittime vulnerabili, definite in astratto sulla base di parametri oggettivi e soggettivi, è stata stigmatizzata da diversi autori, tra cui *ex ultimis*, M. PIERDONATI, *Il rafforzamento della tutela delle vittime vulnerabili e l'eterogeneità dei fini*, in *Giur. it.*, 4, 2024, p. 991. L. LUPÁRIA, *op. cit.*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA, *op. cit.*, p. 51, tra gli altri, ha definito il *right to confrontation* "il vero nervo scoperto nella gestione del rapporto tra prevenuto e vittima".

Invero, non bisogna dimenticare che gli inconvenienti per la difesa dell'imputato non si riducono a quelli macroscopicamente evidenti nel caso in cui l'esame della persona offesa avvenga con le modalità protette di cui agli artt. 398 e 498 c.p.p., ma è l'incidente probatorio di per sé che costringe la difesa "a gestire il controesame dei dichiaranti in un momento in cui le indagini potrebbero non ancora essersi concluse e, quindi, magari, senza poter contare su un'adeguata conoscenza del caso": così M. DANIELE, *La crisi del codice di procedura penale: un fenomeno irreversibile?*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2024, p. 97.

Giova ricordare che secondo [Corte cost., Sent., 26 febbraio 2002, n. 32](#), il contraddittorio tra le parti non costituisce soltanto un diritto difensivo, ma anche una garanzia epistemica, un "metodo di conoscenza", il più affidabile per addivenire a un esito processuale compatibile con i principi del giusto processo. Sul punto si veda anche G. UBERTIS, *La prova dichiarativa debole: problemi e prospettive in materia di assunzione della testimonianza della vittima vulnerabile alla luce della giustizia sovranazionale*, in *Cass. pen.*, 10, 2009, pp. 4060-4064.

Né è sufficiente a riequilibrare il sacrificio del principio del contraddittorio, e delle sue componenti di immediatezza e oralità, l'espedito della videoregistrazione dell'esame reso in incidente probatorio, se nella prassi si verificano situazioni di errori tecnici che non consentono la visione e l'ascolto del filmato, potenzialmente ponendo la difesa di fronte alla penosa alternativa di richiedere la ripetizione di un incidente probatorio che abbia avuto esito positivo, ma che il giudicante non potrà apprezzare appieno, con la certezza che il secondo esame non possa avere l'efficacia del primo, ovvero di accontentarsi del fatto che il giudice decida sulla base delle sole trascrizioni.

³² Sul punto F. CASSIBBA, [Oltre Lanzarote: la frastagliata classificazione soggettiva dei dichiaranti vulnerabili](#), in *Dir. pen. cont.*, 11 luglio 2014 pp. 7-9, che ha sottolineato la rilevanza del pieno contraddittorio tra le parti anche nel procedimento di valutazione della persona offesa; P. P. PAULESU, *Vittima del reato e processo penale: uno sguardo d'insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 154-156; S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 316-324; S. RECCHIONE, *Le vittime da*

Dalle considerazioni sinora svolte deriva che il permanere di meccanismi presuntivi di vulnerabilità non si traduce affatto in tutele ancora più efficaci di quanto disposto dalle norme minime previste dalla direttiva 2012/29/UE, le quali, secondo i sostenitori di tale tesi, non necessiterebbero di essere rimodulate in sede di recepimento. Al contrario, l'effetto prodotto dalla mancata eliminazione delle categorie di vulnerabilità si concreta non solo nell'incompatibilità con la presunzione costituzionale di non colpevolezza fondante il giusto processo, ma anche in un secondo profilo di illegittimità (*rectius*, incompatibilità) riscontrabile proprio nel contrasto insanabile con il dettato della direttiva medesima³³.

Sic rebus stantibus, infatti, la lettera della legge non sembra consentire interpretazioni maggiormente conformi alla direttiva 2012/29/UE e alla Costituzione e, dunque, in grado di superare il sistema di presunzioni attualmente vigente per alcune fattispecie di reato, anche a volerle intendere come relative e non, come pare dal testo della disposizione, presunzioni *iuris et de iure*³⁴. Pertanto, non sbagliano le Sezioni Unite a concludere nel senso che il giudice investito da una richiesta di incidente probatorio speciale per l'esame della persona offesa da uno dei reati elencati nel primo periodo dell'art. 392 c. 1-bis c.p.p. non possa decidere discrezionalmente e sia obbligato ad accoglierla.

Sarebbe stato auspicabile, però, che le Sezioni Unite, chiamate a risolvere il contrasto, non si fossero appiattite su tale lettura, sicuramente più immediata, ma, in ossequio alla propria funzione nomofilattica ed essendovi, inoltre, sostanzialmente obbligate in quanto giudice di ultima istanza *ex art.* 267 c. 3 TFUE, avessero operato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, affinché si pronunciasse

reato e l'attuazione della Direttiva 2012/29 UE: le avanguardie, i problemi, le prospettive, cit., pp. 11-12, ha proposto che la valutazione sia contenuta in "un decreto del Pubblico Ministero sottoponibile a critica e revisione nel corso del processo"; M. BOUCHARD, *op. cit.*, pp. 17-23; con riferimento all'art. 90-quater c.p.p., si vedano L. FILIPPI, *Il difficile equilibrio tra garanzie dell'accusato e tutela della vittima dopo il D.Lgs. n. 212/2015*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2016, p. 848 e A. CIAVOLA, *Incidente probatorio atipico e processo di parti*, in *Cass. pen.*, 9, 2020, pp. 3295-3297.

³³ Già H. BELLUTA, *Eppur si muove: la tutela delle vittime particolarmente vulnerabili nel processo penale italiano*, in L. LUPARIA (a cura di), *op. cit.*, pp. 264-265, ha stigmatizzato il conflitto con la direttiva causato dal rimando a singoli delitti per l'attivazione dell'incidente probatorio speciale ammonendo circa il fatto che "[i]nterpretazione conforme, ricorso alla Corte di giustizia di Lussemburgo e incidenti di costituzionalità potrebbero sostituirsi al legislatore nell'aggiornare il trattamento processuale della particolare vulnerabilità".

³⁴ Tale opzione interpretativa, infatti, prevedendo una sorta di inversione dell'onere della prova per l'indagato/imputato, che, per escludere l'applicazione dell'incidente probatorio speciale dovrebbe dimostrare l'insussistenza delle caratteristiche di vulnerabilità della persona offesa da uno dei reati contemplati dalla disposizione, non sarebbe comunque del tutto conforme alla direttiva 2012/29/UE, la quale, al contrario, prevede che l'istituto in esame si applichi soltanto qualora debba essere sentita una vittima di reato risultata, in esito alla valutazione individuale, bisognosa di specifiche tutela dalla vittimizzazione secondaria da processo, eliminando qualsiasi presunzione, anche solo relativa.

Si potrebbe, forse, interpretare la previsione di cui all'art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p., alla luce dei considerando 17, 18, 38, 56, 57 e, soprattutto, dell'art. 22.3 della direttiva, non come un elenco di situazioni di vulnerabilità presunta, bensì come un'indicazione volta ad allertare chi sia chiamato a compiere la valutazione individuale rispetto alla più elevata possibilità che le vittime dei reati elencati presentino esigenze di protezione più intense. Risulta dubbio, tuttavia, se effettivamente si possa ritenere che una tale interpretazione non sia *contra legem*.

in ordine alla compatibilità dell'attuale normativa italiana con l'art. 22 della direttiva 2012/29/UE e, una volta rilevato il mancato recepimento, al possibile effetto diretto di tale previsione della direttiva in esame.

3.1 Sulla diretta efficacia dell'art. 22 della direttiva 2012/29/UE.

Quanto a quest'ultima, invero, pur non essendo chiaro se presenti i requisiti ordinariamente richiesti per l'attribuzione alle direttive di effetti diretti³⁵, essa potrebbe

³⁵ È incerto se la direttiva 2012/29/UE possa soddisfare i requisiti di sufficiente precisione e incondizionatezza necessari per il riconoscimento di un'efficacia diretta. In particolare, l'art. 22.1, in tema di *individual assessment*, prevede che la valutazione individuale si svolga "conformemente alle procedure nazionali", senza scendere nel dettaglio della disciplina del procedimento di valutazione, fornendo solo alcune coordinate di principio rivolte al legislatore nazionale, alla cui discrezionalità sembrerebbero lasciate le concrete modalità attuative. Va detto, tuttavia, che la nuova direttiva 2024/1385/UE, in particolare ai già citati artt. 16 e 17, integrando l'art. 22 della direttiva 2012/29/UE, con il quale andrà dunque letta in combinato disposto, fornisce ulteriori indicazioni ai legislatori nazionali in ordine ai criteri di cui tenere conto per lo svolgimento della valutazione e ai tempi in cui la stessa va effettuata, ponendo in capo alle autorità che conducono la fase delle indagini l'onere di procedere alla valutazione il prima possibile. Tali integrazioni, in ogni caso, non possono impattare sulla valutazione circa l'eventuale natura *self-executing* delle disposizioni in esame, giacché il termine per il recepimento della nuova direttiva scadrà soltanto il 14 giugno 2027 (art. 49).

L'apparente carenza di incondizionatezza e precisione, tuttavia, non necessariamente dovrebbe condurre a una valutazione negativa circa la diretta efficacia dell'art. 22 della direttiva in esame. Infatti, secondo S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit Institutionnel de l'Union Européenne*, 2^e édition, Larcier, Bruxelles, 2016, p. 525, "une disposition est encore parfaite même si elle requiert des compléments pour son application, s'il apparaît que les États ou les institutions ne jouissent d'aucun pouvoir discrétionnaire pour prendre la mesure d'exécution". Si veda anche S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 247-249, che ammette la possibilità di riconoscere effetti diretti a disposizioni di direttive nel recepire le quali permanga un margine di discrezionalità in capo al legislatore nazionale.

A tal proposito, pare interessante CGUE, Grande Sezione, Sent., 8 marzo 2022, causa C-205/20, [NE c. Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld](#), la quale, con un *revirement* rispetto a un'interpretazione resa precedentemente (CGUE, Grande Sezione, Sent., 4 ottobre 2018, causa C-384/17, [Doel Uvoz-Izvoz Skopje Link Logistic N&N contro Budapest Rendőrfőkapitánya](#)) ha riconosciuto efficacia diretta al principio di proporzionalità delle sanzioni di cui all'art. 20 della direttiva 2014/67/UE, facendone derivare i caratteri di incondizionatezza e sufficiente precisione, nonostante tale disposizione lasci un ampio margine ai legislatori degli Stati membri nella definizione del quadro delle sanzioni irrogabili a chi trasgredisca alle disposizioni nazionali attuative della medesima direttiva, dal fatto che il requisito di proporzionalità sia traducibile, semplicemente, con il divieto di prevedere sanzioni sproporzionate rispetto alla gravità dell'illecito punito. Allo stesso modo, forse, si potrebbe dire che il dovere di effettuare l'*individual assessment* della vittima ai sensi dell'art. 22 della direttiva 2012/29/UE è dotato di incondizionatezza e sufficiente precisione in quanto riformulabile come divieto assoluto di prevedere presunzioni di vulnerabilità della vittima di reato.

Per approfondimenti sulla pronuncia citata si vedano F. VIGANÒ, [La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di Giustizia](#), in questa Rivista, 26 aprile 2022; I. ANRÒ, J. ALBERTI, *Riflessioni sull'effetto diretto, sul primato e sulla disapplicazione del diritto nazionale*, in G. LATTANZI, M. MAUGERI, G. GRASSO, L. CALCAGNO, A. CIRIELLO (a cura di), *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, I, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 79-84.

forse essere letta alla luce di un sovraordinato principio generale del diritto, ovvero di un diritto fondamentale garantito dal sistema giuridico dell'Unione europea³⁶.

La direttiva 2012/29/UE, infatti, oltre a tutelare i diritti delle vittime, specificamente riconosciuti dall'art. 82 TFUE, e, conseguentemente, la dignità umana (art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)³⁷, fa salvi i diritti della persona indagata o imputata, in ossequio ai principi generali della presunzione di innocenza e del diritto di difesa, riconosciuti quali diritti fondamentali dall'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³⁸.

L'utilizzo dell'espediente argomentativo sopra richiamato è stato frequente da parte della Corte di giustizia, a partire dalla cosiddetta "sentenza *Mangold*"³⁹,

³⁶ Per alcuni commenti in ordine al citato indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia si vedano S. ROBIN-OLIVIER, [The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections](#), in *I-CON*, 12, 1, 2014, 3 aprile 2014, pp. 165-188; O. POLLICINO, [L'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali previsti dalla Carta. La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di digital privacy come osservatorio privilegiato](#), in *MediaLaws*, 3, 2018, 24 ottobre 2018; R. PALLADINO, [Diritti, principi ed effetto diretto orizzontale delle disposizioni \(in materia sociale\) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea](#), in *dUE*, 1, 2019, pp. 175-210; L. S. ROSSI, [La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali](#), in *federalismi.it*, 10, 2019, 22 maggio 2019; M. CONDINANZI, [Le direttive in materia sociale e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare \(?\) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"](#), in *federalismi.it*, 10, 2019, 22 maggio 2019, e, dello stesso Autore, [L'invocabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei rapporti orizzontali](#), in C. AMALFITANO, M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela. Atti del convegno svoltosi nell'Università degli Studi di Milano a venti anni dalla sua proclamazione*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 125-146; E. FRANTZIOU, [\(Most of\) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable](#), in *EuConst*, 15, 2019, 13 giugno 2019, pp. 306-323, e, della stessa Autrice, [The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle](#), in *CYELS*, 22, 2020, 6 novembre 2020 pp. 208-232; F. COSTAMAGNA, *Diritti fondamentali e rapporti tra privati nell'ordinamento dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 249; M. E. GENNUSA, [Dietro l'effetto diretto. Giustificazione politica e coerenza di una dottrina ancora incompiuta](#), in *DC*, 1, 2023, 152-207.

³⁷ Nonché, indirettamente, il diritto alla libertà di movimento all'interno dell'Unione europea, garantendo uno *standard* minimo di protezione per chi sia vittima di un reato mentre si trovi in uno Stato membro diverso da quello di origine: sul punto si veda M. VENTUROLI, [La centralizzazione della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche](#), in *Arch. pen. web*, 2, 2021, 6 maggio 2021, pp. 9-11.

³⁸ Il diritto di difesa è altresì tutelato dall'art. 47 della Carta medesima, per mezzo del riferimento al diritto a un processo equo.

³⁹ CGUE, Grande Sezione, Sent., 22 novembre 2005, causa C-144/04, [Werner Mangold c. Rüdiger Helm](#). Da qui si è sviluppato un ampio e consistente filone giurisprudenziale: si vedano, tra le altre, CGUE, Grande Sezione, Sent., 19 gennaio 2010, causa C-555/07, [Seda Kükükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 15 gennaio 2014, causa C-176/12, [Association de Médiation Sociale v. Hichem Laboubi](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 19 aprile 2016, causa C-441/14, [Dansk Industri \(DI\) c. Successione Karsten Eigil Rasmussen](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 17 aprile 2018, causa C-414/16, [Vera Egenberger c. Evangelisches Werk](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 11 settembre 2018, causa C-68/17, [IR c. IQ](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 6 novembre 2018, cause C-569/16 e C-570-16, [Stadt Wuppertal c. Bauer e Volker Willmeroth c. Broßonn](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 6 novembre 2018, causa C-619/16, [Sebastian W. Kreuziger c. Land Berlin](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 6 novembre 2018, causa C-684/16, [Max Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV c. Tetsuji Shimizu](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 22 gennaio 2019, causa C-193/17, [Cresco Investigation GmbH c. Markus Achatzi](#); CGUE, Grande Sezione, Sent., 15 aprile 2021, causa C-30/19, [Diskrimineringsombudsmannen c. Braathens Regional Aviation AB](#).

assicurando effetti giuridici a un principio del diritto primario, il cui contenuto era corrispondente, almeno in parte, alla direttiva non correttamente recepita. Per tale via, la Corte ha superato il divieto di riconoscere alle direttive effetti diretti nei rapporti orizzontali, in presenza di disposizioni di diritto derivato chiare, precise e incondizionate. Si tratta di una interpretazione certamente innovativa, se si pensa che l'effetto diretto orizzontale, negato alle direttive, viene così riconosciuto a norme di contenuto generalissimo, le quali, pur certamente pregne di significato, dovrebbero necessitare di specificazioni per vedersi concretamente riconosciuto un effetto sostitutivo nei confronti della disciplina nazionale incompatibile⁴⁰.

Ora, date queste premesse, non sembrerebbe così peregrino affermare che i principi generali del diritto e i diritti fondamentali possano assumere accezioni particolari e diverse quando calati nel caso concreto. Le direttive, quindi, con una prospettiva rovesciata rispetto a quella adottata dalla giurisprudenza appena richiamata, potrebbero servire proprio a declinare nell'ambito della fattispecie concreta le norme di portata generale e universale appartenenti all'ordinamento giuridico dell'Unione europea e precisarne il contenuto⁴¹. A ben vedere, oltretutto, ciò dovrebbe più facilmente avvenire nell'ambito di rapporti verticali, con riferimento ai quali i principi generali del diritto e i diritti fondamentali hanno certamente efficacia diretta anche a prescindere dalle caratteristiche di precisione e incondizionatezza delle direttive; direttive che, in un certo senso, fungerebbero da norme interposte nel giudizio di compatibilità della norma interna con il principio generale del diritto riconosciuto dall'ordinamento dell'Unione europea.

In tal modo, forse, si potrebbe giungere a riconoscere, almeno indirettamente, effetto utile all'art. 22 della direttiva 2012/29/UE. La sua corretta traduzione normativa nel diritto nazionale, infatti, avrebbe richiesto l'introduzione di un procedimento di valutazione individuale delle necessità di protezione delle singole vittime di reato, del quale beneficerebbero non soltanto queste ultime, ma anche le persone indagate e

⁴⁰ Particolarmente critico sul punto O. POLLICINO, *op. cit.*, pp. 10-14.

⁴¹ La Corte di giustizia non si è ancora espressa chiaramente sulla dinamica delle interazioni tra le disposizioni della Carta e le norme di diritto derivato. Secondo M. CONDINANZI, *Le direttive in materia sociela e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: un dialogo tra fonti per dilatare e razionalizzare (?) gli orizzonti dell'effetto diretto. Il caso della giurisprudenza "sulle ferie"*, cit., p. 4, il contenuto del diritto fondamentale viene "nutrito dal diritto derivato", pur precisando che tali ultime disposizioni devono possedere "le caratteristiche ineludibili della norma dotata di effetto diretto" (p. 5). In realtà, conclude l'Autore, è "[d]ifficile [...] negare che l'effetto diretto sia, in verità conferito proprio alla norma della direttiva (e all'elaborazione giurisprudenziale nel frattempo maturata su quella disposizione) piuttosto che non all'assolutezza del principio generale che, al più, trova attuazione e specifico dettaglio nella previsione di diritto derivato" (p. 14).

Di avviso contrario L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 9 ed E. FRANTZIOU, *(Most of) the Charter of Fundamental Rights is Horizontally Applicable*, cit., la quale, invece, scrive che "[i]t is perhaps high time that we stopped teaching the Mangold saga as the exception to the non-horizontality of directives" (p. 322), sostenendo che ad avere effetto diretto orizzontale siano le norme della Carta, "with or without further expression in secondary legislation" (p. 313) e facendo discendere l'orizzontalità dal "constitutional status of the provision", "[l]eaving the Directive aside entirely" (p. 312).

Una posizione intermedia, che va nel senso di attribuire efficacia diretta al principio generale e alle disposizioni della direttiva un mero compito di precisazione del primo, è rinvenibile in F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 134.

imputate, in quanto vedrebbero diminuiti i propri diritti difensivi soltanto quando sia strettamente necessario per evitare il rischio di vittimizzazione secondaria, ripetuta, di intimidazione o di ritorsione (peraltro, in ossequio al principio di uguaglianza e non discriminazione). Ciò garantirebbe, appunto, tanto l'attuazione dei diritti della vittima – in particolare, del diritto alla dignità umana, nonché di tutti gli altri diritti fondamentali e principi generali richiamati nel *considerando* 66 – quanto di quelli della persona indagata e imputata, che trovano la propria causa efficiente nel principio generale della presunzione di innocenza e, nell'ambito del processo penale si concretizzano nel diritto di difesa, e, specialmente, nel diritto al contraddittorio⁴².

Se è vero che un ostacolo al riconoscimento di effetti siffatti in capo alla norma che ha introdotto il diritto all'*individual assessment* della vittima potrebbe derivare dal fatto che a invocarne l'applicazione non sia il soggetto al quale il diritto è attribuito (la vittima), bensì l'indagato o l'imputato, nell'ottica in cui qui si sta ragionando si dovrebbe pensare alle esigenze di tutela della vittima di reato come al limite che circoscrive e conforma il principio generale del diritto di difesa e al contraddittorio, il quale per sua natura deve essere sempre e comunque rispettato, ma può essere limitato, qualora lo richiedano le conclusioni della valutazione individuale della vittima. Viceversa, allora, l'indagato o l'imputato che vedessero limitare le proprie garanzie difensive senza che si sia proceduto allo svolgimento di tale valutazione, al fine di non vedere menomati i diritti fondamentali loro riconosciuti anche nell'ordinamento dell'Unione europea, dovrebbero poter invocare l'efficacia diretta del principio del contraddittorio, letto alla luce dell'art. 22 della direttiva 2012/29/UE, quantomeno al fine di ottenere un effetto oppositivo (o di esclusione) all'applicazione dell'art. 392 c. 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., ove non si ritenesse possibile riconoscere l'idoneità sostitutiva del principio medesimo, (sempre per come letto alla luce della direttiva).

A tal proposito si deve rilevare come la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di effetto diretto oppositivo o esclusivo sia molto meno fiscale nell'indagine

⁴² Sulla natura di principio generale del diritto della presunzione di innocenza e sul suo significato all'interno della Carta dei diritti fondamentali e dell'ordinamento giuridico dell'Unione europea si veda L. LUPÁRIA, J. DELLA TORRE, Art. 48. 1. *La presunzione di innocenza*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 912-943, Ricostruendone la genesi, tali pagine fanno riferimento a molteplici fonti di diritto internazionale, fino a risalire all'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789.

Si consideri, inoltre, che il principio della presunzione di innocenza ha trovato attuazione nella direttiva 2016/343/UE.

La portata di principio generale del diritto al contraddittorio è stata espressamente riconosciuta da CGUE, Grande Sezione, Sent., 3 settembre 2008, cause C-402/05 P e C-415/05 P, [Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee](#). Si veda anche D. P. DOMENICUCCI, F. FILPO, Art. 47. 1. *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'Unione europea*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 874, dove il principio del contraddittorio viene identificato quale parte integrante dei diritti della difesa.

Da tali qualificazioni discende la caratteristica di imperatività di tali diritti, che, insieme alla loro incondizionatezza, chiaramente desumibile dalla formulazione degli artt. 47 e 48 della Carta, ne sancisce l'efficacia diretta secondo i criteri fissati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Per un approfondimento si veda F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, pp. 96-125.

7-8/2025

circa la sussistenza dei requisiti di chiarezza, precisione e incondizionatezza delle disposizioni di diritto derivato. Non meno rilevante è la circostanza che l'effetto diretto oppositivo venga riconosciuto anche a disposizioni che non attribuiscono un diritto soggettivo. Ciò, infatti, permetterebbe di superare il problema dell'invocabilità, da parte dell'indagato o dell'imputato, di una norma che, in realtà, attribuisce un diritto espresso soltanto alla vittima di reato, ma può comunque avere un effetto positivo anche, appunto, per l'indagato e l'imputato, traducibile in un interesse della controparte nel procedimento penale meritevole di tutela⁴³. Percorrendo tale via, dunque, verrebbe espunto dall'ordinamento italiano il sistema di presunzioni previsto dal primo periodo dell'art. 392 c. 1-bis c.p.p., estendendo a tutti i procedimenti la portata applicativa del secondo periodo della medesima disposizione.

3.2. Possibili conseguenze, sul piano interno, di un'eventuale disapplicazione o dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p.

A seconda delle conclusioni dei giudici di Lussemburgo e sempre ammesso che, come si crede, le disposizioni della direttiva 2012/29/UE venissero interpretate nel senso di ostare a un sistema che contempi ipotesi di vulnerabilità presunta, l'ipotetico e futuro giudice nazionale remittente potrebbe trovarsi di fronte a due differenti scenari.

Nel caso in cui fosse riconosciuto l'effetto diretto, anche solo oppositivo, di tali disposizioni, o di quelle della Carta dei diritti fondamentali, il giudice *a quo* avrebbe l'obbligo di disapplicare la norma interna contrastante con la direttiva 2012/29/UE.

Qualora, invece, tale caratteristica non dovesse essere ravvisata nell'atto normativo dell'Unione europea qui in esame, l'unica scelta possibile per eliminare il contrasto resterebbe il sollevamento di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 c. 1-bis, primo periodo, c.p.p., per contrasto con gli art. 3, 11, 24, 111, 117 della Carta costituzionale, in ragione dei motivi brevemente esposti *supra*.

Questa seconda soluzione, peraltro, appare essere ultimamente ritenuta preferibile dal giudice delle leggi, il quale, con la pronuncia n. 181 del 2024⁴⁴ (anticipata

⁴³ Per una panoramica sul tema dell'effetto diretto oppositivo si veda D. GALLO, [Effetto diretto dell'Unione europea e disapplicazione, oggi](#), in Oss. fonti, 3, 2019.

⁴⁴ [Corte cost., Sent., 19 novembre 2024, n. 181](#), con commenti di A. RUGGERI, [La doppia pregiudizialità torna ancora una volta alla Consulta, in attesa di successiva messa a punto \(a prima lettura di Corte cost. n. 181 del 2024\)](#), in *Giurcost.org*, III, 2024, 21 novembre 2024, pp. 1346-1351; S. BARBIERI, [La sentenza n. 181 del 2024 della Corte costituzionale: una svolta nei rapporti tra ordinamento italiano e diritto dell'Unione europea?](#), in *Rivista del contenzioso europeo*, 3, 2024, 23 novembre 2024; F. FERRARO, [La Consulta si affida al "tono costituzionale" per estendere il suo controllo anche sulle norme dell'Unione provviste di effetto diretto](#), in *Eurojus.it*, 4, 2024, 16 dicembre 2024, pp. 160-173; P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, [In tempi di sovranismo la Consulta difende il primato del diritto dell'Unione europea \(e l'autonomia dei giudici\)](#), in *Eurojus.it*, 4, 2024, 16 dicembre 2024, pp. 174-187; N. ZANON, [Il ruolo della Corte costituzionale nella difesa del principio di uguaglianza e degli obblighi europei ex art. 117, primo comma, Cost.](#), in *federalismi.it*, 30, 2024, 18 dicembre 2024, pp. iv-vii; G. P. DOLSO, [La Corte costituzionale torna ancora sui rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea \(a margine della Sent. n. 181 del 2024\)](#), in *Ambientediritto.it*, 4, 2024 pp. 657-663; R. MASTROIANNI, [La sentenza della Corte costituzionale n. 181 del 2024 in tema di rapporti tra ordinamenti, ovvero la scomparsa dell'articolo 11 della Costituzione](#), in *Quaderni AISDUE*, 1,

in parte dalla sentenza n. 15/2024⁴⁵ e confermata dalla n. 1/2025⁴⁶ e dalla n. 7/2025⁴⁷, nonché dall'ordinanza 21/2025⁴⁸), esprimendosi in tema di doppia pregiudizialità, ha indicato come *“particolarmente proficuo”* – rispetto all'utilizzo del meccanismo del rinvio pregiudiziale e alla conseguente disapplicazione – il sollevamento della questione di legittimità costituzionale della norma interna incompatibile con disposizioni di diritto dell'Unione europea, quando *“la questione posta dal remittente presenti un ‘tono costituzionale’, per il nesso con interessi o principi di rilievo costituzionale”*. In tal modo, infatti, si addiverrebbe all'espunzione della norma ritenuta incompatibile con il diritto eurounitario dall'intero ordinamento, con benefici in termini di coerenza, sistematicità e certezza del diritto.

Nella prospettazione fornita dalla Corte, inoltre, il ricorso al sindacato accentrato di costituzionalità permetterebbe altresì di *“superare il dubbio in merito alla presenza o meno di norme europee dotate di efficacia diretta”*, consentendo *“di rimuovere dall'ordinamento la norma anti-europea senza dover precedentemente risolvere il dubbio in questione”*⁴⁹. In situazioni come quella in esame, quindi, sembra essere opinione della Corte costituzionale che sia maggiormente efficiente adire quest'ultima, invece di porre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

A prescindere da quale delle alternative prospettate sia realmente praticabile, si staglierebbe l'ulteriore problema della mancanza di una disciplina concretamente applicabile in luogo del regime di presunzioni eventualmente disapplicato o dichiarato costituzionalmente illegittimo. Infatti, come già osservato in queste righe, il combinato disposto del secondo periodo dell'articolo 392 c. 1-bis c.p.p. e dell'art. 90-quater c.p.p. non pare affatto in grado di fornire sufficienti indicazioni per il corretto svolgimento della valutazione della possibile vulnerabilità della persona offesa e per l'identificazione dei suoi reali bisogni e necessità⁵⁰.

Sarebbe auspicabile un intervento *de iure condendo*, nel quale, tuttavia, non si confida, giacché il legislatore italiano negli ultimi decenni ha mostrato decise tendenze

2025, pp. 1-29.

⁴⁵ [Corte cost., Sent., 12 febbraio 2024, n. 15.](#)

⁴⁶ [Corte cost., Sent., 3 gennaio 2025, n. 1.](#)

⁴⁷ [Corte cost., Sent., 4 febbraio 2025, n. 7.](#)

⁴⁸ [Corte cost., Ord., 20 febbraio 2025, n. 21.](#)

⁴⁹ R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 10-11.

⁵⁰ Questo perché, in entrambi i casi, si dovrebbe procedere all'*individual assessment*, ma il suo svolgimento in concreto – si ribadisce – dovrebbe avvenire in conformità alle procedure nazionali e, quindi, necessiterebbe di una disciplina interna di dettaglio, che attualmente, pur essendo ormai in vigore da diversi anni il secondo periodo dell'art. 392 c. 1-bis c.p.p., non ha ancora trovato una precisa definizione.

vittimocentriche⁵¹, confermate, da ultimo, dalle recenti proposte di riforma della Costituzione, per includervi la tutela dei diritti delle vittime⁵².

⁵¹ Nella visione di tale indirizzo politico e legislativo la vittima diviene strumento di creazione e organizzazione del consenso popolare, mezzo di espressione e soddisfazione di istanze di sicurezza sociale e di repressione: così si finisce per distorcere i fini e i principi del diritto e del processo penale liberali, fondati sulla tutela della libertà e della dignità del cittadino di fronte all'esercizio del potere punitivo dello Stato. Per una panoramica del fenomeno, si vedano S. ALLEGREZZA, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA, *op. cit.*, pp. 12-13; L. LUPÁRIA, *op. cit.*, in S. ALLEGREZZA, H. BELLUTA, M. GIALUZ, L. LUPÁRIA, *op. cit.*, pp. 48-53; M. VENTUROLI, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, cit., pp. 100-103; F. CASSIBBA, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *op. cit.*, pp. 67-87; V. MASARONE, [L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?](#), in *Arch. pen. web*, 3, 2017, 18 ottobre 2017; T. PITCH, [Il protagonismo della vittima](#), in *disCrimen*, 20 febbraio 2019, unitamente ad A. PUGIOTTO, [L'odierno protagonismo della vittima. In dialogo con Tamar Pitch](#), in *disCrimen*, 20 febbraio 2019; M. BOUCHARD, *op. cit.*, pp. 9-10, 15-16; G. MINICUCCI, [Il diritto penale della vittima. Ricadute sistematiche e interpretative](#), in *disCrimen*, 27 ottobre 2020; M. BERTOLINO, *La violenza di genere e su minori tra vittimologia e vittimismo*, in *Riv.it. dir. proc. pen.*, 1, 2021, pp. 65-82; C. BERNASCONI, [Dalla vittimologia al vittimocentrismo: cosa resta della tradizione reocentrica?](#), in *Criminalia*, 2021, pp. 209-225; M. VENTUROLI, *La centralizzazione della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, cit.; R. CORNELLI, *È populismo penale? Il contrasto alla violenza di genere nelle società punitive*, in *Giur. it.*, 4, 2024, pp. 980-988. Per un'analisi sociologica e culturale si veda, invece, D. GIGLIOLI, *Critica della vittima. Un esperimento con l'etica*, Nottetempo Edizioni, Milano, 2014, pp. 96. Il diritto penale della vittima, essendo, come detto, espressione di istanze securitarie e di controllo sociale, risulta essere (secondo un accostamento che, peraltro, è effettuato da molti dei contributi non appena richiamati) l'altra faccia della medaglia del diritto penale del nemico, per un approfondimento sul quale può farsi riferimento a M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al «nemico»*, in *Cass. pen.*, 2, 2006, pp. 735-777, nonché S. ROSSI, [Pensare il nemico. A margine del confronto tra Jacobs e Ferrajoli](#), in *Riv. AIC*, IV, 2023, pp. 1-39.

Certamente non può dirsi che il fenomeno sia circoscritto alla sola Italia, se si pensa che la Commissione europea, nella già citata *EU Strategy on victims' rights (2020-2025)*, scrive nero su bianco che gli obiettivi di riforma individuati "are expected to improve the protection of victim's rights, including taking due account of victims with specific needs, and by doing so increase the security of all citizens in the Union" (p. 22). Del resto, dall'analisi della recentemente introdotta direttiva 2024/1385/UE si rinvergono in tale atto normativo le caratteristiche tipiche del diritto penale della vittima stigmatizzate dai contributi appena citati, tradottesi nella previsione di un elenco di fattispecie di reato senza precedenti nella produzione normativa dell'Unione Europea. Lo stesso art. 16 di tale direttiva sconta il difetto di un'impostazione legislativa tipica del paradigma del diritto penale del nemico, individuando categorie di rei ritenute specialmente pericolose, alle quali fanno da contraltare vittime particolarmente vulnerabili: il tossicodipendente, l'alcolizzato, l'infermo di mente, lo stalker.

Ulteriore esempio di questo approccio ideologico al diritto penale è il recentissimo D.d.l. 1143, noto come "D.d.l. Femminicidio" approvato dal Consiglio dei Ministri in data 7 marzo 2025, oggetto di unanime votazione favorevole al Senato in data 23 luglio 2025.

⁵² Il testo unificato dei quattro disegni di legge esaminati nella 1ª Commissione del Senato (427, 731, 888, 891) proponeva di modificare l'art. 111 della Costituzione, inserendo, dopo il comma 5, la seguente disposizione "La Repubblica tutela le vittime di reato e le persone danneggiate dal reato": si veda il link https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/19/SommComm/0/1399151/index.html?part=doc_dc-allegato_a:1-ddlbl_tuadcpiddl427731888891. Per un commento alla proposta di riforma: E. AMATI, [La vittima in Costituzione? Una riforma che può alterare gli equilibri del sistema penale](#), in *disCrimen*, 11 ottobre 2024.

È evidente che una modifica della Carta costituzionale in tal senso avrebbe impattato non poco sulle riflessioni sinora svolte, esasperando il conflitto tra il modello processuale penale di stampo liberale e le istanze vittimocentriche e finendo, di fatto, per mutare significativamente la fisionomia del sistema processuale italiano.

Fortunatamente il legislatore ha poi ritenuto più opportuno intervenire invece sull'art. 24 della Carta

7-8/2025

Si dovrebbe sperare, di conseguenza, che la Corte costituzionale, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 c. 1-*bis* c.p.p., adottasse la tecnica cosiddetta “della doppia pronuncia”, invitando il legislatore ad approntare una disciplina dettagliata e procedimentalizzata della valutazione individuale delle esigenze di protezione delle vittime, rinviando il giudizio e rimandando a un momento successivo le proprie determinazioni, al fine di evitare che per mezzo della dichiarazione di illegittimità costituzionale venisse a crearsi un vuoto di tutela non colmabile in via interpretativa, non essendo sufficienti in tal senso le previsioni attualmente contenute nel secondo periodo dell'art. 392 c. 1-*bis* c.p.p. e nell'art. 90-*quater* c.p.p.⁵³ Anche da quest'ultimo punto di vista, pertanto, si può ritenere apprezzabile il ragionamento esposto dalla Corte costituzionale con le recenti sentenze precedentemente citate: se, invece che un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, si sollevasse una questione di legittimità costituzionale dell'art. 392 c. 1-*bis*, primo periodo, c.p.p., nel caso di specie non si otterrebbero soltanto effetti benefici dal punto di vista della coerenza ordinamentale, ma si eviterebbe altresì l'insorgere di un vuoto di tutela per le vittime di reato effettivamente meritevoli.

Tornerebbe così centrale la questione relativa alla definizione delle modalità e dei tempi di svolgimento della procedura di valutazione individuale delle esigenze di protezione di ogni vittima, dell'autorità preposta e della sindacabilità del provvedimento conclusivo di tale fase subprocedimentale, la cui precisa definizione condurrebbe, finalmente, alla costruzione di un processo veramente giusto per tutti i soggetti coinvolti⁵⁴, garantendo diritti e protezione alle vittime che ne abbiano effettiva necessità ed evitando ingiustificate compressioni delle garanzie difensive della persona indagata o imputata (anche al di là del contesto dell'incidente probatorio), che nel sistema processualpenale di uno Stato di diritto, fondato sulla presunzione di innocenza, deve comunque rimanere il soggetto protagonista dell'esercizio della giustizia penale. A uno o più giudici per le indagini preliminari o per l'udienza preliminare spetterà, dunque, l'onere di tentare di riportare “*l'église au milieu du village*”, cioè di restituire dignità e significato a un processo penale che, quantomeno nell'ambito dei reati sessuali (o, comunque, inframurari), sta perdendo qualsiasi contenuto garantista e di tutela per imputati ormai sempre più “colpevoli fino a prova contraria”⁵⁵.

costituzionale ([Approvata dal Senato, in prima deliberazione, la proposta di legge costituzionale di “modifica dell'articolo 24 della Costituzione in materia di tutela delle vittime di reato”](#), in *Giur. pen.*, 22 gennaio 2025), individuando una collocazione forse più appropriata, senza tuttavia eliminare i timori di una possibile ulteriore alterazione degli equilibri del processo penale: sul punto A. FORTUNATO, [I profili del nuovo delitto di molestie sessuali ex art. 609-ter.1: tra istanze vittimarie e moralizzazione del diritto penale](#), in *Arch. pen. web.*, 1, 2025, 2 aprile 2025, pp. 13-19.

⁵³ Sulla tecnica della doppia pronuncia, già utilizzata in tema di ergastolo ostativo e liberazione condizionale, si veda F. PERCHINUNNO, [Prime riflessioni sull'ordinanza n. 97/2021 della Corte costituzionale](#), in *federalismi.it*, 22, 2021, 22 settembre 2021, pp. 198-221.

⁵⁴ Auspicio già formulato da P. RIVELLO, [Il ruolo attribuito alla vittima del reato dalla normativa processuale italiana in rapporto a quello ad essa spettante innanzi alle Corti penale internazionali](#), in *Criminalia*, 2016, pp. 509-510.

⁵⁵ Lo statuto processuale dei soggetti accusati di reati sessuali ha subito, negli ultimi anni, un netto deterioramento, con una continua perdita di garanzie, inaccettabile anche se motivata dalle comprensibili ragioni di protezione delle vittime e di amministrazione della giustizia nei confronti dei colpevoli di reati

oggetto di particolare riprovazione sociale.

È venuto a costituirsi, di fatto, un modello procedimentale differenziato, come anticipato da G. BELLANTONI, *Delitti sessuali e processo penale*, in G. SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, VII, 1, G. GARUTI (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, UTET, Torino, 2009, pp. 239-261 (che riprende e amplia quanto scritto dall'Autore in *Il procedimento penale per i delitti sessuali: un micro-sistema in evoluzione*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2007, pp. 985-961). Certamente, l'ulteriore evoluzione normativa e giurisprudenziale è stata quantitativamente notevole e, se in allora, tale scritto veniva inserito in una sezione intitolata "*I modelli 'oggettivamente' differenziati in ragione delle peculiarità in materia di indagine e di raccolta delle prove*" e l'Autore ammoniva dal considerare il quadro normativo di cui si discute come "*l'epilogo di una programmata e ponderata scelta legislativa*", forse oggi sarebbe più corretto affermare che la causa preponderante della differenziazione sia da ricercare nella particolare riprovazione sociale di cui sono oggetto i reati sessualmente connotati e nella volontà di rispondere a istanze punitive e di prevenzione generale e speciale, fondate su una domanda diffusa di difesa sociale, che ha condizionato e continuano a condizionare gli indirizzi di politica penale.

Oltre a quanto oggetto del presente scritto in materia di incidente probatorio speciale, si pensi al valore privilegiato assegnato dalla giurisprudenza alle dichiarazioni della persona offesa, ritenute idonee a fondare da sole il riconoscimento della responsabilità penale dell'imputato – sul punto L. TAVASSI, *op. cit.*, pp. 13-19; C. MORSELLI, [Le dichiarazioni della persona offesa nel filtro della certezza oltre ogni ragionevole dubbio](#), in *Arch. pen. web*, 3, 2019, 30 novembre 2019 – o, sempre in materia processuale, alla presunzione di idoneità della custodia in carcere, ovvero alla preclusione del patteggiamento cosiddetto "allargato". Tra i tanti ulteriori esempi, sono altresì rilevanti, sul piano esecutivo, la non concedibilità delle misure alternative alla detenzione ai sensi dell'art. 4-bis L. 26 luglio 1975, n. 354, se non dopo almeno un anno di osservazione carceraria della personalità, e altre previsioni derivanti dall'inclusione di tali reati nel catalogo di quelli cosiddetti ostativi, quali la non sostituibilità ai sensi dell'art. 59 c. 1 lett. d) L. 24 novembre 1981, n. 689 e la non sospendibilità dell'ordine di esecuzione emesso nei confronti dei condannati per questi reati ai sensi dell'art. 656 c. 4-bis, ultimo periodo, c.p.p.

A ciò si aggiunga, sul versante del diritto sostanziale, che da anni si assiste, in sede giurisprudenziale, a un allargamento dei confini degli elementi di fattispecie del delitto di violenza sessuale, in contrasto con i principi di tipicità e legalità. Si pensi alla dilatazione del concetto di "atto sessuale": si vedano A. RICCIO, [L'evanescente nozione di atto sessuale](#), in *disCrimen*, 1° luglio 2022; A. MARTINI, [La tipicità alla prova delle migliori intenzioni: l'incerta nozione di atto sessuale](#), in *Leg. pen.*, 27 luglio 2022; ovvero alla ritenuta necessità di un consenso espresso all'atto, che, allontanandosi dalla normale esperienza delle relazioni affettive e sessuali, è utilizzata per aggirare, in molti casi, il difetto degli elementi di fattispecie della violenza, minaccia o abuso di autorità: sul punto G. BALBI, [Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale](#), in *Leg. pen.*, 23 novembre 2023; M. T. COLLICA, [La violenza sessuale tra law in the books e law in action: un intervento riformatore non più rinviabile](#), in *Arch. pen. web*, 3, 2024, 30 ottobre 2024.

MODI E LIMITI PER LA CHIUSURA IN CORSO DI GIUDIZIO DELLA CONTESTAZIONE APERTA DI REATO PERMANENTE

di Giuseppe Santalucia

La tendenziale stabilità dell'imputazione in giudizio è garanzia di difesa. Il pubblico ministero può intervenire sull'imputazione specificando, nei casi di reati permanenti, la cessazione della permanenza ove ciò non abbia fatto al momento dell'esercizio dell'azione. La chiusura della contestazione impedisce che l'accertamento si svolga per l'arco temporale che intercorre tra il momento di inizio della consumazione e la pronuncia della sentenza di primo grado. Il restringimento dello spazio temporale dell'imputazione può avere conseguenze sul piano della tenuta dei diritti dell'imputato e richiede una riflessione in merito ad eventuali limiti del potere del pubblico ministero di rimaneggiare in corso di giudizio l'accusa.

SOMMARIO: 1. Esigenze dell'accertamento e unicità del reato permanente. – 2. Gli interventi del pubblico ministero sulla imputazione temporalmente indefinita. – 3. La giurisprudenza di legittimità sulla riduzione dell'imputazione in giudizio. – 4. Quali limiti alla chiusura della contestazione? – 5. I rimedi contro le indebite chiusure della contestazione aperta. – 6. Una considerazione finale.

1. Esigenze dell'accertamento e unicità del reato permanente.

Della unicità del reato permanente non si dubita: è questa la tesi assolutamente prevalente in dottrina ed è premessa indiscussa degli orientamenti giurisprudenziali.

Il reato permanente è ontologicamente unitario, non si compone di una pluralità di reati come il reato continuato, non esige, per la sua esistenza, una rinnovazione o una protrazione della condotta.

Quel che dura nel tempo, con un inizio e una cessazione, è la produzione dell'effetto lesivo, che si ha senza che l'autore del fatto debba in qualche modo adoperarsi reiterando la condotta iniziale¹.

Come ha ricordato la Corte costituzionale, la permanenza non è artificio giuridico, ma dipende dalla struttura dell'offesa recata al bene giuridico: è lo schema

¹ Su questi tratti tipici del reato permanente v. M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 2010 ss. Per un'ampia ed esaustiva disamina della struttura del reato permanente v. R. BARTOLI, *Sulla struttura del reato permanente: un contributo critico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, p. 137 ss.

normativo, la previsione di fattispecie, che si fa carico di conformarsi alla realtà di un accadimento, e non viceversa².

Tanto chiarito, non è dubbio che il giudice può fare quel che alla legge è impedito: può infatti intaccare la strutturale unicità del reato, per mezzo della pronuncia della sentenza di primo grado.

Siccome sarebbe del tutto irragionevole non consentire che, in corso di permanenza, si porti a giudizio l'autore (presunto) del reato, si deve ammettere che il reato continua la sua storica esistenza durante tutto il tempo in cui si svolge l'accertamento, salvo che non risulti, per fatto indipendente dal progredire processuale, che il reato sia venuto a cessare, nel senso appunto che sia cessata la sua permanenza³.

L'ontologica unità del reato permanente esime dal dovere di aggiornamento, in corso di giudizio, della relativa imputazione che produce automaticamente una forza espansiva tale da far ricadere nel fuoco dell'accertamento non solo il reato idealmente compreso tra l'inizio della permanenza e l'esercizio dell'azione penale, con cui si cristallizza appunto il tema della decisione e il tema di prova, ma anche quella porzione, ideale perché non rispondente ad un reale frazionamento della morfologica unità del reato, che si spinge sino alla pronuncia della sentenza di primo grado⁴.

La sentenza opera l'interruzione della permanenza non già perché abbia una particolare efficacia, che neanche la norma di legge possiede, ma per un fattore in qualche modo di segno contrario, per l'incapacità di accertare la protrazione dell'offesa successiva alla sua emissione.

² Corte cost. n. 53 del 2018 – con nota di A. GALLUCCIO, [Ne bis in idem, interruzione della permanenza e applicabilità dell'art. 671 c.p.p.: la Consulta fa chiarezza su alcune questioni problematiche](#), in *Dir. pen. cont.*, fasc. 4/2018, p. 140 ss. – che ha ribadito quanto diffusamente predicato in giurisprudenza e da larga parte della dottrina, ossia che “unica è la condotta, unica e medesima l'offesa, unico dunque il reato”, con l'aggiunta che “unica dovrebbe essere, pertanto, anche la pena inflitta per l'illecito globalmente considerato”, se non fosse che, di fatto, ben può accadere che l'unico reato venga giudicato, per fattori in se del tutto fisiologici, “in modo frazionato, con riferimento a distinti segmenti temporali della condotta antigiuridica, dando così luogo ad una pluralità di giudicati di condanna”.

³ Anche la Corte costituzionale, nella sentenza prima citata, ha evidenziato che, per il caso, assai frequente, in cui il processo ha inizio prima che il reato permanente venga a cessare, è necessario instaurare un ulteriore procedimento penale al fine di reprimere la condotta successiva alla condanna.

⁴ Sez. U, n. 11021 del 13/07/1998, Montanari, Rv. 211385 ha ben spiegato come si attegga l'imputazione di un reato permanente quando non è temporalmente definita la cessazione della permanenza, chiarendo che la contestazione, per l'intrinseca natura del fatto, contiene già l'elemento del perdurare della condotta e si caratterizza per una sua forza espansiva fino alla pronuncia della sentenza. Si è poi precisato in giurisprudenza che ciò vale pur quando la sentenza di primo grado sia di assoluzione e la condanna intervenga successivamente in appello. V., a tal proposito, Sez. 2, n. 24492 del 19/04/2023, Rv. 284826, secondo cui “in tema di delitti associativi, la permanenza del reato cessa con la pronuncia di primo grado, in quanto, a seguito dell'istruttoria dibattimentale espletata in tale fase, si accerta compiutamente il fatto da giudicare e si cristallizza l'imputazione, non più modificabile nei gradi di giudizio successivi. (In motivazione, la Corte ha aggiunto che tale regola non muta nel caso di decisione di condanna in grado di appello susseguente a una pronuncia assolutoria in primo grado in cui si definisca, comunque, l'accertamento del fatto in contestazione, sicché, in tal caso, la condotta che si protrae successivamente alla pronuncia assolutoria in primo grado integrerà un nuovo reato).”

La sentenza è gioco forza rivolta al passato ma nulla può dire sugli accadimenti futuri, e la protrazione dell'offesa del reato su cui si pronuncia è per necessità estranea all'ambito della sua cognizione.

Di qui la forza di frantumare l'unico reato permanente e di farne sorgere un successivo, non già perché nella realtà degli accadimenti umani abbia effettivamente inizio un nuovo reato, ma per l'inaccettabilità di una esenzione da responsabilità dell'autore del fatto la cui permanenza prosegua successivamente alla pronuncia di primo grado che, appunto, non può conoscerne gli sviluppi.

Non fa dunque specie che la indiscussa unità del reato, che ne fa una figura morfologicamente diversa da tutte le ipotesi di concorso, materiale o formale, di reati, possa trasformarsi ed essere sostituita da una pluralità per sue frazioni temporali. Quel che avviene dopo la pronuncia della sentenza va a comporre un altro reato (permanente) non già perché il primo e l'unico, oggetto della sentenza, sia cessato e sia seguito da altro e autonomo reato, ma a ragione della necessità etico-politica di non sottrarre al giudizio, e quindi ad una eventuale pronuncia di responsabilità, la successiva protrazione dell'offesa⁵.

Tale assetto non è messo in discussione in giurisprudenza ed è sostanzialmente condiviso in dottrina, seppure con qualche argomentata posizione contraria di acuta critica⁶.

2. Gli interventi del pubblico ministero sulla imputazione temporalmente indefinita.

Questo breve scritto si prefigge l'approfondimento di altra questione, che trova in quanto sino ad ora si è riassunto la necessaria premessa.

Il tema di interesse è se, ed eventualmente in che modo e con quali limiti, il pubblico ministero, una volta esercitata l'azione penale con la costruzione di una imputazione per reato permanente di cui non risulti l'avvenuta cessazione, possa in corso di giudizio ridimensionare l'arco temporale di protrazione dell'offesa con modifiche dell'originaria contestazione cd. temporalmente aperta, ed impedire che lo spettro di accertamento del fatto imputato si estenda fino al momento di emissione della successiva sentenza.

Un'evenienza che non dovrebbe porre particolari problemi è quella in cui sopravvenga, rispetto al momento di esercizio dell'azione, la prova della cessazione della permanenza.

In tal caso, non dovrebbe esser dubbio il riconoscimento della legittimità di un intervento sull'imputazione, che la arricchisca della individuazione del tempo di

⁵ La Corte costituzionale ha affermato a tal proposito, nella più volte richiamata sentenza del 2018, che "esigenze pratiche evidenti e difficilmente eludibili" impongono "di procedere per la condotta successiva alla sentenza di primo grado", in modo da evitare che la sentenza si traduca in un inaccettabile "salvacondotto" per chi intenda continuare a violare la legge penale.

⁶ V. M. VALIANTE, *Il reato permanente. Aspetti sostanziali e problemi processuali*, cit.

cessazione della permanenza, restringendo a quel punto ogni sforzo probatorio di tutte le parti e conseguentemente l'ambito cognitivo e decisorio del giudice.

Di altro tipo è invece l'iniziativa d'accusa volta a definire temporalmente l'imputazione, con una più o meno estesa retrodatazione, in assenza di una sopravvenienza probatoria di cessazione della permanenza che possa esser conosciuta in giudizio e riconosciuta in sentenza; un'iniziativa semplicemente rispondente a strategie del pubblico ministero, che ritenga più conveniente restringere il campo confidando nella possibilità di poter riesercitare l'azione per lo stesso reato e specificamente per quella porzione ideale che abbia come termine di inizio, per *factio iuris* o *actionis*, il momento temporale di chiusura della prima imputazione.

Anche qui si ha un'incidenza artificiosa sulla struttura unitaria del reato, come già si è detto per la sentenza di primo grado, ma con una differenza che si sostanzia nella discrezionalità valutativa da cui origina e che non si ha nel caso di incidenza della pronuncia del giudice. Se la sentenza frantuma l'unicità del reato per l'impossibilità logica di conoscere quel che non è ancora, la modifica dell'imputazione scinde l'unico reato per valutazioni di strategie di accusa che non hanno condizionamenti d'ordine logico di pari forza cogente.

Viene allora in rilievo il tema della disponibilità in capo al pubblico ministero dell'imputazione, che è sì esplicazione del potere-dovere monopolistico di azione ma al contempo definisce l'area di dominio del giudizio, fenomeno che non è invece nella disponibilità di una parte.

E rileva pure il correlato tema della preclusione processuale per consumazione del potere, dovendosi dire se il ri-esercizio dell'azione per lo stesso reato permanente, sia pure con imputazione temporalmente differente, sia espressione di un potere che si è già consumato al momento della contestazione della prima imputazione; oltre che il tema, anch'esso strettamente connesso, della preclusione da giudicato per il caso in cui nel giudizio conseguente al nuovo esercizio di azione debba prendersi atto della (eventualmente sopravvenuta) irrevocabilità della sentenza resa nel processo in cui sia stata operata la riduzione dell'imputazione originariamente aperta.

Si tratta di questioni su cui la Corte di cassazione è reiteratamente intervenuta, specie di recente, ma con pronunce di segno tutt'altro che univoco, che danno immediatamente il senso di quanto sia complessa la vicenda.

3. La giurisprudenza di legittimità sulla riduzione dell'imputazione in giudizio.

Fuori dall'evenienza radicalmente contraria ai principi, del pubblico ministero che, esercitata l'azione per più capi, riformuli l'imputazione eliminando un addebito⁷,

⁷ In tema si è pronunciata Sez. 5, n. 8998 del 24/02/2022, Rv. 282861, affermando che "il principio di irretrattabilità dell'azione penale priva il pubblico ministero che l'abbia esercitata del potere di riformulare l'imputazione eliminando uno dei reati in contestazione, sicché, ove una tale modifica sia intervenuta, essa è priva di qualunque effetto e non incide sul dovere del giudice di pronunciarsi sull'intera materia devolutagli."

plurime e convergenti sono le pronunce con cui la Corte di cassazione ha escluso la possibilità che il pubblico ministero, in corso di giudizio, intervenga sulla imputazione privandola di un frammento e quindi riducendo l'ampiezza del tema storico.

Le sentenze hanno avuto riguardo al caso di manipolazioni dell'imputazione per il profilo di qualche aggravante e hanno concordemente richiamato il principio di irretrattabilità dell'azione penale.

Il pubblico ministero, una volta esercitata l'azione penale non può revocarla e quindi, si è detto, non ha il potere di ridurre il fatto ad altra ipotesi meno grave eliminando le aggravanti contestate attraverso interventi formalmente correttivi dell'addebito sì come descritto. In suo potere è l'integrazione dell'accusa, non la sua amputazione, eventualmente riservata alle valutazioni del giudice che, come può smentire integralmente l'ipotesi di fatto, così può riqualificarla in senso più favorevole per l'imputato o privarla di qualche aggravante⁸.

Il principio di irretrattabilità dell'azione non è controverso ma va evidenziato che se ne è fatta applicazione in casi che forse non esigevano il suo intervento, in cui la correzione dell'imputazione ha avuto ad oggetto frammenti del fatto inidonei *ex se* a giustificare un nuovo esercizio di azione.

L'eliminazione di un'aggravante, a rigore, non si risolve in una vera e propria revoca dell'azione, perché a detta revoca non può seguire un riesercizio dell'azione per quella porzione di fatto (la circostanza) che ha costituito il contenuto della riduzione. L'azione per quel fatto (inteso nel senso ampio e proprio di fatto conforme al tipo) non è quindi revocata, prova ne sia che la pronuncia del giudice, nonostante il venir meno dell'aggravante, si impone.

Più che di irretrattabilità dell'azione dovrebbe parlarsi di indisponibilità dell'oggetto del giudizio ad opera del pubblico ministero, che non può sottrarre l'ipotesi di accusa, in ogni suo aspetto e quindi nella sua compiutezza, alla cognizione delle parti e quindi del giudice⁹.

Ciò non significa che il pubblico ministero non abbia un potere di intervento correttivo sulla imputazione al di là delle modifiche per fatto diverso, fatto concorrente e fatto nuovo, e che queste correzioni non possano aver ad oggetto, eventualmente, il dato temporale di commissione del fatto. Si è a tal proposito precisato che "la modifica in udienza del capo di imputazione, consistente nella diversa indicazione della data del commesso reato, non costituisce modifica dell'imputazione, rilevante *ex art. 516 cod. proc. pen.*, allorché non comporti alcuna significativa modifica della contestazione, la quale resti immutata nei suoi tratti essenziali, così da non incidere sulla possibilità di

⁸ Tra le varie, cfr. Sez. 4, n. 26653 del 22/04/2009, Rv. 244505; Sez. 5, n. 9806 del 13/02/2006, Rv. 234231; Sez. 2, n. 6905 del 11/11/2009, dep. 2010, Rv. 246451; Sez. 2, n. 18617 del 08/02/2017, Rv. 269743.

⁹ Per Sez. 2, n. 36376 del 23/06/2021, Rv. 282015, invece, nella nozione di ritrattazione dell'azione penale rientra "ogni iniziativa unilaterale del pubblico ministero volta ad eliminare elementi essenziali o circostanziali dell'imputazione sottoposta al vaglio del giudice con l'atto di esercizio dell'azione penale". Sembra, invece, collocarsi su questa direttrice ricostruttiva Sez. 1, n. 10313 del 18/12/2024, dep. 2025, Rv. 287688, che ha espressamente riconosciuto come la questione "non vada affrontata nell'ottica dell'irretrattabilità dell'azione penale ma del controllo del giudice sull'intervento del pubblico ministero di precisazione o di modificazione della contestazione aperta ...".

individuazione del fatto da parte dell'imputato e sul conseguente esercizio del diritto di difesa"¹⁰.

Se ora si traspone questo consolidato orientamento al caso in cui il pubblico ministero intervenga in giudizio sull'imputazione per puntualizzare il momento temporale di cessazione della permanenza, si può concludere che si è di fronte ad un atto meramente correttivo che non intacca la struttura e l'integrità della imputazione. La descrizione del fatto rimane immutata, si assiste non ad una riduzione dell'ambito di cognizione ma, appunto, ad una specificazione dei contenuti dell'addebito anche in funzione di una migliore esplicazione dei diritti difensivi.

In tale direzione si collocano quelle decisioni che non individuano alcun ostacolo ad interventi del pubblico ministero finalizzati a chiudere temporalmente l'addebito. Con l'espresso riconoscimento dell'illegittimità di interventi volti a ridurre l'imputazione, nei termini appena prima ricordati, si è detto che la precisazione del termine finale di una condotta associativa, quindi del momento di cessazione del reato permanente, non si sostanzia in una indebita riduzione del fatto e non comporta alcuna formale modificazione dell'imputazione che resta, per come circostanziata, la medesima¹¹.

Il tema è stato approfondito in altra decisione, ove si è messo in evidenza un dato di indubbia importanza quando si discute di interventi sull'imputazione, la tenuta dei diritti di difesa. Si è a tal proposito rilevato che, a fronte di una contestazione aperta, l'imputato si trova esposto ad un accertamento il cui oggetto progressivamente si arricchisce della persistente condotta illecita e si è allora osservato che la definizione temporale dell'addebito ad opera del pubblico ministero non arreca alcuna violazione alle facoltà difensive dell'imputato¹².

Sgombrato il campo da una potenziale significativa criticità, sono state approfondite le ragioni a sostegno della tesi che esclude un effetto di riduzione dell'imputazione e si è concluso che la specificazione del termine finale non si traduce in una modifica sostanziale della contestazione, perché essa non può che riferirsi al futuro e quindi l'esclusione del periodo successivo al *dies ad quem* specificamente indicato, non potendo essere contenuto in un addebito necessariamente rivolto al passato, non può neanche essere oggetto di una indebita amputazione.

In questo modo si è inteso replicare ad un altro orientamento che si è affacciato nella giurisprudenza della Corte di cassazione, per il quale, invece, "la ripermimetrazione dell'arco temporale di commissione del delitto di associazione di stampo mafioso, inizialmente contestato in forma aperta, è inibita all'organo dell'accusa se, in concreto, determini l'artificiosa sottrazione al processo di una porzione dell'imputazione, riferibile

¹⁰ Sez. 5, n. 4175 del 07/10/2014, dep. 2015, Rv. 262844. V., anche, Sez. 5, n. 6977 del 22/11/2001, dep. 2002, Rv. 221385; Sez. 3, n. 29405 del 04/04/2019, Rv. 276547.

¹¹ Così Sez. 5, n. 20045 del 26/04/2023, Rv. 284674.

¹² Conformemente, Sez. 2, n. 36376 del 23/06/2021, Cimini, *cit.*, ha rilevato che "la circoscrizione temporale del delitto associativo piuttosto che complicare, o impedire la reazione difensiva, la semplifica, in quanto riduce l'arco temporale entro il quale, secondo l'accusa, sono state poste in essere le condotte contestate e, a ben guardare, consente una difesa più specifica e mirata."

temporalmente al periodo compreso tra la data finale di cessazione, sì come successivamente indicata dal pubblico ministero, e il momento di conclusione dell'accertamento giudiziale di primo grado"¹³.

Dal principio di diritto appena richiamato si comprende che, nella prospettiva ivi accolta, non ogni intervento del pubblico ministero è precluso, ma soltanto quello che si sostanzia in un'artificiosa sottrazione al processo di una porzione dell'imputazione.

Vi possono ben essere modifiche che non siano artificiali sottrazioni e ciò si verifica le volte in cui l'opera di rimodulazione temporale, come prima si è accennato, trova giustificazione in specifici dati di prova, magari sopravvenuti al momento di esercizio dell'azione.

L'aspetto di maggior discutibilità è piuttosto costituito dall'individuazione del contenuto della riduzione dell'imputazione, dovendosi tener presente quanto sostenuto dall'altro maggioritario orientamento, ossia che non si può parlare, in relazione ad una prosecuzione dell'offesa che ancora non si è verificata, di sottrazione ai contenuti dell'addebito.

4. Quali limiti alla chiusura della contestazione?

In merito a quest'ultimo aspetto si impone un maggior sforzo di esame. Occorre porre mente a quale sia il meccanismo in forza del quale l'imputazione di un reato permanente non necessita di modifica per poter comprendere nel fuoco dell'accertamento i successivi sviluppi dell'offesa recata dalla condotta compiutamente descritta, e che resta immutata; e che fa sì che oggetto di cognizione processuale e di decisione giudiziale sia soltanto ciò che si è già storicamente affermato quanto meno al momento di emissione della sentenza di primo grado, e non anche quel che si pone come potenziale sviluppo di quella stessa immutata condotta.

Questo congegno è certo conseguente alla struttura unitaria del reato permanente ma è anche un connotato della imputazione, prova ne sia che dipende proprio dal modo in cui essa è costruita, temporalmente chiusa o aperta, se le progressioni di offesa possono essere di volta in volta attratte entro i suoi confini. L'immediato assorbimento in imputazione degli sviluppi successivi della condotta permanente è reso possibile da una scelta del pubblico ministero che si estrinseca nel modo in cui ha costruito l'addebito.

E allora, se si mette da canto il tema della (ir)retrattabilità dell'azione, ne emerge altro di non minore rilievo, quello dell'uso non abusivo dello strumento processuale¹⁴.

¹³ Sez. 1, n. 36330 del 01/06/2022, Rv. 283625.

¹⁴ E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Giuffrè, 2004, p. 212, osserva come "prassi elusive del dovere di compiuta formulazione *ab initio* degli enunciati di accusa ... propiziano il ricorso a forme atipiche di perfezionamento progressivo del tema di accusa, che a loro volta si prestano a coprire l'elusione del dovere di corretta formulazione dell'imputazione". Si consideri che, proprio sul terreno delle modifiche dell'imputazione in dibattimento, di recente la giurisprudenza ha fatto riferimento alla controversa categoria dell'abuso del processo. V. Sez. 4, n. 27181 del 21/02/2024, Rv. 286652, per la quale "in tema di nuove contestazioni, costituisce abuso del processo l'esercizio, da parte del pubblico ministero, di una

Sullo sfondo di gran parte delle iniziative di ripermutrazione temporale dell'imputazione vi è la concreta possibilità di un nuovo esercizio dell'azione, e quindi di nuovi processi, per le porzioni di reato permanente, e non può ignorarsi che la reiterazione dei giudizi per effetto di frantumazioni (arbitrarie) dell'imputazione esponga l'incolpato ad un sacrificio eccessivo, costringendolo a sobbarcarsi il costo e la fatica di plurimi successivi giudizi per un fatto sostanzialmente unitario.

Può allora non essere irragionevole l'assunto che la scelta iniziale di una contestazione aperta giovi a vincolare il pubblico ministero, seppure quella scelta e gli interventi successivi sull'imputazione siano espressione delle sue istituzionali attribuzioni; non si tratta di impedire qualsiasi modificazione del profilo temporale nel caso di reati permanenti, quanto di richiedere che si faccia ricorso a simili rimaneggiamenti in modo giustificato e giustificabile.

Si può anzitutto prospettare una limitazione al potere di chiusura, in corso di giudizio, della contestazione aperta, precludendo retrodatazioni che escludano porzioni temporali di permanenza già (ipoteticamente) realizzatesi, in modo da consentire la fissazione di un *dies ad quem* che non arretri rispetto al momento in cui l'intervento manipolativo è operato¹⁵.

potestà che, pur se prevista dalla legge, è esercitata per finalità che travalicano le ragioni per cui risulta riconosciuta dall'ordinamento. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto priva di effetto la contestazione suppletiva dell'aggravante di cui all'art. 625, n. 7, cod. pen., effettuata dopo l'apertura del dibattimento e l'ammissione delle prove al solo fine di rendere procedibile d'ufficio il reato di furto di energia elettrica, a fronte della mancata proposizione della querela entro il termine previsto dagli artt. 2, lett. i) e 85 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150)".

¹⁵ Di interesse in questa direzione è Sez. 6, n. 1753 del 14/12/2012, dep. 2013, n. m., che ha negato rilevanza all'allegazione del pubblico ministero – operata nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento determinato dalla necessità di accertare la fondatezza della deduzione di litispendenza tra il procedimento cautelare sorto in forza di un'ordinanza applicativa di misura per l'addebito di reato associativo e il giudizio dibattimentale per imputazione a carico dello stesso soggetto di partecipazione alla stessa compagine associativa – attestante l'avvenuta modifica temporale in dibattimento dell'imputazione, con chiusura a ben dieci anni prima. La Corte di cassazione ha ritenuto inconferente, rispetto al tema definito dalla sentenza di annullamento con rinvio, il *novum* introdotto dal pubblico ministero. Ha stabilito che l'apprezzamento della eventuale preclusione per consumazione del potere va operato in riferimento al momento della proposizione della domanda cautelare, con la conseguenza che "nessuna idoneità a far rivivere" il potere di azione (anche cautelare) "può attribuirsi alla postuma modificazione dei termini del suo esercizio, secondo una scelta insindacabile dell'organo titolare". Detto altrimenti, non può riconoscersi al pubblico ministero la potestà di conformare, con determinazione arbitraria, l'esercizio dell'azione, "anche attraverso la duplicazione dei procedimenti mediante il frazionamento temporale della condotta permanente connaturata al delitto associativo *secundum eventum*, ovvero in rapporto ad esigenze cautelari che si intendano perseguire, pur in violazione del fondamentale principio espresso dalla preclusione". Successivamente, però, si è detto che "una volta che il giudice della cognizione del procedimento asseritamente preclusivo abbia consentito al pubblico ministero di *chiudere* la contestazione così accettando quella delimitazione del *thema decidendi* – con una decisione allo stato esistente ed efficace anche se non irrevocabile –, il giudice della cautela del secondo procedimento non può sindacare quella decisione, ed eventualmente *disapplicarla* in via incidentale, per affermare che il primo processo in realtà abbraccia un ulteriore periodo di tempo rispetto a quello ritenuto dal giudice della cognizione" - Sez. 5, n. 20045 del 26/04/2023 Rv. 284674 -. L'assunto è che spetta al giudice del procedimento in cui viene effettuata la chiusura della contestazione "evitare eventuali abusi e strumentalizzazioni, verificando egli stesso che la chiusura dell'imputazione non si traduca *di fatto* in una inammissibile ritrattazione dell'azione penale".

La conclusione non è dissonante rispetto alla consolidata giurisprudenza che riconosce la legittimità delle contestazioni tardive e che quindi ammette che il pubblico ministero modifichi l'imputazione anche in assenza di sopravvenienze istruttorie e anche soltanto per rimediare a originarie incompletezze che potevano essere evitate con una migliore lettura dell'incarto processuale¹⁶. Non possono essere infatti sovrapposte due vicende strutturalmente diverse, ossia l'integrazione, l'arricchimento dell'addebito da un lato e la sua riduzione dall'altro. Nell'un caso si aggiunge un tema o si completa l'originario tema storico, nell'altro lo si limita, lo si impoverisce, lo si riduce.

Se la premessa di ogni ragionamento è che la decisione di condanna di primo grado deve essere rapportata alla permanenza già realizzatasi, allora il pubblico ministero non dovrebbe poter individuare date di cessazione del reato che siano anteriori al momento del suo intervento di specificazione, perché in tal modo finirebbe giocoforza col sottrarre alla cognizione del giudizio porzioni di permanenza già incluse nell'imputazione per effetto di quella forza espansiva che alla contestazione aperta si è riconosciuta. In tali casi, dovendo ritenersi che gli accadimenti già realizzatisi siano rientrati, per meccanismo automatico, nei confini della imputazione, è alquanto arduo escludere che la retrodatazione del momento di cessazione della permanenza si traduca in una sottrazione (indebita) di imputazione alla cognizione processuale.

Né potrebbe invocarsi, qui e solo qui, la unitarietà del reato permanente onde affermare che la fissazione di una data di chiusura dell'imputazione antecedente al momento della modifica non abbia la forza di modificare il fatto imputato, che resta tale in tutte le sue componenti.

Lo stesso ragionamento, incentrato sulla strutturale unicità del reato, dovrebbe infatti valere per impedire l'artificiosa frantumazione dell'unico reato permanente in forza della sentenza di primo grado, fenomeno che invece è più che giustificato dalle ragioni pratiche – così definite dalla Corte costituzionale – che impongono di non mandare esente da ulteriore punizione chi persiste nell'illecito.

Non pare allora di poter convenire con l'affermazione per la quale unica ipotesi di indebita chiusura temporale in giudizio della contestazione si ha quando si individua come data finale di consumazione una data anteriore a quella di esercizio dell'azione in uno dei modi tipici descritti dall'art. 405 cod. proc. pen., e non invece, e più radicalmente, una data anteriore a quella in cui si mette mano in giudizio alla correzione dell'imputazione¹⁷.

¹⁶ Sez. U, n. 4 del 28/10/1998, dep. 1999, Barbagallo, Rv. 212757, secondo cui "in tema di nuove contestazioni, la modifica dell'imputazione di cui all'art. 516 c.p.p. e la contestazione di un reato concorrente o di una circostanza aggravante di cui all'art. 517 c.p.p. possono essere effettuate dopo l'avvenuta apertura del dibattimento e prima dell'espletamento dell'istruzione dibattimentale, e dunque anche sulla sola base degli atti già acquisiti dal pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari".

¹⁷ Sez. 1, n. 8759 del 25/10/2022, dep. 2023, Rv. 284212, che pure ha conosciuto di una vicenda in cui, come del resto messo opportunamente in evidenza, la Corte di appello aveva ritenuto legittima la chiusura della permanenza alla data in cui l'intervento manipolativo era stato realizzato, negando in buona sostanza che potessero restare estranei alla pronuncia di primo grado gli sviluppi della permanenza posti tra il momento di esercizio dell'azione e quello della individuazione della data di cessazione. Senza porre attenzione al profilo della retrodatazione Sez. 2, n. 36376 del 23/06/2021, *cit.*, ha riconosciuto *tout court* il potere del

Questione ancor più delicata è se il pubblico ministero, pur non retrodatando la cessazione della permanenza nei termini appena indicati, possa agire libero da ogni vincolo o se, di contro, debba in qualche modo dare conto delle ragioni per le quali ritenga, a fronte di una contestazione aperta, di indicare un termine finale di permanenza, ovviamente anticipato rispetto alla futura sentenza.

Il modo in cui è formata l'imputazione determina impegni e strategie processuali di tutte le parti: l'imputato, una volta che è portato in giudizio per rispondere di un reato permanente senza termine finale, sa che il suo sforzo difensivo e probatorio dovrà avere ad oggetto un arco temporale che si estenderà per l'intero giudizio di primo grado; e, del resto, lo stesso vale per il pubblico ministero, atteso che è affermazione non controversa in giurisprudenza che quel modo di costruire l'imputazione non fa sorgere una presunzione di colpevolezza sino alla pronuncia della sentenza di primo grado. Al pubblico ministero spetta infatti il compito di fornire la prova a carico del protrarsi dell'offesa fino al limite processuale di cessazione, e sull'imputato, ovviamente, grava l'onere di contrastare, adducendo e provando eventuali fatti interruttivi¹⁸.

La decisione unilaterale del pubblico ministero, di ridimensionamento temporale dell'accusa, ha dunque ricadute soprattutto sull'imputato che si vede ridurre il tema storico, magari perché controparte si è resa conto in corso di giudizio, ad una migliore considerazione delle potenzialità probatorie su cui confidava, di non disporre dei necessari dati che possano sostenere la condanna per l'intero periodo inizialmente ipotizzato, sì che diviene strategicamente preferibile evitare che con la sentenza si crei una preclusione per successivi eventuali ri-esercizi di azione, che potranno contare eventualmente su supporti probatori allo stato mancanti. A questa scelta strategica corrisponde, ovviamente, un interesse contrario della difesa, che ben può confidare sullo scarto che progressivamente prende corpo in giudizio tra ampiezza temporale dell'imputazione e risorse probatorie di accusa e così attendersi, per l'eventualità di una condanna, il ridimensionamento dell'addebito senza però possibilità di recupero in altro futuro giudizio.

Lungi dall'essere avvantaggiato dalla determinazione del pubblico ministero, secondo la lettura di parte della giurisprudenza per la quale "la circoscrizione temporale ... piuttosto che complicare, o impedire, la reazione difensiva, la semplifica, in quanto riduce l'arco temporale entro il quale, secondo l'accusa sono state poste in essere le condotte contestate e, a ben guardare, consente una difesa più specifica e mirata"¹⁹, l'imputato sperimenta una soggezione all'altrui strategia che si dispiega in suo danno.

pubblico ministero di fissare una data di chiusura della contestazione senza incontrare limiti nell'andare a ritroso. Ha affermato l'illegittimità di retrodatazioni della contestazione Sez. 1, n. 36330 del 01/06/2022, Rv. 283625 che ha statuito in un caso in cui la contestazione di un reato associativo, originariamente aperta (dal settembre 2006), era stata chiusa dal pubblico ministero all'udienza del 27 settembre 2012, con l'indicazione della data finale di cessazione della permanenza nel 31 dicembre 2009. E però, nel formulare il principio di diritto, ha ritenuto che resti compreso nell'addebito originario non solo la porzione temporale sino al momento dell'intervento di precisazione del *dies ad quem*, ma anche quella non ancora esistente a detto momento e che si estende sino alla futura sentenza di condanna.

¹⁸ Sez. 2, n. 37104 del 13/06/2023, Rv. 285414; Sez. 1, n. 39221 del 26/02/2014, Rv. 260511.

¹⁹ Sez. 2, n. 36376 del 23/06/2021, *cit.*

È pur vero che la chiusura della imputazione aperta, che non fissi un termine finale antecedente, ne impedisce l'estensione agli accadimenti futuri, rispetto ai quali l'imputato non può pretendere che rimangano nella cognizione di quel giudizio in forza di una imputazione che ancora non può contenerli; e però, non può negarsi che, proprio in ragione del modo in cui è stata costruita l'imputazione, può accampare una aspettativa alla sua stabilità e quindi al mantenimento di quella potenzialità di progressiva espansione dell'ambito del contenuto fattuale.

Potrebbe allora affermarsi che proprio per questa evenienza, l'unica che dovrebbe essere consentita, occorre che il pubblico ministero giustifichi la sua determinazione "in ragione delle emergenze processuali, dello stagliarsi di fatti sintomatici più precisi in un certo periodo, del modificarsi del quadro probatorio, della rilevata imprecisione emendabile del capo di imputazione come originariamente formulato", dando in tal modo conto della ricorrenza di "elementi che ancorino ad un periodo determinato l'ipotesi di accusa"²⁰.

Per questa via non si introdurrebbe eccentricamente, in assenza di previsioni di legge, un ostacolo all'esplicazione dei poteri della parte pubblica ma si radicherebbe nelle sue iniziali determinazioni, maturate al momento di esercizio dell'azione con la formulazione di una imputazione temporalmente aperta, il dovere, che potrebbe dirsi di lealtà processuale, di render conto di rimaneggiamenti imputativi da cui scaturiscono effetti significativi. Sarebbe la scelta inizialmente compiuta dal pubblico ministero a vincolarne, sia pure solo nel *quomodo*, i successivi eventuali ripensamenti e a legittimare il controllo del giudice sulla tenuta della *fairness* processuale.

5. I rimedi contro le indebite chiusure della contestazione aperta.

Resta poi da valutare quale potrebbe essere il rimedio processuale a fronte di rimaneggiamenti d'imputazione non in linea con le direttrici appena tracciate.

Rispetto a non consentite retrodatazioni della cessazione della permanenza dovrebbe valere, nell'eventuale successivo giudizio sulla porzione di reato sottratta all'originaria imputazione, il meccanismo della preclusione, o da consumazione del potere o da giudicato se la sentenza, che ha definito il processo nel cui ambito è stata operata la modifica imputativa, è divenuta irrevocabile.

Ma la situazione, ad una considerazione più attenta, non è poi così semplice. Se il giudice del primo processo non ha impedito il rimaneggiamento dell'imputazione, la

²⁰ Così, testualmente, Sez. 1, n. 10313 del 18/12/2024, dep. 2025, *cit.*, che però riconduce questa motivata limitazione della discrezionalità decisoria del pubblico ministero ai casi di individuazione del termine finale della permanenza antecedente al momento in cui si interviene in giudizio sulla imputazione, affermando invece una piena libertà di incidenza sulla imputazione, non altrimenti vincolata, per il caso in cui il pubblico ministero si limiti a "sottrarre alla cognizione solo le porzioni di accadimento che ancora non si sono verificate". Per questa parte si riconosce al pubblico ministero l'esonero dal dovere di motivare la scelta di datazione, escludendo che il giudice debba esercitare "uno specifico controllo sull'intervento della parte pubblica sull'imputazione, perché solo in questo caso", si afferma, "può essere del tutto escluso qualsivoglia rischio manipolativo".

conseguenza è che sulla porzione di permanenza esclusa dalla indebita retrodatazione non si è deliberatamente pronunciato.

La statuizione – di condanna o di assoluzione non rileva – non ha quindi un contenuto di accertamento su quella porzione di reato virtualmente intesa, e la mancanza di un accertamento è d’ostacolo alla configurazione di un effetto preclusivo. Se nel giudizio interessato dalla modifica dell’imputazione il giudice non è stato chiamato, per effetto di una sentenza di annullamento parziale, a pronunciarsi, il secondo processo non pare poter essere paralizzato sul rilievo di una chiusura di contestazione che non avrebbe dovuto esser fatta, ma che comunque ha impedito in parte un effettivo accertamento. In buona sostanza, l’effetto preclusivo sembra che possa venire in gioco soltanto se un accertamento vi è stato e non anche quando avrebbe dovuto esserci ma non vi è stato.

Da quanto appena esposto si ricava che l’indebita chiusura della contestazione può essere oggetto di censura nei gradi di impugnazione sotto il profilo dell’assenza di una statuizione sul fatto sottratto all’imputazione. Di qui l’ulteriore conseguenza della necessità del rinvio al giudice di primo grado, anche eventualmente con una pronuncia di annullamento parziale in sede di legittimità, perché svolga quella porzione di giudizio che non si è avuta²¹

Se così è, le reazioni in qualche modo sanzionatorie sono pressoché inibite nell’ambito del secondo processo, in cui si è posti dinnanzi ad un’alternativa secca: se nel primo processo vi è infine stato accertamento anche in riferimento alla porzione di imputazione esclusa dalla chiusura della contestazione, il secondo processo non può essere più svolto in ragione dell’operare del meccanismo preclusivo che però si spoglia di ogni connotazione sanzionatoria; se nel primo processo accertamento non vi è stato, il secondo va ordinariamente portato a termine, perché la preclusione sanzionatoria è inibita proprio dall’assenza in concreto di un accertamento in grado di generarla.

In ordine, infine, alla chiusura della contestazione con individuazione di un *dies ad quem* non retrodatato, l’eventuale carenza di adeguata motivazione sulla necessità/opportunità della modifica dovrebbe trovare risposta nel divieto opposto dal giudice al rimaneggiamento dell’imputazione. In assenza di un tempestivo intervento del giudice, però, non potrebbero invocarsi reazioni sanzionatorie nei giudizi di impugnazione, data l’impossibilità di ravvisare una qualche forma di invalidità da far

²¹ Se questa ricostruzione persuade, sollecita più di una perplessità l’approdo decisorio di Sez. 1, n. 10313 del 18/12/2024, dep. 2025, *cit.*, che, dopo aver preso atto che nel corso del giudizio di merito si era proceduto ad una non corretta chiusura di contestazione, operata nel 2012 con retrodatazione della cessazione della permanenza al 2002, ha disposto l’annullamento senza rinvio della sentenza di appello e di quella di primo grado nella parte in cui la pronuncia assolutoria è stata limitata alla porzione di reato permanente (partecipazione associativa) racchiusa nell’arco temporale conseguente alla chiusura della contestazione e non è stata estesa sino per l’intero periodo sino alla data dell’udienza (24 gennaio 2012) in cui è stata definita l’imputazione. L’annullamento senza rinvio si sostituisce ad un accertamento di merito invero mai compiuto, ovviamente neanche dal giudice di legittimità, e finisce col dare corpo ad una preclusione da precedente giudicato quando un accertamento non v’è mai stato.

valere in quella sede e meno che mai in un secondo giudizio avente ad oggetto le porzioni di permanenza successive alla data di chiusura della prima imputazione²².

6. Una considerazione finale.

Dalla veloce rilettura critica delle più recenti decisioni della Corte di cassazione su un tema indubbiamente complesso emerge, al di là della diversità di approcci, come la giurisprudenza sappia essere un laboratorio attento per l'individuazione di soluzioni che si facciano carico di coniugare bisogni di accertamento e garanzie difensive. La ricerca del miglior punto di equilibrio procede per tappe di progressivo affinamento e richiede tempi adeguati di confronto tra le diverse, a volte opposte, decisioni, che maturano nell'osservazione dei casi recependo dalla concretezza delle vicende spunti preziosi di arricchimento della riflessione. Non sono pochi gli spazi della progressione processuale privi di una puntuale regolazione per legge, ed è allora compito della giurisprudenza, con l'aiuto offerto dalle elaborazioni dottrinali, far buon uso dei principi in modo da inverare il giusto processo in cui prerogative del dovere di azione e garanzie del diritto di difesa trovano, devono trovare, sintesi nella giusta decisione.

²² E. M. CATALANO, *L'abuso del processo*, cit., p. 108 ss., ha avvertito della non ipotizzabilità di una "corrispondenza biunivoca tra abuso del processo e invalidità dell'atto processuale", sottolineando "l'incongruenza di una ipotetica ricostruzione della figura dell'abuso processuale come categoria ontologicamente avulsa da qualsiasi fondamento legislativo".

7-8/2025

**ABUSO D'UFFICIO:
CON LE MANI LEGATE DALLA RISERVA DI LEGGE, LA CONSULTA
CERTIFICA "INDUBBI VUOTI DI TUTELA" E AL CONTEMPO DIFENDE
IN VIA DI PRINCIPIO L'ART. 117, CO. 1 COST.
E GLI OBBLIGHI INTERNAZIONALI DI INCRIMINAZIONE**

Corte cost. 3 luglio 2025, n. 95, Pres. Amoroso, rel. Viganò

di Gian Luigi Gatta

1. Con la [sentenza n. 95/2025](#), depositata il 3 luglio 2025, la Corte costituzionale si è pronunciata sulle questioni di legittimità costituzionale sollevate da 13 giudici di merito, e dalla Corte di cassazione, in merito all'abolizione del reato di abuso d'ufficio. Le questioni sono note ai lettori della nostra *Rivista*, che ha pubblicato gran parte delle ordinanze di rimessione e ospitato diversi commenti. Ciò ci consente, in questa sede, di evitare 'riassunti delle puntate precedenti', di dare per conosciuti i termini delle questioni sollevate e di andare subito al cuore della decisione, per metterne in evidenza il significato e i passaggi a nostro avviso più rilevanti.

2. Iniziamo dalla fine, cioè dal dispositivo: la Corte ha dichiarato inammissibili le questioni sollevate con riferimento agli artt. 3, 11 e 97 Cost., mentre ha ritenuto ammissibili, ma non fondate, le questioni sollevate con riferimento all'art. 117, co. 1 Cost. Non è dunque stata dichiarata incostituzionale la legge abolitrice del reato di abuso d'ufficio, che passa così definitivamente in archivio, con conseguenti proscioglimenti nei giudizi in corso e revoche delle condanne passate in giudicato.

Si legge [sul sito del Ministero della giustizia](#) che, a margine di un evento politico svoltosi in questi giorni, il Ministro Nordio ha così commentato: "abbiamo abolito il reato di abuso d'ufficio e la Corte costituzionale ci ha dato ragione". È proprio così? Sì, se si intende dire che la Corte ha riconosciuto non illegittima la scelta dell'*abolitio criminis*; no, se si allude a una *condivisione* di quella scelta, che è rimessa alla discrezionalità e alla responsabilità politica del legislatore. Non tutto ciò che non è costituzionalmente illegittimo è necessariamente approvato dalla Consulta. La cui intima posizione, in una sentenza molto attenta a segnalare i confini tra i ruoli della Corte e del legislatore, affiora in un inciso finale, non a caso ripreso ampiamente dai giornali che hanno dato la notizia della decisione. Dice la Corte "se gli indubbi vuoti di tutela penale che derivano dall'abolizione del reato – emblematicamente illustrati dalle vicende oggetto dei quattordici giudizi *a quibus* – possano ritenersi o meno compensati dai benefici che il legislatore si è ripromesso di ottenere, secondo quanto puntualmente illustrato nei lavori preparatori della riforma, è questione che investe esclusivamente la

responsabilità politica del legislatore, non giustiziabile innanzi a questa Corte al metro dei parametri costituzionali e internazionali esaminati”.

La Corte riassume infatti in cinque pagine iniziali della motivazione le 14 imputazioni oggetto delle ordinanze di rimessione. Così facendo squaderna una galleria di abusi di potere e di conflitti di interesse divenuti penalmente irrilevanti dopo l’abolizione dell’abuso d’ufficio: abusi di magistrati, commissari del concorso per magistratura (come quello che si svolgerà questa settimana), carabinieri, rettori, professori universitari, sindaci e funzionari pubblici vari. Di fronte a questo quadro, la Consulta riconosce l’esistenza di “indubbi vuoti di tutela penale”. Non si spinge però a indirizzare un monito al legislatore, che opportunamente dovrebbe ora - e per il futuro - porsi il problema di colmare i vuoti di tutela segnalati dalla Consulta. È questione di discrezionalità e di responsabilità politica, che la Corte non può sindacare, ma i cittadini elettori, a partire da quelli vittime di abusi di potere, sì.

3. Ma perché, pur a fronte di “indubbi vuoti di tutela”, la Corte non ha censurato la scelta di abolire l’abuso d’ufficio? Perché aveva ‘le mani legate’ dalla propria giurisprudenza sul sindacato delle leggi penali con effetti *in malam partem*; giurisprudenza che ha ribadito e dalla quale non si è voluta discostare. I giudici *a quibus* chiedevano alla Corte di dichiarare illegittima l’abolizione dell’abuso d’ufficio e, quindi, di far rivivere quel reato. Il sindacato di costituzionalità *in malam partem* incontra però, notoriamente, una “preclusione” in ragione della riserva di legge in materia penale, di cui all’art. 25, co. 2 Cost, che attribuisce al Parlamento il monopolio delle scelte di politica criminale. Le ordinanze di rimessione non hanno superato questa preclusione che, lo ribadiamo, è il frutto della consolidata giurisprudenza della Consulta (v. il § 5 della motivazione in diritto).

Perché allora ben 13 giudici di merito e la Corte di cassazione hanno sollevato questioni legittimità costituzionale, pur consapevoli della nota preclusione al sindacato di legittimità costituzionale con effetti *in malam partem*? È presto detto, perché la Consulta – come ribadisce nella sentenza qui annotata – ammette un numero chiuso di eccezioni (§ 5.1.) che riguardano: a) le norme penali di favore (ipotesi non ricorrente nel caso di specie perché, per definizione, tali norme riservano un trattamento di favore rispetto a quello previsto da una norma generale co-vigente); b) i vizi genetici del provvedimento abrogativo (legati, ad es., all’uso improprio del decreto legge o del decreto legislativo); c) gli effetti indiretti della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale; d) la contrarietà a obblighi sovranazionali di incriminazione derivati dall’art. 11 Cost., quanto al diritto UE, e dall’art. 117, co. 1 Cost., quanto al diritto internazionale pattizio.

Ecco allora che l’ammissibilità delle questioni sollevate dipendeva dalla possibilità o meno di ravvisare a fondamento di esse una di queste deroghe alla preclusione del sindacato con effetti *in malam partem*. La strada era stretta e la Corte, fedele ai propri precedenti, non ha voluto allargarla, come suggerito da alcuni giudici rimettenti (v. § 5.2.5) a parere dei quali la Consulta avrebbe potuto rimeditare i propri precedenti e ravvisare un’ulteriore deroga nell’esigenza di assicurare tutela ai beni, costituzionalmente rilevanti, del buon andamento e dell’imparzialità della p.a. (art. 97

Cost.). Senonché la Corte è rimasta fedele alla propria giurisprudenza, che non ha innovato, ribadendo così l'inammissibilità delle questioni sollevate al di fuori delle deroghe di cui si è detto e, in particolare, di quelle sollevate per contrasto con gli artt. 3 e 97 Cost. In altri termini, se anche l'abolizione dell'art. 323 c.p. presenta profili di irragionevolezza e crea "indubbi vuoti di tutela" rispetto all'art. 97 Cost., non può essere sindacata dalla Corte costituzionale per via della preclusione derivante dal principio della riserva di legge, che opera anche nei confronti della Corte costituzionale. Di qui il richiamo, di cui si è detto, alla discrezionalità e alla responsabilità politica del Parlamento. Ecco allora che la Corte non ha "dato ragione" al Parlamento: ha alzato le mani riconoscendo l'insindacabilità della scelta di non punire più l'abuso d'ufficio, benché essa crei "indubbi vuoti di tutela". La Corte cioè, per essere ancora più chiari, non ha esaminato il merito delle doglianze dei rimettenti con riferimento all'art. 97 Cost. (e all'art. 3 Cost.). Ha incontrato uno stop in una regola procedurale che si è data da tempo e che, ribadiamo, ha ricavato dall'art. 25, co. 2 Cost. (riserva di legge parlamentare).

4. Sin qui nulla di nuovo, a ben vedere, rispetto a quanto era già stato affermato dalla Consulta in precedenti pronunce relative alla riformulazione dell'art. 323 c.p. (da ultimo v. la sent. n. 8/2022). L'enormità dei vuoti di tutela lasciati dall'abolizione dell'abuso d'ufficio aveva spinto alcuni giudici rimettenti a invitare la Corte a rimeditare la propria giurisprudenza sul sindacato delle leggi penali con effetti *in malam partem*; ma la Corte non ha ravvisato cogenti ragioni per farlo. Forse, viene da domandarsi, perché i vuoti di tutela riguardano beni di dimensione pubblica e non diritti individuali, riconducibili alla sfera dei diritti fondamentali dell'uomo? L'esito sarebbe stato lo stesso in presenza dell'abolizione di un reato posto a tutela di diritti individuali, non oggetto di un obbligo internazionale di incriminazione? A ben vedere, perché mai una deroga al sindacato con effetti *in malam partem* può derivare dall'esistenza di un obbligo internazionale di incriminazione e non anche dalla necessità di tutelare fondamentali valori enunciati nella nostra Costituzione, quali il buon andamento e l'imparzialità della p.a.? Domandarselo è lecito, quanto meno, posto che si tratta di un esito derivante da un orientamento giurisprudenziale che ben può cambiare. Il momento e l'occasione giusta per farlo, evidentemente, non era questo, ammesso che, sul piano dei principi, si possa ipotizzare un simile mutamento di interpretazione. Pongo solo dubbi, senza pretesa di avere certezze.

5. Quel che di nuovo questa volta c'era, rispetto a precedenti questioni di legittimità costituzionale che in passato avevano investito le riformulazioni dell'abuso d'ufficio, era il lamentato contrasto con gli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., cioè con pretesi obblighi sovranazionali di incriminazione dell'abuso d'ufficio, individuati dalle ordinanze di rimessione con riferimento ad alcune disposizioni della convenzione ONU di Merida.

La sentenza annotata (§ 5.3.) dichiara anzitutto inammissibili le questioni sollevate con riferimento all'art. 11 Cost. dopo avere sottolineato come tale parametro

implichi la violazione di vincoli derivanti dal diritto dell'UE, irrilevante nel caso di specie, in cui è in gioco la Convenzione ONU di Merida.

Sono state invece dichiarate ammissibili le questioni relative alla violazione dell'art. 117, co. 1 Cost. in relazione alle disposizioni della Convenzione di Merida. Tali questioni prospettano la violazione di un obbligo internazionale di incriminazione e "tanto basta", per la Consulta, per ritenerle ammissibili, riservando poi alla valutazione nel merito l'esistenza o meno di un simile obbligo di incriminazione.

Non era affatto scontato che la Corte dichiarasse ammissibili le questioni prospettate, al metro dell'art. 117, co. 1 Cost. *La parte più rilevante della sentenza annotata* – che va ben oltre il tema del moribondo e ora morto e sepolto abuso d'ufficio – è *quella contenuta nei §§ 5.3.2 – 5.3.4. del considerando in diritto*. In un momento storico di crisi del diritto internazionale, come portato dei sovranismi, emerge dalle citate pagine della sentenza 95 il volto di una Corte che prende sul serio il diritto internazionale pattizio. Non è una notizia da poco.

La Corte ribadisce che la violazione di una norma di diritto internazionale pattizio può comportare l'illegittimità costituzionale di una norma penale, al metro dell'art. 117, co. 1 Cost. e la riespansione (o reviviscenza) di tale norma. Esattamente come avvenne, nel caso del contrasto col diritto UE, con la sentenza sulle ceneri di pirite (n. 28/2010), nella quale la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 11 e 117, co. 1 Cost., una norma che aveva ristretto la nozione penalmente rilevante di 'rifiuto' e, correlativamente, le incriminazioni che si riferivano ai rifiuti. L'effetto *in malam partem* non era precluso perché si trattava, appunto, di non frustrare un vincolo sovranazionale. E lo stesso può accadere se il vincolo è imposto non dal diritto UE bensì dal diritto internazionale pattizio, che la Corte mantiene sotto questo profilo sullo stesso piano.

Evocando la nota saga Taricco, la sentenza annotata consolida poi le proprie affermazioni di principio sull'art. 117, co. 1 Cost. affrontando il tema della possibile opponibilità del principio di legalità in materia penale quale 'controlimite' rispetto ad obblighi di incriminazione di fonte convenzionale. In modo persuasivo la Corte esclude che il principio di legalità risulti violato allorché una norma di diritto internazionale imponga un obbligo di incriminazione, vincolando il legislatore nazionale a introdurre o mantenere nel proprio ordinamento una legge penale che incrimini una determinata tipologia di condotta (v. § 5.3.3.). In tale ipotesi, dice la Corte "la responsabilità penale di un individuo non discenderà direttamente dall'atto di diritto dell'Unione o dall'obbligo internazionale. La responsabilità penale individuale si fonderà, invece, unicamente sulla legge nazionale attuativa dell'obbligo internazionale, una volta che questa sia stata effettivamente introdotta nell'ordinamento dal legislatore nazionale". Sicché se la Corte dichiarasse illegittima la legge abrogativa di una legge rispettosa di un obbligo unionale o internazionale di incriminazione, ritenendo che la sua abrogazione contravvenga tale obbligo, "l'effetto della sentenza sarebbe semplicemente quello di ripristinare la vigenza di una legge nazionale abrogata illegittimamente, perché in violazione dell'art. 117, co. 1 Cost".

La sentenza annotata si spinge ancora oltre (§ 5.3.4) affermando a chiare lettere che non può ritenersi, come sostenuto da taluna delle parti costituite in giudizio, che

la *ratio* democratica/parlamentare della riserva di legge in materia penale venga svuotata laddove si riconosca alle fonti unionali e internazionali una legittimazione a dettare indicazioni vincolanti per il legislatore nazionale in materia penale. La Corte, ancora una volta, mostra di fare sul serio col diritto internazionale, smontando la suggestiva obiezione: “gli obblighi di criminalizzazione stabiliti dal diritto internazionale pattizio sono infatti liberamente accettati dallo stesso Parlamento per il tramite della legge che autorizza la ratifica dei singoli trattati, la quale può altresì indicare al Governo di apporre riserve e dichiarazioni, nei limiti consentiti dal diritto internazionale, in ordine a loro specifiche previsioni all’atto di ratifica”. Ancora: “si deve dunque ritenere che, autorizzando *tout court* la ratifica, il Parlamento abbia consapevolmente condiviso le scelte compiute dallo strumento pattizio negoziato dal Governo con gli altri Stati firmatari (anche) in merito all’*an* e alle specifiche condizioni della criminalizzazione, o non criminalizzazione, di determinate condotte; e abbia così accettato di assumere, anche rispetto a tali scelte, impegni giuridicamente vincolanti nei confronti delle altre Parti contraenti, contestualmente assoggettando la propria successiva produzione normativa al rispetto degli obblighi medesimi ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost.”. D’altra parte, conclude la Corte, allo Stato non è precluso di “discostarsi in seguito da tali obblighi con le modalità previste dallo stesso diritto internazionale, e in particolare promuovendo un emendamento al trattato, ovvero denunciandolo. Evento che si può verificare anche grazie all’intervento del Parlamento, nell’esercizio della sua essenziale funzione di indirizzo e controllo”.

Insomma, la Corte ha il coraggio di ricordare a tutti quel che la temperie attuale può offuscare e che uno studente di Giurisprudenza, nel leggere un manuale di diritto internazionale, sa benissimo: quando si partecipa all’ordinamento internazionale, ci si siede al tavolo con gli altri Stati, si assumono impegni anche nella materia penale, si firmano convenzioni e le si attuano in Parlamento...non si sta scherzando. Un modo di esercitare la riserva di legge in materia penale, per il Parlamento, è anche e proprio quello di assumere obblighi di criminalizzazione concertati con altri Stati. A meno di non voler dire che il diritto internazionale è una barzelletta, uno scherzo. Ecco, la Corte lo ha recisamente escluso nel dichiarare ammissibili le questioni sollevate per contrasto con l’art. 117, co. 1 Cost., con riferimento alla Convenzione di Merida. E nel farlo la Corte ha eretto attorno all’art. 117, co. 1 Cost. dei bastioni di protezione che potranno riparare in futuro le non poche norme penali attuative di obblighi internazionali di incriminazione. Si pensi, ad esempio, ai delitti di tortura e di traffico di influenze illecite (quest’ultimo sarà sotto la lente della Corte, il prossimo 7 ottobre, quando sarà esaminata la [questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Roma](#) per violazione dell’art. 117, co. 1 Cost, in relazione alla Convenzione del Consiglio d’Europa sulla corruzione che stabilisce un obbligo di incriminazione).

6. Certo, la sentenza in commento può lasciare l’amaro in bocca a quanti, come chi scrive, proprio non riescono a non indignarsi per la scelta di decriminalizzare l’abuso di pubblici poteri e funzioni e per le ingiustizie che ne derivano. È però, al contempo, una sentenza che, se non ha avuto l’ardire di rivedere la propria giurisprudenza sulle deroghe al sindacato con effetti *in malam partem*, con riferimento in particolare ai vuoti

di tutela rispetto all'art. 97 cost., ha però avuto il coraggio di fare sul serio con il diritto internazionale e di mostrarsi rigorosa, nel farlo, anche per coerente rispetto della riserva di legge in materia penale. Nel dichiarare infondate le questioni di legittimità costituzionale (§ 7), la Corte esclude con argomentazione serrata e persuasiva l'esistenza di un divieto di abrogare l'abuso d'ufficio, ricavabile dalla Convenzione di Merida. La Corte si dice "non persuasa" dagli argomenti contrari, addotti con particolare sforzo motivazionale dalle ordinanze di rimessione (e, con originalità di impostazione, da parte di quella della VI Sezione della Cassazione). Il testo dell'art. 19 della Convenzione di Merida è però inequivoco nel prevedere *solo* un obbligo di *considerare* l'introduzione del reato di abuso d'ufficio e non vi alcuna altra disposizione dalla quale si possa ricavare un obbligo di non fare passi indietro rispetto all'assetto di incriminazione dell'abuso d'ufficio. Per inciso: il metro di giudizio dei giudici *a quibus*, per sollevare le questioni di legittimità, era quello della non manifesta infondatezza delle questioni. La circostanza che le questioni fondate sulla convenzione di Merida siano state ritenute ammissibili e che la Corte si sia confrontata ampiamente, nel merito, con le argomentazioni dei giudici rimettenti, esclude che questi abbiano preso un abbaglio nel sottoporre alla Consulta i loro dubbi.

7. Al di là e oltre il tema dell'abuso d'ufficio, la sentenza 95/2025 resterà un importante punto di riferimento nella giurisprudenza e nel dibattito sul principio di riserva di legge, sui rapporti tra riserva di legge e Corte costituzionale, con particolare riferimento ai limiti al sindacato con effetti *in malam partem*, sugli obblighi internazionali di incriminazione e sul ruolo dell'art. 117, co. 1 Cost.

Quanto all'abuso d'ufficio, la palla passa ora dalla Corte costituzionale al legislatore. Il Parlamento trova nella sentenza n. 95/2025 il riconoscimento, autorevole, di "indubbi vuoti di tutela" aperti dall'abolizione dell'abuso d'ufficio; vuoti di tutela che si toccano con mano leggendo il campionario di abusi di poteri e di funzioni con i quali – non a caso (e come non di frequente accade) – si apre la sentenza annotata. Sta alla responsabilità politica del Parlamento decidere se buttare la palla in tribuna, chiudendo gli occhi davanti ai denunciati vuoti di tutela, o se, invece, intervenire per colmare quei vuoti, attraverso il diritto penale o altre misure. Quel che è certo è che, anche dopo la pronuncia della Corte costituzionale, non si possono minimizzare i problemi che restano facendo come quello che, nella canzone, diceva "tutto va bene, madama la marchesa" (per i più giovani: l'espressione risale a [una vecchia canzone francese](#) nella quale un servitore cerca di rassicurare la marchesa mentre le comunica che i cavalli sono morti nell'incendio delle stalle e dell'intero palazzo causato dal suicidio del marito).

**CASO OPEN ARMS.
LE MOTIVAZIONI DELLA SENTENZA DI ASSOLUZIONE
DELL'EX MINISTRO DELL'INTERNO SALVINI DALL'ACCUSA
DI SEQUESTRO DI PERSONA E RIFIUTO DI ATTI D'UFFICIO**

Trib. Palermo, ud. 20 dicembre 2024, dep. 18 giugno 2025, imp. Salvini

di Stefano Zirulia

1. Con la sentenza depositata il 18 giugno 2025 il Tribunale di Palermo ha assolto il Sen. Matteo Salvini dalle accuse di sequestro di persona aggravato e rifiuto di atti d'ufficio "perché il fatto non sussiste". Il procedimento trae origine da una vicenda risalente all'estate 2019, quando l'imputato, all'epoca Ministro dell'Interno del primo Governo Conte, non concedeva un *Place of Safety* (d'ora in avanti, *PoS*) in un porto italiano a decine di migranti tratti in salvo in acque internazionali dall'imbarcazione *Open Arms*.

Allargando rapidamente lo sguardo al contesto storico in cui si colloca l'accaduto, giova ricordare come il caso *Open Arms* rappresenti il terzo, dopo i casi *Diciotti* e *Gregoretti*, in cui l'allora Ministro Salvini è stato accusato di sequestro di persona in relazione alla mancata o tardiva concessione di un *PoS* per lo sbarco di migranti; alla conta si potrebbe inoltre aggiungere il caso *Alan Kurdi*, nel quale tuttavia erano venuti in rilievo i soli reati di omissione di atti d'ufficio e di omissione di soccorso in mare¹. Nel complesso, si tratta di vicende collegate dal medesimo e controverso approccio nei confronti dell'attività di *search and rescue* svolta dalle ONG, teso a considerarla, più o meno esplicitamente, una minaccia per l'integrità delle frontiere marittime italiane; approccio peraltro coltivato anche durante i Governi successivi, da ultimo attraverso il c.d. decreto Piantedosi (sul quale si è recentemente pronunciata la Consulta, con una sentenza interpretativa di rigetto che ne ha significativamente ristretto l'ambito di applicazione²).

2. Questi, in estrema sintesi, i fatti all'origine della vicenda (per una più dettagliata ricostruzione si rinvia alle pp. 141-156 della motivazione).

¹ Sulle menzionate vicende, cfr., *ex multis*, L. MASERA, Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all'irresponsabilità penale dei ministri, Torino, 2020; F. CANCELLARO, [Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?](#), in *Diritto penale contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2020, n. 3, p. 428 ss.; M. SAVINO, M. TRIMARCHI, [La pronuncia delle Sezioni unite sul caso Diciotti: una decisione equilibrata](#), in *ADiM Blog*, 25.3.2025; F. DE VITTOR, S. ZIRULIA, [Il caso della nave Alan Kurdi: profili di diritto penale e internazionale in punto di omessa assegnazione di un porto sicuro](#), in *Sistema penale*, 5.12.2019.

² Si fa riferimento al d.l. 2 gennaio 2023, n. 1 (conv. con modif. dalla legge 24 febbraio 2023, n. 15), sulla cui legittimità si è di recente pronunciata [C. Cost., 21 maggio 2025, n. 101](#).

Tra l'1 e il 9 agosto 2019 la nave *Open Arms*, al servizio dell'ONG *Proactiva Open Arms*, effettuava tre operazioni di soccorso di migranti trovati in *distress* nel Mediterraneo centrale, traendo in salvo in totale 163 persone, inclusi bambini e donne in stato di gravidanza. Tutte le operazioni avvenivano in acque internazionali, nel primo caso ricadenti nella zona di *search and rescue* (d'ora in avanti, SAR) sotto la responsabilità libica, nel secondo e nel terzo caso nella zona SAR maltese. Il comandante della *Open Arms* chiedeva l'assegnazione di un PoS per lo sbarco dei naufraghi, dapprima alle autorità maltesi, quindi anche alle autorità italiane, senza tuttavia ottenerlo. Nello stesso giorno in cui veniva portato a termine il primo soccorso, il Ministro dell'Interno italiano esercitava i poteri di interdizione navale di cui all'art. 11, comma 1-ter t.u. imm. (introdotto poche settimane prima dal c.d. decreto sicurezza-bis)³, emanando un decreto con il quale vietava alla *Open Arms* l'ingresso, il transito o la sosta nelle acque territoriali italiane.

Nei giorni successivi, al netto di alcune evacuazioni mediche di casi urgenti, invano veniva reiterata la richiesta di PoS, accompagnata dall'invito a tutti gli Stati coinvolti, inclusa la Spagna in quanto Stato di bandiera della *Open Arms*, a trovare urgentemente la soluzione per la tutela dei naufraghi. Quando, il 14 agosto, il Presidente del TAR Lazio sospendeva l'efficacia del decreto interministeriale recante il divieto di ingresso nelle acque italiane, la *Open Arms* faceva rotta verso Lampedusa, chiedendo al Comando generale delle capitanerie di porto l'autorizzazione a ripararsi dal maltempo nei pressi dell'isola; richiesta che veniva accolta il 15 agosto, ma con la precisazione che restava fermo il divieto di sbarco.

Malgrado *Open Arms* si trovasse ormai a soli 800 m dalla costa italiana, la vicenda entrava in una situazione di stallo, durante la quale si assisteva a un progressivo deterioramento delle condizioni psico-fisiche delle persone a bordo (alcune delle quali si gettavano in mare nel disperato tentativo di raggiungere la terraferma), certificato da rapporti medici e psicologici redatti nel corso di ispezioni della nave.

Il 17 agosto, anche a seguito delle sollecitazioni del Presidente del Consiglio, venivano fatti sbarcare i soli minorenni. Nei giorni seguenti falliva una trattativa finalizzata a re-indirizzare *Open Arms* verso porti spagnoli. La situazione si sbloccava definitivamente solo il 20 agosto, quando la Procura della Repubblica di Agrigento disponeva il sequestro preventivo in via d'urgenza della nave, nell'ambito di procedimento a carico di ignoti per il reato di rifiuto di atti d'ufficio, con conseguente sbarco dei migranti rimasti a bordo, diciotto giorni dopo il primo salvataggio.

3. In relazione all'arco temporale compreso tra il 14 e il 20 agosto 2019, nel novembre dello stesso anno venivano formulate nei confronti del sen. Salvini (il quale nel frattempo non rivestiva più la carica di Ministro dell'Interno, essendo cambiata la maggioranza al Governo) le accuse di sequestro di persona aggravato (art. 605, commi

³ La disposizione è stata successivamente abrogata dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130 (conv. con modif. in legge 18 dicembre 2020, n. 173), noto anche come decreto Lamorgese, che ha contestualmente introdotto un nuovo (e per molti aspetti analogo) meccanismo di presidio delle frontiere marittime, da ultimo profondamente modificato dal già richiamato decreto Piantedosi (v. nota precedente).

1, 2 n. 3, e 3 c.p.: fatto commesso dal pubblico ufficiale con abuso dei poteri inerenti alle sue funzioni; vittime minorenni) e rifiuto di atti d'ufficio (art. 328, co. 1 c.p.). Il Collegio per i reati ministeriali, espletate le indagini, rimetteva gli atti al Senato ai sensi degli artt. 8 e 9 della legge costituzionale n. 1/1989, ottenendo l'autorizzazione a procedere il 30 luglio 2020.

4. Veniamo, dunque, alle motivazioni della sentenza di assoluzione. In via preliminare il Tribunale esclude che la scelta di non concedere il *PoS* fosse inquadrabile nella categoria degli "atti politici" non sindacabili, limitandosi sul punto a richiamare la posizione espressa dal collegio per i reati ministeriali, che aveva ricondotto quella scelta all'esercizio di un potere provvedimentale, come tale soggetto al sindacato giurisdizionale al pari di ogni altro atto amministrativo.

Nel merito, la sentenza perviene all'assoluzione dell'imputato sulla scorta di argomenti di carattere essenzialmente giuridico, e in particolare all'esito di un articolato ragionamento teso nel suo insieme a dimostrare che, nel caso di specie, il Ministro dell'Interno *pro tempore*, divenuto in via generale competente per l'assegnazione di *PoS* in materia SAR proprio a partire dal 2019⁴, non fosse gravato dall'obbligo di concedere un *PoS* alla nave *Open Arms*. È infatti alla luce di tale conclusione che viene negata la sussistenza di un'omissione giuridicamente rilevante tanto *sub specie* di rifiuto di atto d'ufficio, quanto *sub specie* di mancata autorizzazione allo sbarco a sua volta produttrice di un'illegittima privazione della libertà personale dei naufraghi rimasti a bordo.

Sullo sfondo di tale conclusione, il collegio palermitano ribadisce a più riprese la propria convinzione che il quadro normativo vigente non offra risposte soddisfacenti per la gestione di situazioni come quella di specie, e ciò in quanto composto da norme consuetudinarie e pattizie non concepite per il contesto venutosi a creare nel Mediterraneo centrale durante l'ultimo decennio, con l'intensificarsi dei flussi irregolari e delle attività soccorritrici delle ONG. Su questa premessa viene formulato l'auspicio di un intervento normativo che riorganizzi la materia tenendo conto delle sopravvenute esigenze di carattere organizzativo e umanitario. A proposito di queste considerazioni, a nostro avviso discutibili, si tornerà nelle conclusioni, mentre adesso occorre soffermarsi sugli argomenti alla luce dei quali la pronuncia scarta le ricostruzioni normative formulate dal pubblico ministero a sostegno della sussistenza dell'obbligo di concedere un *PoS* in capo al Ministro dell'Interno *pro tempore*.

4.1. La tesi dello Stato di primo contatto. Essendo pacifico che nessuno dei tre interventi di soccorso era avvenuto in zona SAR italiana – circostanza che, ai sensi della

⁴ Come riporta la sentenza (v. p. 172-175), l'avocazione al Ministro dell'Interno del potere di concedere il *PoS* in materia SAR, originariamente spettante al Dipartimento per le libertà civili e per l'immigrazione del Ministero dell'Interno, è il risultato di una modifica della direttiva SOP ("procedure operative standard") 009/15, disposta attraverso un tavolo tecnico per il contrasto dell'immigrazione irregolare via mare tenutosi il 12 febbraio 2019.

Convenzione di Amburgo (nota anche come Convenzione SAR)⁵ – avrebbe radicato la responsabilità primaria del coordinamento e dello sbarco su Roma, ad avviso del P.M. l'Italia era nondimeno gravata dell'obbligo di concedere un PoS in quanto Stato di "primo contatto" con la nave soccorritrice. Tanto in virtù delle Linee guida dell'*International Maritime Organisation* sul trattamento delle persone salvate in mare (d'ora in avanti, Linee guida IMO), dalle quali si evincerebbe, sempre secondo l'accusa, che la responsabilità del coordinamento rimane in capo allo Stato di primo contatto finché non viene assunta dallo Stato titolare della zona SAR dove è avvenuto il soccorso, o da altro Stato⁶.

Il Tribunale, oltre a mostrarsi scettico in ordine all'interpretazione delle Linee guida nel senso prospettato dall'accusa⁷, ritiene comunque assorbente la considerazione secondo cui l'Italia non poteva considerarsi Stato "di primo contatto": né con riferimento al primo soccorso, che era stato comunicato alla Libia e poi a seguire a Spagna e Malta; né con riferimento agli altri due, comunicati in prima battuta soltanto a Malta e Spagna. A proposito del primo intervento, e alla circostanza che l'Italia risultasse in copia conoscenza alla e-mail inviata alla Libia, il Tribunale ritiene che il "primo contatto" consiste non già in una "mera notizia" delle operazioni in corso, bensì in una "manifesta istanza di assistenza", e tale non può essere la mera trasmissione in copia di un messaggio indirizzato ad altri.

I giudici palermitani aggiungono che la prima domanda di PoS all'Italia arrivava nella tarda sera del 2 agosto, dopo il rifiuto di Malta di coordinare il secondo soccorso (sull'assunto che lo stesso non si fosse in realtà svolto nella sua zona SAR); e osservano altresì che tale prima richiesta "poggiava soltanto sulla vicinanza geografica dell'isola italiana di Lampedusa rispetto alla posizione della nave, cioè su una circostanza di fatto inidonea a ribaltare l'ordine di responsabilità tracciato dalle Convenzioni". Alla luce di tale ricostruzione in punto di fatto e di diritto, la sentenza conclude nel senso che la qualifica di Stato di "primo contatto" doveva riconoscersi, piuttosto, in capo alla Spagna, conclusione ritenuta suffragata dalla risposta positiva di Madrid alla richiesta di un PoS, sia pur dopo diversi giorni; e, successivamente, dalla manifestata disponibilità a inviare una propria nave militare per recuperare i naufraghi.

4.2. La tesi del quarto evento SAR. Secondo l'impostazione del P.M., successivamente alle tre operazioni di soccorso si sarebbe verificato un quarto evento SAR, allorché il peggioramento delle condizioni meteorologiche aveva costretto *Open Arms*, che oltretutto si trovava in condizioni di sovraccarico, a chiedere riparo nei pressi di Lampedusa, allo scopo di fronteggiare una situazione di oggettivo pericolo, esplicitamente riconosciuta anche dalla Guardia costiera italiana. In questo frangente temporale, sempre secondo l'accusa, si sarebbe indubbiamente radicata la

⁵ Cfr. il par. 3.1.9. della Convenzione internazionale sulla ricerca ed il salvataggio marittimo, stipulata ad Amburgo il 27 aprile 1979, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 3 aprile 1989, n. 147.

⁶ Sul punto l'accusa richiama, in particolare, il punto n. 6.7. delle Linee guida.

⁷ Cfr. le pp. 234-239 della motivazione.

responsabilità italiana del soccorso di tutti i passeggeri della *Open Arms*, in quanto Stato titolare della corrispondente zona SAR.

Ad avviso del collegio, tuttavia, la descritta situazione non configurava un'ipotesi di *distress*, bensì *“una comune situazione di maltempo, che non aveva cagionato nessun concreto pericolo di vita dei passeggeri”* (p. 215); senza contare che il peggioramento delle condizioni era avvenuto quando *Open Arms* si trovava ancora in zona SAR *maltese* e che la richiesta di ridosso a Lampedusa era giunto solo a fronte del diniego di Malta di concederlo nei pressi della propria costa.

4.3. La tesi della spontanea assunzione di responsabilità. Il Tribunale nega altresì che lo Stato italiano avesse “spontaneamente” assunto la responsabilità del soccorso mediante l’effettuazione di diverse evacuazioni mediche di naufraghi in pericolo di vita (*“Medevac”*), e/o mediante la concessione del provvisorio riparo dal maltempo. Il riferimento normativo di tale ricostruzione accusatoria alternativa era costituito, nuovamente, dalle Linee guida IMO, nella parte in cui riconoscono che la responsabilità può essere assunta, in via residuale, da “altro Stato” (punto n. 6.7.)

Quanto alle evacuazioni mediche, si tratta ad avviso del collegio palermitano di operazioni aventi finalità e presupposti diversi dalle operazioni SAR, deliberate ed eseguite senza interferenze ministeriali proprio perché fondate su ragioni esclusivamente mediche. Diversamente opinando, ossia ritenendo che l’esecuzione delle *Medevac* possa comportare un automatico radicamento della responsabilità SAR, vi sarebbe il pericolo di *“burocratizzare”* l’intervento dei sanitari, rendendolo perciò meno tempestivo ed efficace.

Quanto, poi, alla concessione del riparo in acque interne, la sentenza ricorda che il Centro di coordinamento italiano aveva espressamente chiarito che restava fermo il divieto di entrare nel porto di Lampedusa, e afferma che tanto bastasse per ribadire inequivocabilmente l’assenza di volontà, in capo alle autorità italiane, di assumersi la responsabilità del soccorso. A diverse conclusioni – chiosa infine il collegio – non si potrebbe nemmeno pervenire, contrariamente a quanto sostenuto dall’accusa, alla luce del disposto di cui all’art. 10-ter, co. 1 t.u. imm., che prescrive l’accompagnamento nei centri *“hotspot”* degli stranieri giunti nel territorio nazionale a seguito di operazioni di soccorso in mare, trattandosi di disposizione che *“non si occupa della procedura di concessione del place of safety”*, bensì di *“fornire una (così Cass. civ., sez. I, sent. n. 5797/2023) ‘base legale’ alla forma di restrizione della libertà personale patita dai migranti appena sbarcati in Italia all’interno dei ‘punti di crisi’”* (p. 222).

4.4. La tesi del principio di cooperazione tra Stati. L’accusa aveva altresì valorizzato la duplice circostanza che lo Stato italiano fosse tra quelli comunque contattati da *Open Arms*, e che al contempo gli Stati sui quali incombeva, in via primaria, l’obbligo di concedere un PoS, fossero rimasti inerti: in queste condizioni, sarebbe stato il principio generale di cooperazione che innerva il diritto internazionale del mare, avente fondamento normativo nella Convenzione SAR e nelle Linee guida IMO, a radicare (anche) in capo all’Italia l’obbligo di garantire lo sbarco dei naufraghi in tempi ragionevoli.

7-8/2025

Il Tribunale scarta questa ricostruzione osservando che *“il suddetto principio di solidarietà, per quanto sicuramente apprezzabile in chiave umanitaria, non risulta adeguatamente traslato nelle disposizioni delle convenzioni internazionali, non ricavandosi dalle stesse precisi obblighi di cooperazione tra gli stati, quanto piuttosto mere esortazioni a raggiungere un sistema di cooperazione e di coordinazione che possa garantire il salvataggio delle persone in pericolo in mare e mettere i capitani delle navi in condizioni di assicurarlo, sgravandoli il prima possibile dal ‘carico’”* (p. 226). A sostegno di tale conclusione il collegio riporta una serie di disposizioni rinvenibili nelle Linee guida IMO, sottolineando la loro formulazione mediante il modale *“should”*, anziché *“shall”*, scelta alla quale ricollega la conclusione che le stesse configurino mere raccomandazioni, come tali prive dell’efficacia vincolante dell’obbligo giuridico, e in ogni caso inidonee a soddisfare le esigenze di tassatività e precisione richieste dal principio di legalità di cui all’art. 25 Cost.

4.5. L’obbligo di disporre lo sbarco dei minori non accompagnati. Escluso, per le ragioni sin qui riassunte, che sull’imputato gravasse l’obbligo di concedere un PoS alla *Open Arms*, il Tribunale riconosce, per converso, che, a partire dal momento in cui la nave soccorritrice era entrata in acque nazionali, il 15 agosto, sussisteva a carico della autorità l’obbligo di accogliere i minori non accompagnati in strutture idonee, ai sensi della legge n. 47/2017 (c.d. legge Zampa), e del d.lgs. 142/2015, attuativo della c.d. direttiva accoglienza. L’adempimento di tale obbligo comportava che, indipendentemente dalla concessione del PoS, le autorità fossero chiamate a disporre lo sbarco dei minori non accompagnati in tempi ragionevoli.

Il collegio nega, tuttavia, che da queste premesse possa pervenirsi all’affermazione della responsabilità penale dell’imputato. Ciò, anzitutto, in ragione del quadro normativo incerto in ordine alla sussistenza di una specifica competenza in capo al Ministro dell’Interno ad autorizzare lo sbarco e l’accoglienza dei minori sul suolo italiano (tanto è vero che, nel caso di specie, non era stato nemmeno possibile ricostruire con certezza quale autorità l’avesse concretamente disposto il 17 agosto). D’altra parte, in secondo luogo, non vi erano prove che l’imputato avesse posto in essere condotte tese ad ostacolare lo sbarco dei minori soccorsi dalla *Open Arms*. Infine, ad avviso del collegio lo sbarco dei minori era avvenuto in tempi ragionevoli, ancorché non immediati, ossia nelle 24 ore successive al momento in cui la *Open Arms* aveva trasmesso alle autorità italiane l’elenco recante i nomi dei minori presenti a bordo.

5. Per mere ragioni di completezza, stante il carattere assorbente esplicitamente riconosciuto dal collegio alle motivazioni sin qui richiamate, la sentenza prende in esame, nelle ultime pagine, alcune ulteriori questioni emerse nel corso del procedimento. Sul versante degli argomenti difensivi vengono affrontati: la possibilità, esclusa dal collegio, di considerare la *Open Arms* alla stregua di PoS temporaneo (p. 254 ss.); la giustificabilità, parimenti esclusa, del ritardo dello sbarco con l’esigenza di provvedere alla preventiva distribuzione dei naufraghi-migranti tra gli Stati europei (p. 258 s.); la legittimità del decreto interministeriale dell’1 agosto recante il divieto di ingresso nelle acque nazionali, anch’essa giudicata quanto meno discutibile in ragione dell’automatismo con cui il Ministero aveva assegnato carattere *“non offensivo”* al

passaggio di un'imbarcazione straniera (p. 261-266). Sul versante degli argomenti accusatori, infine, viene esclusa la possibilità di far discendere l'obbligo di concessione del PoS dal divieto di *refoulement* (p. 259 s.).

* * *

6. Le motivazioni rese dal collegio palermitano prestano al fianco ad alcune considerazioni critiche.

Qualche anno fa, in un breve contributo scritto insieme a un'autorevole studiosa di diritto internazionale a proposito del caso *Alan Kurdi*⁸ avevamo avuto occasione di evidenziare che il quadro normativo internazionale sui soccorsi in mare è molto meno lacunoso di quanto possa apparire a prima lettura; e che dallo stesso si possono ricavare, attraverso gli ordinari criteri ermeneutici, indicazioni vincolanti per le autorità statali anche rispetto alle situazioni caratterizzate da maggiore complessità. Rinviano a quel contributo per ulteriori dettagli, nel prosieguo ci limiteremo a richiamarne i passaggi che riteniamo più significativi nella prospettiva di offrire alcuni spunti di riflessione sulla sentenza qui annotata.

7. Giova prendere le mosse dalla suggestiva affermazione, che affiora in diversi passaggi delle motivazioni, secondo cui il diritto internazionale dei soccorsi in mare è stato concepito e si è sviluppato per disciplinare situazioni diverse da quelle venutesi a creare nel Mediterraneo centrale nell'ultimo decennio, da quando cioè alcune organizzazioni umanitarie svolgono stabilmente attività di ricerca e soccorso di persone migranti che affrontano la traversata in condizioni di altissimo rischio. È invero sullo sfondo di tale constatazione che il Tribunale sviluppa un percorso argomentativo il cui sbocco – come visto – è la negazione dell'obbligo di concedere un PoS in capo al Ministro dell'Interno italiano. Al riguardo, tuttavia, si possono svolgere alcune considerazioni suscettibili di condurre a conclusioni di segno diverso.

È chiaro, e per certi aspetti scontato, che consuetudini e fonti pattizie centenarie, come quelle in materia di *search and rescue*, non sono state concepite avendo in mente l'attuale contesto delle migrazioni via mare verso l'Europa. Basti pensare, a titolo d'esempio, che la prima Convenzione SOLAS fu adottata oltre un secolo fa, nel 1914, in risposta al naufragio del *Titanic*. Occorre tuttavia ricordare che, come ogni testo normativo, anche le convenzioni in esame devono essere interpretate in chiave teleologica, dimodoché le loro finalità – ossia la salvaguardia della vita in mare, che notoriamente include lo sbarco di naufraghi in tempi ragionevoli – possano essere soddisfatte anche all'interno di una mutata cornice fattuale.

Inoltre, e soprattutto, non si può trascurare che gli emendamenti apportati nel 2004 alle Convenzioni SAR e SOLAS, così come le coeve Linee Guida IMO, sono stati negoziati all'indomani di una vicenda – il caso *Tampa* – che presentava molti degli elementi che oggi ritroviamo nel Mediterraneo. Nell'estate del 2001 la nave

⁸ F. DE VITTOR, S. ZIRULIA, *Il caso della nave Alan Kurdi*, cit.

cargo *Tampa*, battente bandiera norvegese, soccorreva oltre 400 persone trovate *in distress* in acque internazionali dell'Oceano Indiano. Si trattava, come spesso accadeva in quegli anni, di richiedenti asilo, principalmente Hazara afgani in fuga dai talebani, che tentavano di raggiungere clandestinamente l'Australia. Per otto giorni il Governo di Canberra aveva negato la concessione di un *PoS*, minacciando il comandante della *Tampa* che in caso di trasgressione del divieto di ingresso nelle acque australiane sarebbe incorso in sanzioni ai sensi della disciplina sul contrasto al traffico di migranti. La situazione si era sbloccata solo a seguito della disponibilità ad accogliere i migranti da parte di Nuova Zelanda e Nauru.

Scopo degli elementi del 2004 e delle Linee Guida *IMO* era proprio evitare il ripetersi di situazioni di stallo motivate da ragioni politiche, per lo più riconducibili allo status di migranti irregolari o di richiedenti asilo dei naufraghi. In quest'ottica, tenuto anche conto dell'impossibilità di determinare *a priori* lo Stato sul quale di volta in volta grava l'obbligo di accogliere i naufraghi, è stato introdotto un preciso obbligo di coordinamento e cooperazione tra tutti gli Stati contraenti, funzionale a garantire la conclusione dell'operazione di soccorso, ossia lo sbarco in un *PoS*, in tempi ragionevolmente praticabili⁹. Contestualmente, allo scopo di sbarrare la strada a qualunque tentativo di interpretazione restrittiva *rationae personae* delle fonti in esame, è stata estesa alla Convenzione *SOLAS* la precisazione, già presente nella Convenzione *SAR*, secondo l'obbligo di soccorso trova applicazione a prescindere dalla nazionalità, dallo status o comunque dalle circostanze in cui le persone sono state rintracciate¹⁰.

8. Le perplessità sulla sentenza in commento riguardano, in particolare, i passaggi che negano che l'obbligo di concedere il *PoS* potesse derivare dall'obbligo di cooperazione interstatale (v. *supra*, par. 4.4.)

Errata, anzitutto, è l'affermazione secondo cui tale cooperazione sarebbe oggetto di mere raccomandazioni. Sebbene infatti le Linee Guida *IMO* riportate dalla sentenza siano configurate con il modale *should*, le poc'anzi richiamate disposizioni delle convenzioni *SAR* e *SOLAS* emendate sono inequivocabilmente formulate in termini di *shall clauses*, concorrendo perciò a delineare un veri e propri obblighi¹¹.

Trattandosi, come detto, di obblighi di cooperazione, e dunque essenzialmente di mezzi, essi non possono avere ad oggetto, in termini generali e astratti, il risultato finale della conclusione dell'operazione di soccorso. Nondimeno, è ben possibile che il loro adempimento secondo le regole della buona fede occasionalmente richieda, anche

⁹ Conv. *SOLAS* (come emendata dalla risoluzione MSC 153(78) del 2004), allegato V, regola 33, par. 1-1; Convenzione *SAR* (come emendata dalla risoluzione MSC 155(78) del 2004), allegato, par. 3.1.9; Linee Guida *IMO*, punti nn. 2.5 e 6.5.

¹⁰ È infatti previsto che l'obbligo di soccorrere persone in pericolo trovi applicazione "*regardless of the nationality or status of such a person or the circumstances in which that person is found*". La precisazione, già presente nella Convenzione *SAR* (allegato, par. 2.1.10), è stata aggiunta per effetto dei citati emendamenti anche alla Conv. *SOLAS* (allegato V, regola 33, par. 1-1).

¹¹ Per un'ampia analisi sulla natura, i presupposti e i contenuti di tali obblighi di cooperazione, si rinvia a F. DE VITTOR, *La migrazione via mare nel diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, 2023, p. 90 ss.

a Stati diversi da quello responsabile della zona SAR o da quello di “primo contatto”, di concedere un *PoS* sul proprio territorio, in particolare allorché tale soluzione sia l’unica in grado di garantire la realizzazione dell’obiettivo al quale tutti sono chiamati a contribuire, vale a dire, come visto, lo sbarco dei naufraghi in tempi ragionevoli. Diversamente opinando, tale obiettivo potrebbe essere frustrato da fattori come, ad esempio, la distanza tra il luogo del salvataggio e la costa dello Stato responsabile per l’area di ricerca e soccorso (circostanza resa possibile dall’ampiezza delle zone SAR, dell’effettuazione di plurimi salvataggi ecc.), ovvero le condizioni meteorologiche (delle quali il Comandante deve necessariamente tenere conto nel decidere la rotta, a salvaguardia dell’incolumità di tutte le persone a bordo, incluso l’equipaggio). Che la determinazione del *PoS* non risponda a un “copione prestabilito”, ma dipenda in larga parte dalle circostanze concrete, è espressamente sancito dalle Linee Guida *IMO*, che così chiariscono il carattere flessibile la regola che assegna la responsabilità primaria allo Stato titolare della zona SAR¹². Ancora, si tratta di una conclusione che la giurisprudenza italiana ha già mostrato di condividere, allorché nel caso *Rackete* ha riconosciuto al Comandante della nave ampi margini di discrezionalità tecnica, a fronte delle infruttuose trattative tra gli Stati, nella determinazione in via autonoma del luogo di sbarco¹³.

All’interno di questa cornice normativa avrebbero verosimilmente acquisito maggiore peso alcune circostanze di fatto che, invece, sono rimaste sullo sfondo della motivazione: la vicinanza della *Open Arms* alle acque territoriali italiane, già dopo il secondo salvataggio; l’ingresso nelle stesse acque, autorizzato dalla Guardia costiera, per trovare riparo dalle intemperie; la significativa distanza, viceversa, delle coste spagnole, ossia dell’unico Paese che aveva concesso un *PoS*, concessione peraltro sopraggiunta in un momento in cui le drammatiche condizioni psico-fisiche delle persone a bordo della *Open Arms* lasciavano quanto meno dubitare che tale opzione fosse percorribile senza l’assunzione di rischi irragionevoli. Il convergere di tutti questi elementi delineava una situazione di fatto alla luce della quale, quanto meno a far data dal 14 agosto 2019, l’Italia appariva come il soggetto *best placed* per risolvere l’*impasse*, e in quest’ottica si potrebbe a nostro avviso affermare che, almeno nelle fasi più avanzate della vicenda, quando le condizioni a bordo erano divenute davvero insostenibili, l’obbligo di cooperazione fosse declinabile, in concreto, in termini di obbligo di concedere lo sbarco¹⁴.

¹² Dopo il punto 2.5., che assegna responsabilità primaria allo Stato titolare della zona SAR, il punto 2.6. stabilisce: “Each case, however, can involve different circumstances. These amendments give the responsible Government the flexibility to address each situation on a case-by-case basis, while assuring that the masters of ships providing assistance are relieved of their responsibility within a reasonable time and with as little impact on the ship as possible”.

¹³ Cfr. [Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626](#), in *Sistema penale*, 24.2.2020.

¹⁴ Alla stessa conclusione previene L. MASERA, [L’assoluzione del Ministro Salvini nel caso Open Arms: davvero non sussisteva in capo al Ministro alcun obbligo di fare sbarcare i naufraghi-migranti?](#), in *Questione giustizia*, 15.7.2025.

9. Laddove si riconoscesse che il Ministro dell'Interno aveva nel caso di specie l'obbligo di concedere un *PoS*, resterebbe da verificare, rispetto alla fattispecie di sequestro di persona, che vi fosse stata un'effettiva privazione della libertà personale dei naufraghi, circostanza sulla quale la sentenza non si sofferma. A tale proposito non si può sottacere che la situazione da cui è scaturito il caso in esame fosse sensibilmente diversa da quella oggetto dei casi *Diciotti* e *Gregoretti*, nei quali, come si ricorderà, i migranti furono trattenuti per numerosi giorni a bordo di navi militari italiane, prima di essere sbarcati sulla terraferma¹⁵. Almeno sulla carta, infatti, al Comandante della *Open Arms* non era precluso allontanarsi da Lampedusa e far rotta verso altri porti. Ci si deve allora chiedere se, stante questa possibilità, davvero si fosse verificata una privazione della libertà personale dei naufraghi – come in effetti sostenuto, oltre che evidentemente dal P.M., anche dal Tribunale dei Ministri¹⁶ e dal Garante delle persone private della libertà personale¹⁷ –, e non invece una mera limitazione della loro libertà di movimento, *sub specie* di libertà di raggiungere il suolo italiano.

Come è noto, la distinzione tra le due restrizioni in parola – privazione della libertà personale, limitazione della libertà di movimento – riveste carattere quantitativo, non qualitativo, attenendo al grado ed all'intensità del vincolo, non invece alla sua natura o alla sua essenza. Il relativo accertamento, pertanto, deve essere effettuato caso per caso, tenendo conto di una serie di elementi da valutare cumulativamente, attinenti al tipo di misura adottata, alla sua durata, ai suoi effetti ed alle modalità dell'esecuzione¹⁸.

Accanto a situazioni che ricadono univocamente nell'una o nell'altra categoria, esistono anche ipotesi che si collocano in una zona grigia, intermedia. Il settore dell'immigrazione ne offre alcuni esempi: si pensi alle zone d'attesa negli aeroporti, quando alla persona trattenuta non viene formalmente vietato di prendere un volo per allontanarsi dal territorio¹⁹; o alle zone di transitopresso le frontiere terrestri, che impediscono di proseguire il viaggio ma non di tornare sui propri passi²⁰. Ebbene, in questi casi la giurisprudenza riconosce la sussistenza di vere e proprie privazioni di libertà personale ogniquale la possibilità di allontanarsi sia astratta e teorica e non invece reale e concreta²¹. L'esistenza di un'effettiva possibilità di allontanarsi costituisce,

¹⁵ Per un'articolata analisi delle diverse modalità di trattenimento *de facto* alle frontiere marittime, v. F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai "porti chiusi"*, cit., 430 ss.

¹⁶ Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, Relazione per il rilascio dell'autorizzazione a procedere, 30 gennaio 2020, p. 93 ss.

¹⁷ In data 16 agosto 2019 il Garante delle persone private della libertà personale inviava al Ministro dell'Interno una lettera nella quale esprimeva preoccupazione *"per la perdurante situazione di privazione de facto della libertà"* a bordo della *Open Arms* (v. il [Comunicato stampa](#)).

¹⁸ Cfr., con riguardo alla giurisprudenza di Strasburgo, che si è soffermata sulla distinzione in esame allo scopo di tracciare la linea di confine tra le garanzie previste dall'art. 2 del Protocollo n. 4 e quelle, più pregnanti, previste dall'art. 5 Cedu, F. VIGANÒ, *Art. 2 Prot. n. 4. Libertà di circolazione*, in G. UBERTIS, F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Giappichelli, 2022, p. 456 ss.

¹⁹ C. eur. dir. uomo, 25.6.1996, *Amuur c. Francia*.

²⁰ C. eur. dir. uomo, 2.3.2021, *R.R. e altri c. Ungheria*.

²¹ C. eur. dir. uomo, *Amuur c. Francia*, cit., § 38 ss.; *R.R. e altri c. Ungheria*, cit., § 74 ss.; nonché, sul versante UE, CGUE, Grande Camera, 14.5.2020, FMS e FNZ, cause riunite C 924/19 e C 925/19 PPU.

7-8/2025

a sua volta, un accertamento da effettuare alla luce delle circostanze di fatto di ciascuna singola vicenda. Rispetto al contesto marittimo, che qui ci occupa, non possono non venire in rilievo la distanza rispetto ad altri porti qualificabili come *PoS*, la disponibilità di altri Stati a concedere un *PoS* sul proprio territorio, le condizioni metereologiche, le condizioni psico-fisiche dei naufraghi. È questo lo schema di ragionamento al cui interno avrebbe dovuto, a nostro avviso, collocarsi il giudizio del collegio palermitano in ordine alla sussistenza di una privazione della libertà personale dei naufraghi tratti in salvo dalla *Open Arms*. Un giudizio il cui esito, se vediamo correttamente, avrebbe dovuto essere nel senso dell'effettiva privazione della libertà personale quanto meno a partire dal momento in cui era risultato evidente che le condizioni concrete rendevano impraticabile qualunque soluzione diversa dallo sbarco in Italia; con la conseguenza che impedire tale esito equivaleva, in quel frangente, a mantenere le persone segregate a bordo della *Open Arms*.

**UN'IMPORTANTE SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE
SUL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DELLA PENA
COME CRITERIO DI INTERPRETAZIONE RESTRITTIVA DELLE
FATTISPECIE PENALI**

Corte cost., 18 luglio 2025, n. 113, Pres. Amoroso, Rel. Viganò

di Gian Luigi Gatta

1. Con la sentenza n. 113 del 2025 la Corte costituzionale fa un importante passo in avanti nel riconoscimento del principio di proporzionalità della pena e del correlativo diritto individuale a non subire pene sproporzionate alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto commesso.

Chiariamo subito: la novità *non risiede* nel riconoscimento del rango costituzionale del principio stesso, fondato sugli artt. 3 e 27, co. 1 e 3 Cost., che rappresenta già, come è noto, uno dei più rilevanti approdi della giurisprudenza costituzionale, in particolare dell'ultimo decennio. Sono ormai numerose, infatti, le sentenze con le quali la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questa o quella disposizione penale per contrasto con il principio di proporzionalità della pena, valorizzato (questo è il punto) nella sua dimensione di vincolo per il legislatore, cioè di limite alla sua discrezionalità, sul piano generale e astratto delle comminatorie di pena. In questa prospettiva si annoverano sentenze di incostituzionalità relative: a) ai limiti edittali, minimo e massimo, della pena detentiva (ad es., Corte cost. n. 236/2016, sull'alterazione di stato mediante falsità; Corte cost. n. 63/2022, sull'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare aggravata, di cui all'art. 12, co. 3, lett. d t.u. imm.); b) al solo minimo edittale della pena detentiva (ad es., Corte cost. n. 40/2019, in relazione all'art. 73, co. 1 t.u. stup.; Corte cost. n. 46/2024, in relazione all'appropriazione indebita); c) alla mancata previsione, quale "valvola di sicurezza", di una attenuante ad effetto comune quando per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o circostanze dell'azione, ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità (Corte cost., n. 68/2012, in tema di sequestro di persona a scopo di estorsione; Corte cost. 244/2024, sul sabotaggio militare; Corte cost. 120/2023, relativa all'estorsione; n. 86/2024, in tema di rapina; n. 91/2024, in materia di produzione di materiale pedopornografico; n. 83/2025, in tema di sfregio del volto); d) ad automatismi sanzionatori relativi alle pene accessorie (ad es., Corte cost. nn. 222/2018, 55/2025, 83/2025) o al bilanciamento delle circostanze, attraverso la previsione di divieti di prevalenze delle attenuanti su alcune aggravanti (ad es., Corte cost. nn. 73/2020, 94/2023, 141/2023, 188/2023, 197/2023), e) alla confisca obbligatoria (diretta o per equivalente), quando l'entità dell'ablazione risulti sproporzionata rispetto alla gravità

oggettiva e soggettiva del fatto (Corte cost. n. 7/2025, in tema di confisca dei beni commessi per commettere reati societari).

Questa volta – ecco la novità – succede qualcosa di diverso: la Consulta dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale che le era stata sottoposta e (se non erriamo, per la prima volta) valorizza espressamente il principio di proporzionalità della pena come canone ermeneutico, indicando al giudice una possibile, e doverosa, interpretazione costituzionalmente conforme a tale principio. In questa occasione, in altri termini, anziché individuare un limite nella discrezionalità del legislatore nelle scelte sulla pena, la Consulta suggerisce al giudice penale una possibile e doverosa via per evitare, a quadro normativo invariato, l'irrogazione di una pena sproporzionata.

2. Nel caso di specie, il Tribunale di Teramo dubitava della compatibilità col principio di proporzionalità della pena del trattamento sanzionatorio previsto per il sequestro di persona a scopo di estorsione, per il quale l'art. 630 c.p. commina la reclusione da venticinque a trent'anni. Una pena così severa, introdotta negli anni Settanta del secolo scorso, si giustifica, storicamente, in ragione della volontà politica di contrastare gravi episodi di sequestri frequenti in quegli anni. Oggi tali limiti edittali risultano sproporzionati se rapportati alla gravità di fatti criminologicamente ben diversi, come quello per i quali il giudice *a quo* procede: sequestri per brevi lassi di tempo, finalizzati a ottenere il pagamento di poche centinaia di euro quale corrispettivo di prestazioni sessuali che le vittime, 'adescate' tramite una piattaforma online, ritenevano gratuite. Di qui il *petitum*: in via principale, dichiarare incostituzionale la comminatoria di pena da venticinque a trenta anni di reclusione, sostituendola con quella da dodici a venticinque anni; in via subordinata, fissare in dodici anni di reclusione il minimo edittale. Il giudice *a quo* individuava tale minimo edittale, in particolare, in quello comminato dall'art. 630, co. 2 c.p. nella versione antecedente alla riforma del 1978, che introdusse la cornice di pena ancora oggi vigente; mirava, cioè, a fra rivivere la pena allora prevista per l'ipotesi aggravata dal fatto del conseguimento del profitto, come prezzo per la liberazione.

Nel sollevare la questione, il giudice *a quo* precisava poi di non ritenere applicabile l'attenuazione di pena resa possibile dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 68/2012, con la quale, proprio per evitare pene sproporzionate, fu introdotta, in analogia a quanto prevede l'art. 311 c.p. per il sequestro a scopo estorsivo *ex art. 289 bis c.p.*, una riduzione di pena fino a un terzo in caso di fatto di lieve entità. Secondo il giudice *a quo*, infatti, l'attenuante – che consente di irrogare nel minimo la pena di sedici anni e otto mesi di reclusione – non sarebbe configurabile "in considerazione della pluralità e della ripetitività degli episodi delittuosi in atti ipotizzati, della partecipazione agli stessi di più imputati e, in generale, di tutte le circostanze dell'azione, nonché dell'entità del danno, quest'ultimo da considerarsi non solo nella sua dimensione patrimoniale, ma anche in quella non patrimoniale, consistente nella lesione della libertà personale e dell'autodeterminazione delle vittime".

3. Che una pena minima di venticinque anni di reclusione sia evidentemente sproporzionata in rapporto a fatti come quelli per cui si procede, ben diversi dai

sequestri dell'Anonima sarda o nelle grotte dell'Aspromonte, è del tutto evidente. Come anche è evidente che il concetto di "lieve entità" di un sequestro estorsivo strida con la pena minima di sedici anni e otto mesi, pur resa possibile dalla Corte costituzionale con la sua sentenza del 2012 e che il giudice *a quo*, a ragione o a torto, ha ritenuto non applicabile.

Quid iuris allora? La Corte costituzionale non ritiene fondata la questione che le è stata sottoposta: questa volta non ha seguito il solco della propria giurisprudenza sopra richiamata, con la quale in tante occasioni, negli ultimi anni, ha ricondotto a proporzione questa o quella disciplina sanzionatoria, attraverso la declaratoria di incostituzionalità, cioè modificando l'assetto normativo.

In questa occasione la Corte costituzionale, sul piano del metodo, cambia radicalmente il proprio approccio al problema della proporzionalità della pena. Forse anche in ragione della soluzione non agevole prospettata dal giudice *a quo* (far rivivere una pena comminata ormai quasi cinquant'anni fa per un'ipotesi aggravata di sequestro a scopo di estorsione), e a fronte di un caso di evidente sproporzione della pena irrogabile, lo fa – e ciò merita senz'altro di essere segnalato e di non passare inosservato nel contesto di una sentenza di infondatezza – esaltando una dimensione del principio restata fino ad oggi in ombra nella giurisprudenza e nella dottrina maggioritaria: quella di vincolo per il giudice, quale canone ermeneutico. Con le parole della Corte: "Il principio di proporzionalità della pena opera non solo come standard di legittimità costituzionale delle leggi penali, ma anche come criterio che orienta la loro interpretazione e la loro applicazione a opera del giudice comune".

3.1. L'importante affermazione di principio viene argomentata nel § 4.1. della motivazione in diritto della sentenza annotata. Qui la Consulta sviluppa un interessante e persuasivo parallelismo con altri principi penalistici fondamentali, che condividono con il principio di proporzionalità della pena una duplice valenza di vincolo per il legislatore, da un lato, e per il giudice, dall'altro lato. Il riferimento è ai principi di offensività e di colpevolezza. Con riferimento a quest'ultima dimensione, la Corte osserva come *"nell'uno e nell'altro caso, i principi costituzionali [di offensività e di colpevolezza] operano, entro il perimetro segnato dal testo, come criteri che guidano l'attività ermeneutica del giudice, sì da evitare risultati applicativi in contrasto con la Costituzione, come la punizione di una condotta radicalmente inoffensiva, ovvero di una condotta del tutto incolpevole. Ciò non può non valere anche per il principio di proporzionalità della pena, che mira ad assicurare che la reazione sanzionatoria a un fatto di reato, pur offensivo del bene giuridico e colpevolmente realizzato, non risulti eccessiva rispetto alla concreta gravità oggettiva e soggettiva del fatto [...]".* Nei limiti consentiti dal testo della legge, il giudice penale è pertanto tenuto a utilizzare tutti gli strumenti a propria disposizione per assicurare tale obiettivo, nel quadro di una doverosa interpretazione *secundum constitutionem* dei dati normativi, ferma restando naturalmente la necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale, laddove tali dati normativi non permettano di raggiungere in via ermeneutica l'obiettivo dell'uniformazione a Costituzione".

Quel che, in altri termini, la sentenza 113/2025 dice al giudice *a quo*, e a tutti i giudici penali, è che la cornice edittale – e, in particolare, il minimo edittale, soprattutto in presenza di quadri sanzionatori elevati, come nel caso dell'art. 630 c.p. – è un criterio

di interpretazione che rende doveroso estromettere dall'ambito di applicazione della fattispecie penale fatti tipici, pur offensivi e colpevoli, che non raggiungono la soglia di disvalore e di gravità espressa dal legislatore attraverso la comminatoria di pena. Comminatoria di pena che implica un sacrificio per la libertà personale necessariamente proporzionato, in un bilanciamento di valori di rilievo costituzionale, alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto commesso. Quanto più elevato è il limite edittale di pena, in particolare, tanto più alta è la soglia della rilevanza penale di fatti che, pur tipici, offensivi e colpevoli, se non raggiungono quella soglia devono essere estromessi dalla fattispecie legale all'esito di una riduzione teleologica della stessa, imposta da un'interpretazione conforme a Costituzione e, in particolare, al principio di proporzionalità della pena.

È indubbiamente questo il passaggio più importante della sentenza annotata, con il quale si valorizza e si sviluppa un'idea talora affiorata in dottrina. Diamo ancora la parola alla Corte costituzionale: "come si è efficacemente osservato in dottrina, il principio di proporzionalità della pena impone al giudice di espungere dalla fattispecie – nei limiti in cui il dato normativo lo consenta – condotte incapaci di attingere la soglia di disvalore congeniale alla gravità del compasso edittale, collocandosi così in una zona in cui alla 'formale' integrazione degli elementi costitutivi della fattispecie astratta non corrisponde, sul piano 'sostanziale', l'integrazione del nucleo di disvalore che dovrebbe caratterizzare quella fattispecie, secondo la stessa valutazione del legislatore riflessa nella misura della pena edittale".

In effetti, nella dottrina italiana l'idea di valorizzare la cornice edittale come canone ermeneutico, che impone interpretazioni restrittive in ossequio al principio di proporzionalità della pena, era stata prospettata da diversi Autori. Oltre al Giudice relatore della sentenza annotata (cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, 2021, p. 257), possono vedersi, tra gli altri, V. Manes, *L'evoluzione del rapporto tra Corte e giudici comuni nell'attuazione del 'volto costituzionale' dell'illecito penale*, in V. Manes-V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, 2019, p. 371 s. – al quale sembra riferita la citazione della sentenza annotata – nonché, in precedenza, S. Prosdocimi, *Note sul delitto di estorsione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, p. 679 e, volendo, G.L. Gatta, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevanti*, 2013, p. 160 e, ivi, anche la nota n. 33.

3.2. È interessante notare (in particolare, leggendo il § 4.2. del considerato in diritto) come la Consulta individui, in sostanza, tre diverse fasce di gravità nelle quali il giudice penale può inquadrare sotto-fattispecie di sequestro estorsivo di diversa gravità.

I fatti più gravi si collocano nella prima fascia, che integra senz'altro la fattispecie di cui all'art. 630 c.p. A scalare, nella seconda fascia si collocano i fatti in concreto meno gravi, ma pur sempre meritevoli di una pena assai severa perché pari, nel minimo, a sedici anni e otto mesi, che vanno ricondotti, in ossequio al principio di proporzionalità della pena, all'ipotesi attenuata introdotta dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 68 del 2012. Tale circostanza, sottolinea la Corte nella sentenza qui annotata, mira a evitare l'irrogazione di pene sproporzionate rispetto alla gravità concreta del fatto e va essa stessa interpretata alla luce del principio di proporzionalità della pena. Laddove poi

la pena risultante dall'applicazione di tale circostanza attenuante risulti comunque sproporzionata rispetto alla gravità del fatto concreto commesso dall'imputato – dice la Corte – entra in gioco la terza fascia (v. il § 4.3. del considerato in diritto): “il giudice dovrà vagliare la possibilità di una interpretazione restrittiva secondo la *ratio* della fattispecie astratta di sequestro di persona a scopo di estorsione, sì da evitare di irrogare una pena incompatibile con gli artt. 3 e 27, primo e terzo comma, Cost”. Si legge nella sentenza annotata: *“Il principio di proporzionalità della pena – nella sua veste di canone ermeneutico – imporrà al giudice di valutare con particolare attenzione se i fatti accertati siano effettivamente sussumibili nell’art. 630 c.p. Rispetto a tale reato, la misura della pena edittale (e in particolare, della pena minima) costituisce, in effetti, un segnale della particolare gravità del fatto che il legislatore ha inteso contrastare; sicché potrà e dovrà presumersi, nel quadro di un’interpretazione costituzionalmente orientata al principio di proporzionalità, che il legislatore stesso abbia voluto escludere dal tipo quei fatti concreti che siano connotati da un disvalore assai meno significativo, tale da non giustificare una pena così elevata”*.

3.3. Ciò non significa necessariamente, osserva la Corte, determinare un esito di impunità del fatto. Proprio nel caso del sequestro di persona a scopo di estorsione, la mancata applicazione della norma penale sproporzionata alla gravità del fatto, ove non ricorra l'ipotesi attenuata introdotta nel 2012, comporterà *“l'applicazione – in luogo di un reato complesso – delle singole fattispecie criminose che lo compongono, sì da assicurare comunque una risposta adeguata alla gravità del fatto commesso e ragionevolmente dissuasiva, e però contenuta entro i limiti della proporzione. Così, una privazione della libertà personale durata poche decine di minuti finalizzata al conseguimento di un profitto pari a qualche centinaio di euro ben potrà essere ritenuta integrare il comune delitto di sequestro di persona di cui all’art. 605 c.p., sanzionato con la pena minima di sei mesi di reclusione, in concorso con il delitto di estorsione (o se del caso rapina), tentata o consumata; ma, verosimilmente, non potrà ritenersi di tale gravità da integrare addirittura la fattispecie di sequestro di persona a scopo di estorsione: delitto che resta punibile, pur laddove il fatto venga qualificato come di lieve entità (e in assenza di altre attenuanti), con l'elevatissima pena minima di sedici anni e otto mesi di reclusione. Il disvalore di una simile condotta è, infatti, del tutto analogo a quello che caratterizzerebbe una comune estorsione o rapina realizzate attraverso l'uso di violenza o minaccia contro la vittima; reati, questi ultimi, che pure comportano una lesione del suo patrimonio, del suo diritto all'autodeterminazione nella sfera patrimoniale, ed eventualmente (nel caso in cui venga usata violenza) della sua integrità fisica, senza che, però, vengano in alcun modo in considerazione gli ulteriori connotati offensivi che, nella visione del legislatore, caratterizzano il sequestro estorsivo”*.

3.4. A tale risultato, osserva infine la Consulta nel § 4.4. del considerato in diritto, non osta il principio di legalità della pena di cui all’art. 25, co. 2 Cost. Osserva la Corte: *“la ratiogarantistica del principio – posto a tutela, in primis, della libertà della persona e della sicurezza delle sue libere scelte di azione – non si oppone, [...] a che il giudice possa (e talvolta debba) interpretare restrittivamente una disposizione incriminatrice, escludendone l'applicazione allorché sia chiaro che il suo testo plus dixit quam voluit: ogniqualvolta, cioè, la sussunzione del fatto concreto nella fattispecie*

astratta sia preclusa dall'interpretazione corretta di quest'ultima, imposta dal suo rapporto con la pena prevista dal testo normativo, alla luce del principio costituzionale di proporzionalità della pena. L'interpretazione restrittiva secondo la *ratio* (o "riduzione teleologica", secondo una nota definizione dottrinale) della disposizione incriminatrice è, in particolare, doverosa per il giudice penale allorché risulti necessaria per evitare un risultato *contra constitutionem*, come da tempo comunemente si riconosce in riferimento ai principi di offensività e di colpevolezza, quanto meno laddove non risulti la chiara volontà del legislatore di imporne comunque l'applicazione anche in simili circostanze: ipotesi, quest'ultima, in cui il giudice sarà tenuto a sollevare incidente di legittimità costituzionale innanzi a questa Corte. Rispetto alla disposizione incriminatrice ora all'esame, è evidente che il legislatore del 1978 [nel prevedere l'ancora vigente comminatoria di pena da 25 a 30 anni di reclusione n.d.r.] ha inteso colpire fenomeni criminosi affatto diversi da quelli di cui si discute nel giudizio *a quo*: sicché nulla osterà, in casi siffatti, a una interpretazione restrittiva costituzionalmente orientata che conduca a escludere l'applicazione dell'art. 630 c.p. laddove il giudice ritenga che il grado di offensività dei fatti accertati non attinga la soglia di gravità che giustifica, nella valutazione politico-criminale del legislatore, la previsione di una pena così severa; pena il cui rigore è solo parzialmente mitigato dalla possibilità di applicare – per effetto della sentenza n. 68 del 2012 di questa Corte – la circostanza attenuante del fatto di lieve entità".

4. Qualche considerazione a caldo, a margine di una sentenza di indubbia importanza, che richiamerà senz'altro l'attenzione di dottrina e giurisprudenza.

In una stagione di crescente torsione punitiva del sistema penale, che ha di recente vissuto il suo apice con il decreto-sicurezza, la Corte costituzionale consegna al giudice penale – ai giudici di merito e alla Cassazione – nonché ai pubblici ministeri, agli avvocati e agli interpreti in genere, uno strumentario concettuale utile ad evitare, per via interpretativa, l'applicazione di pene evidentemente sproporzionate. Il giudice comune viene così elevato a "custode" del principio di proporzione (cfr. F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, cit., p. 253 s.), tutte le volte in cui il dato testuale della norma incriminatrice consenta e, quindi, imponga, una interpretazione conforme e Costituzione. Sotto questo profilo – ed è un'altra importante novità della sentenza annotata – al principio di proporzionalità della pena viene riconosciuta pari dignità e forza, sul piano dell'interpretazione *secundum Constitutionem*, rispetto ai principi di offensività e colpevolezza. Non è un fratello minore di quei principi, che il penalista è senza dubbio abituato a maneggiare con più confidenza, salvo preoccupanti amnesie (vale, in particolare, per alcuni orientamenti della Cassazione, ad esempio, in tema di omicidio preterintenzionale o di errore sulla legge penale). La sentenza n. 113/2025 ci dice, insomma, che con la proporzionalità della pena il giudice deve fare sul serio: non solo quello costituzionale, ma anche e ancor prima quello comune.

Così facendo, la Corte valorizza il ruolo del giudice comune, nel sistema, e la fiducia che nello stesso deve essere riposta, al fine di un'applicazione del diritto penale

conforma a Costituzione. In questa occasione, insomma, la Consulta evita di dichiarare incostituzionale una norma e, con una sentenza che, nella sostanza anche se non nella forma, è una interpretativa di rigetto, dà al giudice comune gli strumenti per irrogare, caso per caso, una pena proporzionata.

4.1. Una sentenza con la quale la Corte costituzionale dice al giudice penale che, se il fatto non raggiunge una certa soglia di gravità, può e deve non applicare la norma sul sequestro di persona a scopo di estorsione, in luogo di quelle sul sequestro semplice e sull'estorsione, può comprensibilmente far sorgere dubbi sotto il profilo del rispetto della riserva di legge. La Corte ne è consapevole e si preoccupa di fugare tali dubbi, in modo, secondo noi, opportuno e persuasivo. Se, e nel momento in cui, la norma che configura il reato complesso (l'art. 630 c.p.) viene messa fuori gioco, diventano applicabili, in concorso, le norme che danno vita a quel reato complesso (gli artt. 605 e 630 c.p.); e diventa inapplicabile l'art. 85 c.p. Il fenomeno è analogo a quello che si verifica, in caso di abolizione del reato complesso o di sua dichiarazione di illegittimità costituzionale: nessuno dubiterebbe dell'applicabilità delle norme incriminatrici che davano vita al reato complesso ed erano in esso assorbite.

D'altra parte, come sottolinea la Corte, il principio di riserva di legge – in ragione della sua ratio di garanzia, non messa in discussione nel caso di specie – non è di ostacolo a un'interpretazione conforme a Costituzione in chiave di riduzione (e non già di espansione) dell'ambito di applicazione di una fattispecie penale. Nessuno ha infatti mai invocato la riserva di legge per impedire al giudice, attraverso una interpretazione conforme a Costituzione, di applicare una norma a un fatto inoffensivo o incolpevole. Perché lo stesso non dovrebbe valere quando il giudice esclude dal perimetro della fattispecie penale un fatto di gravità sproporzionatamente inferiore a quella segnalata dalla cornice edittale? Sempre che, come la sentenza annotata si preoccupa di sottolineare, la lettera della legge consenta di estromettere il fatto dal tipo legale, il che si deve escludere in caso di norme che (a differenza dell'art. 630 c.p.) siano formulate dando rilievo a ipotesi individuate specificamente. In questa evenienza, il giudice si troverebbe sbarrata la via dell'interpretazione conforme a Costituzione e dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale.

Indubbiamente, un punto debole è rappresentato dalla linea di confine, non netta, tra le sotto-fattispecie che possono rientrare nell'alveo applicativo della fattispecie e quelle che il giudice deve estromettere dalla fattispecie stessa, in applicazione del principio di proporzionalità della pena. Si tratta di un problema irrisolvibile, connaturato all'esistenza di infiniti casi e di una inevitabile zona grigia. Quel che, a noi pare, è incontrovertibile, è che esistono nondimeno casi, come quello oggetto del procedimento *a quo*, rispetto ai quali una certa pena (minima, in particolare) è macroscopicamente sproporzionata. Il principio affermato dalla Consulta è senz'altro valido e può operare con riferimento a questi casi; diventa invece più problematico tanto più ci si allontana dagli stessi.

4.2. In una stagione di continue tensioni tra legislatore e giudice penale, la Corte ricorda a noi tutti che l'interpretazione conforme a Costituzione è compito e dovere del

giudice. Il che non toglie, a dire il vero, che un intervento della Consulta, sulla scia dei tanti sopra ricordati che hanno dichiarato l'incostituzionalità di questa o quella norma per violazione del principio di proporzionalità della pena, ha il vantaggio di fugare il rischio della sempre possibile elusione dell'interpretazione conforme (non infrequente, ad esempio, nella giurisprudenza di merito e di legittimità in rapporto al principio di colpevolezza) ed evita altresì di esporre i giudici all'impopolarità che può conseguire dalla mancata inflizione di pene sproporzionate per la Costituzione ma non anche per una parte dell'opinione pubblica, sobillata da politica e mezzi di informazione. Insomma, in tempi di populismo penale custodire il principio di proporzionalità della pena è un'opera ancor più nobile e importante, che non può essere rimessa solo alla Corte costituzionale e che richiede la collaborazione, essenziale e preventiva, del giudice comune, al quale, questa volta, la Consulta ha passato la palla con un assist degno dei migliori numeri dieci.

Se la sentenza 113 farà giurisprudenza, ci potremo aspettare nel futuro un cambio di strategia e un self restraint della Consulta nella dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme penali per violazione del principio di proporzionalità della pena. Analogamente a quanto già fa in rapporto ai principi di colpevolezza e di offensività, la Corte vaglierà, verosimilmente, se il giudice *a quo* ha sperimentato la via dell'interpretazione conforme a Costituzione, prima di sollevare la questione. Una via che, che da oggi, comprende anche l'interpretazione restrittiva attraverso una riduzione teleologica guidata dalla pena comminata per il reato di cui si tratta. Se questo sarà il futuro, potremo aspettarci un minor numero di declaratorie di incostituzionalità in punto di proporzionalità della pena; così come è avvenuto in rapporto ai principi di offensività e di colpevolezza. È quindi fondamentale, per la tutela dei principi costituzionali e dei diritti ad essi sottesi, che i giudici comuni prendano sempre più sul serio il loro ruolo e l'interpretazione conforme a Costituzione, iniziando a valorizzare anche e proprio le cornici edittali e il trattamento sanzionatorio in genere come canone ermeneutico.

5. Sarà interessante vedere, allora, se e come la strada aperta dalla sentenza 113 sarà seguita nella giurisprudenza di merito e di legittimità. Con l'avvertenza che, a nostro parere, il principio di proporzionalità della pena, quale canone ermeneutico, può in via di principio consentire interpretazioni restrittive non solo in rapporto a reati che presentano cornici edittali molto elevate, specie nel minimo, come nel caso del sequestro estorsivo; ma anche in rapporto a reati di non particolare gravità. Si pensi a un reato come l'uccisione di animali realizzata per crudeltà (art. 544 *bis* c.p.), in rapporto al quale è espressamente esclusa l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p. Ora che la recente legge Brambilla (l. n. 82/2025) ha cambiato la rubrica del titolo IX bis del Libro II del codice penale – da “delitti contro il sentimento per gli animali” a “delitti contro gli animali” – per escludere la rilevanza penale dell'uccisione di una mosca, alla quale qualcuno stacchi ali e zampe, non si può più invocare una pretesa mancanza di sensibilità dell'uomo per le mosche: come abbiamo sostenuto in altra sede, si potrà però escludere dal perimetro della fattispecie penale di cui all'art. 544 *bis* c.p. un fatto che attinge il livello minimo di gravità individuato da una pena che, ora, è stabilita nel minimo in sei mesi di reclusione

e in 5.000 euro di multa (cfr. G.L. Gatta, *sub* art. 544 bis, in E. Dolcini-G.L. Gatta., Codice penale commentato, VI ed, 2025). È solo un esempio, tra i tanti possibili, dei percorsi interpretativi che potranno essere argomentati anche e proprio richiamando la sentenza n. 113 del 2025.

6. Proprio il nostro esempio e, prima ancora, il riferimento all'art. 131 *bis* c.p., ci suggerisce un'ultima riflessione, che attiene al rapporto tra i principi di proporzionalità della pena e di offensività. Quale è il rapporto tra i due principi, nella prospettiva della sentenza n. 113? Dire che il fatto concreto non raggiunge una soglia di gravità tale da meritare la pena minima comminata dalla legge (nel caso del sequestro estorsivo, 25 anni) implica che quel fatto sia inoffensivo? Se così fosse, il principio di proporzionalità della pena non avrebbe un ambito di operatività autonomo dal principio di offensività e la Corte, a ben vedere, avrebbe potuto suggerire al giudice *a quo* la strada dell'interpretazione conforme a quest'ultimo principio. Senonché, a ben vedere, nel caso sottoposto al suo esame la Corte non nega l'offensività della condotta, tanto che, per i fatti di minore gravità, segnala la strada dell'applicazione delle norme sul sequestro di persona semplice e sull'estorsione, poste a tutela degli stessi beni giuridici (persona e patrimonio). Il principio di proporzionalità della pena, allora, ha una sua autonomia funzionale e di tutela rispetto al principio di offensività nella misura in cui indica *il livello minimo di offesa* richiesto dalla legge per integrare la fattispecie, ricavandolo dal tipo e dalla misura della pena. Ci viene in mente un caso di scuola: il furto di un acino d'uva o di una nocciolina in un supermercato. L'offesa al patrimonio esiste, per quanto esiguo sia il valore di un acino d'uva o di una nocciolina (se vengono collocati su una bilancia di precisione di quelle in uso nei supermercati, l'etichetta del prezzo riporterà un qualche valore in centesimi). Il fatto è, quindi, in astratto offensivo. Senonché *la cornice edittale del furto, valorizzata quale canone ermeneutico, esclude che la relativa figura di reato sia integrata*: esclude, cioè, che il *grado dell'offesa* al patrimonio, sufficiente e necessario, individuato dal minimo edittale, sia integrato quando il furto abbia ad oggetto cose del valore di pochi centesimi. Il principio di proporzionalità, insomma, fa luce sul grado dell'offesa necessario, agendo in sinergia e in modo complementare con il principio di offensività. L'un principio pretende che ci sia un'offesa al bene giuridico; l'altro che la pena sia proporzionata alla gravità di quell'offesa e, quindi, che l'offesa stessa raggiunga un certo grado desumibile dall'entità della risposta sanzionatoria.

6.1. Alla luce dei principi di offensività e di proporzionalità della pena, in conclusione, occorre pertanto distinguere: a) fatti senz'altro inoffensivi; b) fatti rispetto ai quali l'offesa è di particolare tenuità e che, a seconda dei casi, possono essere oggetto della causa di esclusione della punibilità *ex* art. 131 *bis* c.p., ovvero di una circostanza attenuante come nel caso del sequestro a scopo di estorsione o, comunque, di una pena orientata al minimo edittale, in applicazione dell'art. 133 c.p.; c) fatti offensivi ma non al punto da integrare una determinata fattispecie penale, in ragione della pena per essa comminata e di un'interpretazione conforme al principio di proporzionalità. Tali ultimi fatti potranno essere oggetto di una circostanza attenuante, se prevista dall'ordinamento, o integrare altre figure di reato che comportano una pena non

7-8/2025

sproporzionata, ovvero restare impuniti se non riconducibili ad alcuna figura di reato. Questo, in sintesi, il quadro di opzioni, di particolare interesse e rilievo, ricavabile dalla sentenza qui annotata.

**MODIFICHE ALLA NORMATIVA PENITENZIARIA E REGIME
DETENTIVO DEI CONDANNATI PER REATI OSTATIVI:
NOTA A MARGINE DI UN'INTERESSANTE SENTENZA DELLA
CASSAZIONE**

Cass., Sez. I, 1° luglio 2024 (dep. 2 agosto 2024), n. 31753, Pres. Santalucia, Rel. Magi

di Gaia Filocamo

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, la Prima Sezione della Corte di cassazione si pronuncia sull'individuazione del regime detentivo dei condannati per reati di cui all'art. 4-bis ord. penit. In particolare, il provvedimento fornisce coordinate funzionali alla ricognizione della disciplina applicabile agli autori di delitti ostativi commessi prima dell'entrata in vigore dei decreti-legge n. 152/1991 e n. 306/1992. Com'è noto, si tratta delle modifiche normative con cui il legislatore ha risposto alle stragi mafiose di quegli anni, introducendo, rispettivamente, l'articolo 4-bis nella legge sull'ordinamento penitenziario (con l'art. 1, c. 1, D.L. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modificazioni nella L. 12 luglio 1991, n. 203) ed il requisito della necessaria collaborazione con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-ter ord. penit., per l'accesso ai benefici penitenziari da parte degli autori dei gravi delitti ivi elencati (con l'art. 15, c. 1, D.L. 8 giugno 1992, n. 306, conv. con modificazioni nella L. 7 agosto 1992, n. 356).

Come si dirà, la Corte di legittimità perviene alla conclusione secondo cui alle modifiche normative introdotte con il primo decreto debba riconoscersi natura sostanziale, *«perché per la prima volta con tale strumento legislativo è stato introdotto nel sistema dell'ordinamento penitenziario italiano (dopo le variazioni adottate con legge n. 663 del 1986) un meccanismo di discriminazione basato sui titoli di reato oggetto delle pronunzie divenute esecutive (tra cui i fatti di criminalità organizzata e terrorismo) e di correlato "aggravamento" della procedura di concessione di benefici penitenziari e liberazione condizionale»*¹. Deve, invece, riconoscersi natura processuale alle modifiche apportate con il secondo decreto, poiché *«si colloca all'interno di un "solco" già tracciato dal precedente decreto legge del maggio 1991, sì da finire con il rappresentare una particolare "modalità di funzionamento" di un istituto (presunzioni legali di pericolosità condizionanti l'accesso ai benefici o alla liberazione condizionale) già esistente dal maggio del 1991, con cui l'autore del delitto "ricompreso" nell'elenco aveva la contezza di doversi confrontare»*².

Prima di soffermarci sulle motivazioni della sentenza, si premette qualche breve cenno sul merito del ricorso, presentato da una persona condannata alla pena dell'ergastolo per reati c.d. ostativi, a seguito del rigetto delle istanze proposte al

¹ Cass. Pen., Sez. I, n. 31753/2024, par. 4.1.

² Cass. Pen., Sez. I, n. 31753/2024, par. 4.2.

Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila, per la concessione di semilibertà e liberazione condizionale. Nello specifico, con l'ordinanza impugnata, il Tribunale di Sorveglianza rilevava che correttamente doveva applicarsi al ricorrente la disciplina di cui all'articolo 4-bis ord. penit.; che erano stati soddisfatti dall'istante tutti gli oneri di allegazione ivi previsti; che già in sede di concessione di permessi premio (in data 24 gennaio 2023) si era dato atto dell'assenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata, nonché dell'assenza del pericolo di un loro ripristino; che risultavano soddisfatti i presupposti di legge relativi all'entità della pena già scontata; e che vi era stato riscontro positivo alle verifiche svolte dalle autorità di pubblica sicurezza concernenti le attività lavorative e di volontariato proposte con le istanze. Nondimeno, l'iter argomentativo del giudice aquilano, che pur dà conto del buon comportamento, dell'impegno profuso dal ricorrente nell'attività lavorativa e della regolarità della sperimentazione esterna, conduce ad una decisione di rigetto di entrambe le domande. Segnatamente, con riferimento alla semilibertà, il Tribunale di Sorveglianza, dando rilievo determinante alla gravità dei delitti in espiazione, afferma che l'esperienza premiale avviata da poco più di un anno – seppure con numerosi indicatori positivi – non è sufficiente, rendendosi necessario un ulteriore periodo di osservazione. *A fortiori*, non vengono considerati sussistenti i presupposti necessari a far ritenere sicuro il ravvedimento dell'istante, così come richiesto per la concessione della liberazione condizionale.

2. Ricorre per cassazione il condannato, deducendo, anzitutto e per quanto interessa l'oggetto della presente nota, l'erronea applicazione della disciplina di cui all'art. 4-bis ord. penit. (nei contorni definiti dal D.L. n. 306/1992), in violazione del divieto di retroattività di modifiche normative *in peius* in materia di esecuzione penale, come interpretato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 32/2020. Con riferimento, poi, al diniego opposto alle domande di semilibertà e liberazione condizionale, il ricorrente lamenta erronea applicazione di legge e vizio di motivazione, per la mancanza di adeguata considerazione del complesso di indicatori positivi e dei requisiti già soddisfatti, elementi ingiustificatamente trascurati con una motivazione meramente apparente.

Annullando l'ordinanza impugnata, con rinvio per nuovo giudizio, limitatamente alla misura della semilibertà – il cui diniego è apparso non congruamente motivato e contraddittorio – la Corte di legittimità affronta la questione della successione nel tempo di leggi penali in materia penitenziaria. Ritenendo infondato il relativo motivo di ricorso, in particolare, la Suprema Corte, come anticipato, attribuisce natura processuale alle modifiche intervenute con il D.L. n. 306/1992, sfuggendo, conseguentemente, all'applicazione del divieto di retroattività *ex art. 25*, secondo comma, Cost.

2.1. I giudici della Prima Sezione, nel tornare sul tema della natura giuridica delle norme incidenti sull'esecuzione penale, prendono le mosse dalle indicazioni ermeneutiche fornite sul punto dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n.

32/2020³, la cui portata storica è cosa nota. Sollecitata ad esprimersi sulla legittimità della disciplina con cui erano stati inseriti, ad opera della L. n. 3/2019, diversi reati contro la pubblica amministrazione nel novero dei delitti c.d. ostativi di prima fascia, la Consulta prendeva posizione, per la prima volta, sul tema⁴. Si veniva in tal modo superando quel diritto vivente che, facendo eco alle Sezioni Unite del 2006⁵, era fermo nel ritenere che alle disposizioni concernenti la materia delle misure alternative alla detenzione – in quanto non riguardanti l'accertamento del reato né l'irrogazione della pena – dovesse riconoscersi carattere processuale e soggezione al principio del *tempus regit actum*⁶. Diritto vivente che, tuttavia, come d'altra parte dimostrato dalle undici ordinanze di

³ Tra le autorevoli voci espresse a commento della pronuncia, possono vedersi V. MANES – F. MAZZACUVA, [*Irretroattività e libertà personale: l'art. 25, secondo comma, Cost., rompe gli argini dell'esecuzione penale*](#), in questa Rivista, 23 marzo 2020; nonché, S. BERNARDI, [*Art. 4-bis ord. pen. e irretroattività della legge penale sfavorevole: l'importante svolta del Tribunale di Sorveglianza di Bologna*](#), in questa Rivista, 3 ottobre 2022; G. FLORA, Norme penali "sostanziali", norme penali "processuali" e divieto di retroattività, in *Discrimen*, 8 giugno 2020; F. GIANFILIPPI, *Il divieto di interpretazione retroattiva delle modifiche peggiorative in materia di concedibilità delle misure alternative: la svolta della Corte Costituzionale nella sent. 32/2020 e l'argine ad un uso simbolico dell'art. 4-bis*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3-2020.

⁴ Invero, nella giurisprudenza costituzionale degli anni che hanno seguito l'introduzione nell'ordinamento penitenziario del regime di cui all'art. 4-bis, la Corte, pur avendo riconosciuto già nell'antesignata sentenza n. 306/1993 che il profilo in discorso era meritevole di seria riflessione, non si è mai spinta a risolvere la questione come poi fatta oggetto della sentenza del 2020, limitandosi, di volta in volta, a dichiarazioni di parziale illegittimità costituzionale delle disposizioni nel corso degli anni censurate, sulla base di parametri sempre diversi dall'art. 25, secondo comma, Cost. Ad esempio, con la citata sentenza n. 306/1993, la Consulta giungeva a ritenere incompatibile con l'art. 27, primo e terzo comma, Cost. la previsione della revoca delle misure già concesse, anche quando non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali del condannato con la criminalità organizzata, in ragione dell'aspettativa già legittimamente maturata dai condannati in regime di semilibertà a vedersi riconosciuto l'esito positivo del percorso di risocializzazione compiuto, con possibilità di espiare la pena con modalità idonee a favorirne il completamento. Analoghe erano le ragioni poste alla base delle sentenze n. 504/1995, n. 445/1997 e n. 137/1999, con le quali venivano rilevati i profili di irragionevolezza ed incompatibilità con la funzione rieducativa della pena in seno alla disciplina di cui all'art. 15 del D.L. n. 306/1992, ove comportante una regressione incolpevole del trattamento rieducativo già in atto.

⁵ Cass., Sez. Un., 17 luglio 2006, n. 24561, in cui, rilevato un contrasto giurisprudenziale in tema di applicabilità della disciplina relativa alla sospensione dell'ordine di esecuzione ai condannati per violenza sessuale di cui all'art. 609-bis c.p., al tempo di nuova introduzione tra i delitti di cui all'art. 4-bis ord. penit., si legge che la costante giurisprudenza di legittimità "è concorde nell'affermare che le disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione, in quanto non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali, e quindi – in assenza di specifiche norme transitorie – soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alla disciplina dell'art. 2 c.p. e dell'art. 25 Cost." [...] "Sia per la natura giuridica degli istituti, sia per il significato complessivo della normativa citata, quindi, va ribadito che il principio di irretroattività delle norme penali si applica solo per le pene inflitte dal giudice della cognizione, ma non anche per le misure alternative alla detenzione stabilite dal giudice di sorveglianza e per ogni altra modalità esecutiva della pena".

⁶ Tra le molte in tal senso, possono vedersi Cass. Pen., Sez. I, sent. 18 settembre 2006, n. 30792; Cass. Pen., Sez. I, sent. 15 luglio 2008, n. 29155; Cass. Pen., Sez. I, sent. 9 dicembre 2009, n. 46924; Cass. Pen., Sez. II, sent. 22 febbraio 2012, n. 6910; Cass. Pen., Sez. I, sent. 12 marzo 2013, n. 11580; Cass. Pen., Sez. I, sent. 18 dicembre 2014, n. 52578; Cass. Pen., Sez. I, sent. 9 settembre 2016, n. 37578; Cass. Pen., Sez. I, sent. 6 giugno 2019, n. 25212; Cass. Pen., Sez. I, sent. 26 settembre 2019, n. 39609.

rimessione – riunite ai fini della decisione della Giudice delle leggi –, già era stato messo in discussione da una serie di pronunce di merito di segno opposto⁷. Queste ultime, ispirate alla giurisprudenza europea dei c.d. criteri *Engel*⁸, si adeguavano alle indicazioni metodologiche europee nella definizione di ciò che può ricondursi al concetto di *matière pénale*, estendendo così l'applicazione delle relative garanzie – con particolare riferimento al divieto di retroattività *in peius* – a modifiche di carattere processuale-esecutivo con incidenza afflittiva diretta sul singolo.

La Corte costituzionale, nella citata occasione, faceva propria la prospettiva dei giudici di Strasburgo. Così, muovendosi nel solco tracciato dalla giurisprudenza di merito che già vi si era conformata, concludeva affermando che le pene detentive devono essere eseguite in base alla legge in vigore al momento della loro esecuzione, salvo però che tale legge comporti, rispetto al quadro normativo vigente al momento del fatto, una trasformazione della natura della pena e della sua incidenza sulla libertà personale. Più nello specifico, la Consulta agganciava l'applicazione del divieto di retroattività dello *ius superveniens* peggiorativo in materia di esecuzione penale ad un criterio di prevedibilità delle conseguenze sul piano esecutivo dell'agire penalmente illecito, quantomeno in relazione a tutte quelle dispieganti un qualche effetto sulla libertà personale dell'interessato. Paradigmatica, in proposito, è l'ipotesi di una successione normativa che determini il mutamento della sanzione penale, privandola di una dimensione potenzialmente extramuraria che prima della modifica la caratterizzava. A ben vedere, l'applicazione retroattiva di una tale legge contrasterebbe irrimediabilmente con l'art. 25, secondo comma, Cost.”⁹.

⁷ Giudice per le indagini preliminari del Tribunale ordinario di Como, ordinanza 8 marzo 2019; Corte di appello di Reggio Calabria, sezione seconda penale, ordinanza 2 aprile 2019; Corte di appello di Napoli, sezione seconda penale, ordinanza 2 aprile 2019.

⁸ Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 81 e 82: “[...] it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States.

The very nature of the offence is a factor of greater import. When a serviceman finds himself accused of an act or omission allegedly contravening a legal rule governing the operation of the armed forces, the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law. In this respect, the Court expresses its agreement with the Government.

However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the “criminal” sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so [...]”.

⁹ In particolare, la Consulta dichiarava costituzionalmente illegittimo l'art. 1, sesto comma, lett. b), L. n. 3/2019, “in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà) si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art.

3. A questo punto, per meglio comprendere le motivazioni sottese alla pronuncia qui annotata e, eventualmente, rilevarne criticità, occorre riportarsi alle ragioni che sorreggono, per un verso, l'applicazione del divieto di retroattività di cui all'art. 25, secondo comma, della Costituzione e, per altro verso, quelle sulle quali poggia il summenzionato principio del *tempus regit actum*.

3.1. Il principio di legalità, compendiato nel brocardo latino *nullum crimen nulla poena sine lege*, pacificamente assolve ad una funzione che è almeno duplice. Esso è garanzia di prevedibilità ragionevole delle conseguenze cui si espone il trasgressore del precetto penale, così offrendogli la "certezza di libere scelte d'azione"¹⁰, nonché, ove fosse instaurato a suo carico un procedimento penale, la possibilità di formulare ragionevoli ipotesi sanzionatorie e sulla base di queste le più efficaci strategie difensive.

Ma esso svolge pure la funzione di roccaforte del singolo contro possibili abusi da parte del potere legislativo¹¹. Ecco che, allora, il divieto di applicazione retroattiva di modifiche peggiorative della disciplina della pena opera quale limite essenziale al legittimo esercizio del potere politico, fondando il concetto stesso di "stato di diritto".

3.2. Parimenti solide sono, del resto, le *rationes* in virtù delle quali si è sempre ritenuto doversi applicare il principio del *tempus regit actum* alla materia che regola l'esecuzione di quella stessa pena. Anzitutto, l'assunto è motivato dalla necessità di consentire i fisiologici assestamenti della disciplina normativa, frequentemente sollecitata ad adeguarsi ai mutamenti del contesto in cui l'amministrazione penitenziaria si trova ad operare. A titolo meramente esemplificativo, possono immaginarsi le conseguenze del ritenere inapplicabile a detenuti condannati per fatti commessi qualche decina di anni fa le restrizioni oggi previste dall'ordinamento penitenziario all'uso di telefoni cellulari o della rete internet.

In considerazione dei delicati equilibri del microcosmo dell'istituto penitenziario, non secondariamente, la ragione che rafforza la necessità di una applicazione anche retroattiva di modifiche della disciplina dell'esecuzione è quella che vuole scongiurare il rischio di coesistenza di una pluralità indefinita di regimi esecutivi diversi e paralleli. Ciascun detenuto sarebbe, infatti, sottoposto ad un regime definito sulla base del *tempus commissi delicti*, così creando difficoltà di gestione facilmente

656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale", nonché "nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso".

¹⁰ Corte cost., sentenza n. 364/1988.

¹¹ La Corte Suprema statunitense, a qualche anno dalla proclamazione del divieto di "*ex post facto laws*" nella Costituzione federale già menzionato, in una sua celebre decisione del 1798 si concentrava su tale profilo del principio di legalità, scrivendo che lo stesso può ricondursi alla consapevolezza dei padri costituenti circa la tendenza del Parlamento della Gran Bretagna a rivendicare e servirsi del potere di stabilire, per coloro che avessero già commesso determinati gravi illeciti, pene ben più severe o addirittura non previste al momento del fatto.

immaginabili per l'amministrazione penitenziaria e, soprattutto, differenze di trattamento potenzialmente in grado di inficiare il dispiegarsi del percorso rieducativo per tutti i presenti in istituto.

4. Coerentemente con l'insegnamento della Consulta, sono proprio le *rationes* sottese ai principi richiamati a dover guidare l'interprete nel discernere tra modifiche soggette al divieto di retroattività *in peius* e modifiche soggette al *tempus regit actum*, dovendosi rigettare il criterio meramente formalistico di una distinzione fondata su ciò che attiene alla materia del diritto penale sostanziale e ciò che attiene a quella del diritto penale processuale.

Occorre, pertanto, che si verifichi di volta in volta se, nel caso concreto, la modifica normativa deteriore in tema di regime esecutivo crei o meno il serio rischio che il condannato possa essere assoggettato ad un trattamento di maggior severità rispetto a quello ragionevolmente prevedibile al momento del fatto. E ciò anche nei termini di una minore probabilità di accesso alle modalità extramurarie di esecuzione della sanzione penale¹².

Invero, il criterio della natura sostanziale o processuale della norma deve cedere il passo alla considerazione delle anzidette *rationes*, dovendosi attivare la garanzia offerta dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione ogniqualvolta la modifica incida, nei modi sopra accennati, sulla libertà personale, definendo *an, quantum* e, in ultimo, la qualità delle conseguenze punitive¹³.

5. Con la pronuncia oggetto di queste brevi note, la Corte di legittimità si confronta con la concreta applicazione dei principi enucleati dalla Consulta con la sentenza n. 32/2020. Nel ponderarne le ricadute su modifiche normative risalenti, quanto sono quelle che interessano il giudizio della Suprema Corte, quest'ultima procede apprezzando le circostanze di fatto che «compongono la sequenza "storica" delle variazioni», assumendo la prospettiva del soggetto agente.

5.1. L'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, inserendo nella legge sull'ordinamento penitenziario l'articolo 4-bis ("Accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti"), disciplina, per la prima volta, un meccanismo di discriminazione basato sui titoli di reato oggetto delle pronunce divenute esecutive. In virtù di tale meccanismo, «l'ottenimento di misure alternative o della liberazione condizionale viene subordinato ad una verifica in fatto (l'esistenza o meno di attuali collegamenti con la criminalità organizzata) che prescinde dai parametri correlati ai singoli istituti (regolarità del comportamento, quantum di pena espiata etc.) e si rapporta, con presunzione relativa di pericolosità sociale, alla condizione soggettiva dell'autore del fatto». Condivisibilmente, la

¹² Corte cost., sentenza n. 32/2020, par. 4.3.3.

¹³ Cfr. G. FLORA, *Norme penali "sostanziali", norme penali "processuali" e divieto di retroattività*, in *Discrimen*, 2020.

Corte rileva come si tratti «di una modifica che per la prima volta “aggrava” le condizioni per l’accesso a strumenti giuridici idonei a modificare la “consistenza” della pena e ciò, in particolare, per il soggetto condannato alla pena dell’ergastolo (data la previsione espressa di cui all’art. 2 comma 1 del decreto-legge n. 152 del 1991 che estende la nuova disciplina di cui all’art. 4-bis comma 1 all’istituto della liberazione condizionale». Ma, soprattutto, con la modifica normativa *de qua* ha luogo «la genesi di quel trattamento più severo di quello che era ragionevolmente prevedibile al momento del fatto, in termini di minore probabilità di accesso a modalità extramurarie di esecuzione della sanzione, per dirla con le parole usate da Corte cost. n. 32 del 2020»¹⁴.

È valorizzando tali fondamentali aspetti che la Cassazione perviene alla conclusione secondo cui alle richiamate modifiche del 1991 debba riconoscersi natura sostanziale. Così pronunciandosi, la Corte implicitamente dichiara inapplicabile il regime ostativo a coloro i quali siano stati condannati per delitti commessi in epoca antecedente l’introduzione dell’art. 4-bis poi ricompresi tra i reati di c.d. prima fascia nel relativo elenco.

5.1.1. L’affermazione dei giudici della Prima Sezione, pur nella sua condivisibilità, pare meritare più approfondita riflessione rispetto alla “generalizzabilità” dei suoi effetti¹⁵. In particolare, deve considerarsi la condizione di coloro che, in numeri seppur relativamente contenuti¹⁶, prima dell’introduzione dell’art. 4-bis nella L. n. 354/1975 avevano riportato una condanna per delitti poi ricompresi nel catalogo di fattispecie che dal D.L. n. 152/1991 sarebbero divenute “ostative”, con tutte le relative implicazioni.

Di pari passo con tale considerazione ci pare poi sorga, quantomeno, un legittimo dubbio circa le sorti di coloro che si trovano sottoposti al regime del c.d. carcere duro, ai sensi dell’art. 41-bis, comma 2, ord. penit. e che, ove condannati per i delitti ostativi *de quibus*, a seguito della pronuncia in commento dovrebbero fuoriuscire dal regime di ostatività. Per un verso, infatti, il richiamo all’art. 4-bis, contenuto nella norma citata, non implica necessariamente che si faccia riferimento ai detenuti cui il regime ostativo viene concretamente applicato, ma solo all’elenco di delitti che nella norma viene stilato¹⁷. Per altro verso, tuttavia, non sembra possibile trascurare una certa irragionevolezza nell’immaginare che detenuti sottoposti, in istituto penitenziario, al

¹⁴ Cass. Pen., Sez. I, n. 31753/2024, par. 4.1.

¹⁵ Timore che già si era fatto largo nei primi commenti alla citata sentenza della Grande Camera nel caso *Del Rio Prada* c. Spagna del 2013, come riportato in F. MAZZACUVA, *La Grande Camera della Corte EDU su principio di legalità della pena e mutamenti giurisprudenziali sfavorevoli*, cit.

¹⁶ Deve qui darsi conto della difficoltà nel reperire il dato, certamente più significativo, relativo al numero di condanne per reati, ad esempio, di criminalità organizzata negli anni che hanno preceduto l’introduzione dell’art. 4-bis ord. penit. In mancanza di tale informazione, si può far qui un riferimento all’unico dato che pare essere disponibile in materia, fornito dall’ISTAT, relativo al quinquennio 1985-1990: si registra, in particolare, un *trend* crescente relativo alle denunce da parte delle forze dell’ordine all’autorità giudiziaria per fatti riconducibili a mafia, camorra o ‘ndrangheta (166 nel 1985 e 557 nel 1990).

¹⁷ Cfr. [S. BERNARDI, Art. 4-bis ord. pen. e irretroattività della legge penale sfavorevole: l’importante svolta del Tribunale di sorveglianza di Bologna](#), cit.

peculiare regime dell'art. 41-*bis* – in virtù di un richiamo al solo elenco e non anche alla disciplina di ostatività di cui all'art. 4-*bis* – possano poi potenzialmente accedere a misure extramurarie in assenza dei limiti altrimenti previsti per coloro che abbiano commesso reati considerati sintomatici di una particolare pericolosità sociale.

5.2. Di opposto avviso è, invece, la Corte di legittimità nel ritenere che debba riconoscersi natura processuale alle modifiche normative apportate con il decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306. L'articolo 15, comma 1, del provvedimento legislativo citato, introducendo il requisito della necessaria collaborazione con la giustizia, ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit., per l'accesso ai benefici penitenziari da parte degli autori dei gravi delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit., *«si colloca all'interno di un "solco" già tracciato dal precedente decreto legge del maggio 1991, sì da finire con il rappresentare una particolare "modalità di funzionamento" di un istituto (presunzioni legali di pericolosità condizionanti l'accesso ai benefici o alla liberazione condizionale) già esistente dal maggio del 1991, con cui l'autore del delitto "ricompreso" nell'elenco aveva la contezza di doversi confrontare»*¹⁸.

5.2.1. Ci chiediamo, allora, se il principio di diritto così enunciato sia effettivamente conciliabile con i principi sanciti e richiamati dalla sentenza n. 32/2020 della Corte costituzionale, proprio in virtù della considerazione per la quale, come rilevato dalla Prima Sezione, devono apprezzarsi tutte le circostanze di fatto che delineano la sequenza delle variazioni, ponendosi nell'ottica del soggetto agente al fine di valutarne l'effettiva prevedibilità.

Se, come si ritiene nella pronuncia qui annotata, deve attribuirsi natura sostanziale alle modifiche legislative introdotte con il D.L. del 1991, risulta non lineare la mancanza di analoga considerazione per le modifiche di cui al D.L. del 1992. In particolar modo, non può condividersi l'assunto secondo il quale dovrebbe ritenersi modifica di mere modalità di funzionamento l'introduzione del requisito della collaborazione per il condannato per delitti ostativi che voglia accedere ai benefici penitenziari ed alla liberazione condizionale. All'evidenza, una tale diversa previsione è potenzialmente in grado di determinare un significativo prolungamento del periodo da trascorrere in carcere, se non financo l'annichilimento della speranza di uscirne, per i condannati all'ergastolo per reati ostativi commessi prima del 1992, che per una qualsiasi ragione non collaborino con la giustizia.

Ci pare possa riconoscersi natura sostanziale alla modifica normativa *de qua*, poiché essa è tale da determinare la trasformazione da relativa ad assoluta della presunzione di pericolosità sociale sottesa al regime restrittivo di accesso ai benefici quale *ratio* fondante la disciplina di cui all'art. 4-*bis*, con conseguenze di macroscopica incidenza sulla libertà personale del non collaborante.

La possibilità di sfuggire agli imprevedibili effetti di una modifica di tal sorta finisce per poggiarsi su un sistema di presunzioni già messo in discussione dalla stessa Corte costituzionale, che con la sentenza n. 253/2019 ha delegittimato – seppur con

¹⁸ Cass. Pen., Sez. I, n. 31753/2024, par. 4.2.

riferimento ai soli permessi premio – detto sistema di aggravamento delle modalità esecutive quale conseguenza dell’assenza di collaborazione.

Del resto, la stessa Corte di legittimità aveva dato segno di accogliere l’impostazione della Consulta, sollevando questione di legittimità costituzionale dell’art. 4-*bis* ord. penit. con riferimento all’esclusione dalla possibilità di ammissione alla liberazione condizionale del condannato all’ergastolo per delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, che non collabori con la giustizia. A fondamento dell’ordinanza n. 18518/2020 vi era, invero, il “convincimento che la collaborazione non può essere elevata ad indice esclusivo dell’assenza di ogni legame con l’ambiente criminale di appartenenza e che, di conseguenza, altri elementi possono essere validi e inequivoci indizi dell’assenza di detti legami e quindi di pericolosità sociale”¹⁹.

6. Parrebbe, allora, residuare qualche dubbio sulla conformità ai principi costituzionali delle conclusioni cui è giunta la Prima Sezione con la pronuncia qui annotata, quantomeno ove con la stessa, ritenendo inapplicabili le garanzie di cui si è detto ai fatti commessi in epoca antecedente al 1992, si muove in senso contrario agli orientamenti giurisprudenziali più recenti²⁰. Questi ultimi, invero, travalicano coraggiosamente i confini tracciati dalla sentenza costituzionale n. 32/2020²¹, nonché dalla sentenza n. 193/2020, con cui la Consulta ha ulteriormente confermato come debba considerarsi definitivamente superato, per quanto riguarda l’accesso alle misure alternative, il diritto vivente che attribuiva carattere processuale alla disciplina preclusiva di cui all’art. 4-*bis*. Essi, infatti, volgono nel senso di un’estensione del principio di irretroattività dello *ius superveniens* sfavorevole alla disciplina dettata dall’art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. nel suo complesso, promuovendo un’applicazione generalizzata degli innovativi principi sanciti con le citate sentenze.

Nell’attesa di assistere al dispiegarsi degli effetti della pronuncia rispetto alla dichiarata natura sostanziale del D.L. del 1991, può solo auspicarsi, in relazione a secondo profilo toccato dalla sentenza, un riallineamento della Suprema Corte ai canoni costituzionali, così come interpretati, del resto, dagli orientamenti più recenti sviluppatisi sul tema dell’efficacia delle modifiche apportate alla disciplina penitenziaria.

¹⁹ Cass. Pen., ordinanza del 3 giugno 2020, n. 18518.

²⁰ Sul punto, può leggersi l’interessante ordinanza del 16 giugno 2022 (dep. 12 luglio 2022) del Tribunale di Sorveglianza di Bologna, con commento di [S. BERNARDI, Art. 4-bis ord. pen. e irretroattività della legge penale sfavorevole: l’importante svolta del Tribunale di sorveglianza di Bologna](#), cit.

²¹ La Corte, in quell’occasione, aveva circoscritto l’efficacia del proprio *decisum* alla disciplina delle misure alternative alla detenzione, della liberazione condizionale e della sospensione dell’ordine di esecuzione, lasciando che fosse il principio del *tempus regit actum* a regolare la preclusione dei “meri benefici penitenziari”, così riferendosi a permessi premio e lavoro all’esterno, salvo che gli interessati fossero condannati già in possesso dei requisiti richiesti per la concessione dei benefici stessi al momento dell’intervenuta modifica normativa.

DOVERE DI COLLABORAZIONE E INUTILIZZABILITÀ DEI DATI FAVOREVOLI NEL RITO TRIBUTARIO

Corte cost., 23 giugno 2025 (dep. 28 luglio 2025), n. 137, Pres. Amoroso, red. Antonini

di Novella Galantini

1. Senza alcuna pretesa di commento, vista la complessità dei temi trattati, si segnala e si riporta pressoché testualmente, l'articolata sentenza con cui la Corte costituzionale ha superato la questione di legittimità dell'art. 32, commi 4 e 5, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 (Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi) secondo cui *«le notizie ed i dati non addotti e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa. Di ciò l'ufficio deve informare il contribuente contestualmente alla richiesta»* (comma 4). *«Le cause di inutilizzabilità previste dal quarto comma non operano nei confronti del contribuente che depositi in allegato all'atto introduttivo del giudizio di primo grado in sede contenziosa le notizie, i dati, i documenti, i libri e i registri, dichiarando comunque contestualmente di non aver potuto adempiere alle richieste degli uffici per causa a lui non imputabile»* (comma 5).

La questione era stata sollevata dalla Corte di giustizia tributaria di primo grado di Roma, *«in riferimento agli artt. 24, secondo comma, 25, 111, primo comma, della Costituzione, e, per il tramite degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), agli artt. 8, 10 e 11 della Dichiarazione universale dei diritti umani, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, agli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) e all'art. 14, comma 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP). Inoltre, dal diritto alla difesa deriverebbero ulteriori "diritti-corollari", fra i quali, oltre a quello della parità delle armi tra le parti del giudizio, anche il diritto al silenzio, tutelato dall'art. 6 CEDU nonché dall'art. 14, comma 3, lettera g), PIDCP e dagli artt. 24 e 111 Cost.»*.

Rilevata d'ufficio l'inammissibilità delle questioni sollevate in relazione agli artt. 47 e 48 CDFUE per insufficiente motivazione sulla non manifesta infondatezza, *«non avendo il rimettente illustrato le ragioni che farebbero ricadere le disposizioni censurate nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, condizione – questa – alla quale è subordinata, ai sensi dell'art. 51 CDFUE, la stessa applicabilità delle norme della Carta, inclusa la loro idoneità a costituire parametri interposti nel giudizio di legittimità costituzionale»*, nel merito la sentenza tende a rilevare come la giurisprudenza di legittimità si sia fatta carico di un'interpretazione restrittiva, progressivamente elaborata sul presupposto che *«la previsione normativa in esame deve essere interpretata con particolare rigore ed entro limiti*

specifici, posto che la sua applicazione comporta una chiara limitazione del diritto di difesa del contribuente, costituzionalmente tutelato, di potere legittimamente produrre in giudizio, a fini difensivi, i documenti ritenuti idonei a sostenere le proprie ragioni di difesa avverso la pretesa impositiva dell'ufficio finanziario» (Corte di cassazione, quinta sezione civile, sentenza 1° agosto 2019, n. 20731).

Vengono così richiamate le linee interpretative sul piano degli adempimenti richiesti a carico dell'amministrazione finanziaria affinché la disposizione possa trovare applicazione senza pregiudicare il diritto di difesa del contribuente. Si è chiarito dunque che l'invito alla esibizione o consegna degli elementi informativi di cui all'art. 32 comma 4 d.P.R. n. 600/1973, può determinare la preclusione al loro utilizzo in sede processuale solo a condizione che, in sostanza, la richiesta dell'amministrazione finanziaria sia stata rivolta specificamente al contribuente o a un suo ausiliare, e non a un terzo, sia stata specifica e puntuale, non potendo operare la limitazione a fronte di una generica richiesta di informazioni o documenti, preveda un congruo termine per rispondere e non riguardi documenti o informazioni già in possesso dell'amministrazione finanziaria. Inoltre, sul piano opposto degli adempimenti del contribuente si è chiarito quando possa ritenersi scusabile il suo comportamento, precisando che *«l'omissione deve essere obiettivamente cosciente e volontaria, diretta ad impedire l'ispezione documentale»*. In sostanza, tra le cause non imputabili al contribuente sono fatte rientrare non solo quelle che escludono l'elemento soggettivo della condotta, quali la forza maggiore, il fatto del terzo o il caso fortuito, ma anche i comportamenti non riconducibili alla sfera di controllo del contribuente, come nel caso in cui i documenti provengano dal terzo o dipendano esclusivamente dal comportamento del consulente fiscale. Si è così avviato un processo di tendenziale allineamento interpretativo tra la previsione dell'art. 32 comma 4, del d.P.R. n. 600/1973, e quella contenuta nell'art. 52, comma 5, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 (Istituzione e disciplina dell'imposta sul valore aggiunto) che, in caso di accessi, ispezioni e verifiche, prevede l'operare di un analogo effetto di inutilizzabilità della documentazione *«di cui è rifiutata l'esibizione»*, e che ha, quindi, quale presupposto il "dolo" del contribuente. A questa stregua la Corte giunge ad ammettere come le disposizioni censurate siano state *«interpretate dal diritto vivente in modo da recuperarne una maggiore rispondenza ai principi costituzionali»*.

Rimane tuttavia aperta la questione sulla natura della sanzione, del tutto atipica nel colpire una condotta inadempiente del contribuente, tanto da essere qualificata in termini di "sanzione impropria". Nell'affermare che si tratta di una *«figura non estranea al diritto tributario»*, si equipara l'effetto sanzionatorio derivante dalla mancata osservanza di determinate prescrizioni anche a una situazione di *«svantaggio»*, che viene individuata ad esempio nella *«perdita, ai sensi dell'art. 25, primo comma, del d.P.R. n. 633 del 1972, del diritto alla detrazione dell'imposta sul valore aggiunto (IVA) per il contribuente che registri le fatture fuori termine; nel divieto di prova previsto dall'art. 61, terzo comma, del d.P.R. n. 600 del 1973, concernente le circostanze omesse nelle scritture contabili obbligatorie o in contrasto con le risultanze di queste; nella imputazione ai ricavi, ai sensi dell'art. 32, primo comma, numero 2), del d.P.R. n. 600 del 1973, dei prelevamenti annotati nei conti bancari e non risultanti dalle scritture contabili, nel caso in cui il contribuente non ne indichi il soggetto*

7-8/2025

beneficiario». Si dovrebbe osservare peraltro che gli inadempimenti richiamati, così sanzionati, non siano pienamente assimilabili al divieto di cui all'art. 32 comma 4.

Il punto centrale della sentenza è costituito tuttavia dalla ricerca della *ratio* della disposizione che, originariamente non presente nell'art. 32 d.P.R. n.600/1973, è stata successivamente inserita dall'art. 25 della l. n. 28/1999, del quale non si rileva l'origine. La Corte sottolinea nella norma lo scopo di favorire *«il dialogo fra le parti, in vista di un chiarimento pre-contenzioso delle reciproche posizioni, con risparmio di energie economiche e processuali»*. Così che *«il soggetto è posto in condizione di rispondere – e rendere in tal modo possibile un chiarimento utile ad entrambe le parti – o non rispondere ed attendere l'esito dell'accertamento in corso; fermo restando (ad ulteriore dimostrazione dello spirito di collaborazione e di dialogo cui la norma in esame è ispirata) che egli ha pur sempre facoltà di dimostrare con idonea documentazione, anche prima della notificazione dell'accertamento, che il maggior reddito determinato o determinabile sinteticamente è costituito in tutto o in parte da redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta (d.P.R. n. 600 del 1973, art. 38, comma 6)»*.

Tra dovere di collaborazione e obbligo di una corretta e fattiva gestione del potere tributario si colloca dunque l'oggetto della questione: la previsione dell'inutilizzabilità degli elementi informativi non consegnati in sede di controllo, per potere trovare giustificazione all'interno di una dimensione costituzionale, deve essere interpretata in senso non solo fortemente restrittivo, confermando quanto già affermato dalla giurisprudenza di legittimità, ma riducendone ulteriormente la portata applicativa in un bilanciamento di esigenze da tutelare nel particolare contesto tributario.

Dialogo tra le parti, chiarimento precontenzioso, risparmio di energie economiche e processuali sono allora il fondamento della pronuncia alla luce del dovere tributario, come dovere costituzionale inderogabile di solidarietà, affinché il prelievo fiscale sia effettivo in quanto *«preordinato al finanziamento del sistema dei diritti costituzionali»*. Accettabili, dunque, le misure atte a prevenire l'inosservanza dei doveri di lealtà e correttezza da parte del contribuente purché non risultino superati i limiti della ragionevolezza.

La Corte amplia così le considerazioni sul sistema tributario che deve rimanere *«saldamente ancorato al complesso dei principi e dei relativi bilanciamenti che la Costituzione prevede e consente, tra cui, appunto, il rispetto del principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.)*. Sicché quando il legislatore disattende tali condizioni, si allontana dalle altissime ragioni di civiltà giuridica che fondano il dovere tributario: in queste ipotesi si determina un'alterazione del rapporto tributario, con gravi conseguenze in termini di disorientamento non solo dello stesso sviluppo dell'ordinamento, ma anche del relativo contesto sociale». *«Sul piano esecutivo, è poi necessario che l'amministrazione finanziaria modelli il proprio atteggiamento secondo i canoni di correttezza e buona fede, come richiesto, del resto, dall'art. 10, comma 2, dello statuto dei diritti del contribuente (legge n. 212 del 2000), che prefigura doveri di informazione a carico della stessa amministrazione finanziaria (artt. 5 e 6), il diritto al contraddittorio (art. 6-bis) e alla motivazione (art. 7) nonché la non utilizzabilità delle prove raccolte oltre i termini di legge (art. 7-quinquies)*. Quando questi principi sono disattesi, anche in questo caso ci si allontana dalle ragioni di civiltà giuridica che fondano i doveri inderogabili di solidarietà e il contribuente si ritrova a subire nuovamente il peso di una condizione di soggezione».

Le premesse aprono al finale di infondatezza della questione di illegittimità della preclusione, considerando che *«la sua struttura la pone sì tra le preclusioni di “natura processuale” (sentenza n. 26 del 2015 e ordinanza n. 181 del 2007), ma anche che dalla sua applicazione possono determinarsi riflessi sul piano sostanziale, allorché all’inutilizzabilità dei documenti e dei dati, ad esempio, consegua l’impossibilità di provare un reddito inferiore a quello accertato»*. Difficile a questo punto la lettura delle argomentazioni secondo cui, derivando *«dall’applicazione delle disposizioni censurate»*, *«a seconda della portata del debito fiscale che si determina per l’inutilizzabilità dei dati informativi, sanzioni amministrative sostanzialmente punitive o anche sanzioni formalmente penali, la loro interpretazione deve renderle del tutto estranee alla portata del principio nemo tenetur se detegere, che costituisce un “corollario essenziale dell’inviolabilità del diritto di difesa”, riconosciuto dall’art. 24 Cost. (ordinanze n. 202 del 2004, n. e n. 291 del 2002)»* (sentenza n. 84 del 2021), e del giusto processo». Solo seguendo la logica di una norma rivolta *«a spingere il contribuente a cooperare all’attività dell’amministrazione finanziaria, nell’ambito di una lealtà espressiva di una convergenza di interessi alla corretta determinazione dell’obbligazione tributaria»* si comprende l’approccio interpretativo fondato su un meccanismo normativo *«funzionale a evitare, anche con scopo deflattivo, l’istaurazione di un giudizio tributario non necessario»*.

Questa interpretazione, secondo la Corte, consente alla disposizione censurata di ritrovare *«una sua vocazione compatibile con il disegno costituzionale, essendo funzionale a favorire un dialogo anticipato, pre-contenzioso, fra le parti e quella reciproca correttezza di rapporti tra pubblica autorità e contribuenti che è «presupposto di ogni civile convivenza» (sentenza n. n. 351 del 2000). Del resto, così ridimensionata e intesa, la norma censurata è idonea a inserirsi nel più ampio contesto dell’evoluzione dei rapporti tra “autorità” e “consenso” e del tentativo di un graduale abbandono, da parte del legislatore tributario italiano, della risalente visione autoritaria del rapporto tra amministrazione finanziaria e contribuente a favore di una progressiva partecipazione di quest’ultimo al procedimento»*.

2. Riportate testualmente le ragioni a sostegno della declaratoria di infondatezza, rimane tuttavia il dubbio se la sottolineata *«evoluzione dei rapporti tra “autorità” e “consenso” e il tentativo del «graduato abbandono... della risalente visione autoritaria del rapporto tra amministrazione finanziaria e contribuente»*, siano idonei a giustificare una riedizione del dovere di collaborazione sanzionato, se mancato, con l’esclusione di elementi favorevoli. Se è vero che struttura e principi degli ordinamenti penale e tributario non risultano speculari, nonostante gli interventi giurisprudenziali “europei”¹, difficile poter ammettere che il diritto di difesa sia salvaguardato da quello che in realtà si può rappresentare forse come onere, certo atipico, o dovere di produzione documentale *contra se* o comunque di scelta tra la *«rinuncia alla strategia difensiva che ritiene di per sé più vantaggiosa e la perdita irreparabile di strumenti difensivi»* (ord. Corte giust. trib.). Né sembra che l’inutilizzabilità “a favore” ovvero la preclusione probatoria

¹ Corte Edu, sez. IV, 4 ottobre 2022, De Legé c. Paesi Bassi n. 58342/15; Corte Edu, 5 aprile 2012, Chambaz c. Svizzera, su cui D. INGENITO, *L’evoluzione giurisprudenziale del diritto al silenzio in sede tributaria*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 15 dicembre 2023; N. GALANTINI, *Il diritto al silenzio: da Boomer a Generazione Alpha in Proc. pen e giust.*, 2024, p. 1043.

per gli elementi con contenuto «*univocamente a favore del contribuente*», o anche parzialmente sfavorevoli, sia pienamente giustificata «*nell'ambito di una lealtà espressiva di una convergenza di interessi alla corretta delimitazione della obbligazione tributaria*». La difficile struttura della norma², che confonde sanzione ed effetti in una logica contraria a quella tipica della inutilizzabilità a carico o della inutilizzabilità a favore di atti illegittimi del rito penale³, lascia aperto il quesito se la disposizione, comunque interpretata restrittivamente e in una ottica costituzionalmente orientata, ritrovi una sua vocazione compatibile con il disegno costituzionale.

² Sul tema della 'preclusione probatoria' quale 'sanzione impropria', A. MARCHESELLI, *Diritto al silenzio e obblighi di collaborazione del contribuente, un equilibrio – delicato ma possibile e necessario – tra interesse pubblico e diritti fondamentali*, in *Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile*, SSM, Quaderno 14, 2022, p. 65. Volendo, N. GALANTINI, *La circolazione della prova nei rapporti tra procedimento tributario e procedimento penale*, in AA.VV., *Fisco, responsabilità, sanzioni. Una prospettiva multidisciplinare: accelerazione o disruption?*, a cura di G. Ragucci, Torino, Giappichelli, 2024, p. 13. In giurisprudenza, Cass., sez. V, 1° marzo 2022, n. 6786, in *dirittoegiustizia.it*, su cui A. MARINELLO, *Primi echi del diritto al silenzio in materia fiscale. La Corte di cassazione riconosce in via di principio il nemo tenetur se detegere nei procedimenti tributari*, in *Riv. dir. trib. on line*, 28 aprile 2022; A. GIOVANNINI, *Note sul diritto al silenzio in diritto tributario*, in *giustiziainsieme.it*, 2 marzo 2022. V., inoltre, Cass., sez. III, 17 maggio 2022, n. 32027, in *njus.it*, 31 agosto 2022; ID., *Sui principi del diritto al silenzio in diritto sanzionatorio tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2022, n. 2; S. F. COCIANI, *Sul diritto del contribuente al silenzio e a non cooperare alla propria incolpazione. Dal giusto processo al giusto procedimento?*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2022, n. 2.

³ Cfr. volendo, N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità effettiva della prova tra tassatività e proporzionalità*, in *Dir.pen. contemporaneo*, 2019, n. 4, p. 57.

7-8/2025

CARCERE, SUICIDI E SOVRAFFOLLAMENTO: EMERGENZE DA AFFRONTARE SUBITO

Lettera aperta ai presidenti del Senato e della Camera, al Presidente del Consiglio dei ministri e al Ministro della Giustizia

di Gian Luigi Gatta, Cesare Parodi e Francesco Petrelli

L'emergenza dei suicidi in carcere – 56 dall'inizio dell'anno, 7 dei quali ad agosto –, indice di inaccettabili condizioni di vita dei detenuti, impone di portare ancora una volta con urgenza alla Vostra attenzione la drammatica situazione di sovraffollamento che contraddistingue la realtà italiana. Essa rappresenta una palese violazione dei principi costituzionali della dignità umana e della finalità rieducativa della pena, nonché degli impegni internazionali assunti dal nostro Paese in materia di diritti umani. I dati ufficiali confermano che il numero dei detenuti è di gran lunga superiore alla capienza regolamentare degli istituti penitenziari, evidenziando una realtà indegna di un paese civile.

Il rapporto drammatico tra le dimensioni delle celle disponibili e il numero dei detenuti determina conseguenze devastanti sulla salute fisica e psichica di questi ultimi, sul lavoro del personale penitenziario (3 i suicidi quest'anno) e sulla possibilità di intraprendere adeguati percorsi trattamentali. È una situazione di ormai cronica emergenza che mina alle fondamenta la funzione stessa della pena, trasformando la detenzione in una mera afflizione, anziché, secondo la Costituzione, in un percorso volto al reinserimento sociale. Le ricadute negative si estendono all'intera società, compromettendo l'abbattimento della recidiva, e di conseguenza la sicurezza dei cittadini e la coesione sociale. Eppure, anche di recente la Corte costituzionale (sent. 139/2025) ha ribadito come sia "essenziale...che la pena detentiva sia eseguita in condizioni e con modalità tali da incentivare o rendere comunque praticabile il percorso rieducativo, in condizioni rispettose della dignità della persona e del principio di umanità della pena. Condizioni, queste, che è preciso dovere del legislatore e dell'amministrazione penitenziaria assicurare, con riguardo a tutti coloro che si trovano, oggi, nelle carceri italiane".

Pur consapevoli della complessità della questione, siamo fermi nella convinzione che non siano più procrastinabili interventi risolutivi, capaci di incidere subito su una situazione destinata ad aggravarsi di giorno in giorno.

In tal direzione, l'apporto tecnico, esperienziale e scientifico dell'avvocatura, della magistratura e dell'accademia rappresenta per il Paese una risorsa disponibile. Tra le possibili azioni, ulteriori rispetto agli strumenti dell'amnistia e dell'indulto, come è noto, previsti dalla Costituzione e riservati al Parlamento, suggeriamo di valutare con attenzione le seguenti:

7-8/2025

- Misure di deflazione carceraria: estensione della liberazione anticipata per i detenuti che si trovino nella parte finale dell'esecuzione della pena e che abbiano dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione; ampliamento e rafforzamento delle pene sostitutive delle pene detentive brevi e delle misure alternative alla detenzione, laddove possibile e compatibile con le esigenze di sicurezza, al fine di ridurre la popolazione carceraria;
- Potenziamento degli organici e delle risorse: incremento degli organici degli Uffici di Sorveglianza e del personale educativo, sanitario e di supporto psicologico, essenziale per una gestione più umana ed efficace delle carceri; revisione e attuazione dei piani di prevenzione dei suicidi in carcere; ampliamento dell'organico - allo stato largamente insufficiente - degli Uffici Interdistrettuali di Esecuzione Penale Esterna (UIEPE);
- Revisione delle politiche penali: un'attenta analisi e una revisione delle politiche penali che contribuiscono al sovraffollamento, valutando l'introduzione di pene meno afflittive per determinate tipologie di reati, così da consentire una più ampia applicazione di pene sostitutive e la contestuale riduzione dei casi in cui è possibile disporre la custodia in carcere.

Quali testimoni, nelle nostre rispettive vesti, delle costanti conseguenze drammatiche della condizione carceraria, riteniamo fondamentale, riaffermare i principi costituzionali secondo i quali la vita e la dignità di ogni persona, anche di chi ha sbagliato, devono essere tutelate, e le pene, compreso il carcere, devono servire a restituire alla società persone migliori. Non vorremmo che l'assuefazione alla cronica patologia del carcere italiano faccia venire meno nella società e nelle future generazioni l'umano sentimento di compassione, anche davanti ai suicidi, e l'idea secondo cui l'uomo non si identifica con il reato che ha commesso e ciascuno è, o può diventare una persona migliore rispetto alla peggiore delle cose che abbia fatto nella sua vita. Serve l'impegno di tutti, nei rispettivi ruoli, affinché si operino con urgenza i necessari interventi normativi e le norme vengano interpretate ed applicate in senso conforme alle suddette finalità.

Auspiciando un Vostro pronto e concreto intervento, restiamo a disposizione per ogni confronto e contributo, ognuno nel proprio ambito di competenze, che possa condurre alla risoluzione di questa annosa e ormai strutturale problematica.

R-ESTATE IN CELLA

A proposito dell'emergenza carcere

di Gian Luigi Gatta

Prendo in prestito il titolo di questo editoriale da quello di [una meritoria iniziativa sul tema del caldo in carcere organizzata a Monza dalle Camere penali del distretto di Milano](#), il prossimo 17 luglio (programma in allegato). E muovo da una prima considerazione: Francesco Petrelli (Presidente UCPI), Cesare Parodi (Presidente ANM) ed io eravamo stati facili profeti. In [un articolo pubblicato un mese fa su Repubblica e ripreso sulle pagine della nostra Rivista](#), avevamo sottolineato l'urgenza di un intervento per ridurre il numero dei detenuti nelle nostre carceri, sovraffollate e teatro di frequenti suicidi. Nel farlo, avevamo così chiosato: "l'estate, periodo critico, è ormai alle porte".

Il caldo torrido è arrivato e sta provando tutti noi, in cerca di un luogo fresco per non boccheggiare. Pensate allora cosa vuol dire in questi giorni condividere locali sovraffollati di un carcere con altri detenuti, in condizioni igieniche sanitarie e strutturali spesso precarie, con temperature attorno ai quaranta gradi. I detenuti sono oltre 62.000. Sapete quanti sono i "posti regolarmente disponibili", secondo i [dati del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale](#)? Poco più di 46.000, mentre le "camere ad uso detentivo" sono meno di 32.000. L'indice di sovraffollamento (rapporto tra detenuti presenti e posti regolarmente disponibili) è a livello nazionale del 133%. La nostra immagine è già compromessa sul piano internazionale: [a maggio l'Olanda ha rifiutato l'estradizione in Italia di una persona in ragione delle condizioni inumane delle nostre carceri](#).

Mentre il caldo scioglie l'asfalto delle strade, stiamo stipando persone in carceri che non hanno certo celle con l'aria condizionata. In [una intervista all'Avvenire, pubblicata sabato 5 luglio](#), l'On. Roberto Giachetti ci presenta una fotografia che lascia senza parole: "Come parlamentare, sono stato in visita nel penitenziario Mammagialla di Viterbo. Sa cosa ho visto? Non avendo più posto, hanno trasformato in celle alcuni uffici, che non hanno finestre e neppure il bagno. Con 40 gradi, i detenuti stanno lì dentro. E quando gli scappa di urinare, debbono farla dentro bottiglie di plastica, che poi danno alla Polizia penitenziaria per farle svuotare. Ma ci rendiamo conto? Altro che attuare i precetti costituzionali, lì si sta violando la dignità umana". Leggendo queste parole mi è tornata in mente la poesia di Primo Levi sui campi di concentramento e quel suo, durissimo, "considerate voi se questo è un uomo".

Intanto, nel silenzio generale che avvolge il carcere, luogo lontano dagli sguardi dei più, i suicidi continuano. Gli ultimi due a [Vasto](#) e a [Sollicciano](#). Mentre nuove leggi promettono sempre più carcere (da ultimo, il decreto-sicurezza), la realtà ci dice, numeri

7-8/2025

alla mano, che non c'è proprio più posto in carcere; il carcere è una risorsa finita – in tutti i sensi.

In gioco non ci sono solo numeri: ci sono persone, vite e diritti fondamentali che vanno tutelati anche se (e proprio perché) fanno capo a persone che, avendo commesso reati, sono limitate nell'esercizio di diritti e libertà. Aggressori che sono ora in posizione di debolezza, perché ristretti, e che sono custoditi sotto la responsabilità dello Stato e della società: quindi, di ciascuno di noi. Se non vogliamo una deriva della società e della civiltà del diritto nella quale viviamo, dobbiamo difendere i diritti dei detenuti e l'umanità della pena, enunciata nell'articolo 27 della Costituzione: "le pene non devono essere contrarie al senso di umanità".

Derive sono possibili, come mostra una notizia apparsa in settimana sui media: nell'inaugurare un centro per migranti in Florida, nelle paludi delle Everglades – [c.d. Alligator Alcatraz](#) - il Presidente Trump ha così cinicamente scherzato con il giornalista che lo intervistava: «insegneremo ai migranti come scappare da un alligatore se riescono a fuggire dalla prigione. Non correte in linea retta. Correte così». E ha mosso la mano con un movimento a zigzag. «E sapete una cosa? Le vostre possibilità aumentano dell'1% circa». Potremmo archiviare l'uscita come una battuta, una gag che starebbe bene in una puntata dei Simpson. Facendolo, però, rischieremmo di giustificare una narrazione della detenzione insensibile ai diritti umani, nella quale il surreale diventa reale.

Per fortuna nel nostro Paese le parole del Presidente Mattarella, pronunciate in settimana [incontrando al Quirinale il nuovo Capo del DAP e una delegazione della Polizia Penitenziaria](#), sono sideralmente lontane dalla retorica populistica trumpiana. Il Presidente Mattarella, dopo avere sottolineato la necessità di investire sul carcere – sulle strutture e sul personale - si è così espresso: "È drammatico il numero di suicidi nelle carceri, che da troppo tempo non dà segni di arresto. Si tratta di una vera e propria emergenza sociale, sulla quale occorre interrogarsi per porvi fine immediatamente. Tutto questo deve essere fatto per rispetto dei valori della nostra Costituzione".

La Costituzione dovrebbe essere il faro dell'azione di Governo e Parlamento. Tuttavia, è passato esattamente un anno dal decreto "carcere sicuro", che non ha in alcun modo migliorato le condizioni di detenzione. La ragionevole proposta del d.d.l. Giachetti di ridurre subito il numero dei detenuti facendo leva sulla liberazione anticipata (aumento retroattivo del numero di giorni di pena detratti per ogni semestre) non è stata approvata. Amnistia e indulto sono provvedimenti che la retorica del populismo penale ha da tempo messo al bando. Soluzioni pronte ed efficaci non se ne scorgono all'orizzonte. L'annunciata fornitura di 1000 [congelatori](#) 'pozzetto', da parte del Ministero, è qualcosa ma molto, molto poco. Come spegnere un vasto incendio con la pompa per irrigare il giardino di casa. Il Ministro Nordio ha parlato di espulsioni di stranieri: sono però state solo 463 nell'ultimo anno (dati del Garante nazionale) e sono notoriamente difficili da eseguire. Si lavora a piani di edilizia penitenziaria e alla realizzazione di strutture residenziali per determinate categorie di detenuti: interventi complessi, che richiedono tempo e investimenti, incapaci di rappresentare una concreta e pronta risposta a un'emergenza in corso. Si prospetta anche un'ulteriore riduzione del ricorso alla custodia in carcere: difficile però capire come questa proposta possa

conciliarsi con la torsione punitiva nei confronti di fasce di criminalità comune che affolla ogni giorno le aule delle direttissime. Sarebbe interessante conoscere i dati relativi alla tipologia di reato oggetto dei procedimenti nei quali è ordinata la custodia in carcere. Sarebbe doveroso, per il Parlamento, esaminare quei dati prima di iniziare il discorso su una possibile riforma della custodia in cautelare. Verosimilmente si tratta per la gran parte di quegli stessi reati che destano allarme sociale, per prevenire e reprimere i quali si minacciano pene sempre più severe. Davvero si prospetta meno carcere preventivo anche per i destinatari del decreto sicurezza (borseggiatori e borseggiatrici, occupanti abusivi di immobili, spacciatori di cannabis light, rivoltosi in carcere, ecc.)? O – sia perdonato il cattivo pensiero – si pensa di limitare in qualche modo l'intervento ai colletti bianchi? Con quale legittimità, però, sul piano del principio di uguaglianza e con quale soluzione tecnica? Se ne può discutere, ma intanto fa caldo ora nelle celle affollate. Per questo la responsabilità di chi governa il sistema penitenziario richiede di intervenire subito. Se c'è un caso in cui la necessità e urgenza di intervenire (ravvisata per il decreto-sicurezza) è incontrovertibile è questo dell'emergenza carceri, ancor più con la calura di questi giorni.

Ogni appello e atto di sensibilizzazione nel dibattito pubblico – compresi gli appelli di un detenuto noto come Gianni Alemanno, che proviene dal mondo della politica – è quanto mai opportuno e utile. È così anche per l'iniziativa delle Camere penali del distretto di Milano, che si svolgerà a Monza il 17 luglio. Portare una cella in piazza, facendo capire ai passanti cosa significa essere reclusi in condizioni di caldo e sovraffollamento, è un gesto di sensibilizzazione civile che richiama tutti al senso di umanità: un sentimento che non possiamo e non dobbiamo perdere e che, anzi, dobbiamo trasmettere alle future generazioni.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**