

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**4/2026**

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè 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, Dario Albanese, Alberto Alessandri, Silvia Allegranza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreatza, 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 Finocchiaro, 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. Kostoris, 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 Quattrococo, 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, Tommaso Trinchera, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Uberty, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Ilaria Giugni, Elisa Grisonich, Francesco Lazzarini, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Sara Prandi, Valentina Vasta.

*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 (salve 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

A. VALENTI, M. C. CARDARELLI, G. COLAIACOVO, V. V. CUOCCI, G. FONTANA, W. NOCERINO, A. PROCACCINO, F. G. VITERBO, D. CURTOTTI, <i>Sistemi di monitoraggio algoritmico delle comunicazioni e tutela dei diritti fondamentali: “cyber social security” research project</i> .....	5
C. BALBI, <i>La riforma della violenza sessuale tra illusioni semantiche e problemi applicativi</i> .....	29
R. BIANCHI, <i>La ragionevole previsione di condanna: lettura e sistematica</i> .....	59

### SCHEDE

G. L. GATTA, <i>La Corte EDU condanna l'Italia per la detenzione di un minore non accompagnato in un centro per stranieri adulti e per il ritardo del rimedio ex art. 700 c.p.c.</i> .....	75
M. GIALUZ, <i>Appello negato al PM, problemi annunciati: la riforma Nordio davanti alla Consulta</i> .....	81
C. PASINI, <i>Trattenimento del richiedente protezione internazionale in CPR: la Cassazione valorizza il sindacato del giudice del trattenimento a garanzia dell'effettività della tutela della libertà personale</i> .....	85
F. FERRI, <i>Il d.l. “sicurezza” n. 48/2025 alla prova della Corte costituzionale: sollevata questione di legittimità sui requisiti di necessità e urgenza del decreto nonché in rapporto alla offensività della criminalizzazione della “cannabis light”</i> .....	97
L. PEDOL, <i>Danneggiamento del braccialetto elettronico. Per la Cassazione si procede d'ufficio in quanto è cosa “destinata a pubblico servizio” e non “esposta alla pubblica fede”</i> .....	109
R. BOVATTI, <i>“Piccole mafie” e compatibilità convenzionale: note a margine di Casamonica c. Italia</i> .....	113
F. FERRI, <i>La Corte EDU sui rapporti tra confisca del prezzo o profitto del reato ex art. 322 ter c.p. e risarcimento del danno erariale: sproporzionato il cumulo tra le due misure</i> .....	117



**SISTEMI DI MONITORAGGIO ALGORITMICO DELLE  
COMUNICAZIONI E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI:  
"CYBER SOCIAL SECURITY" RESEARCH PROJECT<sup>(\*)</sup>**

di Alessandro Valenti, Maria Cecilia Cardarelli, Guido Colaiacovo, Valentina  
Vincenza Cuocci, Giorgio Fontana, Wanda Nocerino, Angela Procaccino,  
Francesco Giacomo Viterbo, Donatella Curtotti

*Il contributo presenta alcuni tra i più rilevanti risultati del progetto di ricerca "Cyber Social Security", finalizzato allo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale per la prevenzione del cyberbullismo che siano al contempo efficaci e conformi al quadro normativo. L'indagine si focalizza sulla compatibilità tra l'addestramento e l'impiego di sistemi di monitoraggio algoritmico delle comunicazioni e la tutela dei diritti fondamentali, e inoltre si interroga sull'applicabilità dell'EU AI Act e sui vincoli imposti dal GDPR, tenendo conto anche della bozza di regolamento Digital Omnibus. Dopo aver esaminato tali profili, vengono delineate le possibili prospettive di innesto dei sistemi, in un contesto che vedrà crescere sempre più l'impiego dell'intelligenza artificiale negli scenari investigativi, così come la funzione preventiva delle piattaforme digitali, ma che resta ancora privo di solidi riferimenti normativi.*

SOMMARIO: 1. Il progetto "Cyber Social Security" per la lotta al cyberbullismo – 2. Limiti delle metodiche tradizionali e necessità di investire sui sistemi di monitoraggio algoritmico – 3. Natura e funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale in corso di sviluppo – 4. Rischi per i diritti fondamentali e contromisure – 4.1. Monitoraggio algoritmico delle comunicazioni e diritto alla riservatezza 4.2. ...e libertà di espressione – 4.3. Applicabilità dell'EU AI Act, classificazione dei sistemi, implicazioni – 4.4. Base giuridica del trattamento e principio di proporzionalità alla luce del GDPR – 4.5. Verso il "Digital Omnibus" – 5. Prospettive

### **1. Il progetto "Cyber Social Security" per la lotta al cyberbullismo.**

La diffusione degli ambienti comunicativi *online* ha reso le interazioni digitali una componente centrale della vita quotidiana, soprattutto per le giovani generazioni. Accanto ai benefici derivanti dalle nuove modalità di comunicazione, sono emersi rischi significativi. La comunicazione tecnologicamente mediata, affrancata dai tradizionali

---

<sup>(\*)</sup> Il contributo si inserisce nell'ambito del Progetto di ricerca "Cyber Social Security" (CUP D73C23002120005), partenariato esteso SERICS (PE00000014 - Cup n. F53C22000740007), bando a cascata Spoke 3 "Attacks and Defences", ammesso a finanziamento PNRR, Missione 4 – Componente 2 - Investimento 1.3, Next GenerationEU.

limiti spazio-temporali e contraddistinta da distanza relazionale, nonché dalla possibile condizione di anonimato, favorisce l'emergere di condotte aggressive e devianti, e amplifica la loro offensività. Tali comportamenti, infatti, possono diffondersi con estrema rapidità e raggiungere un pubblico vasto e indeterminato. In questo scenario, desta particolare allarme il cyberbullismo, un fenomeno che è in costante crescita in tutto il mondo<sup>1</sup>.

Alla luce delle evidenze emerse, quattro università pugliesi (Università del Salento - capofila, Università degli Studi di Foggia, Politecnico di Bari, Università LUM "Giuseppe Degennaro") hanno lavorato sinergicamente dal 1° luglio 2024 al 31 dicembre 2025 per elaborare strumenti efficaci di prevenzione del fenomeno, nell'ambito del più ampio progetto "Cyber Social Security" (C.S.S.) coordinato dall'Università degli studi di Bari. L'intento della ricerca è stato quello di progettare sistemi di intelligenza artificiale in grado di identificare e segnalare tempestivamente comportamenti-indicatori di cyberbullismo realizzati sui *social network* e sui canali pubblici di messaggistica istantanea, assicurando, al contempo, anche in fase di addestramento degli algoritmi, il pieno rispetto dei diritti fondamentali, con particolare riguardo ai diritti delle persone minorenni.

In tal modo, il progetto ha inteso perseguire con rigore l'obiettivo di soddisfare l'esigenza di tutela dei diritti dei minori nello spazio cibernetico, sempre più avvertita sia in Italia<sup>2</sup> sia nell'Unione europea. In particolare, la ricerca si colloca potenzialmente nel solco tracciato dall'art. 28 del Regolamento (UE) 2022/2065 ("*Digital Services Act*"), a mente del quale «i fornitori di piattaforme *online* accessibili ai minori adottano misure adeguate e proporzionate per garantire un elevato livello di tutela della vita privata, di sicurezza e di protezione dei minori sul loro servizio»<sup>3</sup>.

Questo obiettivo è stato perseguito mediante un approccio multidisciplinare. La componente ingegneristica e informatica del gruppo di ricerca è stata chiamata a sviluppare i sistemi di intelligenza artificiale, e quindi a progettare gli algoritmi e ad addestrarli, dopo aver raccolto i dati necessari da *social network*, sistemi di messaggistica e telecamere ambientali. La componente psicologica ha chiarito le dinamiche relazionali

---

<sup>1</sup> OMS, *A focus on adolescent peer violence and bullying in Europe, central Asia and Canada Health Behaviour in School-aged Children international report from the 2021/2022 survey*, Volume 2, www.who.int, 27 marzo 2024.

<sup>2</sup> In Italia, tra le iniziative dirette a questo scopo è paradigmatico il disegno di legge AS n. 1136 del 13 maggio 2024 ("*Disposizioni per la tutela dei minori nella dimensione digitale*"), che ha come diretti destinatari «i fornitori di servizi della società dell'informazione». Se il d.d.l. venisse approvato, questi ultimi assumerebbero il dovere di verificare che gli utenti abbiano almeno quindici anni. Inoltre, i contratti conclusi con soggetti di età inferiore sarebbero «nulli» e «non po[trebbero] rappresentare idonea base giuridica per il trattamento dei dati personali», ai sensi dell'articolo 6, par. 1, lett. b), GDPR, salvo che non siano stati stipulati per conto del minore da chi esercita la responsabilità genitoriale o dal tutore. Sul rispetto di tali disposizioni dovrebbero vigilare l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e il Garante per la protezione dei dati personali, i quali, in caso di violazioni, dovrebbero irrogare le sanzioni di cui al d.lgs. 31 luglio 2005, n. 177 e al GDPR (artt. 2 e 3).

<sup>3</sup> Sul regolamento, S. Braschi, *Il nuovo Regolamento sui servizi digitali: quale futuro per la responsabilità degli Internet Service Provider?*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, p. 367 ss.; O. Murro, *Il ruolo delle piattaforme online nella prevenzione della violenza di genere: cosa cambia con il Digital Service Act*, in *Pen. dir. proc.*, 19 dicembre 2025.

del fenomeno. La componente giuridica ha assunto il ruolo di garante della conformità del progetto al quadro normativo.

Un primo macro-obiettivo affidato ai giuristi ha riguardato la predisposizione di *guidelines*, dirette alla componente tecnica del progetto, volte ad assicurare la costante rispondenza della ricerca, oltre che dei suoi prodotti tecnologici, ai principi costituzionali e sovranazionali in tema di libertà fondamentali, nonché al Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (c.d. "EU AI Act") e al Regolamento (UE) 2016/679 sulla protezione dei dati personali (c.d. "GDPR").

Corre l'obbligo di precisare che le linee guida non sono state sviluppate nell'ottica di garantire la piena conformità dei sistemi di intelligenza artificiale oggetto di studio al quadro normativo che interessa i loro possibili impieghi futuri: il perseguimento di questo obiettivo avrebbe rischiato di sacrificare eccessivamente la ricerca. Come si illustrerà in seguito, la normativa euro-unitaria prevede un regime di obblighi attenuato qualora il trattamento dei dati personali e lo sviluppo dei sistemi di intelligenza artificiale siano giustificati da finalità di ricerca scientifica. Tale scelta comporta che gli strumenti di monitoraggio automatizzato sviluppati nel corso del progetto, eventualmente, dovranno essere sottoposti ad un'attenta revisione prima di essere immessi sul mercato.

Un secondo macro-obiettivo è stato quello di identificare le condotte di cyberbullismo, analizzando la legge 29 maggio 2017 n. 71, volta alla prevenzione» e al «contrasto» del fenomeno<sup>4</sup>, con particolare riguardo all'art. 2, che lo definisce, delineando una fattispecie alla cui integrazione non consegue l'applicabilità di una pena o di una circostanza aggravante<sup>5</sup>, bensì l'operatività di una serie di istituti che hanno lo scopo di evitare che vengano realizzati nuovi episodi offensivi e, prima ancora, di neutralizzare gli ulteriori potenziali effetti dannosi di comportamenti già posti in essere.

Tale analisi è stata finalizzata ad escludere dal raggio di azione dei sistemi di intelligenza artificiale le condotte giuridicamente irrilevanti, e, conseguentemente, ad addestrare gli algoritmi sui c.d. "comportamenti spia", intesi come segnali di allarme di imminenti offese. In tal modo, si è perseguito l'obiettivo di garantire la progettazione di

<sup>4</sup> Inizialmente, si trattava di una legge esclusivamente sul cyberbullismo. La Legge 17 maggio 2024, n. 70 ha ampliato l'oggetto della disciplina al fenomeno del bullismo. L'incipit della nozione di cyberbullismo, prevista dall'art. 1, comma 2, legge n. 71/2017, è evocativo: «ai fini della presente legge, per "cyberbullismo" si intende». In effetti, la definizione normativa potrebbe non coincidere con quelle comuni, tratte dall'esperienza. Quelle nozioni, chiarisce il legislatore, non condizionano l'operatività degli istituti previsti dalla legge in esame. A tal fine, la nozione rilevante è questa: «per "cyberbullismo" si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo».

<sup>5</sup> Il cyberbullismo non integra un'autonoma fattispecie di reato, ma è pur vero che molte delle condotte descritte dall'art. 1, comma 2, legge n. 71/2017 hanno rilevanza penale e che altre possono acquisirla nell'ipotesi in cui ricorrano ulteriori elementi. Sul tema, M. C. Parmiggiani, *Il cyberbullismo*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi - S. Canestrari - A. Manna - M. Papa, Utet, 2019, p. 673 e ss.

un sistema coerente con la normativa di settore, e quindi idoneo a perseguire finalità preventive. In questa prospettiva, all'interno dell'area di ricerca, è stata anche svolta un'analisi relativa agli strumenti apprestati dalla stessa legge, nell'ottica di verificare se quelli in progettazione siano funzionali all'adempimento di specifici obblighi gravanti sulle *Big Tech*.

Nel presente contributo si intende offrire una sintesi dei risultati dello studio orientato alla predisposizione delle *guidelines*, condotto in sinergia dall'Università degli studi di Foggia e dall'Università del Salento, includendo anche spunti riconducibili alla ricerca incentrata direttamente sulla legge n. 71/2017. Preliminarmente, appare necessario soffermarsi sulle ragioni che rendono imprescindibile lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale nella lotta al cyberbullismo e poi, al fine di comprendere l'effettiva portata delle problematiche che sollevano, delinearne sinteticamente il funzionamento.

## **2. Limiti delle metodiche tradizionali e necessità di investire sui sistemi di monitoraggio algoritmico.**

Al fine di comprendere la necessità di investire nello sviluppo di adeguati sistemi di monitoraggio algoritmico, occorre interrogarsi sulla sussistenza di metodiche alternative disponibili che siano in grado di realizzare la finalità del progetto *Cyber Social Security*. La finalità, si ripete, è quella di individuare tempestivamente, nello spazio cibernetico, segnali di allarme relativi al compimento di atti di cyberbullismo, così da consentire un intervento anticipato rispetto alla possibile evoluzione del comportamento lesivo.

Attualmente, non sono ipotizzabili strumenti alternativi all'intelligenza artificiale in grado di soddisfare tale esigenza. La ragione è piuttosto intuitiva. Qualsiasi forma di monitoraggio affidata esclusivamente all'operatore umano, anche quella che presenta il minore impatto sui diritti fondamentali, in quanto limitata all'osservazione dei comportamenti manifestati nello spazio pubblico digitale, si scontra frontalmente con l'estensione sterminata e incontrollabile delle interazioni sociali che si svolgono nell'universo cibernetico. In tale scenario, appare oggettivamente impossibile garantire l'effettività della funzione preventiva in assenza di sistemi automatizzati di rilevamento, tanto per gli attori pubblici quanto per quelli privati.

Senonché, lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale in grado di servire la finalità preventiva senza costituire seri pericoli per i diritti fondamentali è un processo ancora in atto e che non consiglia (imprudenti) accelerazioni da parte del legislatore. Ne consegue che, attualmente, nel quadro normativo che rileva in questa analisi, non si rinviene un obbligo di monitoraggio attivo e costante sulla natura dei contenuti pubblicati.

Allo stato attuale, il legislatore nazionale e quello unitario configurano l'azione preventiva del *cybercrime* come un adempimento esigibile nei limiti in cui il meccanismo è messo in moto dagli utenti dei servizi e, per quanto si dirà, sul presupposto di una condotta illecita.

Così, la l. 71/2017 riconosce alla vittima di cyberbullismo il diritto di segnalare condotte offensive e il conseguente obbligo per il gestore del *social* di attivarsi a sua tutela, mediante il potere di rimozione o oscuramento dei contenuti (art. 2, comma 1). Analogamente, il *Digital Services Act* obbliga i c.d. “prestatori di servizi della società dell’informazione”, categoria nella quale rientrano i c.d. “*social network*” (Considerando n. 13) a predisporre meccanismi di segnalazione dei «contenuti illegali» e impone loro di provvedere tempestivamente (art. 16, par. 1 e 5), assumendo decisioni che possono consistere, ad esempio, nella rimozione dei contenuti o nella sospensione o chiusura del profilo utente (art. 17, par. 1).

Tuttavia, tale contegno diligente, da parte del soggetto interessato, e a maggior ragione dei terzi, non è imposto a livello generale da alcuna disciplina, per l’effetto che l’agire delle *Big Tech* contro il cyberbullismo rischia di assumere tratti ipotetici, casuali ed episodici. Peraltro, laddove a segnalare l’evento sia la vittima, la segnalazione non risulta il presupposto di un’azione di carattere effettivamente preventivo, essendosi l’offesa già in parte consumata.

Allora, per prevenire davvero il cyberbullismo, i gestori dei *social network* dovrebbero avvalersi del supporto di sistemi automatizzati per il monitoraggio sistematico dell’ambiente comunicativo digitale, finalizzato al rilevamento di comportamenti suscettibili di evolvere nell’evento lesivo.

Il regolamento euro-unitario, in realtà, tiene conto della possibilità di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale per la c.d. “moderazione dei contenuti”, tanto è vero che tale formula descrive l’insieme di «attività, automatizzate o meno, svolte dai prestatori di servizi intermediari con il fine, in particolare, di *individuare, identificare e contrastare contenuti illegali* e informazioni incompatibili con le condizioni generali, forniti dai destinatari del servizio» (art. 3, par. 1, lett. t).

Senonché, il *Digital Services Act*, come si è anticipato, non introduce un obbligo di monitoraggio algoritmico dei contenuti offensivi, ma tenta di rendere il più possibile trasparente lo svolgimento di tale attività<sup>6</sup>. L’art. 8 non lascia adito a dubbi: «ai prestatori di servizi intermediari *non è imposto alcun obbligo generale di sorveglianza* sulle informazioni che tali prestatori trasmettono o memorizzano, né di accertare attivamente fatti o circostanze che indichino la presenza di attività illegali».

Per altro verso, i contenuti che costituiscono oggetto delle attività di segnalazione e di rimozione sono soltanto quelli «illegali»<sup>7</sup>, non anche le condotte apparentemente

---

<sup>6</sup> Il *Digital Services Act* prevede che i prestatori di servizi intermediari debbano mettere a disposizione del pubblico, su base almeno annuale, uno o più *report* sulle attività di moderazione svolte nei quali devono risultare le informazioni su quelle «avviate di propria iniziativa dai prestatori, compres[o] l'utilizzo di strumenti automatizzati» (art. 15, par. 1, lett. c). Rileva in tal senso anche la previsione che impone di motivare le decisioni di moderazione (art. 17): «ove opportuno», va chiarito al soggetto interessato «se la decisione sia stata adottata in merito a contenuti *individuati o identificati per mezzo di strumenti automatizzati*».

<sup>7</sup> Il *Digital Services Act* definisce in questi termini il concetto di «contenuto illegale»: «qualsiasi informazione che, di per sé o in relazione a un'attività, tra cui la vendita di prodotti o la prestazione di servizi, non è conforme al diritto dell'Unione o di qualunque Stato membro conforme con il diritto dell'Unione, indipendentemente dalla natura o dall'oggetto specifico di tale diritto» (art. 3). Il *Considerando* n. 12 chiarisce che «tale concetto dovrebbe, in particolare, intendersi riferito alle informazioni, indipendentemente dalla

irrilevanti, ed eventualmente lecite, ma suscettibili di evolversi in comportamenti offensivi. Da questo punto di vista, i sistemi di intelligenza artificiale ai quali si riferisce il regolamento non sono sistemi di rilevamento dei c.d. “indicatori di rischio” o “comportamenti spia”.

La vera sfida è questa: implementare sistemi di intelligenza artificiale capaci di *impedire* le offese; sistemi affidabili e rispettosi dei diritti fondamentali alla luce dei quali avviare una seria riflessione sull'imposizione di un obbligo di monitoraggio diretto agli intermediari della comunicazione telematica.

### 3. Natura e funzionamento dei sistemi di intelligenza artificiale in corso di sviluppo.

Tentano di rispondere a questa sfida i sistemi di intelligenza artificiale realizzati nell'ambito del progetto *Cyber Social Security*. Dal punto di vista funzionale, essi possono essere descritti come strumenti automatizzati potenzialmente in grado di analizzare grandi contenuti testuali pubblicamente accessibili sui *social network* e sui sistemi di messaggistica istantanea e di sottoporli ad un'analisi finalizzata ad individuare la ricorrenza di “*pattern*” comunicativi e comportamentali riconducibili al cyberbullismo.

Tali sistemi si basano su un procedimento articolato di trattamento dei contenuti testuali. In estrema sintesi, esso comprende le seguenti fasi:

I) raccolta dei contenuti in conformità al GDPR (tema, questo, che si approfondirà successivamente) e organizzazione degli stessi, la quale include procedure di tokenizzazione avanzata, normalizzazione lessicale, rimozione delle c.d. “*stop-word* contestuali”, gestione di *slang*, abbreviazioni e forme ortografiche non *standard* tipiche della comunicazione *online*, nonché l'identificazione di elementi paralinguistici come *emoticon*, *emoji* e marcatori discorsivi, che, nelle dinamiche del fenomeno, assumono spesso un valore rilevante<sup>8</sup>;

---

loro forma, che ai sensi del diritto applicabile sono di per sé illegali, quali l'illecito incitamento all'odio o i contenuti terroristici illegali e i contenuti discriminatori illegali, o che le norme applicabili rendono illegali in considerazione del fatto che riguardano attività illegali». Si fa riferimento, secondo un elenco non esaustivo, alle seguenti attività: «la condivisione di immagini che ritraggono abusi sessuali su minori, la condivisione non consensuale illegale di immagini private, il *cyberstalking* (pedinamento informatico), la vendita di prodotti non conformi o contraffatti, la vendita di prodotti o la prestazione di servizi in violazione della normativa sulla tutela dei consumatori, l'utilizzo non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore, l'offerta illegale di servizi ricettivi o la vendita illegale di animali vivi».

<sup>8</sup> La fattispecie di cyberbullismo è spesso integrata da condotte plurime, estemporanee, di per sé inoffensive, ma che assumono rilevanza se lette alla luce del contesto di riferimento. Molto spesso l'offesa è determinata dalle c.d. “*reactions*”, ossia la condivisione di stati d'animo o prese di posizione effettuate mediante le c.d. “*emojis*”. Questo significa che un approccio appiattito sulla natura del contenuto pubblicato (un video, un'immagine o alcune parole) è insoddisfacente, essendo impensabile prescindere da elementi quali il contesto comunicativo, la frequenza, il tipo di reazioni e la loro provenienza. Per interessanti spunti in materia, E. Battelli, *Minori e nuove tecnologie*, in AA.VV., *Diritto privato delle persone minori di età*, a cura di E. Battelli, Torino, 2021, p. 125.

II) arricchimento semantico ed esame del linguaggio “naturale”, ossia forme di analisi volte a cogliere il significato dei contenuti raccolti, avuto riguardo anche al contesto comunicativo<sup>9</sup>;

III) applicazione di modelli di *machine learning* e *deep learning*<sup>10</sup> addestrati per l’identificazione di *pattern* comportamentali associabili a dinamiche aggressive, moleste, persecutorie e discriminatorie.

Sul punto, va sottolineato che il sistema è strutturato come un insieme di classificatori cooperanti, ciascuno specializzato nell’individuazione di specifici aspetti del fenomeno, quali l’aggressività verbale, l’asimmetria di potere comunicativo, la ripetitività temporale degli attacchi e la presenza di bersagli vulnerabili. Sono tutti elementi che, combinati, consentono di distinguere episodi isolati di conflittualità *online* da comportamenti di cyberbullismo<sup>11</sup>.

Una volta terminato il procedimento, laddove il sistema abbia identificato un comportamento allarmante, genera un *alert* per segnalarne la presenza.

Alcuni modelli progettati prevedono anche la possibilità di oscurare quei contenuti. Si tratta, dunque, di una sorta di decisione automatizzata, ma dalla natura provvisoria.

È bene evidenziare, sul punto, che i sistemi relativi al progetto C.S.S. non sono stati progettati per sostituirsi all’uomo nell’assunzione di decisioni, bensì per costituire un valido supporto informativo destinato a orientare l’intervento umano. Per questo, essi sono stati integrati con meccanismi di *explainable AI*, finalizzati a rendere interpretabili le segnalazioni e a supportare gli operatori nella comprensione dei fattori che contribuiscono alla classificazione di un contenuto come potenzialmente riconducibile alle dinamiche del cyberbullismo.

Pertanto, operano meccanismi che consentono di individuare gli elementi che hanno avuto maggiormente peso nella segnalazione (es: il linguaggio impiegato), tecniche che consentono di visualizzare le parti del testo sul quale il sistema si è concentrato maggiormente durante l’analisi (c.d. “tecniche di *attention visualization* nei

<sup>9</sup> Sulle rappresentazioni “normalizzate” viene applicato un livello di *feature extraction* basato su tecniche di *Natural Language Processing* (NLP), che combina approcci tradizionali, quali n-grammi ponderati tramite TF-IDF, con rappresentazioni distribuzionali dense derivate da modelli di *word embedding* e *sentence embedding*, addestrati o adattati su *corpora* specifici del dominio sociale e linguistico di riferimento del progetto C.S.S.

<sup>10</sup> I modelli di apprendimento automatico impiegati includono algoritmi supervisionati come *Support Vector Machines*, *Random Forest* e *Gradient Boosting*, utilizzati come *baseline* per la classificazione binaria e multi-classe, e modelli di *deep learning* basati su architetture neurali ricorrenti e trasformative, in particolare reti LSTM, capaci di catturare dipendenze contestuali di lungo periodo e sfumature semantiche complesse tipiche del linguaggio offensivo e manipolativo.

<sup>11</sup> Dal punto di vista del flusso operativo, il sistema non si limita a una classificazione statica dei singoli messaggi, ma implementa un’analisi dinamica e temporale dei comportamenti, aggregando le predizioni su finestre temporali scorrevoli e su grafi di interazione tra utenti, al fine di rilevare *pattern* di accanimento, coalizione e isolamento sociale; elementi tipici delle dinamiche di cyberbullismo e difficilmente identificabili attraverso un’analisi puntuale dei contenuti. Questa componente di analisi comportamentale sfrutta modelli di *network analysis* e metriche di centralità, densità e reciprocità, integrandole con gli *output* dei classificatori linguistici per costruire indicatori compositi di rischio, utilizzabili in scenari di monitoraggio preventivo e di supporto alle politiche di intervento.

modelli neurali”) e metodi che permettono di evidenziare le porzioni di testo maggiormente incidenti sulla segnalazione (c.d. “metodi *post-hoc*” come LIME e SHAP)<sup>12</sup>.

#### 4. Rischi per i diritti fondamentali e contromisure.

Lo sviluppo e l’utilizzo dei sistemi automatizzati per finalità preventive solleva questioni di particolare delicatezza sotto il profilo giuridico; questioni ineludibili, se l’obiettivo è quello di neutralizzare il serio rischio che un dispositivo di prevenzione del crimine finisca per rappresentare esso stesso una minaccia, potenzialmente ancor più incisiva, per i beni giuridici coinvolti, dando luogo ad una evidente eterogenesi dei fini.

Il perseguimento di tale finalità ha richiesto un approccio alla ricerca fondato sui principi in materia di libertà fondamentali e di protezione dei dati personali, senza dimenticare l’EU AI Act e, più in generale, la direttiva di azione secondo la quale il processo di trasformazione digitale in corso d’opera deve mettere al centro le persone, rispetto alle quali la tecnologia opera in chiave servente, nel rispetto dei loro diritti fondamentali e a garanzia della loro sicurezza<sup>13</sup>.

La descrizione precedentemente svolta del meccanismo di funzionamento dei sistemi automatizzati chiarisce i rischi che la definizione delle *guidelines* ha mirato a contenere.

In primo luogo, il monitoraggio non deve sconfinare in forme di ingerenze indebite nella corrispondenza (art. 15 Cost.) e, più in generale, nella vita privata degli individui (art. 8 CEDU), né costituire uno strumento di sorveglianza di massa<sup>14</sup>.

In secondo luogo, siffatti sistemi di monitoraggio algoritmico devono essere progettati in modo da non comprimere oltre ciò che è strettamente necessario la libertà comunicativa degli utenti, nel rispetto della loro libertà di espressione (artt. 21 Cost e 10 CEDU), e devono essere il più possibile esenti da errori sistemici, i quali possono produrre conseguenze rilevanti sugli individui, tra cui stigmatizzazioni o discriminazioni<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Per approfondire questi profili, di carattere tecnico: S. Barocas - M. Hardt - A. Narayanan, *Fairness and Machine Learning. Limitations and Opportunities*, in [www.fairmlbook.org](http://www.fairmlbook.org), 2023; C. Molnar, *Interpretable Machine Learning, A Guide for Making Black Box Models Explainable*, in [www.christophmolnar.com](http://www.christophmolnar.com), 2022.

<sup>13</sup> Parlamento europeo – Consiglio – Commissione europea, *Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale*, 23 gennaio 2023, 2023/C 23/01.

<sup>14</sup> Con riferimento al problema del controllo e della sorveglianza, S. Zuboff, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell’umanità nell’era dei nuovi poteri*, Roma, 2012, p. 529 e ss. Più di recente, C. F. Watson, *Protecting Children in the Frontier of Surveillance Capitalism*, in *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. 27/2021.

<sup>15</sup> In argomento, F. Lagioia - G. Sartor, *Il sistema Compas: algoritmi, previsioni, iniquità*, in AA.VV., *XXVI Lezioni di diritto dell’intelligenza artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Giappichelli, 2021, p. 226 ss.; S. Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 614; G. Ubertis, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2021, p. 12 ss.

Non da ultimo, deve essere garantita la conformità dei trattamenti di dati personali ai principi indicati nel GDPR, a partire dal principio di liceità, che impone la sussistenza di un'adeguata base giuridica per ciascun trattamento di dati (art. 5, par. 1, lett. a) GDPR)<sup>16</sup>.

Qualunque sforzo esegetico implica che sia dapprima risolta la questione di fondo: i principi fondamentali del nostro ordinamento giuridico consentono, ed eventualmente entro che limiti, la progettazione e l'impiego di sistemi di monitoraggio algoritmico con finalità preventiva del cyberbullismo?

#### 4.1. Monitoraggio algoritmico delle comunicazioni e diritto alla riservatezza.

In questa indagine, la prima previsione normativa che assume rilevanza è l'art. 15 Cost., secondo il quale la libertà e la segretezza della corrispondenza, e di ogni altra forma di comunicazione, sono inviolabili. Si tratta di beni giuridici che possono subire limitazioni soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nel rispetto delle ulteriori garanzie stabilite dalla legge. Non può disconoscersi sul punto anche la rilevanza dell'art. 8 CEDU, a mente del quale ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, della propria abitazione e della propria corrispondenza. Le autorità pubbliche possono interferire con l'esercizio di tale diritto solo se tale interferenza è prevista dalla legge e costituisce una misura necessaria per la protezione di valori fondamentali<sup>17</sup>.

Si impone l'esigenza di verificare se i sistemi di intelligenza artificiale in esame, già nella fase di addestramento, siano suscettibili di incidere sulla segretezza della corrispondenza, se non addirittura sulla sua libertà, dal momento che, in tali casi, l'impiego di tale metodica richiederebbe una previsione normativa relativa ai casi e alle garanzie di applicazione, prima tra le quali è senz'altro il provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sul tema, F.G. Viterbo, *The 'User-Centric' and 'Tailor-Made' Approach of the GDPR Through the Principles It Lays down*, in *The Italian Law Journal*, f. 2, pp. 631 ss.

<sup>17</sup> Avuto riguardo alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di intercettazioni, l'assenza di una previa autorizzazione giudiziaria, la quale non è testualmente prevista dall'art. 8 CEDU, non dà necessariamente luogo ad una violazione convenzionale. La Corte, tuttavia, ha più volte evidenziato che, tra le garanzie che assumono primaria rilevanza nel giudizio sulla non arbitrarietà della «sorveglianza segreta» vi è la condizione secondo la quale l'autorità che autorizza la misura sia indipendente dal potere esecutivo (Corte Edu, G.c., 4 dicembre 2015, ric. n. 47143/06, *Roman Zakharov c. Russia*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)). Resta fermo che il controllo giurisdizionale preventivo «costituisce un'importante garanzia contro l'arbitrarietà» dell'ingerenza nella vita privata degli individui e «contribuisce a limitare il potere discrezionale delle autorità incaricate dell'applicazione di una legge formulata in maniera generale» (Corte Edu, Sez. I, 23 maggio 2024, ric. n. 2509/2019, *Contrada c. Italia n. 4*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 26 giugno 2024, con nota di L. Giordano, *Considerazioni sulla sentenza della Cedu Contrada c. Italia n. 4: per un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme di codice di rito*).

<sup>18</sup> Storicamente, il tema si è posto all'attenzione della dottrina ogni qualvolta nella prassi si è manifestato un mezzo tecnologico ad uso investigativo o preventivo che ha chiamato in causa i beni protetti dagli artt. 14 e 15 Cost. Rispetto al c.d. "captatore informatico", W. Nocerino, *Il captatore informatico nelle indagini interne e*

Il quesito impone di chiarire che la tutela costituzionale interessa la comunicazione *riservata*, protetta sia contro ostacoli al suo esercizio sia contro ingerenze nell'apprensione del contenuto<sup>19</sup>. Si tratta della trasmissione del pensiero rispetto alla quale, in ragione dell'«uso del mezzo espressivo» e delle «circostanze in cui avviene», è possibile escludere «una prevedibile possibilità di apprensione da parte dei terzi»<sup>20</sup>. La qualificazione dell'atto come riservato, dunque, interroga sulle sue «caratteristiche oggettive»<sup>21</sup>: non basta la volontà dell'autore del messaggio di delimitare la sfera dei riceventi, essendo necessario, dapprima, che il canale comunicativo sia «tecnicamente idoneo a garantire la segretezza»<sup>22</sup>, e quindi lo scopo che il mittente si propone di raggiungere.

Per altro verso, è pacifico che la formula «corrispondenza», contenuta nell'art. 15 Cost., così come nell'art. 68 Cost., è «sufficientemente ampia da ricomprendere le forme di scambio di pensiero a distanza [via messaggi di posta elettronica e *WhatsApp*], costituenti altrettante “versioni contemporanee” della corrispondenza epistolare e telegrafica». Lo ha ribadito la Consulta nella celebre sentenza con la quale ha risolto il conflitto di attribuzione tra il Sen. Matteo Renzi e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Firenze<sup>23</sup>.

La stessa pronuncia ha rafforzato il legame tra corrispondenza e riservatezza. Invero, secondo la Consulta, mantengono natura di corrispondenza i contenuti comunicativi «già ricevuti e letti dal destinatario, ma conservati nella memoria dei dispositivi elettronici del destinatario stesso o del mittente», «almeno fino a quando, per il decorso del tempo, essa non abbia perso ogni carattere di attualità, in rapporto all'interesse alla sua riservatezza, trasformandosi in un mero documento “storico”».

Le ricadute di queste coordinate d'insieme sono molteplici.

Laddove la comunicazione si svolga in un ambiente digitale aperto al pubblico (es: un “canale” pubblico di *Telegram*), non si verte in materia di “corrispondenza”, dal momento che la comunicazione non presenta i connotati che consentono di qualificarla come “riservata”. Per questo l'addestramento degli algoritmi e, in prospettiva, il loro impiego nelle piattaforme *social*, non trovano ostacolo nell'art. 15 Cost. Ciò vale non soltanto per la segretezza della comunicazione, ma anche per la sua libertà di esercizio. In una simile evenienza, si verte in materia di libertà di espressione. Il canone costituzionale di riferimento è l'art. 21 Cost., che la protegge, senza tuttavia apprestare, se non a tutela della stampa, una riserva di legge e di giurisdizione.

*transnazionali*, Wolters Kluwer, 2021, p. 210 ss.

<sup>19</sup> In merito alla sussistenza di due distinti, sebbene correlati, beni giuridici si veda V. Italia, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Giappichelli, 1963, p. 91; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Giappichelli, 2017, p. 65.

<sup>20</sup> F. Cordero, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Giuffrè, 1963, p. 84, nota 234, rispetto alla comunicazione in forma verbale.

<sup>21</sup> F. Caprioli, *Colloqui riservati e prova penale*, Giappichelli, 2000, p. 46.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>23</sup> Corte cost. 27 luglio 2023, n. 170, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2023, f. n. 4-5, p. 708 ss., con nota di D. Curtotti, *La sentenza costituzionale n. 170 del 2023 e le comunicazioni “apparenti”: quando un eccesso di garanzie non sempre è un moltiplicatore di garanzie*.

È problematico, invece, il monitoraggio automatico dei canali di messaggistica privata (es. una “chat *Whatsapp*”). In tal caso, le conversazioni si svolgono in un ambiente riservato, che resta tale anche una volta che il destinatario ha ricevuto e letto il messaggio. L’ingerenza sulla segretezza delle comunicazioni, pertanto, non è consentita in assenza di una base legale e di garanzie procedimentali, prima tra tutte l’atto motivato dell’autorità giudiziaria.

Alla luce di questa ricostruzione, nelle linee guida è stato previsto il divieto di addestrare gli algoritmi che impiegano tecniche idonee a visionare e carpire i contenuti comunicativi in ambienti digitali non connotati da pubblicità delle comunicazioni. Per analoghe ragioni, in prospettiva futura, per un eventuale utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale implementati nel corso del progetto, andrà ritenuta vietata l’attivazione di funzioni di monitoraggio<sup>24</sup>.

Il gruppo di ricerca ha anche ipotizzato il caso in cui gli interlocutori prestino un consenso espresso, consapevole, specifico e attuale (relativo a ciascuna comunicazione in corso e per tutta la sua durata, specificamente individuata), rispetto all’addestramento degli algoritmi nelle *chat* private. In tale contesto, il consenso, se validamente prestato, potrebbe forse legittimare ingerenze nella comunicazione, laddove si ritenga mancante il requisito della sua riservatezza.

#### 4.2. ...e libertà di espressione.

Chiarite le implicazioni derivanti dal rapporto tra sistemi di intelligenza artificiale implementati nell’ambito del progetto e diritto alla riservatezza, occorre indagare l’impatto di tali meccanismi sulla libertà di espressione (artt. 21 Cost. e 10 CEDU).

Si tratta di un valore, questo, che potrebbe essere intaccato laddove il rilevamento di una comunicazione potenzialmente offensiva producesse come conseguenza “automatizzata” la rimozione o anche soltanto l’oscuramento del contenuto comunicativo. Come si è anticipato, taluni sistemi sperimentati nel progetto C.S.S. sono integrati da quest’ultima funzione.

Rispetto al problema della liceità dell’oscuramento o della rimozione automatizzati del contenuto offensivo o potenzialmente offensivo appare decisivo osservare che l’appartenenza ad una *community online* (es. *Twitter*) implica l’accettazione delle sue regole<sup>25</sup>. Tra queste regole può e, sempre più, tenuto conto del quadro regolatorio euro-unitario, *deve* essere prevista quella della inaccettabilità dei contenuti ritenuti violenti, e conseguentemente quella secondo la quale gli stessi verranno rimossi una volta individuati.

---

<sup>24</sup> Ciò vale quantomeno laddove tali metodiche venissero impiegate dai privati. Laddove, invece, esse servissero gli scopi investigativi, la questione risulterebbe più complessa. Si accennerà al tema al termine del contributo.

<sup>25</sup> Sul tema, cfr. C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social network*, Napoli, 2014, p. 36 ss.

Così, l'art. 14, par. 1, *Digital Service Act* sancisce l'obbligo per i prestatori di servizi intermediari di includere nelle c.d. "condizioni generali", ossia le clausole che disciplinano il rapporto contrattuale con i destinatari del servizio (art. 3, par. 1, lett. u), «informazioni» riguardanti «le politiche, le procedure, le misure e gli strumenti utilizzati ai fini della moderazione dei contenuti, compresi il processo decisionale algoritmico e la verifica umana, nonché le regole procedurali del loro sistema interno di gestione dei reclami».

Tuttavia, nella misura in cui le piattaforme di *social network* operano come strumenti ordinari di manifestazione del pensiero, l'esercizio di tale "potere" risulta particolarmente delicato sul piano costituzionale, potendo risultare foriero di effetti ingiustamente pregiudizievoli per la libertà di espressione.

Ne consegue la necessità di adottare alcuni accorgimenti.

Il primo accorgimento, che opera a monte, è costituito dalla necessità di compiere uno sforzo, in fase di progettazione, per garantire un equilibrio tra la protezione dei minori e il rispetto della spontaneità delle interazioni *online*. Questo sforzo si traduce, a livello tecnico, nella necessità che gli algoritmi di rilevamento non siano configurati come meccanismi eccessivamente restrittivi. In altri termini, la finalità preventiva non dovrebbe giustificare la censura preventiva di qualunque comunicazione che possa ipoteticamente evolversi in uno scenario di cyberbullismo. È questa una direttiva di azione, modellata sul canone di necessità<sup>26</sup>, il cui rispetto passa per la individuazione di segnali di rischio connotati da un adeguato grado di serietà, e che ha l'ulteriore effetto positivo di evitare un eccesso di segnalazioni che, altrimenti, rischierebbe di offuscare l'emersione di situazioni effettivamente problematiche.

Ancor prima, gli algoritmi non devono essere eticamente orientati e devono ridurre al minimo il rischio di falsi positivi o negativi, perché un sistema caratterizzato da elevato tasso di errore, oltre a risultare scarsamente utile, per inaffidabilità, si risolve nella ingiustificata compressione delle libertà fondamentali, dalla libertà di espressione sino alla libertà di iniziativa economica privata degli utenti. La mitigazione dei *bias* richiede procedure di valutazione continue e strategie di correzione che consentano di preservare l'affidabilità delle analisi.

In questo senso, e più in generale, appare irrinunciabile la c.d. "sorveglianza umana" sui risultati restituiti dal sistema algoritmico, rispetto alla quale si rivelano essenziali i suindicati di meccanismi di *explainable AI*. Invero, anche un sistema di intelligenza artificiale progettato per valorizzare i dati di contesto potrebbe non essere in grado di comprendere appieno la complessità della vicenda umana. Allora, in linea di principio, ogni segnalazione generata dal sistema deve essere sottoposta ad un controllo validante da parte di personale esperto, che sia in grado di contestualizzare le informazioni e determinare l'effettiva presenza di comportamenti a rischio.

Questo principio, tuttavia, deve essere adeguatamente tradotto in regole di azione. Il pericolo, infatti, è quello di posticipare eccessivamente l'intervento a tutela del minore e, in tal modo, vanificare lo scopo (preventivo) dello strumento impiegato. È

---

<sup>26</sup> In argomento, A. Sandulli, voce *Proporzionalità*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Giuffrè, 2006, p. 4643 ss.

sembrato dunque ragionevole, in un'ottica di bilanciamento, consentire che il contenuto che il sistema di intelligenza artificiale considera una minaccia concreta possa essere *oscurato* in via automatizzata (in un'ottica para-cautelare); tuttavia, l'oscuramento, per non assumere i connotati di una sostanziale cancellazione del contenuto, dovrebbe operare per il tempo strettamente necessario a consentire una rapida verifica da parte dei soggetti competenti.

Le linee guida, pertanto, hanno previsto un divieto di decisioni automatizzate, temperato dalla possibilità di un esercizio provvisorio del potere di oscuramento.

Sul punto, invece, il *Digital Service Act* appare maggiormente permissivo, nella misura in cui manifesta di tollerare decisioni definitive interamente automatizzate (art. 16, par. 6), pretendendo la "sorveglianza umana" soltanto a seguito della presentazione di un reclamo avverso tali decisioni e, dunque, nella fase "impugnatoria" in senso lato (art. 20, par. 6). Si tratta di una soluzione che è in grado di contemperare i diversi interessi in gioco, alla duplice condizione che il contenuto o il profilo censurato sia sempre ripristinabile e che la decisione sul reclamo venga adottata in tempi rapidi.

#### 4.3. Applicabilità dell'EU AI Act, classificazione dei sistemi, implicazioni.

Il Regolamento (UE) 2024/1689 ha imposto ulteriori riflessioni.

Come è noto, tale normativa qualifica come «pratiche vietate» alcuni sistemi di intelligenza artificiale<sup>27</sup> mentre ad altri attribuisce un livello di rischio in base all'impatto prodotto sui diritti fondamentali<sup>28</sup>. Ci si è chiesti, allora, se i sistemi sviluppati nell'ambito del progetto *Cyber Social Security* potessero eventualmente rientrare tra le pratiche "vietate" o tra quelle "ad alto rischio". Nel primo caso, sarebbe venuta meno la stessa ragion d'essere dell'addestramento degli algoritmi. Nel secondo caso, invece, sarebbero conseguite una serie di conseguenze in punto di sviluppo, validazione e monitoraggio funzionale dei sistemi<sup>29</sup>.

Occorre osservare che i sistemi di intelligenza artificiale progettati possono avvalersi della tecnica di estrazione massiva dei dati nota come "*web scraping*"<sup>30</sup> e che gli

<sup>27</sup> Tra i contributi di carattere generale relativi all'EU AI Act, si segnalano: R. Pardolesi, *Intelligenza artificiale (de)generativa? Svolazzi a cavallo tra ovieta e disincanto*, in *Foro it.*, 2025, V, p. 5 e ss.; S. Orlando, *Sugli inviti rivolti dalla commissione europea all'Italia di modificare il d.d.l. sulla IA relativamente all'utilizzo dei sistemi di IA in ambito sanitario, nelle professioni intellettuali e nell'amministrazione della giustizia*, *ivi*, p. 49 e ss.; G. Vettori, *La "crisi del diritto" e il regolamento IA. Un esempio di positivismo inclusivo*, *ivi*, p. 12 e ss.; S. Pagliantini, *La base giuridica dell'AI Act ex art. 114 Tfu: l'intelligenza artificiale tra mercato e persona*, *ivi*, p. 19 e ss.

<sup>28</sup> In argomento, S. Orlando, *Regole di immissione sul mercato e pratiche di intelligenza artificiale vietate nella Proposta di Artificial Intelligence Act*, in *Persona e Mercato*, 2022, p. 346 e ss.

<sup>29</sup> Sul tema, E. Palmerini, *La governance dei sistemi ad alto rischio nell'Artificial Intelligence Act: uno sguardo panoramico*, in *Foro it.*, 2025, V, p. 35 e ss.

<sup>30</sup> Secondo il Garante per la protezione dei dati personali, *Delibera 20 maggio 2024, n. 329*, in *Gazz. Uff.* 7 giugno 2024, n. 132, «si parla di *web scraping* laddove l'attività di raccolta massiva ed indiscriminata di dati (anche personali) condotta attraverso tecniche di web crawling è combinata con un'attività consistente nella memorizzazione e conservazione dei dati raccolti dai bot per successive mirate analisi, elaborazioni ed utilizzi».

stessi sistemi hanno una dichiarata finalità di prevenzione del crimine, essendo finalizzati a monitorare, segnalare e oscurare i contenuti suscettibili di evolversi nell'offesa che la legge n. 71/2017 intende prevenire. Conseguentemente, trovano quali potenziali destinatari tanto i gestori dei *social network* quanto le forze dell'ordine.

Con riferimento alla metodica di addestramento e di funzionamento, va evidenziato che il *web scraping* costituisce una pratica vietata ai sensi dell'art. 5, lett. e), EU AI Act. E tuttavia il divieto interessa soltanto i sistemi che raccolgono massivamente immagini facciali dal *web* o filmati di telecamere a circuito chiuso per alimentare banche dati di riconoscimento facciale<sup>31</sup>. I sistemi C.S.S. non rientrano tra questi, non essendo in alcun modo finalizzati alla raccolta e alla identificazione dei dati biometrici.

Per escludere la sussistenza di una "pratica vietata" occorre confrontarsi anche con l'art. 5, lett. d), che proibisce alcuni sistemi di previsione del rischio di commissione di un reato da parte di una persona fisica (c.d. "*risk assessment tools*"<sup>32</sup>). Questo divieto concerne i sistemi che operano «unicamente sulla base della profilazione di una persona fisica o della valutazione dei tratti e delle caratteristiche della personalità», salvo che non siano utilizzati in funzione di supporto della valutazione umana - avente ad oggetto il coinvolgimento di una persona in un'attività criminosa - che si basa già su fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi ad essa. Anche questo divieto non interessa i sistemi C.S.S., che non effettuano attività di profilazione finalizzata ad evitare la commissione di nuovi reati da parte di una specifica persona fisica. E ciò esclude pure che vadano classificati come "ad alto rischio" a norma dell'Allegato III, par. 6, lett. d) anch'esso concernente i sistemi di profilazione con finalità di giustizia predittiva<sup>33</sup>.

Ciò non toglie che i sistemi implementati nel progetto C.S.S. hanno le caratteristiche per essere inquadrati tra quelli "ad alto rischio". Sono così classificati, a norma dell'Allegato III, par. 6, lett. a), quelli utilizzati dalle forze di polizia o per loro conto per determinare il rischio per una persona fisica di diventare vittima di reati. Di conseguenza, laddove i sistemi sviluppati fossero immessi sul mercato per essere in tal modo applicati dalle forze dell'ordine, dovrebbero rispettare tutta una serie di obblighi; obblighi che, invece, non sarebbero applicabili nel caso in cui fossero utilizzati dai gestori delle piattaforme *social*. Invero, la semplice moderazione dei contenuti comunicativi non attinge l'area applicativa della predetta normativa. Tuttavia, il progetto *Cyber Social Security* non è finalizzato ad un impiego da parte delle forze dell'ordine, ragione per la quale non si impone il problema del rispetto degli stringenti requisiti previsti dal regolamento.

---

<sup>31</sup> In argomento, E. Sacchetto, *Tecnologie di riconoscimento facciale e procedimento penale. Indagine sui fondamenti e sui limiti dell'impiego della biometria moderna*, Giappichelli, 2025.

<sup>32</sup> Sui "*risk assessment tools*", M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29 maggio 2019, p. 3 ss.; L. Maldonato, *Risk and need assessment tools e riforma del sistema sanzionatorio: strategie collaborative e nuove prospettive*, in AA.VV., *Intelligenza artificiale e processo penale indagini, prove, giudizio*, a cura di G. Di Paolo - L. Pressacco, Napoli, 2022, p. 141 ss.; S. Quattrocchio, *Risk assessment: sentencing o non sentencing?*, in *Giurisprudenza penale*, cit., p. 80.

<sup>33</sup> Con riferimento al problematico rapporto tra le due disposizioni del regolamento, S. Quattrocchio, *Intelligenza artificiale e processo penale: le novità dell'AI Act*, in [www.dirittodidifesa.eu](http://www.dirittodidifesa.eu), 16.1.2025, p. 6.

Ad ogni modo, ai sensi dell'art. 2, par. 8, EU AI Act, il regolamento «non si applica alle attività di ricerca, prova o sviluppo relative a sistemi di IA o modelli di IA prima della loro immissione sul mercato o messa in servizio». Il rispetto di quegli obblighi, dunque, non si impone fintantoché il sistema di intelligenza artificiale non venga immesso sul mercato<sup>34</sup>. Ciò che conta è che le attività di ricerca, prova e sviluppo vengano «svolte in conformità del diritto dell'Unione applicabile», quindi, in particolare, al GDPR. Occorre comunque sottolineare che questa «esclusione» non si applica in caso di «prove in condizioni reali»<sup>35</sup>.

Si è ritenuto comunque opportuno, tenuto conto degli interessi coinvolti, introdurre linee guida che fossero tendenzialmente orientate al rispetto di quelle previsioni. Peraltro, le linee guida hanno introdotto anche alcuni divieti, come quello di profilazione, finalizzati ad evitare di attingere le aree di rischio che richiedono obblighi più stringenti, oltre che l'onere di introdurre misure tecniche e misure di controllo in grado di impedire e di correggere eventuali *bias* di sistema, anche in coerenza con quanto precedentemente indicato.

#### 4.4. Base giuridica del trattamento e principio di proporzionalità alla luce del GDPR.

Tema centrale è quello del rispetto della disciplina in materia di protezione dei dati personali, da analizzare in ossequio al principio di *accountability* di cui all'art. 5, par. 2, GDPR<sup>36</sup>.

Al riguardo, occorre una breve premessa sulla titolarità dei trattamenti di dati personali eventualmente implicati dal progetto *Cyber Social Security*.

Nella fase di elaborazione del sistema di intelligenza artificiale volto al monitoraggio e all'individuazione di episodi di cyberbullismo, gli Atenei coinvolti nel progetto hanno agito come autonomi titolari del trattamento *ex artt. 4, par. 1, n. 7) e 24 GDPR*: ciascun Ateneo, nell'ambito dei processi di propria spettanza, ha dunque determinato le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali, ove necessario. Di contro, nell'ambito della successiva fase di funzionamento (per quanto detto, ipotetica),

<sup>34</sup> Sul punto, G. Resta, *Commento all'art. 2 (commi 1-4)*, in *Intelligenza Artificiale. Commentario*, a cura di A. Mantelero - G. Resta - G.M. Riccio, Ipsa, 2025, p. 16 ss.

<sup>35</sup> L'EU AI Act dedica un apposito articolo (art. 76) ai controlli dei *test* che devono essere effettuati in condizioni reali per i sistemi di intelligenza artificiale dall'autorità di vigilanza del mercato, la quale può richiedere al fornitore di condurre gli stessi e di fornire i risultati. I *test* in condizioni reali non sono altro che prove temporanee effettuate su sistemi di intelligenza artificiale al di fuori di uno spazio simulato, volti a valutare e verificare la conformità del prodotto ai requisiti del regolamento: così, S.A. Ibrahim El Sabi, *Commento all'art. 3 (numero 57)*, in *Intelligenza Artificiale. Commentario*, cit., p. 97 ss.

<sup>36</sup> Sul GDPR, tra i contributi di carattere generale più significativi: AA.VV., *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto, Giappichelli, 2019; AA.VV., *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, opera diretta da G. Finocchiaro, Zanichelli, 2017; G. Finocchiaro, *Riflessioni sul poliedrico regolamento europeo sulla privacy*, *Quad. cost.*, 2018, p. 895; F.G. Viterbo, *Protezione dei dati personali e autonomia negoziale*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008. Alcuni riferimenti alla letteratura straniera: AA.VV., *Data Protection Around the World*, a cura di E. Kiesow Cortez, The Hague, 2021; M. Krzysztofek, *GDPR: General Data Protection Regulation (EU) 2016/679*, Wolters Kluwer, 2019.

è ipotizzabile che il titolare del trattamento di dati personali sia il soggetto, privato o pubblico, che utilizzerà concretamente il sistema, ad esempio, ai fini della gestione della piattaforma *online* o delle finalità di pubblico interesse connesse alla funzione istituzionale svolta.

Quanto osservato sottende che, nell'ambito del progetto, siano stati trattati dati personali. Il tema merita di essere approfondito, posto che, in tal caso, in ossequio al principio di liceità del trattamento, è necessario dapprima individuare un'adeguata base giuridica che giustifichi i suddetti trattamenti di dati e poi verificare la conformità dei medesimi ai principi di trasparenza, minimizzazione, esattezza, integrità e riservatezza. Al fine di rispondere all'interrogativo di fondo, bisogna chiedersi cosa siano i dati personali e perché i sistemi implementati nel progetto potrebbero comportare dei rischi per i diritti delle persone cui i dati medesimi si riferiscono (c.d. "interessati").

Ai sensi dell'art. 4, par. 1, GDPR, il dato personale è «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile ("interessato"); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo *online* o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale». Il trattamento, invece, è «qualsiasi operazione o insieme di operazioni, compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione»<sup>37</sup>.

Ebbene, i diritti degli interessati potrebbero essere innanzitutto intaccati nelle modalità di addestramento degli algoritmi di intelligenza artificiale, dal momento che il progetto non è insensibile all'impiego della tecnica di raccolta massiva dei dati nota come "*web scraping*". Il Garante italiano per la protezione dei dati personali non ha escluso la liceità della pratica, e quindi sembra averla ritenuta ammissibile, pur nel rispetto dei principi e delle regole previste sulla protezione dei dati personali<sup>38</sup>. In secondo luogo, è chiaro che questi dati vengono trattati quando il sistema si trova a monitorare e a segnalare comportamenti sospetti.

---

<sup>37</sup> Sulla definizione di dato personale: P. Blume, *The Data Subject*, 1 *European Data Protection Law Review*, 2015, p. 258 ss.; R. Ducato, *La crisi della definizione di dato personale nell'era del web 3.0*, in *Le definizioni nel diritto*, Editoriale scientifica, 2016, p. 149 ss.; A. Nervi, *Il perimetro del Regolamento europeo: portata applicativa e definizioni*, in *I dati personali nel diritto europeo*, a cura di V. Cuffaro - R. D'Orazio - V. Ricciuto, Giappichelli, 2019, p. 161 ss. Sul piano comparativo e sulla definizione di *Personally Identifiable Information* nell'esperienza giuridica statunitense: P. M. Schwartz - D.J. Solove, *Reconciling Personal Information in the United States and European Union*, in *California Law Review*, vol. 102/2014, p. 877 ss.; Id, *The PII Problem: Privacy and a New Concept of Personally Identifiable Information*, in *New York Law Review*, vol. 86/2011, p. 1814 ss; P. M. Schwartz - K. N. Peifer, *Transatlantic Privacy Law*, in *The Georgetown Law Journal*, vol 106/2017, p. 115 ss.

<sup>38</sup> Garante per la protezione dei dati personali, *Delibera 20 maggio 2024*, n. 329, cit.

La circostanza che possano essere trattati (massicciamente) dati personali (anche sensibili) richiede l'individuazione di una solida base giuridica, da rintracciare nell'art. 6 GDPR, che individua le «condizioni» al ricorrere delle quali il trattamento dei dati «è lecito». Fra le diverse basi giuridiche ivi elencate, si ritiene che quella più adeguata al caso di specie sia rintracciabile nella lett. f): è lecito il trattamento che «è necessario per il perseguimento del legittimo interesse del titolare del trattamento o di terzi, a condizione che non prevalgano gli interessi o i diritti e le libertà fondamentali dell'interessato che richiedono la protezione dei dati personali, in particolare se l'interessato è un minore». Pertanto, tale base giuridica è integrata al ricorrere di tre condizioni cumulative, da interpretare alla luce delle indicazioni fornite dall'*European Data Protection Board*<sup>39</sup>: 1. il perseguimento di un interesse legittimo da parte del responsabile del trattamento o di terzi, il quale è tale se è lecito, chiaro e attuale (di esso deve essere informato l'interessato); 2. la necessità di trattare i dati personali al fine di perseguire l'interesse legittimo, per l'effetto che occorre accertare se mezzi meno invasivi non potevano essere impiegati in modo altrettanto efficace; 3. nel bilanciamento tra gli interessi in gioco, le libertà e i diritti fondamentali degli utenti interessati non devono risultare prevalenti rispetto agli interessi legittimi del titolare del trattamento o di terzi<sup>40</sup>.

È questa la pertinente base giuridica, atteso che l'impiego dei dati personali, nell'ambito del progetto C.S.S., si è reso necessario per scopi di *ricerca scientifica*, la quale costituisce un legittimo interesse, rispondente a quello perseguito dallo Stato italiano e dall'Unione europea, che ha finanziato la ricerca. Tale interesse si compenetra, dunque, con le finalità del trattamento, le quali, ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. b), devono essere «determinate, esplicite e legittime». Peraltro, sebbene i soggetti interessati al trattamento, in genere, siano minorenni, costituisce un fattore significativo nel giudizio di bilanciamento relativo alla liceità del trattamento, la circostanza che la finalità del progetto è costituita dalla tutela dei soggetti minorenni da condotte di cyberbullismo.

Rispetto a tale trattamento di dati personali, inoltre, il titolare sembra esonerato dagli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 14, par. 1-4, GDPR (informazioni da fornire qualora i dati personali non siano ottenuti presso l'interessato), in quanto al caso di specie dovrebbe trovare applicazione il successivo par. 5, lett. b). In tale disposizione, infatti, si fa riferimento, tra l'altro, al trattamento a fini di ricerca scientifica rispetto al quale comunicare le informazioni prescritte risulterebbe impossibile o implicherebbe uno sforzo sproporzionato. Tuttavia, sono fatte salve le condizioni e le garanzie di cui all'art. 89, par. 1, GDPR. Resta fermo che «il titolare del trattamento adotta misure appropriate per tutelare i diritti, le libertà e i legittimi interessi dell'interessato, anche rendendo pubbliche le informazioni».

---

<sup>39</sup> European Data Protection Board, *Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on Article 6(1)(f) GDPR*, 8 ottobre 2024.

<sup>40</sup> Risalente ma utile il riferimento a: F. Ferretti, *Data Protection and the Legitimate Interest of Data Controllers: Much Ado About Nothing or the Winter of Rights?*, in *Common Market Law Review*, in vol. 51/2014, p. 843 ss. Sul problema relativo all'utilizzo del consenso quale base giuridica per la ricerca scientifica: D. Sborlini, *Il broad consent come mezzo per la valorizzazione dei dati personali nell'ambito della ricerca scientifica e il suo rilievo negli spazi di condivisione dei dati*, in *Contratto e Impresa*, 2024, p. 223 ss.

Il problema in esame è reso più complesso dalla circostanza che il trattamento svolto nell'ambito del progetto ha coinvolto anche "categorie particolari di dati personali". In tal caso, occorre che il trattamento sia altresì conforme all'art. 9 GDPR<sup>41</sup>. Tale previsione, al par. 1, vieta di «trattare dati personali che rivelino l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale» e vieta altresì di «trattare dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona»<sup>42</sup>.

Tuttavia, lo stesso art. 9, al par. 2, prevede tutta una serie di eccezioni alla regola. Una di queste è quella di cui alla lett. j): «il trattamento è necessario a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici in conformità dell'articolo 89, paragrafo 1, sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, che è proporzionato alla finalità perseguita, rispetta l'essenza del diritto alla protezione dei dati e prevede misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato». Indubbiamente, in base a quanto già osservato sopra, il trattamento dei dati è qui funzionale tanto al pubblico interesse quanto alla ricerca scientifica. Pertanto esso è lecito, a patto, però, che rispetti l'art. 89 par. 1, oltre che al principio di minimizzazione dei dati e, più in generale, al canone di proporzionalità tra trattamento dei dati e scopo perseguito<sup>43</sup>.

Ai sensi dell'art. 89, par. 1, «il trattamento a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici è soggetto a garanzie adeguate per i diritti e le libertà dell'interessato». Le «garanzie adeguate» consistono nella predisposizione di «misure tecniche e organizzative, in particolare al fine di garantire il rispetto del principio della minimizzazione dei dati». Le misure «possono includere la pseudonimizzazione, purché le finalità in questione possano essere conseguite in tal modo». Si aggiunge che «qualora possano essere conseguite attraverso il trattamento ulteriore che non consenta o non consenta più di identificare l'interessato, tali finalità devono essere conseguite in tal modo»<sup>44</sup>.

Sulla scorta di questa analisi, si è ritenuto che il trattamento dei dati personali, anche di quelli rientranti nelle "categorie particolari", posto in essere nella fase di sviluppo del sistema cui è diretto il progetto *Cyber Social Security*, perseguisse una finalità legittima in quanto svolto per scopi di ricerca scientifica, ma dovesse rispettare il principio di proporzionalità, *sub specie* di necessità e di minimizzazione dei dati oggetto di trattamento, anche attraverso la tecnica della pseudonimizzazione.

---

<sup>41</sup> Cfr. L. GEROGIEVA - C. KUNER, sub art. 9, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, a cura di C. KUNER - L.A. BYGRAVE - C. DOCKSEY, Oxford University Press, 2020, p. 369 ss.

<sup>42</sup> Tra i numerosi contributi si segnala: M. Granieri, *Il trattamento di categorie particolari di dati personali nel Reg. UE 2016/679*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 165 ss.

<sup>43</sup> Sul regime giuridico dei dati per ricerca scientifica: P. Guarda, *Il regime giuridico dei dati della ricerca scientifica*, Editoriale scientifica, 2021; I. Rapisarda, I. *Ricerca scientifica e circolazione dei dati personali*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, p. 326 ss.; F.G. Viterbo, *Governance and processing of personal data in the Italian healthcare system in the light of EU principles*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2024, p. 1052 ss.

<sup>44</sup> Cfr. C. WIESE SVANBERG, sub art. 89, in *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, cit., p. 1242 ss.

Con riferimento al principio di minimizzazione si deve aver riguardo in primo luogo all'art. 5, par. 1, lett. c), a mente del quale i dati personali devono essere «adeguati, pertinenti e limitati a quanto necessario rispetto alle finalità per le quali sono trattati». Il titolare deve osservare tale principio in ogni fase, sia in quella di raccolta, sia nel successivo trattamento e nella fase di conservazione dei dati personali e procedere alla anonimizzazione dei dati tutte le volte che ciò non sia di ostacolo alla realizzazione dello scopo perseguito.

Al riguardo, è bene evidenziare che l'art. 5, lett. e), legittima la conservazione dei dati per un tempo superiore al conseguimento della finalità del trattamento a condizione che siano trattati esclusivamente a fini di archiviazione nel pubblico interesse, di ricerca scientifica o storica o a fini statistici, purché sempre nel rispetto di quanto previsto dall'art. 89, par. 1, e fatta salva l'attuazione di misure tecniche e organizzative adeguate. Anche in tal caso, cioè là dove risulti possibile l'ulteriore trattamento dei dati dopo la conclusione del progetto di ricerca, il titolare del trattamento, ai sensi dell'art. 5, lett. f), mantiene l'obbligo di garantire un'adeguata sicurezza dei dati conservati, soprattutto al fine di evitare trattamenti «non autorizzati o illeciti» e ridurre al minimo i rischi di perdita, distruzione o danno accidentali.

Riguardo, infine, al trattamento di dati personali, compresi quelli rientranti nelle “categorie particolari”, ipotizzabile nella fase di sperimentazione successiva e di concreto utilizzo del sistema di controllo e individuazione di episodi di cyberbullismo, si è considerata l'ipotesi in cui a ricorrere al sistema sia un soggetto privato che gestisce una piattaforma di *social network*. In tal caso, sarà necessario fornire agli utenti/interessati le informazioni relative all'impiego del sistema di monitoraggio, assicurarsi che siano adempiuti gli obblighi di trasparenza di cui all'art. 13 GDPR, nonché acquisire il consenso esplicito di ciascun utente/interessato al trattamento dei dati personali anche sensibili per le finalità relative al funzionamento del sistema, ai sensi degli artt. 6, par. 1, lett. a) e 9, par. 2, lett. a) GDPR. In generale, il titolare del trattamento dovrà garantire, a tal fine, il rispetto della normativa in materia di protezione dei dati personali, se necessario anche in coordinamento con quanto previsto dal *Digital Services Act*.

#### 4.5. Verso il “Digital Omnibus”.

Sul tema, è stato necessario confrontarsi anche con le proposte di modifica del GDPR formulate nella bozza del c.d. “Digital Omnibus”<sup>45</sup>.

Si tratta del tentativo della Commissione europea di modificare una serie di normative per garantire, tra l'altro, una *governance* dei dati personali ispirata a semplificazione, a vantaggio della competitività delle imprese dell'Unione europea<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Commissione europea, *Proposta di regolamento UE “Digital Omnibus”*, COM(2025) 837 final, 19 novembre 2025.

<sup>46</sup> Clément-Fontaine, *La rationalisation du droit numérique européen: le rapport parlementaire sur l'AI Act, prélude aux règlements Digital Omnibus et Omnibus IA*, in *Dalloz Actualité*, 14 novembre 2025.

Si è ritenuto che l'approvazione delle proposte non minerebbe la validità delle linee guida, atteso che il regolamento avrebbe l'effetto di attenuare gli obblighi euro-unitari sui quali si è basata l'analisi esegetica elaborata nel corso del progetto, tanto in tema di tutela dei dati personali quanto di tutela dei diritti fondamentali dai sistemi di intelligenza artificiale.

Occorre segnalare che il *Digital Omnibus* andrebbe a mutare finanche la nozione di "dato personale", modificando l'art. 4 GDPR sul concetto di persona fisica identificabile. Invero, la persona dovrebbe essere ritenuta identificabile, e quindi il dato "personale", soltanto nel caso in cui una data entità, ragionevolmente, abbia gli strumenti per procedere all'identificazione, e non già se ciò sia soltanto in astratto possibile. In tal modo, si va verso una valorizzazione delle operazioni di pseudonimizzazione, in coerenza con la più recente giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>47</sup>.

Inoltre, verrebbe introdotta nell'art. 4 GDPR la nozione di «ricerca scientifica», chiarendo che essa include le attività che mirano allo sviluppo tecnologico, e che non è incompatibile con un'ulteriore finalità di natura commerciale.

La proposta mira anche a modificare l'art. 5, lett. b), GDPR, rafforzando la base giuridica che giustifica la necessità del trattamento dei dati per la finalità di ricerca scientifica. Viene promosso il c.d. "uso secondario" dei dati, il cui trattamento viene sganciato dalle condizioni previste dall'art. 6 par. 4 GDPR<sup>48</sup>.

Soprattutto, il *Digital Omnibus* tiene conto dell'ipotesi in cui un sistema di intelligenza artificiale vada ad impattare sulle categorie particolari di dati personali. Se la proposta venisse approvata, il nuovo art. 9, par. 2, lett. k), andrebbe a prevedere in maniera cristallina quanto il nostro studio ha ricomposto in via esegetica: il divieto di cui all'art. 9, par. 1, non troverebbe applicazione al trattamento finalizzato allo sviluppo di un sistema di intelligenza artificiale.

Non solo. Il nuovo par. 5 andrebbe a cristallizzare nel dato normativo la ricostruzione interpretativa effettuata dal gruppo di lavoro con riguardo alla necessità di rispettare, durante lo sviluppo dei sistemi di monitoraggio algoritmico, il principio di minimizzazione delle categorie particolari di dati, nel rispetto di un canone di esigibilità. Se possibile, occorre *evitare* il trattamento dei dati già nel corso dell'addestramento dell'algoritmo; laddove questo risultato non sia del tutto praticabile, occorre procedere alla *rimozione* rispetto al *set* di dati archiviati: laddove, tuttavia, lo sforzo sia sproporzionato, occorre adottare qualunque misura tempestiva volta ad evitare ogni impiego successivo o divulgazione a terzi.

---

<sup>47</sup> Corte giust., 4 settembre 2025, C-413/23, "Deloitte", § 86.

<sup>48</sup> Sul problema dell'uso secondario dei dati nell'ambito sanitario: F. Cascini - M. A. Arcuri, *Uso secondario dei dati personali relativi alla salute: panoramica della normativa europea e nazionale*, in *Dir. inf.*, 2024, p. 837 ss.; AA.VV., *Ricerca in sanità e protezione dei dati personali. Scenari applicativi e prospettive future*, a cura di P. Guarda - E. Chizzola - V. Maroni - L. Rufo, Editoriale scientifica, 2024, p. 1 ss.

## 5. Prospettive.

I risultati del progetto *Cyber Social Security* consentono di delineare alcune prospettive riguardanti l'eventuale futura messa in esercizio dei sistemi di monitoraggio implementati.

Una prospettiva in chiaro-scuro è rappresentata dalla messa a disposizione dei sistemi ai gestori delle piattaforme di *social network*. Se, da un lato, tali soggetti già sono tenuti a rimuovere i contenuti offensivi su segnalazione della vittima di cyberbullismo o di terzi, dall'altro lato non sono gravati da un obbligo di monitoraggio preventivo, il quale, per quanto detto, risulterebbe attualmente inesigibile e scarsamente opportuno. L'introduzione di accurati strumenti di intelligenza artificiale potrebbe favorire questo passaggio.

Il rischio è quello di una deriva privatistica nella prevenzione dei *cybercrime*, e quindi nel governo della libertà di espressione; un rischio che il rispetto delle *guidelines* dovrebbe essere in grado di neutralizzare. Del resto, è ormai imprescindibile la collaborazione delle piattaforme nella prevenzione e nel contrasto al fenomeno criminale.

Da questo punto di vista, i sistemi di intelligenza artificiale sviluppati nel progetto potrebbero essere ulteriormente perfezionati, mediante la predisposizione di meccanismi in grado di segnalare automaticamente all'autorità pubblica eventuali *notitiae criminis*.

È chiaro che i dati che finiscono sotto la lente degli algoritmi possono assumere valore di prova nei procedimenti aventi finalità preventive (es: il c.d. "ammonimento"), investigative e processuali. Per questo, per essere eventualmente trasmessi alle autorità competenti, tali dati, anche laddove vengano espunti dal *web* per finalità di tutela del soggetto minorenni, devono essere conservati, a norma della legge n. 71/2017<sup>49</sup>. Ben diverso, però, è immaginare meccanismi di partecipazione attiva delle piattaforme nell'accertamento del *cybercrime*.

Allo stato attuale, la trasmissione dei dati è spesso ostacolata dalla ubicazione dei servizi in Paesi diversi da quello procedente. Di regola, ciò richiede l'attivazione dei meccanismi di cooperazione giudiziaria<sup>50</sup>. Ma nell'immediato futuro sempre più si farà ricorso a canali di cooperazione non mediata tra autorità pubbliche e piattaforme<sup>51</sup>. In

---

<sup>49</sup> In particolare, l'art. 2, comma 1, legge n. 71/2017 dispone che, nel procedere all'oscuramento, alla rimozione o al blocco di contenuti offensivi, in accoglimento dell'istanza della vittima di cyberbullismo, il titolare del trattamento o il gestore del sito internet o del social media è tenuto alla «conservazione dei dati originali».

<sup>50</sup> In argomento, tra la vasta letteratura in materia, si segnala S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Giappichelli, p. 201; F. Siracusanò, *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017. p. 195.

<sup>51</sup> Un significativo passo in avanti verso questa direzione è rappresentato dal regolamento UE/2023/1543, il cui processo di attuazione interna è stato avviato con la Legge 13 giugno 2025, n. 91 (c.d. "Legge di delegazione europea 2024"). Esso consente ad uno Stato membro, nell'ambito di un procedimento penale, di ingiungere a un prestatore di servizi «della società dell'informazione», che opera nell'Unione europea e che è stabilito in altro Stato membro o che si avvale di un rappresentante legale in altro Stato membro, la

tale contesto, è ipotizzabile che maturi l'esigenza di un ruolo proattivo da parte degli attori privati nella giustizia penale<sup>52</sup>. Questa esigenza, per l'appunto, potrebbe essere soddisfatta da sistemi di rilevamento e segnalazione automatizzata dei reati commessi sul *web*. Fin troppo evidente che, in tal caso, si farebbe ancora più pressante l'esigenza di evitare pregiudizi sistemici, visto il potenziale impatto sulle libertà costituzionalmente protette.

Estremamente delicato è lo scenario in cui i sistemi di monitoraggio algoritmico vengano impiegati da parte delle autorità di *law enforcement*. L'ipotesi che appare astrattamente formulabile è quella di un loro utilizzo per l'analisi automatizzata *real time* degli scambi comunicativi o dei documenti multimediali nel corso dello svolgimento delle intercettazioni telematiche e dell'analisi del materiale giacente sui *server* dei fornitori di servizi digitali. Tali sistemi consentirebbero di semplificare l'attività investigativa, dal momento che all'analisi del contenuto monitorato o ispezionato seguirebbero segnalazioni automatizzate dei contenuti potenzialmente allarmanti, questo tanto con una finalità di accertamento, quanto con una finalità di prevenzione del *cybercrime*.

Questi sistemi di monitoraggio, evidentemente, esulano dalla presente ricerca. Il tema potrà essere alla base di un futuro studio, nell'ambito del quale ai giuristi spetterebbe il compito di valutare non soltanto i requisiti atti a garantire la rispondenza con gli obblighi previsti dall'EU AI Act per i sistemi ad alto rischio e dal GDPR per il trattamento dei dati personali, ma anche e soprattutto la loro strutturale compatibilità con la doppia riserva sancita dall'art. 15 Cost. e con le garanzie di cui all'art. 8 CEDU. Si tratterebbe di verificare se, in assenza di una specifica disciplina, la legittimazione degli strumenti di monitoraggio automatizzato possa essere rinvenuta nell'ambito di mezzi investigativi già regolamentati. Il quesito interroga sulla natura dei sistemi oggetto di studio: *nuovi strumenti* di controllo o *modalità tecniche ancillari* alle attività investigative già disciplinate?

Il tema rientra nella più generale questione posta dalla necessità di regolamentare gli usi consentiti dell'intelligenza artificiale a fini investigativi e predittivi. Sul punto, si attende l'intervento del Governo, delegato dall'art. 24, comma 5, lett. e), legge 23 settembre 2025, n. 132, a disciplinare la «regolazione dell'utilizzo dei sistemi di

---

produzione o la conservazione di «prove elettroniche», «indipendentemente dall'ubicazione dei dati» (art. 1). Le prove elettroniche sono «i dati relativi agli abbonati, i dati sul traffico o i dati relativi al contenuto conservati in formato elettronico da o per conto di un prestatore di servizi» (art. 3). Con riguardo alla genesi della disciplina e agli interessi in gioco, D. Curtotti, *Indagini hi-tech, spazio cyber, scambi probatori tra Stati e Internet provider service e "Vecchia Europa": una normativa che non c'è (ancora)*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, p. 745 ss. Sul regolamento, F. Sanvitale, *La tutela dei diritti nel c.d. e-evidence package: il lato oscuro della cooperazione diretta*, in *Cass. pen.*, 2025, p. 1475 ss.

<sup>52</sup> Non mancano casi in cui i gestori delle piattaforme già sono tenuti a comunicare notizie di reato all'autorità pubblica. L'art. 18 *Digital Services Act*, infatti, prevede che il prestatore di servizi che sia venuto a conoscenza di «informazioni che fanno sospettare che sia stato commesso, si stia commettendo o probabilmente sarà commesso un reato che comporta una minaccia per la vita o la sicurezza di una o più persone», deve informare «senza indugio le autorità giudiziarie o di contrasto dello Stato membro o degli Stati membri interessati», «fornendo tutte le informazioni pertinenti disponibili».

intelligenza artificiale nelle indagini preliminari, nel rispetto delle garanzie inerenti al diritto di difesa e ai dati personali dei terzi, nonché dei principi di proporzionalità, non discriminazione e trasparenza». Il riferimento alle indagini preliminari lascia comunque intendere che la materia preventiva resterà problematicamente esclusa dall'intervento normativo.

In conclusione, gli esiti del progetto *Cyber Social Security* aprono scenari al contempo promettenti e critici, suscettibili di rilevanti implicazioni sul piano teorico e applicativo. Tali prospettive appaiono promettenti nella misura in cui dimostrano la possibilità di progettare sistemi di intelligenza artificiale orientati alla prevenzione del cyberbullismo e compatibili con la tutela dei diritti fondamentali; esse risultano, al contempo, problematiche poiché mettono in luce l'esistenza di vuoti di normazione destinati ad assumere un rilievo crescente al progredire dell'innovazione tecnologica. La questione centrale per il futuro consisterà nell'evitare che strumenti concepiti come ausilio alla protezione dei minori e alla sicurezza degli ambienti digitali possano, in assenza di una disciplina specifica, degenerare in forme di sorveglianza di massa. È lungo questo delicato crinale che si misurerà la sostenibilità giuridica dei sistemi di monitoraggio algoritmico nei prossimi anni.



## LA RIFORMA DELLA VIOLENZA SESSUALE TRA ILLUSIONI SEMANTICHE E PROBLEMI APPLICATIVI

di Giuliano Balbi

*Il contributo analizza le prospettive di riforma dell'art. 609-bis c.p. oggi in discussione, soffermandosi sull'alternativa tra assenza di un consenso libero e presenza di una volontà contraria. Particolare attenzione è dedicata alla "zona grigia" dell'autodeterminazione sessuale: assunzione di sostanze, inferiorità psichica, prevaricazione, inganno, sperequazioni posizionali e esperienziali. L'analisi mostra come il vero nodo non risieda nella contrapposizione semantica tra consenso e dissenso, enfatizzata ben al di là di quanto sarebbe ragionevole, ma nella necessità di operare una riforma radicale che, lungi dal limitarsi all'icastico posizionamento del consenso, comunque declinato, nella fattispecie base di violenza sessuale, sappia fornire soluzioni finalmente adeguate a coniugare la ragionevolezza delle scelte con la tenuta dei principi fondamentali.*

SOMMARIO: 1. Una riforma annunciata: consenso e paradigmi simbolici. – 2. Una norma "sbagliata". L'art. 609-bis c.p. al vaglio della giurisprudenza. – 3. Tra libero consenso e volontà contraria. – 4. Inattese convergenze. – 5. Sulla tipizzazione del consenso. – 5.1 Gli incerti limiti del consenso nell'elaborazione giurisprudenziale. – 6. Le prospettive di riforma al confronto con la "zona grigia". a) L'assunzione di sostanze tra *approfittamento* e intangibilità sessuale. – 6.1. b) L'inferiorità fisica o psichica. – 6.2. Le due ipotesi a confronto. – 6.3. c) La prevaricazione e l'inganno. – 6.4. d) La sperequazione esperienziale e posizionale. – 7. Riscrivere l'art. 609-bis c.p.: un ombrello sotto il temporale?

### 1. Una riforma annunciata: consenso e paradigmi simbolici.

Il 19 novembre 2025, la Camera dei deputati approvava all'unanimità il ddl C. 1693-A – Boldrini e altri – di modifica del delitto di violenza sessuale, incentrando la tipicità della nuova fattispecie sul compimento di atti sessuali in assenza di un *consenso libero e attuale*<sup>1</sup>. Successivamente, in Commissione Giustizia del Senato si manifestavano forti resistenze, tali da impedire l'approvazione definitiva nell'auspicata "data

---

<sup>1</sup> Questo il testo della disposizione: «Art. 609-bis. – (Violenza sessuale)

*Chiunque compie o fa compiere o subire atti sessuali ad un'altra persona senza il consenso libero e attuale di quest'ultima è punito con la reclusione da sei a dodici anni.*

*Alla stessa pena soggiace chi costringe taluno a compiere o a subire atti sessuali con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità ovvero induce taluno a compiere o a subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica o di particolare vulnerabilità della persona offesa al momento del fatto o traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona.*

*Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi.»*

simbolica” del 25 novembre<sup>2</sup>, perdendosi così l’occasione di attribuire alla norma penale un’utile funzione celebrativa.

Appare comunque plausibile che la riforma giungerà comunque a compimento, anche se l’esito, probabilmente, sarà l’introduzione di una norma diversa da quella approvata in prima lettura, e che difficilmente sarà sorretta dallo stesso, ampio sostegno parlamentare. È anche vero che l’approvazione di una legge all’unanimità non è un fatto frequente, tanto più in tempi di forte radicalizzazione ideologica, eppure qui sembrava davvero essersi trovato un punto di convergenza tra maggioranza e opposizione, in nome di istanze di tutela sorrette dalla drammatica frequenza con cui si sussegue, nel nostro Paese, la realizzazione di fatti violenti nei confronti delle donne<sup>3</sup>.

L’accordo, che secondo diffuse notizie di stampa sarebbe stato stretto direttamente dalla Presidente del Consiglio e dalla segretaria del principale partito di opposizione<sup>4</sup>, avrebbe dovuto articolarsi in due fasi: innanzitutto l’introduzione di un nuovo, autonomo delitto di femminicidio, poi la modifica dell’art. 609-bis c.p., con la tipicità incentrata proprio sull’assenza del “libero consenso” al compimento degli atti sessuali, finalmente prescindendo, dunque, dalla presenza di quegli intollerabili requisiti costringenti – «*infido crinale su cui si innestarono le tematiche della vis haud ingrata puellis, della vis modica, e, più in generale, la sovversione dei ruoli processuali*»<sup>5</sup> – su cui è strutturata la disposizione vigente.

Il primo passo, in effetti, è stato compiuto con l’introduzione del nuovo art. 577-bis c.p. ad opera della l. 2 dicembre 2025, n. 181, in relazione al quale, tuttavia, il tendenziale apprezzamento per la convergenza politica – a fronte di problemi gravissimi, sono state infatti messe da parte prospettive lontane e una radicale disomogeneità valoriale – tende ampiamente a stemperarsi alla luce dell’estrema modestia della disposizione, sotto alcuni aspetti perfino regressiva<sup>6</sup>, e del sospetto che

<sup>2</sup> Sembra fosse questo, infatti, l’obiettivo originariamente perseguito. V. ad es., tra le numerose fonti di stampa, in *Open online*, 25 novembre 2025. Il 25 novembre, appena il caso di ricordarlo, è la Giornata Internazionale per l’Eliminazione della Violenza contro le Donne, istituita dalle Nazioni Unite il 17 dicembre 1999 con la risoluzione 54/134.

<sup>3</sup> Basti pensare che, in Italia, quasi una donna su tre, a partire dai 16 anni di età, ha subito nel corso della vita almeno un grave episodio di violenza fisica o sessuale. Sul punto, e per dati più specifici, cfr. il rapporto ISTAT *La violenza contro le donne, dentro e fuori la famiglia*, in *Istat*, 21 novembre 2025.

<sup>4</sup> V., ad es., *Accordo Pd-Fdl: senza libero consenso è violenza sessuale. Contatti tra Meloni e Schlein*, in *La Repubblica*, 12 novembre 2025.

<sup>5</sup> Così, T. PADOVANI, *Pre-Art. 609 bis c.p.*, in A. CADOPPI, a cura di, *Commentario delle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Padova, 2006, p. 421.

<sup>6</sup> La sostanziale inutilità, se non la complessiva disfunzionalità della disposizione, è efficacemente evidenziata da M. DONINI, [Perché non introdurre un reato che già c’è](#), in *Sist. pen.*, 18 marzo 2025. Sui seri dubbi di legittimità che la connotano, v. G. FIANDACA, [Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio](#), in *Sist. pen.*, 14 marzo 2025. Sul carattere eclatantemente regressivo del sanzionare il femminicidio con la “pena fissa” dell’ergastolo, v., in particolare, D. PULITANÒ, *Femminicidio ed ergastolo*, in *Giur. pen.*, 21 marzo 2025. Sul carattere accentuatamente simbolico, eppure involutivo perfino all’interno di questo paradigma, v. R. BARTOLI, [Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?](#), in *Sist. pen.*, 15 luglio 2025. Estremamente interessante un documento sottoscritto da oltre settanta studiosi di diritto penale, che esprimono le ragioni della contrarietà all’incriminazione. V. [Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà](#), in *Sist. pen.*, 28 maggio 2025. Per un’analisi

la raggiunta unanimità sia stata fortemente condizionata da un'abile incursione della maggioranza nell'altrui *milieu* culturale<sup>7</sup>, con conseguente tentativo, da parte dell'opposizione, di marcare il proprio tradizionale territorio assiologico.

E poi il passo successivo dell'accordo, e dunque la modifica dell'art. 609-*bis*. Fissarne il baricentro sull'assenza del consenso avrebbe avuto, nella prospettiva dell'opposizione, anche un forte significato politico, esprimendo la rivendicazione di un preciso ruolo propulsivo nell'evoluzione culturale del Paese, resa quantomai opportuna, peraltro, dalla tendenziale inconsistenza ideologica della deriva movimentista che ha caratterizzato la nostra sinistra negli ultimi tempi, con i diritti civili e quelli sociali troppo spesso abbandonati al loro triste destino. In questa prospettiva, chiamarsi fuori, e lasciare alla maggioranza anche "la tutela delle donne", avrebbe probabilmente determinato un'ulteriore, profonda *débâcle* identitaria.

Le due norme – l'una approvata definitivamente, l'altra solo in prima lettura – mostrano peraltro evidenti tratti comuni, su tutti la facile spendibilità mediatica, il carattere accentuatamente simbolico, l'apprezzabile anelito alla tutela di soggetti deboli, la vana ambizione di utilizzare la politica criminale per affrontare i problemi di ordine sociale e culturale. Ma differiscono per un aspetto fondamentale: mentre la tipizzazione del femminicidio è intimamente inutile, la prospettata modifica dell'art. 609-*bis* avrebbe indubbi pregi, per quanto, non implementandosi su di una complessiva riorganizzazione della materia, potrebbe comunque ascrivere all'affollato *Pantheon* delle occasioni perdute, lasciando irrisolti molti dei gravi problemi che oggi accompagnano sia l'interpretazione sia l'applicazione della disposizione<sup>8</sup>.

Fatto sta che dopo l'approvazione del nuovo testo da parte della Camera si era da più parti salutata la riforma *in itinere* con estremo favore: nella stampa<sup>9</sup>, nei talk show<sup>10</sup>, negli stessi, primi commenti dottrinari<sup>11</sup>.

Enfatizzando il nuovo "dato normativo", si erano tuttavia fatti i conti – per così dire – senza l'oste, oste che qui assume stranamente le fattezze del Ministro dei Trasporti, e autorevole esponente della maggioranza, Matteo Salvini che, già pochi giorni dopo la votazione parlamentare, iniziava infatti a lanciare alla stampa messaggi di inequivoca

delle dinamiche relative alla genesi del delitto di femminicidio, e delle delicate questioni che gravitano attorno alla fattispecie, v. M. BOTTO, *La controversa introduzione del reato di femminicidio: l'affermarsi di un nuovo paradigma in un leitmotiv emergenziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2026, p. 18 ss.; E. CORN, [Il reato di femminicidio nel codice penale italiano: cronaca di una controversia annunciata](#), in *Sist. pen.*, 12 dicembre 2025; M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2025, p. 557 ss.

<sup>7</sup> Per tutti, v. R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio*, cit., p. 4.

<sup>8</sup> V. *infra*, § 7.

<sup>9</sup> Tra i tanti, *Senza consenso è violenza sessuale, arriva sì unanime della Camera alla proposta di legge*, in *Sky TG24*, 19 novembre 2025.

<sup>10</sup> Ad es., *Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne – Unomattina 25/11/2025*.

<sup>11</sup> V., ad es., B. ROMANO, *Centralità del consenso. La riforma bipartisan della violenza sessuale*, ne *Il Dubbio*, 15 novembre 2025, p. 6; cfr. anche l'intervista rilasciata da Marco Pelissero in *Violenza sessuale, la riforma introduce il consenso: "Ma serve un cambiamento culturale"*, in *Otto – Unito*, 25 novembre 2025.

presa di distanza: «questa sorta di consenso preliminare, informato e attuale, così come è scritto, lascia lo spazio a vendette personali»<sup>12</sup>.

L'argomentazione è debole, e non sarebbe difficile obiettare, quasi *d'emblée*, che nella norma non era scritto affatto così. Ma il punto è evidentemente un altro: nell'aria si iniziava infatti ad avvertire la percezione di un imminente, radicale *revirement* politico da parte della Lega nord, alla cui luce il destino della disposizione era improvvisamente diventato molto problematico.

Un po' come Ulisse, che dopo lunghi anni di "periglioso" viaggio raggiunge finalmente Itaca, per poi, quasi inspiegabilmente, partire di nuovo – senza che nulla fosse in grado di trattenerlo: «né dolcezza di figlio, né la pietà del vecchio padre, né 'l debito amore lo qual dovea Penelope far lieta»<sup>13</sup> –, così il nostro legislatore, per nulla appagato, evidentemente, dall'essere per una volta riuscito a trovare un approdo tutto sommato dignitoso.

Il nuovo viaggio, stranamente, non sembra neanche determinato da una chiara idea alternativa. Sulle prime, infatti, la senatrice della Lega Nord Giulia Bongiorno dichiarava di essere pronta a presentare un nuovo disegno di legge in cui la conformità a *ius* degli atti sessuali sarebbe stata subordinata alla presenza di un *consenso riconoscibile* del partner<sup>14</sup>, secondo uno schema, solo in apparenza riferibile al "modello tedesco"<sup>15</sup>, su cui si dovrà necessariamente tornare<sup>16</sup>.

Fatto sta che la norma successivamente elaborata, e assunta quale testo base dalla Commissione Giustizia del Senato lo scorso 22 gennaio<sup>17</sup>, per quanto leggermente modificata dopo alcuni giorni<sup>18</sup>, non è affatto costruita in questi termini, pur essendo comunque articolata in modo significativamente differente rispetto a quella approvata in prima lettura: scompare infatti il riferimento, quasi identitario, al *consenso libero e*

<sup>12</sup> V., da fonti di stampa, *Salvini contro il ddl stupro: "Legge troppo interpretabile". Ma La Russa: "Meloni su questo non fa nessun passo indietro"*, in *Il Fatto Quotidiano*, 26 novembre 2025.

<sup>13</sup> Dante, *Inferno*, XXVI, 94-96.

<sup>14</sup> V. Ddl stupri, *Bongiorno proporrà un testo con il consenso riconoscibile*, in *Ansa*, 7 gennaio 2026.

<sup>15</sup> Il § 177 StGB, al primo comma, incrimina il fatto di chi compia atti sessuali su un'altra persona contro la volontà riconoscibile di quest'ultima. Abbastanza evidente come le due locuzioni abbiano un nucleo di significato sensibilmente differente. Per un'estesa critica a tale modello v. F. MENDITTO, [Ancora in tema di violenza sessuale](#), in *Sist. pen.*, 10 febbraio 2026.

<sup>16</sup> V. *infra*, § 10.

<sup>17</sup> Questo il testo: «Chiunque, contro la volontà di una persona, compie nei confronti della stessa atti sessuali ovvero la induce a compiere o subire i medesimi atti è punito con la reclusione da sei a dodici anni.

La volontà contraria all'atto sessuale deve essere valutata tenendo conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso. L'atto sessuale è contrario alla volontà della persona anche quando è commesso a sorpresa ovvero approfittando della impossibilità della persona stessa, nelle circostanze del caso concreto, di esprimere il proprio dissenso.

La pena è della reclusione da sette a tredici anni se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità ovvero approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa.

La pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi quando, per le modalità della condotta e per le circostanze del caso concreto, nonché in considerazione del danno fisico o psichico arrecato alla persona offesa, il fatto risulti di minore gravità.»

<sup>18</sup> La modifica attiene all'innalzamento dei limiti edittali, che, per l'ipotesi base, andavano originariamente da sei a dodici anni di reclusione, per quella "violenta", di cui al comma 2, da sei a dodici.

*attuale*, fulcro della prima disposizione, e la tipicità viene incentrata sugli atti sessuali realizzati *contro la volontà* del “partner”. Inalterati i limiti edittali, dai sei ai dodici anni di reclusione, se ne prevede nel contempo un innalzamento, da sette a tredici, «*se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità ovvero approfittando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa*».

In relazione all’ipotesi aggravata, va immediatamente rilevato un indiscutibile passo in avanti rispetto al testo dell’art. 609-*bis* nella “versione Boldrini”. Anche lì, infatti, al comma 2 vengono richiamate le medesime opzioni modali, senza però che la loro presenza incida sull’entità della sanzione. Le fattispecie base e quella speciale, dunque, vengono sottoposte alla medesima disciplina e alla stessa pena. Ma se la *lex specialis non derogat generali*, anzi la ribadisce, risulta evidentemente priva di qualsiasi ragione di esistenza.

Se approvata in via definitiva, questa disposizione aprirebbe tuttavia orizzonti inaspettati al consueto, incolore destino delle norme pleonastiche, risultando infatti, in un’originale aporia, al contempo inutile e illegittima.

Le ipotesi caratterizzate dalla presenza di violenza – anche della minaccia, quantomeno di un danno qualificato, e dell’abuso delle condizioni di inferiorità o di particolare vulnerabilità della vittima – vanno infatti doverosamente eccepite in ragione di un evidente, maggior coefficiente di offesa, ma riservando loro una sanzione più elevata<sup>19</sup>. Al contrario, equiparare tutto, veicolando il messaggio intrinsecamente criminogeno della “brutalità a costo zero”, e innestandolo, in un insidiosissimo effetto domino, sulla fluida inconsistenza del concetto di atti sessuali, determina non solo l’ipostatizzazione della insostenibile “equivalenza” tra stupro violento e toccamenti fugaci, ma la arricchisce di rinnovata insostenibilità culturale, e di inevitabile disorientamento sul piano della prevenzione generale, contrastando radicalmente con il principio di uguaglianza<sup>20</sup>.

Rilevando incidentalmente che una riforma equilibrata della materia non può prescindere dall’inserimento di una autonoma fattispecie di molestie sessuali<sup>21</sup>, pressoché imposta dal principio di proporzione, va detto che, prevedendo un aggravamento di pena per l’ipotesi violenta, sul punto il ddl Bongiorno è indiscutibilmente connotato da coefficienti di ragionevolezza, e conseguente legittimità, di gran lunga superiori<sup>22</sup> rispetto al ddl Boldrini, così come estremamente apprezzabile

---

<sup>19</sup> In questo senso, per tutti, G.L. GATTA, [Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale e consenso \(“riconoscibile”\): alcune riflessioni, per superare lo stallo al Senato](#), in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2026, § 10.

<sup>20</sup> Né la presenza dell’attenuante relativa ai casi di minore gravità, prevista al comma 3, potrebbe evidentemente sopperire a una perequazione edittale di afflittività implementata su di un’evidente sperequazione dei parametri di offesa. L’eventuale equiparazione avrebbe peraltro un ulteriore effetto problematico, impedendo la configurabilità di un concorso formale – ad esempio con la violenza privata, pur in una delicata dinamica di specialità reciproca, o con le percosse –, altrimenti plausibile proprio in ragione del non essere più violenza e minaccia elementi essenziali, sia pur in via alternativa, del fatto tipico.

<sup>21</sup> Cfr. A. CADOPPI, [Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”](#), in *Sist. pen.*, 9 dicembre 2025, § 3.

<sup>22</sup> In questo senso, G.L. GATTA, [Violenza sessuale: il modello del dissenso “alla tedesca” nell’emendamento della Sen. Bongiorno al disegno di legge all’esame del Senato](#), in *Sist. pen.*, 23 gennaio 2026, § 2.

è il venir finalmente meno del riferimento alla risibile ipotesi – dal sapore decisamente mitologico o letterario<sup>23</sup> – dell’inganno per sostituzione di persona<sup>24</sup>.

Ma non è questa, evidentemente, l’alterità più significativa tra i due testi, che riposa, in estrema sintesi, su una tipicità dimidiata nell’alternatività dei suoi “protagonisti”: gli atti sessuali realizzati *senza il consenso libero e attuale* da un lato, *contro la volontà* della vittima dall’altro.

Sul punto si è incentrato un dibattito politico molto serrato. L’opposizione, in particolare, ha fortemente stigmatizzato la soluzione introdotta dal ddl Bongiorno<sup>25</sup>: da un lato sarebbe infatti elusiva degli impegni presi, dall’altro, e soprattutto, determinerebbe un grave ritorno al passato, ostacolando l’emersione dei fatti di violenza sessuale, non presidiando in modo adeguato la libertà di autodeterminazione della donna, dimostrandosi incapace di farsi carico dei problemi culturali sottesi a questa tipologia di illeciti, ponendo a carico della vittima un insostenibile onere probatorio<sup>26</sup>. In area culturale omologa, ma espressiva di una specifica sensibilità femminista, si è rilevato che la disposizione rappresenterebbe «un attacco diretto ai diritti delle donne»<sup>27</sup>, costituendo il sintomo di un «arretramento culturale e giuridico inaccettabile»<sup>28</sup>, ma anche – il significato qui non mi è molto chiaro, ma suona comunque bene – che «il consenso non è un’opinione, è un diritto»<sup>29</sup>.

Fatto sta che a fronte di critiche così aspre e radicali – pur dal fondamento a volte sfuggente<sup>30</sup> –, in cui si è arrivati perfino a concludere che sarebbe meglio lasciare le cose come stanno piuttosto che approvare una norma «dettata dal patriarcato»<sup>31</sup>, la sen. Bongiorno dichiarava alla stampa che il suo testo costituisce una decisa svolta a favore delle donne, valorizzandone la volontà senza alterare le dinamiche processuali, e prevedendo, per talune ipotesi, perfino una presunzione di dissenso<sup>32</sup>, e al contempo,

<sup>23</sup> Potremmo infatti pensare a Giacobbe che giace con Lia sostituitasi a Rachele (*Genesi*, 29); a Zeus che assume le sembianze di Anfitrione per generare Ercole con Alcmena; a Isotta, che si fa sostituire da un’ancella per non far scoprire al marito di aver perso la verginità con Tristano, e così via.

<sup>24</sup> Si duole della mancata previsione, al contrario, A. CADOPPI, [Violenza sessuale: breve commento al testo proposto dalla Senatrice Bongiorno. Luci ed ombre di una riforma affrettata](#), in *Sist. pen.*, 26 gennaio 2026.

<sup>25</sup> V., ad es., *Dip. Politiche di Genere: SENZA CONSENSO È STUPRO!*, in *Fisac CGIL*, 18 febbraio 2026; *Senza consenso è sempre stupro. Il 28 febbraio scendiamo in piazza*, in [www.movimento5stelle.eu](#), 20 febbraio 2026.

<sup>26</sup> V. ad es., da area movimentista, *Perché diciamo No al DDL Bongiorno*, in [www.milanoimovimento.com](#), 17 febbraio 2026.

<sup>27</sup> V. *Il ddl Bongiorno: scompare il “consenso” e viene introdotto il “dissenso”. Si tratta di un grave arretramento culturale e giuridico inaccettabile*, in [www.linearosa.it](#), 26 gennaio 2026.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Così Fiorella Zabatta, assessore di AV alla Regione Campania, sulla sua pagina Facebook il 15 febbraio 2026.

<sup>30</sup> In particolare, sul tema dell’onere della prova, v. P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente? Il crepuscolo dell’uomo cacciatore e della donna preda. La riforma dell’art. 609-bis del Codice penale banco di prova culturale*, in *Sist. pen.*, f. 1/2026, p. 159; G.L. GATTA, *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale*, cit., § 3.

<sup>31</sup> «Meglio nessuna legge che questa legge» scrive infatti la deputata del PD Valeria Valente sul suo profilo Instagram il 31 gennaio 2026. La dichiarazione, della deputata del PD, Michela Di Biase, è riportata in *Ddl stupri, approvato a maggioranza il testo senza «consenso» e con più sanzioni: scoppia la polemica*, in *Il sole 24 ore*, 27 gennaio 2026.

<sup>32</sup> V. Bongiorno: «Perché nel Ddl Stupri si parla di “dissenso” e non di “consenso” e cos’è il reato di freezing. Meno sanzioni? Ho accolto i rilievi del Pd», in *Corriere Roma*, 23 gennaio 2026.

nei primi commenti, non si mancava di paventare effetti *nefasti*, in termini di tenuta delle garanzie, se il d.d.l. Boldrini fosse stato approvato<sup>33</sup>. La questione, declinata da entrambe “le parti” in termini essenzialmente apodittici, spesso macro-sistemici se non escatologici, in estrema sintesi è sostanzialmente sfuggita di mano.

E così, mentre la dottrina coglie l’occasione per ricordare i diversi modelli di consenso recepiti in ordinamenti di altri Paesi<sup>34</sup>, rivendicando l’implicita, quasi neotecnistica collocazione in una *comfort zone* scientifica abbastanza estranea al carattere politico del dibattito, da questo risulta incredibilmente assente ogni riferimento a quella giurisprudenza che ha ampiamente dimostrato – qui ancor più che altrove – di non sentirsi minimamente vincolata dalla specificità del dato normativo, e che ben difficilmente, per usare un eufemismo, si lascerà condizionare dalle sfumature assiologiche che connotano, in termini differenziali, le due disposizioni esaminate.

Il discorso, allora, per non disancorarsi completamente dal principio di realtà – mediatore ineludibile tra le spinte pulsionali dell’Es e il mondo esterno<sup>35</sup> –, non andrà incentrato esclusivamente sul dato testuale, sublimandolo, un po’ a caso, nell’effimero timore di vendette o nell’epica ipostatizzazione della libertà, ma dovrà essere vagliato essenzialmente alla luce della sua attitudine a incidere sul diritto vivente, concentrandosi – pur con inevitabile, minore compiacimento intellettuale – sulle fattispecie concrete ancor più che su quelle astratte.

## 2. Una norma “sbagliata”. L’art. 609-bis c.p. al vaglio della giurisprudenza.

Una riforma della materia, comunque, è estremamente opportuna. Rifuggendo la facile tentazione di “dire cose vecchie con un vestito nuovo”, non mi soffermerò sulla storia della normativa vigente, sui suoi limiti, sull’evoluzione giurisprudenziale e sulle opzioni astrattamente perseguibili in una prospettiva di riforma. Non perché non siano aspetti importanti, ma perché se ne è già scritto ampiamente, e qualsiasi lettore avrà estrema facilità a documentarsi.

Mi limito soltanto a rilevare come l’art. 609-bis c.p., nella sua attuale formulazione, sia decisamente una norma “sbagliata”, disallineata dal quadro costituzionale e sovranazionale<sup>36</sup>, e nel contempo applicata dalla prassi in modo totalmente immaginifico: da un lato una fattispecie astratta strutturata sulla presenza di opzioni modali – violenza, minaccia e abuso di autorità – che ne enfatizzano il carattere

---

<sup>33</sup> E. AMATI, *La metamorfosi della violenza sessuale e del diritto penale liberale*, in *Diritto di difesa*, 25 novembre 2025.

<sup>34</sup> Per tutti, I. MERENDA, *Osservazioni al DDL n. 1715 “Modifica dell’art. 609 bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso” (testo dell’audizione in Commissione Giustizia del 9.12.25)*, in *Pen. dir. proc.*, 11 dicembre 2025; A. CADOPPI, [Violenza sessuale: brevi riflessioni sul testo approvato dalla Commissione Giustizia del Senato il 27 gennaio](#), in *Sist. pen.*, 6 febbraio 2026.

<sup>35</sup> S. FREUD, *L’io e l’es* (1923), Roma, 2010.

<sup>36</sup> V., in particolare, l’art. 36 della Convenzione di Istanbul del Consiglio d’Europa dell’11 maggio 2011 sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ratificata dall’Italia con l. n. 77/2013.

culturalmente oscurantista; dall'altro una giurisprudenza che, insofferente alla modestia assiologica e strutturale del dato normativo, ha ritenuto di prenderne congedo, elaborando un proprio archetipo di violenza sessuale che non ha praticamente più nulla in comune con quello tipizzato all'art. 609-bis<sup>37</sup>, normalmente applicandolo, peraltro, nella totale elusione di molteplici garanzie ordinamentali<sup>38</sup>.

Per quanto attiene al primo aspetto, la riforma – in entrambe le sue attuali declinazioni – lascerebbe del tutto impregiudicati i gravi limiti di legittimità che accompagnano la disciplina vigente<sup>39</sup>. Nella seconda prospettiva, il discorso diviene particolarmente delicato, investendo gli stessi “limiti di funzione”, se così si può dire, che devono connotare il ruolo assolto dalla giurisprudenza in un sistema intimamente disorientato dalle tante ombre che accompagnano il crepuscolo di una democrazia. In proposito, va rilevato come lo spessore pressoché impalpabile del potere legislativo abbia determinato, da un lato, l'assunzione da parte dell'esecutivo di un ruolo quasi monopolista – tra decreti legge e leggi di iniziativa governativa – nella produzione dello *ius scriptum*<sup>40</sup>, dall'altro la trasfigurazione antagonista del giudice in una sorta di *rules maker* post-moderno, un po' giustiziere un po' giusdicente, in un'improbabile sintesi tra i pur iconici paradigmi del “pistolero buono”, alla Clint Eastwood<sup>41</sup>, e del *praetor peregrinus*<sup>42</sup>.

Ritornando alla violenza sessuale, uno spiccato approccio vittimo-centrico, coniugato con l'anelito a *fare Giustizia* a prescindere dalle norme<sup>43</sup>, ha condotto la prassi al totale ripudio del – pur modestissimo – paradigma normativo di cui all'art. 609-bis c.p., e alla sua “riscrittura” *ex novo*, con la tipicità incentrata proprio sul compimento di atti sessuali realizzati in assenza di consenso<sup>44</sup>. Attribuendo nel contempo carattere di prova privilegiata alle dichiarazioni della vittima<sup>45</sup>, presumendone il dissenso<sup>46</sup> – la differenza tra dissenso e assenza di consenso non sembra infatti essere vissuta con particolare *pathos* dalla giurisprudenza –, inferendo una implicita, decisamente

<sup>37</sup> Per tutti, G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023.

<sup>38</sup> V. G. BALBI, *Legem et iustitiam facere. La giurisprudenza e il delitto di violenza sessuale*, in *La legislazione penale*, 23 novembre 2023, p. 20 ss.

<sup>39</sup> V. infra, § 7.

<sup>40</sup> La cosa, in tempi di percepibile involuzione autoritaria dei modelli ordinamentali, anche nel mondo occidentale, è stata peraltro oggetto di specifica teorizzazione. Per tutti, cfr. E. A. POSNER, A. VERMEULE, *The Executive Unbound. After the Madisonian Republic*, Oxford 2011. Gli Autori, in nome di una rinnovata *Liberal legal theory*, assumono come superata la divisione dei poteri di derivazione illuministico-liberale, costruendo una nuova *rule of law* connotata da fortissima concentrazione dei poteri nelle mani dell'esecutivo.

<sup>41</sup> Si fa qui riferimento, evidentemente, al film *Il buono, il brutto e il cattivo*, regia di Sergio Leone, del 1966.

<sup>42</sup> In particolare, sulla genesi delle *actiones in factum*, che segnano la presa di distanza più sensibile dal dato normativo formalizzato, resta fondamentale il contributo di V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule «in factum conceptae»*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno del suo insegnamento*, v. II, Milano, 1930, p. 419 ss.

<sup>43</sup> Cfr. G. BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., p. 28 s.

<sup>44</sup> Per tutti, G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., *passim*.

<sup>45</sup> Così, già Cass. 1 dicembre 2011, n. 44644. Per l'estensione di tale principio anche alle dichiarazioni predibattimentali, Cass. 16 dicembre 2020, n. 12045.

<sup>46</sup> Tra le altre, Cass. 10 maggio 2023, n. 43220.

problematica, inversione dell'onere della prova<sup>47</sup>. In sintesi, elaborando un “modello applicativo” in cui alcune coordinate che ritenevamo irrinunciabili per un sistema penale democratico risultano smarrite: la legalità, il diritto di difesa, la presunzione di non colpevolezza, l'effetto ostativo del ragionevole dubbio.

Su queste premesse, anche modificare le disposizioni di riferimento, se l'applicazione della legge è vissuta dalla prassi come meramente opzionale, può risultare scarsamente produttivo.

Nel caso di specie, tuttavia, la riforma – in modo più o meno accentuato, ma comunque in entrambe le opzioni oggi sul tavolo – recepisce un modello di violenza sessuale comunque vicino a quello assunto dalla giurisprudenza come paradigma ideal-tipico, il che fa ben sperare circa il tasso di effettività che dovrebbe connotare il “nuovo” art. 609-*bis*.

In questa prospettiva, la riforma costituirebbe comunque un significativo passo avanti rispetto alla disciplina vigente, a quei vuoti di tutela che, quasi “costringendo” la prassi a prescindere dal dato normativo, l'hanno nel contempo indotta ad avviare un meccanismo di autoipotesi funzionale oramai completamente fuori controllo. Se non avrebbe molto senso, tuttavia, soffermarsi in questa sede sulle possibili aporie, funzionali o sistematiche, del *lex iudicem sequitur*, è anche vero che la necessaria rimodulazione dell'illecito era stata segnalata da lungo tempo anche dalla dottrina<sup>48</sup>, ed è oggi pressoché imposta a livello sovranazionale<sup>49</sup>.

Eppure non mi sembrerebbe intellettualmente onesto investire di eccessiva enfasi il mutamento del paradigma normativo. La modifica è indubbiamente importante, non più strutturando l'incriminazione su stantie opzioni modali, culturalmente indifendibili e del tutto incapaci di garantire una regolamentazione adeguata della materia, e al contempo orientandola verso una doverosa tutela della libertà di autodeterminazione consapevole. In tal modo, peraltro, verrebbe finalmente conferita tipicità a fattispecie concrete che, allo stato, non ne sono *formalmente* investite, pur essendo munite di sicuro disvalore e di piena meritevolezza di pena: non c'è violenza, infatti, non minaccia né abuso di autorità, non costrizione, nei toccamenti furtivi, in quelli “fugaci e repentini”, nell'inganno del ginecologo, e così via.

Ma si tratta di rilievi, lo si accennava, ampiamente superati da una giurisprudenza che già oggi non ha alcuna esitazione a riconoscerne la rilevanza penale,

---

<sup>47</sup> Così, ad es., Cass. 19 aprile 2023, n. 19599.

<sup>48</sup> Già prima della riforma introdotta con la l. n. 66/1996, in dottrina si era evidenziata la necessità di una rimodulazione sul consenso della fattispecie, elidendo i riferimenti, già presenti nell'art. 519 c.p., alla necessaria presenza di indici di costrizione. In particolare, v. M. BERTOLINO, *Libertà sessuale e tutela penale*, Milano, 1993, p. 139 ss. Cfr. anche T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1312.

<sup>49</sup> V., in particolare, l'art. 36 della Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa dell'11 maggio 2011 (di cui *supra*, n. 26), e la significativa giurisprudenza della Corte EDU, a partire da M.C. vs Bulgaria, 4 dicembre 2003, n. 621. Sul punto ampiamente, F. MACRÌ *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione. Centralità del consenso e nuovi modelli di tutela nelle recenti tendenze legislative e scientifiche europee*, Torino, 2025, p. 8 ss.

essendosi via via sbarazzata, *come per incanto*, di tutti i requisiti che l'art. 609-*bis* richiede per conferire rilevanza penale al compimento di atti sessuali<sup>50</sup>.

Se c'è un vuoto di tutela, e *in corpore codicis* c'è senz'altro, se la disposizione va riscritta assumendo il consenso, comunque declinato, a baricentro, e va fatto senz'altro, il problema era già stato ampiamente "risolto" dalla nostra giurisprudenza. Giusto, da parte del legislatore, adeguare il quadro normativo, ma non eccediamo nell'autocelebrazione, perché non si passa alla storia per così poco.

È anche vero che la nuova disposizione non avrebbe il solo effetto di cristallizzare un *acquis* prammatico consolidato, né si inscriverebbe al novero delle disposizioni del tutto inutili da spendere sui social o nei talk show, in quel confuso universo abitato da orsi marsicani, baby gang, oscuri organizzatori di *rave*, reati contro la persona nei pressi delle metropolitane, mendicanti molesti e omicidi nautici. Perché il consenso, quand'anche implementato sul concetto di *volontà contraria*, non costituisce soltanto un elemento essenziale della fattispecie, ma la proiezione normativa del fondamento culturale e politico sotteso alla scelta incriminatrice, ponendo il confine assiologico, e al contempo il presidio ordinamentale, di una libertà fondamentale.

Non ci si potrà allora esimere dal confrontare tra loro il nucleo del ddl Boldrini e del ddl Bongiorno, per verificare, sul piano delle plausibili prospettive prammatiche, se l'approvazione dell'uno oppure dell'altro avrebbe effetti davvero così diversi come si potrebbe immaginare alla luce dall'acceso dibattito politico che accompagna oggi il tema della riforma.

### 3. Tra libero consenso e volontà contraria.

Realizzare atti sessuali con «*libero consenso o in assenza di una volontà contraria*» – assumendo a riferimento il primo comma dell'art. 609-*bis* nelle due versioni esaminate – sono opzioni fattuali decisamente non sovrapponibili. Il nucleo di significato è infatti apprezzabilmente differente. Prima di approfondire il punto in modo più specifico – perché non c'è dubbio che anche il *consenso libero* pone problemi interpretativi estremamente complessi –, va immediatamente rilevato come la "volontà contraria" non sia né una volontà *potenzialmente* contraria né una volontà assente. Non potendosi, razionalmente, essere contrari a quel che non si conosce – in effetti *nihil volitum nisi praecognitum*<sup>51</sup> –, il requisito risulterà soddisfatto solo se si è consapevoli sia del compimento degli atti sia del loro carattere sessuale. Solo a queste condizioni sarà infatti possibile dissentire dalla loro realizzazione, con conseguente corrispondenza della fattispecie astratta a quella concreta.

---

<sup>50</sup> Tra gli altri, G. BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., p. 1 ss.

<sup>51</sup> La regola, comunemente attribuita a San Tommaso, che in realtà la esprime in termini leggermente differenti – *Ad hoc quod aliquid in appetitum veniat, requiritur quod sit praecognitum* (*Summa Theologiae*, I-II, q. 76, a. 1) –, fu fatta propria dalla Scolastica, e la si ritrova, espressa nei termini ricordati, ancora in G. W. LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano* (1704, pr. ed. 1765), Milano, 2011, I, II, c. XXI.

Ciò non accadrebbe, ad esempio, nei toccamenti improvvisi, negli atti sessuali realizzati su persona in stato di incoscienza o, ancora, qualora l'inganno verta proprio sulla connotazione sessuale dell'atto, come nel caso in cui venga posto in essere nel corso di una visita ginecologica. Tutte ipotesi in cui, assumendo a parametro l'assenza di un consenso libero, concluderemmo invece per la piena conformità al tipo. Incentrando il discorso esclusivamente su queste coordinate, non si potrebbe, allora, che concludere per l'assoluta inadeguatezza del paradigma di violenza sessuale fatto proprio dal ddl Bongiorno, incapace di conferire rilevanza penale a ipotesi caratterizzate da un'intollerabile compressione della libertà di autodeterminazione consapevole.

La critica sarebbe tuttavia ingenerosa, se non decisamente errata. Perché, proprio per ovviare a tali limiti, il progetto inserisce nell'art. 609-bis un terzo comma, alla cui stregua «*l'atto sessuale è contrario alla volontà della persona anche quando è commesso a sorpresa ovvero approfittando della impossibilità della persona stessa, nelle circostanze del caso concreto, di esprimere il proprio dissenso*».

Tale disposizione, in effetti, evidenzia immediatamente l'improprietà della critica sia in relazione ai toccamenti repentini sia agli atti sessuali realizzati con persona in stato di incoscienza, ad esempio in coma, e nel contempo dà agevolmente conto anche dell'ipotesi del *freezing*. Restano tuttavia dei dubbi circa la sua attitudine a ricomprendere l'inganno del ginecologo – o, più ampiamente, qualsiasi forma di inganno che spieghi un effetto decisivo sulla volontà –, nonché tutte quelle ipotesi in cui esista una compressione della libertà di autodeterminazione determinata non direttamente dall'agente, sebbene implementata sulla sua successiva condotta, come nel caso, ad esempio, in cui si abbia un rapporto retribuito con persona vittima di una tratta strumentale allo sfruttamento sessuale.

Qui le divergenze tra le due soluzioni, quantomeno a prima vista, sembrerebbero permanere: il consenso non è libero, infatti, ma nel contempo non può parlarsi di un'assoluta *impossibilità* a esprimere il dissenso, quantomeno intendendo la stessa in termini di possibilità "fisica" di dissentire, sia pur implementata da valutazioni di correlazione sincronica.

Questa conclusione, che evidenzierebbe la presenza di limiti significativi nel paradigma della *volontà contraria*, non è però obbligata. Perché l'esercizio della libertà di autodeterminazione non può prescindere dalla conoscenza di dati ineludibili per poter giungere a una decisione consapevole – non *posso* dissentire dal subire atti sessuali se ignoro che siano tali –, né dall'assenza di fattori, anche psicologici, *lato sensu* costrittivi, tali da condurmi a una risoluzione che, a prescindere dal permanere dell'astratta "possibilità fisica" del diniego, di fatto mi rendano impraticabile, e dunque sostanzialmente *impossibile*, il dissentire – ad esempio il controllo del clan, capillare e violento, sull'esercizio della prostituzione.

Se i nuclei delle due disposizioni – per il tramite di un'interpretazione teleologicamente orientata del comma 3 dell'art. 609-bis (del progetto Bongiorno) – stanno mostrando punti di forte convergenza, si potrebbe tuttavia immaginare l'esistenza di un'intrinseca discrasia strutturale. Mentre il consenso presuppone infatti l'esistenza di una peculiare capacità a esprimerlo – non ne è ad esempio munito il minore di anni quattordici –, lo stesso non vale per il dissenso: chiunque – anche il minore,

l'infermo, chi abbia assunto sostanze, la persona messa alle strette dalla vita o dall'abuso di potere di un superiore – può “validamente” dissentire, e se gli atti sessuali venissero nondimeno realizzati, il fatto acquisirebbe sicuramente rilievo penale.

In altre parole, mentre il consenso, per escludere la tipicità, deve essere “libero”, il dissenso, per conferire tipicità, non necessita di tale requisito.

Il rilievo è intrigante, soprattutto sul piano dommatico, come lo è sempre, in realtà, la scoperta di una disarmonia che incrina i tranquilli confini di una simmetria apparente. Ma il discorso riposa anche qui, plausibilmente, su di un errore di prospettiva, o comunque non è perfettamente centrato. A ben vedere, infatti, la discrasia è più apparente che reale. Perché in presenza di una *volontà contraria*, quali che ne siano le modalità di esplicazione, non c'è neanche un *consenso libero e attuale* al compimento degli atti, e questo del tutto a prescindere da peculiarità individuali, di contesto o di interazione relazionale tra i soggetti coinvolti.

La prospettata distinzione non sembra dunque esprimere alcuna divergenza strutturale in grado di riflettersi sul piano applicativo, né di conferire peculiari complessità al tema esaminato. Non è qui, infatti, che si collocano i reali problemi ermeneutici, ma in una fascia oscura, tendenzialmente comune alle due disposizioni, sia pur circoscritta da una differente perimetrazione sintattica e semantica: quand'è che il consenso, pur prestato, non può ritenersi libero? E quando il dissenso, pur in nessun modo palesato, sottende comunque una *volontà contraria*, tale – ai sensi del ricordato comma 3 – perché non esisteva un'adeguata *possibilità* di esprimerlo?

La risposta ai due quesiti non è necessariamente coincidente, ed è proprio qui, allora, che potrebbe evidenziarsi la più significativa differenza di ampiezza tra le due disposizioni. Trattandosi comunque, in entrambi i casi, di una tassatività “debole”, perché suscettibile di integrazione da parte di molteplici, ed eterogenee fattispecie concrete, è proprio con queste che diviene necessario il confronto, lasciandosi guidare, nella ricostruzione della tipicità, da compagni di strada affidabili, e nel contempo adeguati a orientare la fattispecie a Costituzione: su tutti, la portata offensiva nei confronti del bene tutelato e il principio di colpevolezza.

Quest'ultimo, qui valutato sul piano inconsueto della ricognizione della tipicità, e dunque in funzione strutturalmente selettiva, dovendosi escludere la presenza, all'interno della fattispecie, di quanto non ascrivibile all'agente perché insuscettibile di divenire oggetto di un giudizio di rimprovero<sup>52</sup>.

#### 4. Inattese convergenze.

Il *consenso libero* si presenta decisamente bene<sup>53</sup>. Molto meglio della *volontà contraria*, che ha una cadenza formale, un inconsueto retrogusto giuridico, che è

---

<sup>52</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a G. BALBI, *Il “decreto sicurezza” e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, in *La legislazione penale*, 22 luglio 2025, p. 56 ss.

<sup>53</sup> Anche se probabilmente non va neanche troppo enfatizzato. Come si è efficacemente notato, infatti, non di rado «l'immagine del sì, espressione esteriore o apparente del consenso, è una comoda copertura». Così, P. DI

intimamente inadeguata a fare la Storia, a *épater les bourgeois*, a *enchanter les gauchistes*, a suscitare opinioni convinte e facezie sottili da parte di chi non sappia nulla del sistema penale e dei suoi principi. È peraltro indiscutibile che il modello “consensuale affermativo” possiede un forte significato euristico, in termini di inversione non solo del paradigma normativo di riferimento, ma anche – o forse soprattutto – di quello culturale<sup>54</sup>.

In termini strutturali, peraltro, tra le due opzioni sembrerebbe cogliersi una significativa differenza: *in un caso* – si è notato – «*si fa carico al destinatario di attenzioni sessuali sgradite di esprimere un dissenso, mentre nell’altro si richiede a chiunque voglia intrattenere un rapporto sessuale di constatare la presenza di un consenso pieno ed autentico*»<sup>55</sup>. La proiezione prammatica di tale distinzione, sicuramente sensibile sul piano simbolico e in termini di evoluzione socio-culturale, appare tuttavia ben difficilmente in grado – soprattutto in tipologie fattuali connotate da un’estremamente problematica riscontrabilità *aliunde*<sup>56</sup> – di spiegare effetti apprezzabili sul piano prammatico.

Se è peraltro strano rilevare come la stampa<sup>57</sup>, ma anche il Ministro Salvini<sup>58</sup>, in relazione al ddl Boldrini abbia frequentemente fatto riferimento al “consenso informato”, con una singolare proiezione della sessualità – incongrua come poche – all’interno del trattamento medico-chirurgico, è comunque innegabile che l’ipostatizzazione normativa del consenso risulterebbe assiologicamente apprezzabile, ma incamminarci sul piano dei valori potrebbe condurci molto lontano, facendoci incontrare, sulla nostra strada, anche l’essenza più profonda, quella libertà che per Socrate deriva dalla conoscenza<sup>59</sup>, per il Vangelo di Giovanni dalla Verità<sup>60</sup>, per Cicerone dal rispetto della legge<sup>61</sup>.

Ho tutta l’impressione, però, che non sia affatto il caso di andare in questa direzione, risultando invece necessario concentrarci sui temi, estremamente delicati, che discendono dal consenso una volta proiettato all’interno del fatto tipico. Si tratta di problemi, peraltro, non di rado coincidenti con quelli determinati dalla *impossibilità a manifestare il dissenso* – non declinabile, lo si è visto, in termini esclusivamente “fisici”<sup>62</sup> – , equiparata dal ddl Bongiorno al dissenso stesso. Perché se si è impossibilitati a dissentire, non è neanche possibile, evidentemente, consentire liberamente. E così, pur a fronte di opzioni normative indiscutibilmente non omologabili sul piano dei valori, la

NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente?*, cit., p. 141.

<sup>54</sup> Sul punto, ampiamente, P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente?*, cit., p. 163 ss.

<sup>55</sup> Così, G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 251.

<sup>56</sup> In questo senso, B. ROMANO, [Il necessario superamento dell’articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale: tra consenso e dissenso](#), in *Sist. pen.*, 29 gennaio 2026.

<sup>57</sup> V., ad es., *Violenza donne, dalla Camera ok alla proposta di legge sul consenso informato*, in *LaPresse*, 19 novembre 2025.

<sup>58</sup> *Salvini contro il ddl stupro*, cit.

<sup>59</sup> SENOFONTE, *Memorabili*, L. III, C. 9, § 4.

<sup>60</sup> *Conoscerete la verità, e la verità vi farà liberi*, Gv 8,32.

<sup>61</sup> *Legum servi sumus ut liberi esse possimus*. MARCO TULLIO CICERONE, *Pro Cluentio* (146), [1, 3].

<sup>62</sup> V. *supra*, § 3.

dimensione maggiormente complessa sul piano prammatico finisce, forse inaspettatamente, per convergere.

## 5. Sulla tipizzazione del consenso.

In effetti il nostro legislatore, quando nella descrizione della fattispecie fa riferimento al consenso, al dissenso o alla volontà contraria, normalmente indica le condizioni in presenza delle quali gli stessi risultano adeguati a incidere sulla tipicità. Si tratta di condizioni, peraltro, differenti a seconda della specificità dell'illecito su cui sono chiamati a incidere. Il consenso nell'aiuto al suicidio, d'altronde, non può che strutturarsi su coordinate totalmente differenti da quelle relative alla "volontà contraria" del *dominus* nella violazione di domicilio.

Se il *consenso* viene normalmente implementato su un concetto non formale di capacità, la contestuale specificazione dei suoi caratteri – oggettivi o soggettivi, individuali o di contesto –, tende a dar luogo a un concetto intimamente ibrido, una sorta di *capacità naturale normativamente orientata*, vincolata a requisiti, fissati *ex lege*, destinati inevitabilmente a riflettersi anche sul piano della tipicità.

È quel che accade, ad esempio, nell'art. 593-ter c.p. – l'interruzione di gravidanza non consensuale –, in cui viene esplicitato che «*si considera come non prestato il consenso estorto con violenza o minaccia ovvero carpito con l'inganno*»; o nell'art. 579 c.p. – l'omicidio del consenziente –, che prevede la medesima regola integrata dal consenso estorto con «*suggestione*», disponendone l'ulteriore irrilevanza se prestato da un minore di anni diciotto, dall'infermo di mente o da persona in condizioni di deficienza psichica determinata da infermità o da abuso di sostanze. Le stesse condizioni sono peraltro richiamate anche dal comma 2 dell'art. 613 c.p. in relazione al delitto di stato di incapacità procurato mediante violenza.

Nella violazione di domicilio (art. 614 c.p.), il dissenso è invece declinato nei termini di contrasto con la volontà, espressa o tacita, del titolare dello *ius excludendi*, oppure di introduzione – o permanenza – «*clandestina o con l'inganno*».

La stessa Corte costituzionale, nel ravvisare la parziale illegittimità dell'istigazione o aiuto al suicidio (art. 580 c.p.), fattispecie in cui il volontario ricorrere all'altrui aiuto si avvicina non poco alle dinamiche psicologiche e modali del consenso, ne ha ridefinito la tipicità richiedendo condizioni "di contesto" tassative, solo in presenza delle quali la volontà conforme del destinatario dell'aiuto escluderà la rilevanza penale del fatto<sup>63</sup>.

L'art. 609-bis, sia nella versione del ddl Bongiorno sia in quella del ddl Boldrini, si discosta da questo schema. Per quanto riguarda quest'ultimo, va detto che qualificare il consenso in termini di libertà vale molto sul piano simbolico e valoriale, ma non altrettanto sul piano della riconoscibilità, trattandosi di un concetto declinabile in modi tra loro molto diversi. È anche vero che la locuzione ritrova un precedente nell'art. 1,

---

<sup>63</sup> V. Corte cost., sentenza n. 242, 25 settembre 2019.

comma 1, l. n. 219, 22 dicembre 2017<sup>64</sup>: «Nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge»<sup>65</sup>.

Anche se, in termini di razionalità di scopo, non c'è alcun motivo per ritenere che i requisiti di validità del consenso nel fine vita o nel trattamento medico-chirurgico debbano corrispondere a quelli rilevanti in materia di autodeterminazione sessuale, va comunque rilevato, in ossequio all'omologia semantica, che in relazione alla normativa del 2017 sia la dottrina<sup>66</sup> sia la giurisprudenza<sup>67</sup> hanno posto l'attenzione essenzialmente sul carattere *informato* del consenso, affrontandone la *libertà* in modo sfuggente, vuoi nei termini di una parziale endiadi – il consenso non è libero se non adeguatamente informato<sup>68</sup> –, vuoi nella reiterazione, abbastanza acritica, di consuete clausole di stile – non devono essere presenti vizi della volontà, e il soggetto deve possedere una capacità adeguata a fornire il consenso<sup>69</sup>.

È la stessa legge del 2017, però, a fissare regole esplicite in tema di capacità – soprattutto in relazione al consenso di minori o incapaci (art. 3) – totalmente divergenti da quelle che operano in materia di autodeterminazione sessuale ai sensi degli artt. 609-*bis*, comma 2 n. 1, e 609-*quater* c.p.<sup>70</sup>, ponendo nel contempo a fondamento del “consenso libero”, quale regola generale, la presenza della capacità di intendere e di volere in capo a chi lo abbia prestato (art. 4). In sintesi, ci troviamo anche qui al cospetto di un'accentuata normativizzazione di contesto, che risponde bene alle istanze del suo ambito applicativo, ma che non è in alcun modo “esportabile” alla materia sessuale.

In altre parole, posto che i requisiti di efficacia mutano a seconda della specificità della fattispecie, che la locuzione “libero consenso” è intimamente polisemica, che l'impossibilità di dissentire non può essere letta in termini soltanto “fisici”, diviene necessario domandarsi se l'assenza, in entrambi i progetti di riforma, di qualsiasi riferimento implementato sulla specificità – soggettiva, interpersonale o di contesto –

<sup>64</sup> “Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento”.

<sup>65</sup> In proposito, va rilevato come l'art. 5 della Convenzione di Oviedo sui diritti dell'uomo e sulla biomedicina del 4 aprile 1997, ratificata dall'Italia con L. 28 marzo 2001, n. 145, disponga che «un trattamento sanitario può essere praticato solo se la persona interessata abbia prestato il proprio consenso libero ed informato». Nel contempo, l'art. 3 della Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, dispone che nell'ambito della medicina e della biologia deve essere in particolare rispettato, tra gli altri, «il consenso libero e informato della persona interessata, secondo le modalità definite dalla legge».

<sup>66</sup> Sul tema, per tutti, cfr. L. EUSEBI, *Il consenso informato e le disposizioni anticipate di trattamento*, in M. OLIVA, M. CAPUTO (a cura di), *Itinerari di medicina legale e delle responsabilità in campo sanitario*, Torino, 2021, p. 418 ss.; C. CUPELLI, *Consenso informato, autodeterminazione terapeutica e disposizioni anticipate di trattamento: profili penali*, in *Discrimen*, 15 ottobre 2018.

<sup>67</sup> Sul punto, fondamentale la ricostruzione operata da Corte cost., sentenza n. 438 del 15 dicembre 2008. Per la giurisprudenza di legittimità cfr., tra le tante, Cass., 30 settembre 2022, n. 48944; Cass., 14 settembre 2022, n. 48619.

<sup>68</sup> Per tutte, Cass., 11 luglio 2001, n. 1572.

<sup>69</sup> Da ultima, Cass. civ., ord. 10 febbraio 2026, n. 2968.

<sup>70</sup> Il riferimento a tali disposizioni, oggi vigenti, appare congruente anche se il discorso è qui incentrato sulla normativa che discenderebbe dall'eventuale approvazione definitiva della riforma. La regola di cui all'attuale art. 609-*bis*, comma 2 n. 1, sarebbe infatti recepita dal nuovo testo dell'art. 609-*bis*, e l'art. 609-*quater* non sarebbe modificato dalla riforma.

della violenza sessuale costituisca un *vulnus* nella riconoscibilità del fatto oggetto di incriminazione.

Il problema, tipologicamente riferibile a un dubbio tutt'altro che inconsueto nell'ermeneutica penale, assume connotazioni peculiari, perché la volontà – comunque declinata – qui non assolve solo una funzione dirimente sul piano della tipicità, segnando il confine assiologico, e al contempo il presidio ordinamentale, di una libertà fondamentale. Mai come in questo contesto, insomma, non si dovrebbe sbagliare.

### 5.1. *Gli incerti limiti del consenso nell'elaborazione giurisprudenziale.*

Sono più di vent'anni che la prassi – pur declinandolo in modo non sempre omogeneo<sup>71</sup> – ha posto il consenso alla base della struttura della violenza sessuale. Eppure, ricercare nel diritto vivente indizi davvero utili a conferire concretezza alla fattispecie è un'impresa non particolarmente produttiva. L'impressione, infatti, è che la nostra giurisprudenza, nel rielaborarne radicalmente la struttura, non abbia tenuto conto del fatto che avocare a sé la funzione legislativa non è un'operazione “a costo zero”, implicando la necessità che il meta-dato normativo risulti comunque conforme ai canoni della determinatezza e, conseguentemente, della riconoscibilità.

In proposito, va innanzitutto rilevato come, nella prassi, si ritrovi non di rado il riferimento al dissenso<sup>72</sup>, ma anche, e più frequentemente, all'assenza di un *consenso libero*, oppure di un *consenso valido*, senza comunque che di tali concetti venga fornita alcuna chiara ricostruzione, né in termini di convergenza né di possibile diversità. Si tratta di riferimenti, infatti, normalmente inseriti in affermazioni abbastanza apodittiche, il cui carattere assertivo – «senza un consenso libero, ma piuttosto frutto di paura»<sup>73</sup>; «in una situazione in cui non era ipotizzabile alcun consenso libero della ragazza»<sup>74</sup>; «non vi fu da parte della vittima un consenso libero, ma un consenso “coartato”»<sup>75</sup>, e così via – tende a fondare l'avvenuta integrazione della fattispecie sulla base, essenzialmente, del senso comune.

Le cose non cambiano neanche nei casi in cui “validità” e “libertà” del consenso si incontrano, seppur fuggacemente – la situazione era tale «da escludere che [...] agisse in piena libertà morale e con un consenso valido»<sup>76</sup>; «esso deve essere “libero” e “validamente” prestato»<sup>77</sup> –, al punto che la loro convergenza sembra risolversi, ancora una volta, più in un'endiadi che in una reale interazione contenutistica.

Chi dovesse ritenere che il ddl Bongiorno, qualora approvato, risolverebbe il problema, incentrando la tipicità sul – meno problematico – concetto di dissenso, sarebbe decisamente in errore, perché, lo si diceva, la dimensione “critica” non attiene ai casi di

<sup>71</sup> Per tutti, G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 175 ss.

<sup>72</sup> Tra le altre, Cass. 19 giugno 2002, n. 32513; Cass., 10 dicembre 2003, n. 2969.

<sup>73</sup> Corte App. Trento, 6 dicembre 2023, n. 211.

<sup>74</sup> Cass., 2 settembre 2021, n. 32635.

<sup>75</sup> Cass., 20 aprile 2011, n. 15637.

<sup>76</sup> Cass. 15 novembre 2013, n. 45931.

<sup>77</sup> Cass., 14 novembre 2025, n. 37173.

dissenso manifestato o comunque riconoscibile, che risulteranno infatti penalmente rilevanti a prescindere dallo specifico della declinazione normativa, ma a quelli connotati dall'impossibilità di dissentire, tendenzialmente sovrapponibili a quelli in cui risulti assente la possibilità di esprimere un consenso libero: quella "zona oscura", dunque, in cui né la presenza del consenso, né l'assenza del dissenso, inferiscono la conformità a *ius*. Non è facile delimitarne le coordinate, ma un primo approccio ricostruttivo, quantomeno in termini generali, non è più rinviabile.

Si tratta, peraltro, di un ambito dal contenuto intrinsecamente eterogeneo, che a prima vista sembrerebbe ritrovare il proprio dato connettivo, la trama comune, nella presenza di forti condizionamenti sulla volontà della vittima, tali da incidere in modo decisivo sulle sue scelte, al punto da non farle corrispondere a quelle che avrebbe compiuto in loro assenza. Non sarebbe tuttavia difficile, con un po' di attenzione, cogliere il carattere abbastanza inconsistente di una "perimetrazione" operata in questi termini.

Non solo perché chiama in causa improponibili, ed evidentemente non verificabili, *sliding doors*, ma soprattutto perché è difficile negare – pur senza assumere in alcun modo a riferimento modelli neo o vetero-deterministici – che le nostre scelte, ancor più se coinvolgenti sul piano esistenziale, sono normalmente condizionate da accentuate inferenze di contesto, oggettive o soggettive. E questo sia quando costituiscano l'esito di una valutazione razionale, sia quando discendano da pulsioni accentuatamente emozionali<sup>78</sup>.

Dietro la scelta di compiere atti sessuali può infatti esserci un freddo calcolo, un sentimento sincero, una sensazione piacevole, il desiderio di lasciarsi andare in una romantica sera d'estate, un certo timore, una forte attrazione, un'aspettativa virtuosa oppure opportunistica, una *revanche* lungamente cercata, e così via. È peraltro plausibile, in realtà quasi inevitabile, che le scelte compiute non siano l'esito di un unico fattore "condizionante", ma di un bilanciamento tra una pluralità di motivazioni. In effetti, viene da pensare che la libertà di autodeterminazione consapevole è preservata quando esiste la possibilità di operare questo bilanciamento in piena conformità ai propri valori, alle proprie speranze, alle proprie necessità, ai propri desideri, in sintesi, al proprio "modo di essere", seppure proiettato nello specifico di quel luogo e quell'istante.

Vi sono tuttavia ipotesi in cui uno dei fattori condizionanti è a tal punto "assorbente" da ostacolare, se non impedire, la corretta fisiologia del processo valutativo. Se inizia qui ad avvertirsi la sgradevole sensazione di un plausibile deficit di libertà, è quantomai necessario evitare di giungere a conclusioni affrettate: acconsentire – pur abbandonando le cautele e l'attenta ponderazione di tutta una vita – perché follemente innamorati o perché terribilmente spaventati, sono infatti situazioni che, per quanto accomunate dalla presenza di un'emozione travolgente, non risultano in alcun modo comparabili.

---

<sup>78</sup> Sul punto, di particolare interesse, D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci* (2011), Milano, 2020.

**6. Le prospettive di riforma al confronto con la “zona grigia”. a) L’assunzione di sostanze tra approfittamento e intangibilità sessuale.**

Abbiamo visto come la nostra giurisprudenza – qui indiscutibile interlocutore privilegiato – abbia “elaborato” una fattispecie di violenza sessuale dai contorni decisamente vaghi, incentrata su quel consenso sempre evocato e mai oggetto di un adeguato sguardo ricostruttivo<sup>79</sup>. Non stupirà, allora, che la ricognizione della tassatività sia alle volte “sfuggita di mano”, soprattutto in relazione a uno dei casi maggiormente delicati, per quanto tutt’altro che infrequente: i rapporti intrattenuti con persona che abbia assunto “sostanze”.

L’ipotesi, infatti, è stata a volte ricondotta dalla prassi alla violenza sessuale per costrizione di cui al primo comma dell’art. 609-*bis*<sup>80</sup>, che, privata “ermeneuticamente” di tutti i suoi requisiti originari, risulterebbe integrata da ogni atto sessuale realizzato in assenza di un valido/libero consenso; altre volte – ponendosi l’accento sulle «*condizioni di inferiorità fisica o psichica*» in cui versa la vittima – alla diversa fattispecie di cui al secondo comma della disposizione<sup>81</sup>.

La differenza non è da poco. Nella struttura di quest’ultima, infatti, la prassi ha sì “soppresso” il requisito dell’induzione<sup>82</sup>, ma non quello dell’abuso delle condizioni di inferiorità. Per la configurabilità dell’illecito, in questa seconda prospettiva, non sarebbe dunque sufficiente che il/la partner abbia assunto sostanze, risultando altresì necessaria la strumentalizzazione, da parte dell’agente, delle conseguenti condizioni di inferiorità<sup>83</sup>.

Se il problema è estremamente rilevante, dunque, già alla luce del diritto vigente, risulta inevitabile interrogarsi circa l’attitudine delle prospettate opzioni di riforma a modificarne le coordinate.

In proposito – e fermo restando che la giurisprudenza potrebbe continuare a ignorare con *nonchalance* qualsiasi disposizione in materia, indipendentemente dalla loro eventuale modifica –, va detto che i due disegni di legge si caratterizzano per una indiscutibile differenza testuale.

Il ddl Boldrini fa infatti riferimento alla sola assenza di un consenso libero, mentre il ddl Bongiorno richiede che l’agente *abbia approfittato* della impossibilità della vittima di esprimere il dissenso. Nel primo caso solo un dato fattuale, che deve evidentemente essere oggetto di conoscenza da parte dell’agente, senza tuttavia la necessità che si proietti in peculiari dinamiche realizzative del fatto; nel secondo – al contrario – una precisa opzione modale, necessaria per conferire tipicità. La “prima norma”, dunque, avrebbe un’ampiezza decisamente maggiore della seconda.

<sup>79</sup> Sulla necessità di definire il concetto di consenso, G. L. GATTA, *Sul disegno di legge in tema di violenza sessuale*, cit., § 6. In proposito, di particolare interesse i rilievi di P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente?*, cit., p. 141 ss.

<sup>80</sup> Ad es., Cass., 20 ottobre 2025, n. 34181; Cass., 14 novembre 2025, n. 37173.

<sup>81</sup> Ad es., Cass., 8 maggio 2025, n. 31847; Cass., 29 aprile 2025, n. 23111.

<sup>82</sup> Tra le altre, Cass., 15 dicembre 2023, n. 11168. In particolare, per la configurabilità dell’illecito anche nell’ipotesi di iniziativa presa dalla vittima, e dunque di assenza di “induzione” da parte dell’agente, v. Cass., 21 agosto 2019, n. 36272.

<sup>83</sup> Così, tra le altre, Cass., 8 maggio 2025, n. 31847.

Da essa, infatti, sembrerebbe evincersi l'esistenza di un preciso obbligo di astensione, penalmente sanzionato, dal compimento di atti sessuali con persona che nella lata immediatezza abbia fatto uso di sostanze, o che sia comunque ancora soggetta agli effetti psico-attivi delle relative componenti: se l'assunzione ha posto il soggetto in condizioni di particolare vulnerabilità, alterando in modo significativo le dinamiche del processo decisionale, il suo eventuale consenso non sarebbe infatti "libero", e il fatto acquisirebbe, per ciò solo, rilevanza penale. Questo non accadrebbe, invece, nello "schema Bongiorno", in cui la consapevolezza dovrebbe trasfondersi, secondo il parametro dell'*approfittamento*, nelle modalità realizzative del fatto.

È però anche vero che quello di *approfittamento* è concetto ambiguo, declinabile in termini anche molto diversi tra loro: come *sfruttamento a proprio vantaggio*, ed è quel che accade nell'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'art. 603-bis c.p.<sup>84</sup>; come un semplice *cogliere l'occasione*, lettura consueta dell'aggravante comune della minorata difesa di cui all'art. 61, n. 5, c.p.<sup>85</sup>; oppure, ancora, in termini di mera consapevolezza, come accade nel peculato mediante profitto dell'errore altrui ex art. 316 c.p., in cui i, pur presenti, riferimenti al *cogliere vantaggio* tendono comunque a dissolversi in locuzioni poco più che pleonastiche, perché espressive di un dato ritenuto sostanzialmente *in re ipsa*<sup>86</sup>.

Non è difficile immaginare che la nostra giurisprudenza, che da tempo opera in termini di costante ampliamento dell'ambito di tipicità della violenza sessuale, con ogni probabilità farebbe sua quest'ultima accezione, di fatto elidendo la differenza testuale tra i due progetti, e, quel che è più importante, ritenendo il fatto integrato dalla semplice consapevolezza dell'altrui stato di "inferiorità". Sempre che perfino questo dato, come oggi accade, non venga ritenuto irrilevante perché incongruamente ricondotto all'art. 5 c.p.<sup>87</sup>, o parzialmente irrilevante, nell'altrettanto incongrua riconduzione all'art. 59, comma 4<sup>88</sup>.

Questa soluzione – cui di fatto consegue l'intangibilità sessuale dell'assuntore di sostanze – potrebbe essere ritenuta corretta da chi, trascinato dall'impeto della propria coscienza civile, abbia tuttavia dimenticato di porsi alcune domande. La prima, dal tenore quantomeno imbarazzante: di quali sostanze stiamo parlando?

La questione, a ben vedere, non può essere risolta con un icastico rinvio alle tabelle di cui al D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, il testo unico sugli stupefacenti<sup>89</sup>, perché totalmente estranee al tema qui affrontato. Vi si ritrovano, infatti, molecole che non hanno alcun effetto psicogeno, su tutte gli steroidi, e non, ad esempio, l'alcool, il cui

---

<sup>84</sup> In particolare, nell'ipotesi di cui al comma 1, n. 1, di quella disposizione. In questo senso, ad es., Cass., 15 settembre 2022, n. 6339.

<sup>85</sup> Ad es., Cass., 1 luglio 2020, n. 28322.

<sup>86</sup> V. Cass., 15 dicembre 2015, n. 6658.

<sup>87</sup> Tra le altre, Cass., 26 settembre 2025, n. 32031.

<sup>88</sup> Così, Cass., 30 dicembre 2024, n. 47582.

<sup>89</sup> Più esattamente, si tratta del *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, peraltro periodicamente aggiornato, sul piano tecnico, con decreto del Ministro della Salute. Per l'attuale formulazione, v. D.M. 28 marzo 2024.

abuso, anche occasionale, può ampiamente incidere – con la sovrapproduzione di endorfine – sull’equilibrio del piano decisionale.

D’altronde, se qui il discorso è declinato in termini di tutela di soggetti fragili, le coordinate da assumere a riferimento sono diametralmente altre rispetto a quelle “consuete”, sulla cui base l’assuntore di sostanze, più che di tutela, è destinatario di stigma, segnalazione al Prefetto e sospensione della patente. Verrebbe da pensare a un’ucronia finalmente virtuosa, ma i punti di riferimento, in un sistema intimamente ostile ai soggetti non allineati, sono davvero pochi.

Tuttavia, a ben vedere, la “domanda” era meno centrata di quanto a prima vista avrebbe potuto sembrare. Ci stiamo pur sempre confrontando, infatti, con una fattispecie “a contesto libero”. La specificità della sostanza assunta – si tratti di alcool, fentanil, ossicodone, eroina o altro –, non ha, in effetti, un rilievo peculiare, né appare rilevante l’assenza di una sua previa tipizzazione; la stessa assunzione, d’altronde, non può essere apprezzata in valore assoluto, interagendo con essa anche dati ulteriori, di ordine vuoi oggettivo – ad esempio la quantità –, vuoi soggettivo – come lo standard individuale di tolleranza o l’eventuale assuefazione alla sostanza.

Quel che rileva, in effetti, non è tanto l’avvenuta assunzione, quanto il conseguente stato di alterazione, tale da incrinare la fisiologia delle dinamiche sottese all’esercizio della libertà di autodeterminazione consapevole. Qualora l’agente non lo colga, il fatto non sarà penalmente rilevante, e questo anche nel caso in cui un agente accorto lo avrebbe ravvisato. Lo scarto tra lo standard di diligenza dell’agente storico e quello di un agente virtuale tipologicamente non dissimile dall’agente modello, è infatti apprezzabile, evidentemente, sull’esclusivo piano della colpa. In assenza di una espressa previsione – che sarebbe quantomai opportuna per garantire alla materia una regolamentazione equilibrata, ma che allo stato non è presente né prevista dai ricordati progetti di riforma –, sarà dunque doveroso concludere per l’irrilevanza penale del fatto. È pur vero che la nostra giurisprudenza è di diverso avviso<sup>90</sup>, e che tale orientamento difficilmente muterà a prescindere dallo specifico della norma che verrà introdotta all’art. 609-bis, ma le regole costituzionali – dal principio di legalità a quello di colpevolezza – conducono inevitabilmente a tale conclusione, e la loro cogenza non si attenua, evidentemente, per il sol fatto che la prassi finora non vi si sia attenuta.

Per il momento, tornando a noi, risulta necessario confrontare le prime conclusioni cui siamo pervenuti in tema di assunzione di sostanze, per quanto parziali e ancora ampiamente incomplete, con la tematica, teleologicamente non dissimile, degli atti sessuali realizzati con persona affetta da infermità di mente.

---

<sup>90</sup> V. *infra*, § 7. Sul punto, più ampiamente, G. BALBI, *Legem et iustitiam facere*, cit., p. 23 ss. Cfr. anche I. IOVINELLA, *Problemi e prospettive dell’errore sul consenso nella violenza sessuale ex art. 609-bis c.p.*, in *Pen. dir. proc.*, 15 dicembre 2025.

6.1. b) *L'inferiorità fisica o psichica.*

Come è noto, l'art. 519, comma 2, n. 3, del codice del '30 disponeva la sostanziale intangibilità sessuale delle persone che non «*fossero in grado di resistere a causa della propria inferiorità psichica o fisica*», prevedendo, senza richiedere alcuna altra condizione, la rilevanza penale del rapporto. La soluzione era peraltro estesa dall'art. 521 anche agli atti di libidine. Una scelta di iper-tutela a tal punto esasperata da risultare ampiamente penalizzante per l'infermo, che si vedeva infatti privato del diritto a vivere la propria sessualità.

L'estrema criticità della soluzione, peraltro, era stata diffusamente rilevata<sup>91</sup>. Non è dunque un caso che la disciplina introdotta dalla riforma del 1996, nel subordinare la rilevanza penale alla sola ipotesi di strumentalizzazione dell'infermità al compimento di atti sessuali, sia stata diffusamente accolta, sin dalla sua genesi, da valutazioni positive<sup>92</sup>, anche orientate in termini valoriali, in ragione della sua attitudine a comporre in modo equilibrato istanze diverse, ma comunque fondamentali e non sacrificabili.

Se la riforma incentrasse davvero la tipicità sull'assenza di un consenso libero, o sull'impossibilità di dissentire determinata da un fattore impropriamente condizionante, vi sarebbe il rischio di un inatteso passo indietro. La presenza stessa dell'infermità, in questa prospettiva, potrebbe infatti ritenersi di per sé sola adeguata a inferire la tipicità, mettendo nuovamente in discussione un diritto fondamentale sulla base di una valutazione che, pur declinata in termini di tutela, ritroverebbe nel controllo sociale il suo incombente convitato di pietra.

Non ritengo, tuttavia, che questa soluzione sarebbe corretta. Contro di essa depone, infatti, proprio la necessità di modulare la ricostruzione del fatto, controintuitivamente esaltata da una inevitabile "tipicità debole", su coordinate costituzionalmente pregnanti. Il sacrificio di una libertà fondamentale, rilevante ai sensi sia dell'art. 2 sia dell'art. 13 Cost., non potrà mai, infatti, costituire l'esito di un bilanciamento che la veda soccombere a fronte della superfetazione di istanze di protezione quantomeno ambigue, e comunque declinate in modo sicuramente improprio, perché un diritto non si tutela sopprimendolo, trasfigurando in termini liberticidi le esigenze di protezione, ma attraverso una regolamentazione che valorizzi, in modo equilibrato, le possibilità di esercitarlo.

Ecco allora, sulla base di un attento bilanciamento dei valori coinvolti, che la rilevanza penale andrà qui riconosciuta solo a ipotesi connotate da una strumentalizzazione dell'infermità funzionale al compimento degli atti sessuali. Perché l'ordinamento non può sopprimere il diritto dell'infermo a vivere la sua vita, anche, eventualmente, commettendo errori. Ma deve tutelarla in presenza di un'aggressione alla sua libertà, tanto più preziosa perché quantomai fragile.

---

<sup>91</sup> Per tutti, L. MONACO, *Itinerari e prospettive di riforma del diritto penale sessuale*, in *Stud. Urb.*, 1988-89/1989-90, p. 453.

<sup>92</sup> Tra gli altri, M. BERTOLINO, *Garantismo e scopi di tutela nella nuova disciplina dei reati di violenza sessuale*, in *Jus*, 1997, p. 63 s.; G. BALBI, voce *Violenza sessuale*, in *Enc. Giur.*, aggiornamento, v. VII, Roma, 1999, p. 12 s.

6.2. *Le due ipotesi a confronto.*

Inevitabile domandarsi, ricongiungendoci così alle premesse – e in realtà rimettendole in discussione –, se le medesime conclusioni debbano essere estese anche all’ipotesi in cui uno dei soggetti abbia riconoscibilmente assunto sostanze.

Si potrebbe obiettare che qui le cose sono molto diverse, essenzialmente per il carattere transitorio del deficit conseguente all’assunzione. Porre in capo ai consociati un obbligo di astensione non darebbe luogo, infatti, a una problematica ipotesi di intangibilità, ma solo alla compressione temporanea di una libertà destinata comunque a riespandersi, peraltro legittimamente operabile perché proporzionata a ragionevoli istanze di tutela<sup>93</sup>. Nulla sembrerebbe ostare, allora, a ritenere che la tipicità risulti qui integrata dal solo compimento degli atti sessuali.

Le cose, tuttavia, non sono così semplici, e l’esattezza della conclusione tutt’altro che scontata. La prima criticità attiene al caso in cui l’assuntore sia un cronico intossicato da alcool o da sostanze stupefacenti, ipotesi cui il nostro ordinamento riconosce, *ex art.* 95 c.p., valore di malattia. Ritenere che tale omologazione valga quando il soggetto rivesta il ruolo di autore, e non – come qui accade – di potenziale vittima, sarebbe decisamente arbitrario, e invero privo di qualsiasi riconoscibile razionalità sistematica.

Ma a questo punto sorge un problema, perché, *in assenza di strumentalizzazione*, compiere atti sessuali con assuntore “affetto” da cronica intossicazione sarebbe conforme a *ius* – in ragione dell’equiparazione all’infermo di mente e di una libertà destinata a non riespandersi. Se si trattasse invece di un assuntore occasionale, gli estremi della violenza sessuale risulterebbero integrati.

Questa conclusione non convince. Innanzitutto perché incompatibile con il principio di uguaglianza – l’implementazione o meno dell’assunzione di sostanze su di uno stato *lato sensu* patologico non giustifica, infatti, una selezione della tipicità che includa/escluda fattispecie omogenee in termini di incidenza *hic et nunc* sulla libertà di autodeterminazione; ma soprattutto per il contrasto, abbastanza evidente, con il principio di colpevolezza, perché verrebbe posto a carico dell’agente un dato non solo tendenzialmente sfuggente a una plausibile conoscibilità – l’essere il partner assuntore occasionale e non cronico –, ma soprattutto, in quanto estraneo al piano dell’offesa, insuscettibile di divenire oggetto, peraltro dirimente, di un giudizio di rimprovero.

Un’ulteriore, forte, criticità attiene all’ipotesi in cui le sostanze siano state assunte, immaginiamo occasionalmente, da entrambi i soggetti. Qui i punti di riferimento sono strani. Da un lato, infatti, l’assunzione volontaria non incide sulla capacità di intendere e di volere, e dunque sulla responsabilità, dall’altro inciderebbe invece sulla capacità di esprimere un consenso libero, o comunque un dissenso consapevole.

---

<sup>93</sup> Sulla parziale disponibilità del bene della libertà personale, per tutti, v. F. VIGANÒ, *Il delitto di sequestro di persona* (Art. 605), in F. VIGANÒ, C. PIERGALLINI, M. VIZZARDI, A. VERRI, *I Delitti contro la persona. Libertà personale, sessuale e morale*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI, a cura di, *Trattato di Diritto penale*, v. 3, Milano, 2015, p. 15 ss.

È vero che i due piani – quello della tutela e quello della colpevolezza – sono funzionalmente differenti, e che dunque nulla escluderebbe, in astratto, che i relativi parametri ricostruttivi possano divergere, ma se le premesse fossero corrette, il risultato sarebbe che i soggetti – ad esempio due ragazzi di sedici anni che facciano l’amore, oppure si bacino appassionatamente dopo aver bevuto un po’ troppo a una festa – debbano entrambi risponderne di violenza sessuale, con i suoi elevatissimi limiti edittali. E questo perfino nell’ipotesi in cui il giorno successivo, riacquistata piena lucidità, non si dolessero affatto dell’accaduto. La procedibilità sarebbe infatti d’ufficio ai sensi dell’art. 609-*septies*, comma 4, n. 1, e l’art. 609-*bis* è espressamente eccepito dall’art. 131-*bis*, comma 3, n. 3, dai casi in relazione ai quali si può pervenire all’esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto.

Il tema è delicato, e al contempo estremamente sensibile, ma credo che per garantire l’equilibrio del sistema, e non essere travolti da una spirale di incongruente pan-penalizzazione, sia pur ispirata da nobili premesse vittimocentriche, la soluzione più corretta consista nel ritenere<sup>94</sup> che, anche nel caso di atti sessuali realizzati con chi abbia assunto sostanze, il fatto debba ritenersi tipico solo nel caso di strumentalizzazione, da parte dell’agente, dello stato di alterazione. Da questa prospettiva, il ddl Bongiorno risulta sicuramente meno ambiguo del ddl Boldrini – ripartire da Itaca potrebbe anch’essere, in effetti, una scelta sensata –, anche se sarebbe comunque preferibile, in ragione del carattere insidiosamente fluido del concetto di *profittamento*, utilizzare una formula corrispondente a quella oggi prevista dall’art. 609-*bis*, comma 2, n. 1, esplicitando, dunque, il necessario abuso delle condizioni di inferiorità.

### 6.3. c) La prevaricazione e l’inganno.

Ritornando all’analisi della “zona grigia”, dovrà riconoscersi – pur con la necessità di alcune precisazioni – la rilevanza penale di tutte le ipotesi in cui il consenso sia stato prestato, o il dissenso non manifestato, in seguito a una prevaricazione dell’agente<sup>95</sup>, come nel caso, ad esempio, del professore universitario che lasci intendere come l’unico modo per superare l’esame sia avere con lui un rapporto sessuale. Lo stesso vale, evidentemente, modificando tipologia di contesto e di protagonisti: un servizio fotografico, una parte in un film, la partecipazione a un reality, e così via.

Dovendosi fornire al concetto di *prevaricazione*, sia pur in modo tendenziale, adeguati coefficienti di riconoscibilità, direi che l’attenzione vada posta non tanto su di una generica attitudine orientativa nei confronti dell’altrui decisione, quanto sul carattere “condizionante” in termini di compressione della libertà di autodeterminazione. Il che sicuramente accade in tutti i casi in cui sottrarsi implichi un significativo *revirement* esistenziale – cambiare città, scuola, Ateneo, lavoro, abitudini di

<sup>94</sup> In questo senso, peraltro, già Cass., 8 maggio 2025, n. 31847.

<sup>95</sup> Su questa problematica, con particolare attenzione alla letteratura anglosassone, v. gli interessanti rilievi di F. MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, cit., p. 27 ss.

vita, obiettivi, perfino rinunciare a un sogno –, ma non quando l’alternativa consista in un *commodus discessus* percorribile senza alcun disagio.

A *fortiori*, la tipicità andrà esclusa nel caso in cui la prospettazione dell’agente non limiti, ma addirittura accresca le possibilità di scelta del suo interlocutore, come accadrebbe se il professore indicasse il rapporto sessuale come una modalità alternativa per superare l’esame, ulteriore rispetto alla normale preparazione. Appena il caso di rilevare come, qualora lo studente optasse per la modalità “anomala”, risulterebbero integrati – a carico di entrambi – gli estremi della corruzione propria *ex art. 319 c.p. o*, a seconda delle peculiarità modali e di contesto, dell’induzione indebita a dare o promettere utilità di cui all’art. 319-*quater*.

Una forma ulteriore di prevaricazione, rilevante in ragione della sua intrinseca attitudine a inquinare la fisiologia del processo motivazionale, è l’inganno<sup>96</sup>.

In proposito, credo che il più delicato tra i problemi sottesi al riconoscerne il ruolo modale svolto nell’ambito della fattispecie siano le resistenze culturali a stigmatizzarne gli effetti distorsivi sulle dinamiche decisionali, velate da una trasfigurazione sessista del *licet mercatoribus*, quasi che in questa materia – *in guerra e in amore...* – l’inganno sia solo un modo fantasioso, ma tutto sommato tollerabile, di vincere le altrui resistenze<sup>97</sup>.

Attribuendo “peso zero” alla trasfigurazione in giocoso *divertissement* di lesioni arrecate alla dignità e alla libertà di autodeterminazione consapevole, quel che resta è la piena adeguatezza dell’inganno a integrare le dinamiche del fatto<sup>98</sup>.

Non può negarsi, tuttavia, l’esistenza di una certa difficoltà a inferirne il reale effetto distorsivo sulla risoluzione, ma si tratta di un tema comunque riconducibile ai consueti schemi della causalità psichica<sup>99</sup>. Il problema, peraltro, è estremamente sfumato quando la portata prevaricatrice si palesi *in obiecto*, come ad esempio nel ricordato caso del ginecologo. Nelle altre ipotesi, che incontrano sulla loro strada, per quanto *off label*, perfino l’insidioso paradigma dell’*omnimodo facturus*<sup>100</sup>, spetterà al giudice valutare, in concreto, l’incidenza dell’inganno sull’esito del processo decisionale.

<sup>96</sup> Sul punto v. ad es., G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 211 ss.

<sup>97</sup> Che in materia di reati sessuali è innanzitutto necessario sradicare «*tradizionali e comodi assetti di pensiero, rafforzati da radicati pregiudizi inconsci*», è efficacemente evidenziato da P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Chi tace acconsente?*, cit., p. 118.

<sup>98</sup> Di diverso avviso, A. CADOPPI, *Violenza sessuale: la svolta verso un modello “consensuale”*, cit., § 5. Sul punto, va peraltro rilevato come la nostra giurisprudenza, in talune occasioni, abbia ricondotto le ipotesi di *inganno* consistenti nella falsa attribuzione, da parte dell’agente, un nome di fantasia, di uno stato che non possedeva, di un ruolo sociale che non ricopriva realmente, e così via, al secondo comma del vigente art. 609-*bis*, *sub specie* della sostituzione di persona. In questo senso, ad es., Cass., 27 giugno 2017, n. 55481. Tale soluzione non è corretta: una cosa è sostituirsi ad altra persona, altra infatti, e ben diversa, attribuirsi qualità che non si posseggono.

<sup>99</sup> Limitandomi ai contributi più recenti, v. M. LAMANUZZI, *L’accertamento causale nelle interazioni psichiche: percorsi giurisprudenziali*, in *Dir. Pen. Proc.*, n. 11/2025, p. 1371 ss.; G. PONTEPRINO, *Il concorso morale nel reato. Il problematico riscontro della causalità psichica*, Torino, 2024, p. 323 ss. e bibliografia ivi citata. In giurisprudenza, per il noto caso dei fatti de L’Aquila, v. Cass., 19 novembre 2015, n. 12478.

<sup>100</sup> Cfr. H. STEEN, *Die Rechtsfigur Des Omnimodo Facturus. Ein Beitrag Zur Abgrenzung Von Anstiftung Und Beihilfe*, Berlino, 2011. L’estrema problematicità del paradigma è efficacemente evidenziata, nella nostra recente letteratura, da E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale. Il concorso del professionista tramite azioni “neutrali”*, Torino, 2018, p. 77 ss. In giurisprudenza v., ad es., Cass., 30 ottobre 2018, n. 49728.

6.4. d) *La sperequazione esperienziale e posizionale.*

La sperequazione esperienziale, tendenzialmente riconducibile a una rilevante differenza di età, non è di per sé sola adeguata a inferire la tipicità. Innanzitutto, perché il concetto di “rilevante differenza di età” – comunque declinato o epitomizzato – è privo di qualsiasi valore euristico o orientativo. Sotto le mentite spoglie di un dinamico *case by case*, nella sostanziale dissoluzione della tipicità, la differenza di età diverrebbe una sorta di *passé-partout* pronto a giustificare qualsiasi improvvisazione punitiva *stricto* o *lato sensu* eticizzante. In secondo luogo, perché il tema è affrontato espressamente dall’art. 609-*quater* c.p. – non modificato dalle attuali prospettive di riforma –, anche in termini relazionali. Al di sopra dei 14 anni – 16 o 18 nel rapporto con soggetti qualificati –, il nostro ordinamento riconosce la piena libertà di autodeterminazione in materia sessuale, senza subordinarla a peculiarità soggettive, oggettive, individuali o interpersonali. Una soluzione diversa, anche se con plausibile eterogenesi dei fini, si connoterebbe di valenze intimamente autoritarie, determinando la surrettizia compressione di una libertà.

Più delicata l’ipotesi in cui, tra i soggetti, sia ravvisabile una significativa sperequazione posizionale. In questo caso, ci troveremo al cospetto di un’evidente prevaricazione quando si faccia leva, anche implicitamente, sul carattere obliquo del rapporto per determinare il soggetto debole al compimento di atti sessuali.

Diversamente, quando cioè la “disparità” dei ruoli, pur tale *in obiecto*, non venga in alcun modo strumentalizzata per incidere sul processo decisionale, e sempre che non vi sia una volontà contraria manifestata o comunque riconoscibile, dovrà concludersi per la liceità degli atti sessuali realizzati. Questo, per più ordini di motivi.

Innanzitutto perché, altrimenti, le dinamiche ascrittive risulterebbero essenzialmente modulate sullo schema della responsabilità di posizione – sebbene declinato in termini relazionali –, come tale difficilmente conciliabile con il principio di colpevolezza<sup>101</sup>. In secondo luogo perché la sperequazione non determina necessariamente una compressione della libertà di autodeterminazione, potendo incidere nei modi più diversi sul piano motivazionale – fonte di fascinazione come di scelte opportunistiche –, al punto da non essere razionalmente riconducibile a uno schema presuntivo, nei termini della *praesumptio hominis* ancor prima che in quelli della *praesumptio legis*. In ultimo, perché trasformando l’inopportunità – sicuramente rilevante sul piano deontologico e su quello disciplinare – in illiceità, introdurremmo nell’ordinamento penale istanze di pedagogia morale difficilmente compatibili con la laicità del sistema.

Discorso analogo per il caso in cui la sperequazione non abbia connotazioni di contesto riferibili alla specificità del rapporto interpersonale, ma discenda da una

---

<sup>101</sup> Sull’incompatibilità dei modelli di responsabilità di posizione con il principio di colpevolezza, per tutti, v. A. ALESSANDRI, *Art. 27, primo comma*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, a cura di, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1991, p. 16. In giurisprudenza, v. ad es. Cass., 21 giugno 2017, n. 18334.

peculiare, accentuata, fragilità esistenziale, come nel caso, ad esempio, in cui uno dei soggetti versi in uno stato di estrema indigenza.

Anche qui, *a fortiori*, non c'è nulla che consenta di inferire la compressione della libertà di autodeterminazione – in caso contrario staremmo peraltro evocando una perimetrazione della tipicità strutturalmente classista –, salvo che la fragilità non venga, ancora una volta, strumentalizzata per alterare la fisiologia del processo decisionale.

Le cose non cambiano nel caso in cui le medesime dinamiche si collochino nel contesto dell'esercizio della prostituzione. Conclusione qui anzi rafforzata dal rilievo che, altrimenti, la stessa risulterebbe di fatto consentita alle sole escort benestanti, e la – lecita – fruibilità solo a coloro in grado di pagarne le elevate tariffe.

Dedicando ancora attenzione a questo delicatissimo ambito, estremamente sensibile in ragione della possibile vulnerabilità di uno dei soggetti coinvolti, necessita di peculiare cautela, in termini di ricognizione della tipicità, l'ipotesi in cui la realizzazione degli atti sessuali si inserisca all'interno di un più ampio contesto di sopraffazione, avente ad oggetto non il singolo rapporto con uno specifico cliente, ma la stessa, complessiva, attività di prostituzione.

È quel che accade, ad esempio, nel caso – purtroppo non infrequente – di vittime di tratta internazionale, ridotte in uno stato di sostanziale schiavitù strumentalmente al loro sfruttamento sessuale<sup>102</sup>.

In questo caso, il “consenso” al compimento degli atti sessuali è frutto di una evidente, estrema prevaricazione, che tuttavia, a differenza dalle ipotesi con cui ci si siamo finora confrontati, è posta in essere da soggetti diversi rispetto all'autore degli atti sessuali (né con lui in alcun modo concorrenti). Il “cliente” potrebbe non saperlo, oppure non capirlo, ma si tratta di dati che riposano sul piano strutturale della colpevolezza e non su quello della tipicità. L'astratta conoscibilità della compressione “a monte” della libertà di autodeterminazione – riferibile a un fenomeno criminoso tutt'altro che ignoto o irriconoscibile nelle sue esplicazioni – la rende infatti legittimamente ascrivibile alla tipologia di opzioni modali idonee a integrare la fattispecie oggettiva. Qui, peraltro, non risulta neanche necessaria una strumentalizzazione da parte dell'agente, perché decidere di avere rapporti con persona riconoscibilmente impossibilitata a dissentire, sottende un'adesione partecipativa – e attualizzante sul piano dell'offesa – a quella prevaricazione esistenziale cui la vittima è soggetta. Sul piano dei principi, dunque, nulla osta a concludere per la configurabilità del fatto, implementato su di una intangibilità che, questa volta, lungi dal determinare la compressione di un diritto, esprime l'estremo tentativo di preservarlo.

È anche vero che l'attitudine della riconosciuta rilevanza penale ad assolvere una funzione deterrente nei confronti dei potenziali clienti, potrebbe esporre le “vittime” a rischi perfino più gravi – si pensi ad esempio al fenomeno della tratta a scopo di rimozione di organi<sup>103</sup> –, ma tale rilievo, pur non elidibile nella prospettiva di una politica

---

<sup>102</sup> V., ad es., M. OMIZZOLO, *Schiavizzate e costrette a prostituirsi. Come funziona la tratta nigeriana*, in *L'Eurispes*, 8 febbraio 2019.

<sup>103</sup> Su questo fenomeno v. ad es. *End of Mission Statement by the United Nations Special Rapporteur on the human rights of internally displaced persons, Mr. Chaloka Beyani, on his visit to Nigeria, 23 to 26 August 2016*, in

criminale equilibrata e consapevole, non risulta di per sé solo in grado di escludere l'avvenuta integrazione, nel caso esaminato, della violenza sessuale.

## 7. Riscrivere l'art. 609-bis c.p.: un ombrello sotto il temporale?

Incentrare il discorso sul confronto con le fattispecie concrete, soprattutto con le più delicate, è frutto di una scelta determinata da più motivi. Innanzitutto perché è su questo terreno che si può instaurare un dialogo costruttivo con la giurisprudenza, unica mediatrice – sempre, ma qui anche più che altrove – tra il piano delle regole e quello della realtà fenomenica. Sarebbe stato tuttavia improprio connotare l'analisi in termini esclusivamente casistici, intimamente inadeguati a dar conto di un tema dal carattere accentuatamente politico e assiologico, senza provare a valorizzare la dimensione prammatica dei principi, la loro – preziosa e irrinunciabile – attitudine a orientare il giudizio di conformità al tipo.

C'è però anche un'altra ragione sottesa a questa scelta, apparentemente controintuitiva visto che la presenza di una riforma in atto sembrerebbe suggerire, al contrario, un approccio mirato essenzialmente alla fattispecie astratta nelle sue possibili nuove declinazioni.

In effetti, le prospettive di riforma hanno accompagnato costantemente il discorso, ma senza mai assumere il ruolo di reali protagonisti. Il fatto è che, a dispetto di quanto da più parti ripetuto, non esprimono affatto una “rivoluzione epocale”. Non è una *rivoluzione* perché il consenso è già protagonista indiscusso della violenza sessuale nel diritto vivente, e sarebbe anche stata *epocale*, ma in un'altra epoca, diciamo trenta, forse anche venti anni fa. Oggi, al contrario, assume essenzialmente le sembianze – con tutto l'*appeal* che ne consegue – di una *presa d'atto tardiva*, come tale totalmente incapace di incidere sulla prassi, al punto che, qualora fosse approvato uno dei testi in discussione – irrilevante quale –, non vi sarebbe alcun motivo razionale per cui la giurisprudenza dovrebbe modificare i suoi orientamenti.

Lo stesso se si approvasse una disposizione incentrata sull'assenza di un *consenso riconoscibile*, riferimento totalmente incongruo, eppure, nella generale confusione, tornato al centro del dibattito politico<sup>104</sup>. Strutturata su questo parametro, a ben vedere, la norma sarebbe anche “peggiore” delle due con cui ci siamo finora confrontati: nel suo prevedere la rilevanza penale degli atti sessuali realizzati anche in presenza del consenso, purché non adeguatamente riconoscibile – e non di una riconoscibile volontà contraria –, formalizzerebbe infatti un codice di deontologia relazionale il cui massimalismo eticizzante si surrogerebbe, in modo totalmente illegittimo, a un evidente deficit di offensività. Certo, ci sarebbe un riferimento esplicito al consenso – e quindi l'onore sarebbe salvo –, ma la norma risulterebbe veramente insulsa.

---

*www.ohchr.org*, 26 agosto 2016. Cfr. anche *Nigeria – Tratta di esseri umani*, Rapporto COI, in *www.giurisprudenza.uniroma3.it*, 19 maggio 2020, p. 23 s.

<sup>104</sup> V. E. MESSINA, *Ddl Stupro, si discute se tornare a «consenso riconoscibile»*. *Ipotesi modifiche anche al concetto di «freezing»*, in *La ventisettesima ora – Corriere*, 15 febbraio 2026.

Comunque cambierebbe poco. Entusiasmarsi per il consenso, indignarsi per la volontà contraria, giocare con la semantica, paventare ora qui ora là incombenti inversioni dell'onere della prova, evocare il *freezing* a caso, stigmatizzare il ddl Boldrini perché *troppo interpretabile*, il ddl Bongiorno perché troppo oscurantista, cercare compromessi "al ribasso", e così via, sono tutte cose, a essere onesti, sostanzialmente prive di senso e, soprattutto, della benché minima incidenza prammatica.

Intendiamoci, l'art. 609-*bis* deve essere riscritto orientandolo al consenso, ma limitare a questo la riforma è utile quanto avere un ombrello sotto un violento temporale. Meglio averlo che non averlo, ma ci si bagna lo stesso. E qui, per rimanere nella metafora, la pioggia è davvero molto forte.

I tanti, gravi problemi che accompagnano l'attuale regolamentazione delle fattispecie di violenza sessuale non vengono, infatti, in nessun modo sfiorati dai progetti in discussione.

Il concetto di *atti sessuali* è totalmente indeterminato<sup>105</sup>, e la sua ricostruzione da parte della prassi – dimidiata tra contatti *corpore corpori* con zone erogene<sup>106</sup> e *animus concupiscendi*<sup>107</sup> – spesso lasciata al caso: se ne sono ravvisati gli estremi perfino nel toccamento di un ginocchio<sup>108</sup>, ad esempio, ma non nella sodomizzazione violenta<sup>109</sup>. E comunque si tratta di un concetto di genere, al cui interno convergono fatti muniti di indici di offesa tra loro incomparabili, dai tocamenti furtivi allo stupro violento, tutti sottoposti al medesimo quadro sanzionatorio<sup>110</sup>. D'altronde, è la stessa Corte costituzionale, in modo incidentale ma contenutisticamente pregnante<sup>111</sup>, a rilevare come i delitti di violenza sessuale si caratterizzino «*per una notevole latitudine descrittiva atta a coinvolgere una vasta gamma di condotte dal diversificato disvalore, idonee cioè a compromettere il bene giuridico tutelato in maniera profondamente differente*»<sup>112</sup>. Ed è difficile che una perequazione di afflittività, a fronte di una sperequazione di offensività, non collida con l'art. 3 Cost.<sup>113</sup>

Tuttavia, i problemi – anche se sarebbe ampiamente sufficiente – non si limitano al solo, evidente contrasto con i principi costituzionali di determinatezza e di uguaglianza.

<sup>105</sup> Per tutti, in un'ampissima bibliografia, M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *St. Iur.*, 1996, p. 403; A. CADOPPI, *La violenza sessuale alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, p. 1474 ss.

<sup>106</sup> Ad es., Cass., 4 maggio 2018, n. 36742.

<sup>107</sup> Tra le altre, Cass., 8 gennaio 2019, n. 25309.

<sup>108</sup> Cass., 26 ottobre 2011, n. 45950.

<sup>109</sup> Cass., 11 giugno 2015, n. 24683.

<sup>110</sup> Cfr., tra gli altri, A. PECORARO-ALBANI, *Violenza sessuale e arbitrio del legislatore*, Napoli, 1997, p. 52 ss.; F. MACRÌ, *Verso un nuovo diritto penale sessuale. Diritto vivente, diritto comparato e prospettive di riforma della disciplina dei reati sessuali in Italia*, Firenze 2010, p. 26 s.; A. M. MAUGERI, *I reati sessualmente connotati e diritto penale del nemico*, Pisa 2021, 97 ss.; G. M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso*, cit., p. 265 ss.

<sup>111</sup> V. Corte cost., sentenza n. 202, 29 dicembre 2025.

<sup>112</sup> Il rilievo è operato dalla Corte in relazione all'art. 609-*octies* c.p., ma il discorso, in ragione dell'esplicito richiamo operato da tale disposizione agli *atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609 bis*, è immediatamente traslabile, evidentemente, a quest'ultima disposizione.

<sup>113</sup> In questi termini, già M. BERTOLINO, *La riforma dei reati di violenza sessuale*, cit., p. 404.

Se non si inserisce una norma *ad hoc* per il caso di errore sul consenso, o sull'impossibilità a esprimere il dissenso, infatti, la nostra giurisprudenza, salvo inattesa e scarsamente plausibile resipiscenza, continuerà a ricondurre tale ipotesi o all'art. 5<sup>114</sup> – concludendo per la responsabilità dolosa anche in assenza di colpevolezza –, o a un peraltro manomesso<sup>115</sup> art. 59, quarto comma, c.p.<sup>116</sup> – concludendo per la responsabilità dolosa in presenza anche della sola colpa. In questo modo, da un lato l'errore sul fatto viene inopinatamente trasfigurato in errore sul precetto o sulle cause di giustificazione, dall'altro si travolge ampiamente il principio di colpevolezza<sup>117</sup>.

Lo stesso art. 609-*octies*, che ritrova la ragione del suo più elevato quadro sanzionatorio – se non la sua stessa ragione d'esistenza – nell'implicito riferimento al fenomeno del "branco"<sup>118</sup>, l'ha in realtà smarrita nel momento in cui la prassi lo ritiene applicabile *tout court* ai fatti di violenza sessuale realizzati da due o più persone in concorso tra loro<sup>119</sup>, e dunque – per un inarrestabile effetto domino – anche a ipotesi eclatantemente bagatellari<sup>120</sup>. L'esito è un'insostenibile, peculiare estraneità al principio di proporzione.

Ponendo attenzione all'art. 609-*quater*, potremmo invece rilevare le forti cadenze sessuofobiche sottese all'elevata pena in cui ad esempio incorrerebbe un ragazzo di diciassette anni e mezzo che desse un bacio appassionato, felicemente corrisposto, alla sua fidanzatina di tredici anni.

Si potrebbe continuare, ma direi che un dato è emerso in modo abbastanza evidente: la disciplina della violenza sessuale è totalmente disallineata dalle regole costituzionali, necessitando, praticamente in tutte le sue articolazioni, di un ripensamento radicale<sup>121</sup>. Limitare la modifica alla sola declinazione del consenso nello schema base dell'art. 609-*bis* – passaggio pur formalmente corretto in termini di convergenza con una prassi apprezzabile – si sostanzia, da qualsiasi altra prospettiva, in un esercizio di rara impalpabilità, consistendo, essenzialmente, nel cambiare l'unico dato che era già stato cambiato.

---

<sup>114</sup> Ad es., Cass., 26 settembre 2025, n. 32031.

<sup>115</sup> La disposizione, infatti, prevede l'insorgere di responsabilità – colposa – qualora l'errore sia determinato da colpa e il fatto previsto dalla legge come delitto colposo. Qui, in presenza della colpa, e in assenza della relativa tipizzazione, sorgerebbe invece responsabilità dolosa, sostituendosi in tal modo la disciplina dell'evocato art. 59 con quella dell'art. 5, e continuando a ignorare l'unica disposizione conferente, ovvero l'art. 47, primo comma, c.p.

<sup>116</sup> Così, Cass., 30 dicembre 2024, n. 47582.

<sup>117</sup> Nella sua unica declinazione legittima, la disposizione dovrebbe prevedere, ferma restando la scusabilità dell'errore non rimproverabile, la tipizzazione, con pena evidentemente ridotta, dell'ipotesi integrata dall'errore determinato da colpa.

<sup>118</sup> Sul punto, per tutti, v. già F. MANTOVANI, *I delitti sessuali: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Iustitia*, 1989, p. 27.

<sup>119</sup> Per tutte, Cass., 20 giugno 2025, n. 40784.

<sup>120</sup> Per l'avvenuta integrazione della fattispecie in seguito a un bacio sulla guancia, v. Cass., 13 marzo 2018, n. 11036.

<sup>121</sup> In proposito, un plausibile punto di partenza potrebbe essere rappresentato dall'articolato presentato da un gruppo di lavoro dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, consultabile in [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it).

Le attuali prospettive di riforma, le divisioni, gli apprezzamenti, l'intenso dibattito, le polemiche accese, e così via, sembrano allora mostrare una profondità che, al contrario, è in realtà del tutto assente: una sorta di bizzarro *trompe l'oeil* normativo o – per i cinefili – di *falso movimento*<sup>122</sup>.

Né entusiasmo né indignazione, dunque, perché entrambi meritano miglior causa. Ma essenzialmente, e ancora una volta, un certo senso di sconforto.

---

<sup>122</sup> Non si fa qui riferimento solo all'omonimo film di Wim Wenders (1975), ma a un tratto caratterizzante buona parte della sua prima filmografia. D'altronde, anche un lungo viaggio verso un non-luogo, quale *Paris, Texas* (1984), ne esprime bene il senso. Sul punto, per tutti, v. R. V. ARCILLA, *Wim Wenders's Road Movie Philosophy: Education Without Learning*, Londra, 2020.

## LA RAGIONEVOLE PREVISIONE DI CONDANNA: LETTURA E SISTEMATICA

di Riccardo Bianchi

*Il contributo legge il canone della «ragionevole previsione di condanna» per intendere quale livello di certezza processuale esiga. Il lavoro muove dalle parole della legge e dal contesto normativo, sperimentando interpretazioni (letterale e sistematica) che possono condurre ad esiti conformi o difformi rispetto agli intenti degli autori del testo legale. In particolare, del sistema rilevano i presupposti del giudizio immediato e il criterio decisorio del giudizio dibattimentale: l'ermeneutica se ne avvale per raffrontarli al diverso parametro della "prevedibilità di condanna", per comprenderne il significato affinché l'insieme non entri in contraddizione. L'esito fornirà spunti per cogliere un altro concetto, non meno problematico: la completezza delle indagini preliminari, esigenza di ascendenza costituzionale.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La lettera della legge. – 3. La sistematica. – 3.1. La formula nel rapporto coi presupposti del giudizio immediato tradizionale. – 3.2. La formula nel rapporto coi presupposti del giudizio immediato custodiale. – 3.3. La formula nel rapporto col criterio del giudizio abbreviato e dibattimentale. – 4. L'esito: l'improbabilità della condanna e la completezza delle indagini preliminari.

### 1. Introduzione.

*In dubio contra iudicium e in dubio pro actione* (o *iudicio*) sintetizzano le alternative antitetiche di un tema risalente. Costituiscono, infatti, un problema classico della procedura penale gli standard per sciogliere il dilemma fra azione o inazione, giudizio o non luogo a procedere<sup>1</sup>: dottrina, giurisprudenza e riformatori hanno scommesso su soluzioni in conflitto, incoraggiati dall'intento di (rispettivamente) decifrare, decidere e dettare i criteri che dovrebbero guidare il pubblico ministero (agli epiloghi delle indagini preliminari) e il giudice (al compimento dell'udienza preliminare o all'attimo della decisione su una richiesta di archiviazione) per determinare le sorti del procedimento.

Da ultimo, com'è noto, a seguito del d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (cd. riforma Cartabia) la coordinata risulta essere l'assenza di una «ragionevole previsione di condanna», sancita quale canone per le determinazioni: del pubblico ministero, concluse le indagini (art. 408 co. 1 c.p.p.); quindi, del giudice per le indagini preliminari alle prese con l'inazione; nel caso opposto, del giudice dell'udienza preliminare sulla richiesta di

---

<sup>1</sup> Sull'argomento, sintetizza il percorso storico delle idee proprie del legislatore, della dottrina e della giurisprudenza G. VARRASO, *Azione e inazione penale dopo il d. lgs. n. 150 del 2022 (legge "Cartabia")*, in *Arch. pen.*, 2/2024, pp. 6 ss.

rinvio a giudizio (art. 425 co. 3 c.p.p., relativo alla sentenza di non luogo a procedere); infine, del giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale nel rito monocratico a citazione diretta (art. 554-ter co. 1 c.p.p.)<sup>2</sup>.

La finalità dello scritto non sarà esporre le vicende subite dal testo codicistico, né aderire necessariamente agli intenti che hanno animato i diversi legislatori, intervenuti nella materia a gamba tanto tesa da stimolare la letteratura giuridica a interpretazioni conformi<sup>3</sup>. Piuttosto, l'obiettivo sarà tentare un'esegesi dell'attuale formula, che consideri il contesto normativo in cui le disposizioni si pongono; in altri termini, di essa si proverà un'interpretazione sistematica (previa analisi della lettera della legge), che penetra le parole attraverso il sistema ordinamentale di riferimento con lo scopo di salvaguardarne la coerenza<sup>4</sup>. Non è detto che godranno di conferma le motivazioni sottese alle rielaborazioni legislative, oltretutto sparse cronologicamente.

Dunque, quale portata caratterizza l'espressione? Essa rivendica una colpevolezza da valutare (allo stato degli atti) oltre ogni ragionevole dubbio (come l'art. 533 co. 1 c.p.p. prescrive per la condanna)? Per rispondere al quesito, si proverà ad armonizzare la nuova regola con la natura speciale del rito immediato (cioè con le categorie *ex art. 453 c.p.p.*) e con l'essenza della cosiddetta "BARD rule".

---

<sup>2</sup> Snodo processuale introdotto dal d. lgs. n. 150/2022, presenta caratteristiche simili all'udienza preliminare. Infatti, secondo gli obiettivi dichiarati, esso dovrebbe costituire un freno alle imputazioni azzardate, al fine di evitare dibattimenti inutili. Le similitudini fra le due figure sono state valorizzate da C. cost. 15 ottobre-14 novembre 2024 n. 179, la quale ha dichiarato illegittimo (in ragione, fra gli altri argomenti, degli accostamenti con la disciplina valevole per l'udienza preliminare, *ex art. 3 Cost.*) l'art. 34 co. 2 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che non potesse partecipare al giudizio il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale nel caso previsto dall'art. 554-ter co. 3 c.p.p. In generale, sulla disciplina, si consideri D. POTETTI, *Udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta a giudizio (art. 554-bis c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 11/2023, pp. 3545 ss. A proposito della funzione della ragionevole previsione di condanna, si veda F. D'ALESSIO, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta*, in *La riforma Cartabia: codice penale, codice di procedura penale, giustizia riparativa*, a cura di G. SPANGHER, Pacini Giuridica, 2022, pp. 543 ss.

<sup>3</sup> Si consideri G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *Arch. pen.*, 2/2023, pp. 3 ss. L'Autore sottolinea la prima evoluzione subita dal codice, a partire dall'art. 425 c.p.p.: da quando la sentenza di non luogo a procedere era emessa (fra le altre ipotesi) ove apparisse «una ragione "evidente" di proscioglimento nel merito, per la insussistenza del fatto, l'estraneità ad esso dell'imputato oppure il difetto delle condizioni di imputabilità o di punibilità», si è giunti alla soppressione dell'aggettivo «evidente» per allargare l'ambito applicativo della sentenza (l. 8 aprile 1993 n. 105). Centrali, poi, i poteri interlocutori attribuiti dalla l. 16 dicembre 1999 n. 479 al g.u.p., quando non in grado di decidere allo stato degli atti. Ancora, è degno di nota il tentativo da parte di quest'ultimo legislatore di espandere ulteriormente l'area del non luogo a procedere, avendolo postulato «quando gli elementi acquisiti [fossero] insufficienti, contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio» (art. 425 c.p.p.). Per finire, ed è la situazione che interessa questo contributo, è intervenuta la cd. riforma Cartabia.

<sup>4</sup> Si veda, per tutti, M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Giappichelli, 2017, p. 206.

## 2. La lettera della legge.

Accertare la responsabilità penale *beyond any reasonable doubt* vanta, ormai, un significato assodato, vale a dire verificare l'assenza di alternative sensate alla reità dell'imputato: ove presenti, quindi, inibiscono la condanna<sup>5</sup>. Non è scontato, però, che le espressioni interpolate dalla riforma Cartabia determinino l'anticipazione di siffatto metro allo scopo dell'instaurazione o meno della fase dibattimentale; se lo facessero, il rinvio a giudizio sarebbe impedito ogni volta che esista un dubbio plausibile.

È chiaro come i suoni richiamano la regola dettata per la sentenza di cui all'art. 533 c.p.p.: «ragionevole previsione di condanna» e colpevolezza provata «al di là di ogni ragionevole dubbio» condividono un aggettivo e i riferimenti. «Ragionevole» descrive una previsione da un lato nonché una spiegazione alternativa (assente) dall'altro, e in entrambi i casi il rapporto è la condanna. In dottrina, invero, è stato evidenziato che correlare ad essa le scelte del pubblico ministero in indagine e del giudice in udienza preliminare equivarrebbe ad anticipare il metodo tipico del merito dibattimentale alle decisioni sul processo (archiviazione, *translatio iudicii* o non luogo a procedere)<sup>6</sup>. Effettivamente, la riforma ha inteso accostare il loro vaglio al canone dell'apprezzamento sulla responsabilità penale<sup>7</sup>.

Eppure, a dispetto dei propositi, già la lettera sembra deporre in senso contrario all'osmosi fra i criteri, poiché le parole chiamano l'operatore a una prognosi: «ragionevole previsione». Esulano, conseguentemente, pretese di certezza allo stato degli atti, non essendo prescritto da alcuna norma il non luogo a procedere (o l'archiviazione) qualora il materiale raccolto non consenta di eliminare qualsiasi ambiguità.

Certo, è naturale che occorra scandagliare il compendio conoscitivo affinché l'ipotesi di condanna sia intravista nel futuro, ma il calcolo non implica che la presenza di una versione secondaria dei fatti renda l'imputazione da frenare perché azzardata. È possibile, in altri termini, che il dibattimento adempia al compito che gli è proprio, ossia covare un contraddittorio nella formazione della prova per arricchire o escludere l'incertezza, eventualità che una valutazione prognostica deve contemplare. Viceversa,

<sup>5</sup> L'apporto della dottrina è vastissimo. Per una visione complessiva, anche giurisprudenziale: P. TONINI e C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2014, pp. 72 ss.

<sup>6</sup> Esplicito C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia, tra positiva sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *Arch. pen.*, 2/2022, p. 19: «ciò che il legislatore vuole intendere è che il procedimento avanzi alla fase dibattimentale solo se il giudice dell'udienza preliminare ritenga che gli elementi in suo possesso siano sufficienti per la condanna dell'imputato, pur nella consapevolezza che la decisione potrebbe essere ribaltata a seguito degli sviluppi dell'istruttoria dibattimentale – di cui però il giudice dell'udienza preliminare non deve, ed ovviamente non può, tenere conto». Valorizza la portata della modifica C. CONTI, *La ragionevole previsione di condanna: verso un sistema accusatorio contemporaneo*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2024, pp. 1543 ss.: l'Autrice promuove, conseguentemente, la necessità che nella fase delle investigazioni preliminari sia anticipato «l'urto del contraddittorio», affinché si possa operare già qui un tentativo di smentita dell'ipotesi accusatoria. Si veda, inoltre, A. CAPONE, *I ritocchi in tema di udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 5/2023, p. 1196.

<sup>7</sup> Si leggano le pp. 20-21 della Relazione ([Relazione finale e proposte emendative al D.D.L. A.C. 2435, 24 maggio 2021](#)), che è disponibile in *questa Rivista*, 25 maggio 2021: «laddove il quadro cognitivo si connota per la mancanza di elementi capaci di sorreggere una pronuncia di condanna, il pubblico ministero dovrà optare per l'inazione».

verrebbe snaturato il tenore della formula, eliminando la richiesta di prognosi e confinando il tutto a una diagnosi<sup>8</sup>, come agli epiloghi del processo di primo grado; il che sarebbe un'operazione indebita. Pertanto, *in dubio sine iudicio* parrebbe un motto da ricusare.

D'altronde, anche in passato è stato osservato che la regola decisoria per l'archiviazione fosse l'impossibilità di prospettare «*chances d'una condanna*»<sup>9</sup>, e stessa era la soluzione per la sentenza di non luogo a procedere. Tali circostanze, da intendere come parafrasi della pregressa impossibilità di reputare l'azione sostenibile in giudizio (i vecchi artt. 125 disp. att. c.p.p. e 425 co. 3 c.p.p.), spiegano a maggior ragione l'attuale disposizione, ad esse più simile nelle parole: «*chances d'una condanna*» e «*ragionevole previsione*» di essa paiono illustrare lo stesso fenomeno di stima.

Ora, si è accennato ai propositi del riformatore e si è osservato come una parte della dottrina vi abbia aderito nella lettura delle novità. Stando alla Relazione presentata dalla Commissione Lattanzi, le indagini condotte dal pubblico ministero devono essere complete e, al termine, l'indagante opta per l'azione o l'inazione «*sulla base di una sorta di "diagnosi prognostica"*», scegliendo l'imputazione solo quando gli elementi acquisiti siano «*tali da poter condurre alla condanna dell'imputato secondo la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, tanto in un eventuale giudizio abbreviato, quanto nel dibattimento*»<sup>10</sup>. Tuttavia, legare lo stato degli atti (gli elementi raccolti) alla condanna sconfessa la premessa: non vi sarebbe sguardo rivolto al futuro qualora il pubblico ministero dovesse stabilire se i dati sino a quel momento ottenuti possano fondare la responsabilità penale, ma questo sembra il suggerimento caldeggiato dalla Relazione; e lo stesso dicasi per le valutazioni del g.u.p. (o del g.i.p. sulla richiesta di archiviazione)<sup>11</sup>. Nondimeno, la parola «*previsione*» rende irrinunciabile la natura predittiva.

Ne deriva che dubbio e *littera legis* sembrano fra loro compatibili, in quanto è possibile che certe perplessità vengano risolte nel successivo corso processuale. Comunque, occorrerà focalizzare fin dove possano esserlo... ma a questo fine l'interpretazione letterale sembra inservibile. Difatti, l'argomento che esalta l'enunciato della disposizione non sarebbe adatto per rendere nitido il punto in cui una condanna non appaia presumibile: rimane ancora ignoto il livello di incertezza necessario per marcarla come improbabile, e per determinarlo manifesteranno una certa utilità sia

---

<sup>8</sup> Diagnosi e prognosi rappresentano una coppia che certa dottrina ha valorizzato alla luce delle modifiche effettuate dalla riforma Cartabia. Si rinvia a P. MAGGIO, *La «ragionevole probabilità di condanna»: un parametro al servizio dell'in dubio sine iudicio e del contenimento dei danni da attività processuale*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2025, pp. 428 ss.

<sup>9</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, 9<sup>a</sup> ed., Giuffrè, 2012, pp. 429-430. L'Autore mette in luce la differenza rispetto alla disciplina riconducibile al codice abrogato: sotto la sua vigenza «*le archiviazioni presupponevano una certezza negativa*».

<sup>10</sup> Nella Relazione già citata, p. 20.

<sup>11</sup> Il legislatore si è proposto la «*rielaborazione della regola di giudizio per la pronuncia della sentenza di non luogo a procedere*», in modo tale che sia «*allineata all'analoga previsione in sede di archiviazione*», e così essa «*risulta basata, pur nella diversità del momento, sulla medesima valutazione di sufficienza degli elementi raccolti ai fini della condanna in dibattimento*» (nella citata Relazione, p. 21).

un'esegesi sistematica del criterio, sia la considerazione della *ratio* della legge, che può non collimare con le intenzioni degli artefici della riforma.

Per finire, un inciso: è opportuno osservare che il discorso svolto vale altrettanto per le determinazioni da assumere al termine dell'udienza predibattimentale (art. 554-ter c.p.p.), con l'importante precisazione che per questa fase sarebbe inappropriato discorrere di un "rinvio a giudizio". Qui l'alternativa contrappone la sentenza di non luogo a procedere (ivi co. 1) alla mera fissazione della data dell'udienza dibattimentale (ivi co. 3). Questo procedimento è quindi privo di un provvedimento sovrapponibile al decreto ex art. 429 c.p.p. ma, ed è ciò che più interessa, in entrambe le discipline compare l'improbabilità di condanna futura quale fondamento del non luogo a procedere.

### 3. La sistematica.

La letteralità fornisce approdi da avvalorare con conferme, che per la tematica di cui si discute sono fruttate da considerazioni intorno alle relazioni con le condizioni del rito immediato, nonché con il parametro di valutazione della responsabilità penale all'esito del dibattimento o dell'*iter* abbreviato.

#### 3.1. La formula nel rapporto coi presupposti del giudizio immediato tradizionale.

Privo dell'udienza preliminare, l'immediato rappresenta un istituto dalle varie forme, distinte a monte a seconda che la sua richiesta provenga dal pubblico ministero o dall'imputato. L'ipotesi rilevante è l'impulso del requirente, il quale, a sua volta, richiede partizioni in ragione delle condizioni che consentono l'instaurazione del modello speciale, che sono: prova evidente, interrogatorio dell'indagato (o un vano invito a presentarsi) e tempistica corretta (per l'istituto "tipico"); oppure custodia cautelare stabilizzata, permanenza dei gravi indizi di colpevolezza e un altro requisito temporale (per l'ipotesi "custodiale").

L'assenza dell'udienza preliminare è peculiarità che contraddistingue il rito e trova la sua ragion d'essere nell'eventualità in cui, se si svolgesse l'udienza, questa risulterebbe superflua, perché sarebbe scontato, quale esito, il rinvio a giudizio: ciò che la rende inopportuna consiste, appunto, nella sussistenza delle circostanze individuate dall'art. 453 commi 1, 1-bis e 1-ter c.p.p. nonché dall'art. 454 comma 1 c.p.p., le quali sono tali da giustificare il passaggio alla fase dibattimentale omettendo un contraddittorio preliminare, che nel processo ordinario è funzionale, *in primis*, alla verifica di una condanna prevedibile; questa, invero, appare insita in una prova che risulti evidente<sup>12</sup> o in indizi che siano gravi e che abbiano fondato una misura custodiale stabile<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Cass. pen., Sez. un., 14 ottobre 2014 (ud. 26 giugno 2014), n. 42979. Viene affermato che gli elementi «devono avere una pregnanza e significatività tali da rendere superflua la verifica dell'udienza preliminare».

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. II, 6 ottobre 2009 (ud. 1 luglio 2009), n. 38727. La sentenza collega una *ratio* (fra le altre) dell'istituto custodiale alla presenza di un compendio «talmente definito da ritenere che il contraddittorio tra le

Trapelando un collegamento fra i diversi canoni, lo studio delle loro relazioni potrà fornire spunti utili per comprendere quale significato debba essere attribuito al ritocco operato dalla riforma Cartabia. Anticipando la conclusione, dai concetti di “evidenza della prova” e “gravi indizi di colpevolezza” si dedurrà che la “prevedibilità di condanna” postula vagli di intensità inferiore, non richiedendo un patrimonio probatorio di portata tale da essere sufficiente a una condanna, ancorché allo stato degli atti.

Cominciando dal primo<sup>14</sup>, sembra calzante constatare una nozione semplice: il rito è speciale; e siccome la particolarità più vistosa (l’estromissione dell’udienza preliminare) trova giustificazione in una prova palese, a questo metro specifico non potrà essere attribuita un’accezione analoga a quella dell’ordinario, che orienta le scelte del pubblico ministero al termine delle indagini, pena la perdita della mansione diversificante del presupposto. In altri termini, l’incipit dell’art. 453 c.p.p. isola un parametro dalla portata specializzante, che spiega la differenza del rito immediato rispetto all’ordinario e, dunque, se vivesse di una definizione analoga alla ragionevole previsione di condanna, si finirebbe per eliminare in via interpretativa la pregnanza di parole che costituiscono l’essenza della divergenza fra i procedimenti. Conseguentemente, se la “prospettiva di condanna” necessita del vaglio dell’udienza preliminare, che è omesso in presenza di una prova evidente, si deve concludere che quest’ultima renda il controllo inessenziale in quanto genera certezze superiori<sup>15</sup>.

Coerentemente, laddove il pubblico ministero ritenga integrata la fattispecie, provvederà all’istanza di giudizio immediato (sussistendone anche gli altri requisiti, ovviamente); viceversa, quando reputi raggiunta una semplice previsione di condanna, sottoporrà l’imputazione al controllo preliminare; infine, ove creda che non sia nemmeno perfezionabile tale livello, avanzerà richiesta di archiviazione. E poiché sono le norme ad accomunare allo standard per l’indagante (art. 408 co. 1 c.p.p.) quello proprio del g.u.p. (art. 425 co. 3 c.p.p.), ne discende che anche quest’ultimo diverge dal concetto di ovvietà della prova, che, come si è sostenuto, avanza pretese di miglior grado.

Secondo una diversa ricostruzione, invece, spetterebbe al giudice per le indagini preliminari, investito della richiesta (artt. 454 e 455 c.p.p.), un esame non diverso da quello condotto dal giudice dell’udienza preliminare<sup>16</sup>. Ma per questa via si perderebbe

---

*parti non possa condurre alla pronuncia di una sentenza di non luogo a procedere nell’udienza preliminare».*

<sup>14</sup> In termini generali, si veda A. CLAUDIANI e M. MESSERI, *Il giudizio immediato*, Giuffrè, 2012, pp. 192 ss. Si consideri, più di recente, F. LAZZARINI, *Il giudizio immediato tra accelerazione e deflazione del dibattimento*, in *Il sistema multipolare dei procedimenti speciali in materia penale: l’evoluzione e le criticità*, a cura di D. VIGONI, Giappichelli, 2024, pp. 198 ss.

<sup>15</sup> Una parte della dottrina si è espressa in questa direzione, pur sempre in momenti anteriori alla riforma Cartabia, che, però, non pare aver provocato la necessità di rivedere le soluzioni: F. GIUNCHEDI, *Questioni irrisolte e prospettive di riforma del giudizio immediato «tipico»*, in *Giur. it.*, 2002, pp. 1111 ss.

<sup>16</sup> Si fa riferimento a opinioni dottrinali sviluppatesi sotto la vigenza delle precedenti disposizioni. Tuttavia, la riscrittura non sembra poter determinare un ripensamento delle teorie proposte in relazione all’evidenza della prova. Si veda T. BENE, *Il giudizio immediato*, Edizioni scientifiche italiane, 2000, p. 170. In giurisprudenza si è sostenuto che il presupposto di cui si discute è distinto dalla decidibilità allo stato degli

il compito distintivo del requisito di cui al primo comma dell'art. 453 c.p.p., che reclama «*probabilità superiori [sindacate dal giudice] rispetto all'accusa tipica*»<sup>17</sup> e che giustifica l'immediato come procedimento eterogeneo. Certo, manifesta una certa suggestione constatare che un controllo sulla richiesta del pubblico ministero venga comunque condotto dal g.i.p.: il rilievo condurrebbe a ritenere che, proprio perché un vaglio viene esperito, esso non possa che svolgersi secondo il solito parametro (*ex art. 425 c.p.p.*), come se il giudice decidesse all'esito dell'udienza preliminare. L'evidenza ricadrebbe non sulla colpevolezza (seppure allo stato degli atti) ma sulla ragionevole previsione di condanna, che apparirebbe ovvia: quest'ultima sarebbe la direttiva dettata anche per il g.i.p., solo che si manifesterebbe nel suo aspetto evidente. Tuttavia, l'idea fraintende il senso del concetto di "prova" e del *deficit* di contraddittorio, come di seguito argomentato.

Anzitutto, poiché grava sull'istante dimostrare la fondatezza della domanda, spetta al pubblico ministero far emergere il sostrato del rinvio a giudizio (da lui richiesto), ricavato *a contrario* dall'art. 425 c.p.p.: compete all'attore pubblico provare che la condanna sia prevedibile<sup>18</sup>. Al contrario, considerare l'evidenza della ragionevole previsione di condanna quale peculiarità che contraddistingue l'immediato significa escluderla nel rito ordinario, dove quindi il dubbio su di essa sarebbe compatibile con la *translatio iudicii*. Si badi, qui il dubbio non si colloca sulla capacità degli elementi attuali a fondare la responsabilità, ma sulla stessa ragionevole previsione di condanna: il che rappresenta una situazione di incertezze vertiginose, tali da non far ritenere appurata nemmeno tale prevedibilità. L'assunto porta all'assurdo. Qualora il pubblico ministero non abbia adempiuto all'onere, residuando dubbi sulla premessa del provvedimento domandato, il *thema probandum* non potrà dirsi provato e l'atto non potrà essere pronunciato: l'esito sarà il non luogo a procedere. È nel procedimento ordinario (e non nell'immediato) che la probabilità concreta di condanna (che, lo si ripete, coesiste con perplessità sulla reità) deve risultare evidente, cioè provata<sup>19</sup>, al fine del decreto che dispone il giudizio.

Passando adesso al rito speciale, bisogna chiedersi quale dev'essere l'oggetto della prova evidente, posto che non può essere "l'ipotesi di condanna". Rileva il costo

---

atti, intendendo con essa l'idoneità del quadro conoscitivo a fornire una cognizione piena sull'azione (ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 17 aprile 2001, ud. 2 marzo 2001, n. 15833). Inoltre, secondo Cass. pen., Sez. un., 14 ottobre 2014 (data ud. 26 giugno 2014), n. 42979, la prova evidente e la "sostenibilità dell'accusa in giudizio" (ossia il canone dapprima in vigore) coincidono.

<sup>17</sup> Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1069.

<sup>18</sup> All'opposto giunge a sostenere che «*per rinviare a giudizio, non occorre provare un bel nulla. È, invece, per pronunciare la sentenza di non luogo che si deve provare l'impossibilità di formulare una ragionevole previsione di condanna*» P. FERRUA, *Regole di giudizio e standard probatori*, in *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di E. M. CATALANO e P. FERRUA, Giappichelli, 2023, pp. 82 ss. In sintesi, L'Autore elabora questa conclusione distinguendo i casi in cui il codice detta la condizione di un atto da quelli per cui tace; e siccome la legge fissa quella del non luogo a procedere – l'improbabilità della condanna – e non del decreto disciplinato dall'art. 429 c.p.p., oggetto da provare sarebbe tale improbabilità; e, quando non risulti dimostrata, si imporrebbe la strada opposta.

<sup>19</sup> Su cosa realmente voglia dire "provare", vedasi P. FERRUA, *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in *Cass. pen.*, 7/2020, pp. 2639 ss.

dell'esclusione del contraddittorio: solo una maggiore esaustività conoscitiva rende accettabile un esame *inaudita altera parte* per il passaggio fulmineo al dibattimento; difatti, nulla compenserebbe tale mancanza se il presupposto dell'immediato coincidesse con la regola comune.

Pertanto, consentono lo schema speciale garanzie di completezza che non possono essere ritenute necessarie nell'intensità a cui si riferisce l'art. 425 co. 3 c.p.p., per la quale il sistema escogita, appunto, una verifica in udienza nel confronto fra le parti: diversamente, sarebbero inspiegabili le differenze fra i due procedimenti e, perciò, nell'ordinario nulla esclude che possa persistere un qualche dubbio (sulla responsabilità, *rebus sic stantibus*).

### 3.2. La formula nel rapporto coi presupposti del giudizio immediato custodiale.

Si può notare come le conclusioni appena raggiunte vengano suffragate quando si consideri la normativa alla luce dell'ulteriore ipotesi di procedimento immediato, cd. "custodiale".

È possibile introdurre il tentativo constatando che segna (*rectius*, dovrebbe segnare) il confine fra gravità indiziaria e prova della colpevolezza la semplice mancanza di contraddittorio nella formazione dell'insieme raccolto in indagine (che di solito compone la base della misura cautelare)<sup>20</sup>; "semplice" pare un eufemismo, non essendo la dialettica un momento di importanza poco seria, ma l'aggettivo mira a sottolineare che i gravi indizi non si differenziano dalla prova sottesa alla condanna per una capacità dimostrativa inferiore, bensì "solo" per la carenza di bilateralità con la difesa nella loro elaborazione<sup>21</sup>. Di conseguenza, posta la definizione di indizio, si deve escludere che essa inglobi, oltre a quella carenza, un bilancio prognostico sulla probabilità di condanna, come se la parola dovesse a tutti i costi salvare (ai fini cautelari) un compendio istruttorio da cui trapelino dubbi ragionevoli, potenzialmente superabili nel corso del processo

---

<sup>20</sup> Cass. pen., Sez. IV, 5 settembre 2025 (ud. 24 luglio 2025), n. 30344: «in tema di misure cautelari personali, i gravi indizi di colpevolezza non sono altro che "una prova allo stato degli atti", valutata dal giudice allorché la formazione del materiale probatorio è ancora in itinere e non è stato sottoposto al vaglio del contraddittorio dibattimentale ed è precisamente questo aspetto dinamico e non la loro differente capacità dimostrativa a contraddistinguerli rispetto alla prova idonea a giustificare la pronuncia di condanna». La sentenza ribadisce un orientamento già espresso da Cass. pen., Sez. I, 25 maggio 2005 (ud. 4 maggio 2005), n. 19867: il principio è la manifestazione dell'applicabilità delle norme dettate nel libro III all'ambito cautelare, alcune delle quali sono richiamate dall'art. 273 co. 1-bis c.p.p. (introdotto dalla l. 1 marzo 2001 n. 63), in modo tale che «la chiamata di correo de relato, effettuata da un collaboratore di giustizia, può costituire grave indizio di colpevolezza, ex art. 273, comma primo bis, cod. proc. pen., solo quando è sorretta da riscontri esterni individualizzanti», come prescrive l'art. 192 co. 3 c.p.p.

<sup>21</sup> Chiarisce la pluralità di significati del termine "indizio" G. UBERTIS, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Giuffrè, 2015, pp. 110-111: nell'art. 273 co. 1 c.p.p. la parola è dotata di un senso diverso da quello che riveste nell'art. 192 co. 2 c.p.p., perché, «pur designando una prova in senso lato, non ne individua la specie secondo la peculiare modalità logica della conclusione inferenziale, ma si riferisce a uno strumento conoscitivo legalmente dotato, indipendentemente dal suo "statuto" gnoseologico, di efficacia provvisoria, riservando ad altro momento una più meditata considerazione concernente il suo successivo impiego per la definitiva ricostruzione fattuale».

(prognosi); proprio dove sia assente un contraddittorio saranno auspicabili gradi di certezza maggiori, come per la prova evidente nell'altro tipo di immediato. È già tanto che materiale formato unilateralmente edifichi una limitazione alla libertà personale per neutralizzare certi pericoli: benché non si voglia escludere l'inevitabilità di una simile soluzione, che almeno non si interpoli nel cd. *fumus commissi delicti* la possibilità di integrazione della piattaforma probatoria, per ritenere il vincolo applicabile nonostante l'attuale presenza di dubbi, forse liquidabili in futuro. Detto altrimenti, fermo restando che il patrimonio gnoseologico è in divenire e che è stato composto fuori da un confronto fra interessi contrapposti, le informazioni a carico saranno predicabili come gravi quando consentano di superare incertezze sulla responsabilità<sup>22</sup>, salvi ovviamente ribaltamenti nell'avvenire processuale. Qualora invece trabocchino insicurezze, non vi sarà gravità da affermare sugli elementi, quindi inidonei a costituire il presupposto della misura, senza poter confidare in prossime integrazioni, pur prospettabili e fattibili.

Ne deriva che, nel campo cautelare, "alta probabilità di condanna" è una locuzione da maneggiare con cura. Si ritiene la sua fruibilità nei limiti considerati, ossia per constatare che, ove le "prove" sino a quel punto acquisite fossero abbastanza per costituire il bagaglio utilizzabile nel merito, questo sarebbe sufficiente alla condanna (anche se potranno, in seguito, emergere altre prove che la escludano). Contrariamente, non sarà possibile sfruttare l'espressione per chiamare il giudice a prognosticare la verosimiglianza di un completamento idoneo a scartare ogni titubanza. In

---

<sup>22</sup> Parte della dottrina è solita parlare di "qualificata probabilità di responsabilità", marcando così la differenza con il momento valutativo finale. In questa direzione è stato affermato che «[l]a genetica incompletezza e parzialità del materiale cognitivo del giudizio de libertate [...] segna l'incommensurabile distanza che separa l'accertamento incidentale da quello principale» cosicché «[l]a tendenziale completezza cognitiva richiesta dall'art. 533 c.p.p. [...] determina l'incompatibilità della bard rule con ogni giudizio intermedio o incidentale "allo stato degli atti" che, fondandosi su terreni probatori malfermi, impone decisioni basate su compendi fisiologicamente incompleti» (G. GAROFALO, *La diversificazione degli standard di prova nel processo penale e nel rapporto fra giurisdizioni*, in *Cass. pen.*, 10/2020, p. 486.). Nel medesimo solco viene dato particolare colore alla circostanza per cui il giudice della cautela debba procedere a una determinazione "dinamica", nella quale «il dato indiziario è necessariamente colto nella prospettiva di evoluzione tracciata dal procedimento principale» (G. SANTALUCIA, *L'incidenza del giudizio cautelare sulle decisioni del merito: brevi note a margine della sentenza n. 121/2009 della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 9/2009, p. 3304). Parla di «una colpevolezza probabile (o, se si preferisce, più probabile che non)» P. FERRUA, *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio*, cit., p. 2641). Però – ed è la tesi che si vuole condividere – anche facendo proprio il lessico probabilistico, si deve rilevare che «non bisogna confondere l'incertezza circa il fatto che la valutazione anticipata di responsabilità riceva o meno conferma al termine del processo, con il grado di attendibilità dell'ipotesi accusatoria allo stato insufficiente ad escludere soluzioni concorrenti», con il corollario che «il giudice deve comportarsi come se fosse al momento investito della decisione finale» (D. NEGRI, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Giappichelli, 2004, p. 269). Analogamente G. TODARO, *I gravi indizi di colpevolezza tra ragionevole dubbio e giusto processo*, in *Cass. pen.*, 11/2008, pp. 4243 ss.

giurisprudenza, però, non sono mancate le proclamazioni di giudizi prognostici<sup>23</sup>, talvolta con discorsi che sono apparsi incoerenti<sup>24</sup>.

Unendo i discorsi sulle figure, tradizionale e custodiale, si nota come la consistenza indiziaria sottesa alla coercizione si accosta e si avvicina all'evidenza probatoria<sup>25</sup>. Ne è la conferma che elidere l'udienza trova giustificazione nella sovrabbondanza di un eventuale contraddittorio preliminare sulla fondatezza dell'accusa<sup>26</sup>: solo quando si intravedono certezze (provvisorie) diventa superfluo il controllo dell'udienza-filtro<sup>27</sup>. Pertanto, ancora una volta occorre conservare la specialità del rito, che giunge ad estromettere l'udienza in ragione di circostanze (i gravi indizi) specializzanti e, dunque, diverse dalla regola ordinaria. Atteso che divergono, consta dalla *ratio* dell'eliminazione il fatto che le prime comportino una convinzione superiore alla seconda.

Perciò rimangono tutt'oggi ferme, a enunciati normativi variati, le affermazioni della Consulta, quando considerava il decreto *ex art. 429 c.p.p.* come «*in alcun modo assorbente rispetto alla valutazione dei gravi indizi di colpevolezza*», ben potendo essere

<sup>23</sup> Ad esempio, Cass. pen., Sez. VI, 18 luglio 2017 (ud. 16 marzo 2017), n. 35243: «*i gravi indizi [...] vanno individuati in quegli elementi a carico, di natura logica o rappresentativa, che globalmente apprezzati [...] devono consentire di fondare, allo stato, una qualificata probabilità di colpevolezza*»; detto altrimenti «*la nozione di indizio contenuta nell'art. 273 c.p.p., comma 1, va intesa come "prognosi di condanna futura" [...], la cui sussistenza va dimostrata utilizzando il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio*», il quale, tuttavia, deve essere inteso alla «*dimostrazione della probabilità di colpevolezza dell'indagato*» e non come «*nel giudizio di cognizione, in cui il canone dell'oltre ogni ragionevole dubbio è funzionale all'accertamento della responsabilità dell'imputato*».

<sup>24</sup> Cass. pen., Sez. un., 31 ottobre 2006 (ud. 30 maggio 2006), n. 36267: «*le dichiarazioni accusatorie rese dal coindagato o coimputato nel medesimo reato o da persona indagata o imputata in un procedimento connesso o collegato, integrano i gravi indizi di colpevolezza di cui all'art. 273, comma primo, cod. proc. pen. - in virtù dell'estensione applicativa dell'art. 192, commi terzo e quarto, ad opera dell'art. 273, comma primo bis, cod. proc. pen., introdotto dall'art. 11 L. n. 63 del 2001 - soltanto se esse, oltre ad essere intrinsecamente attendibili, risultino corroborate da riscontri estrinseci individualizzanti, tali cioè da assumere idoneità dimostrativa in ordine all'attribuzione del fatto-reato al soggetto destinatario di esse, ferma restando la diversità dell'oggetto della delibazione cautelare, preordinata a un giudizio prognostico in termini di ragionevole e alta probabilità di colpevolezza del chiamato, rispetto a quella di merito, orientata invece all'acquisizione della certezza processuale in ordine alla colpevolezza dell'imputato*». In dottrina è stata posta in luce la contraddizione insita nella massima, poiché da una parte la Corte equipara la valutazione cautelare a quella propria della responsabilità (a proposito del rigore con cui trattare i riscontri), ma dall'altra separa le due sedi affermando che la prima tollera probabilità mentre la seconda implica certezze: così facendo si finisce per concludere che il riscontro esterno possa essere di pregnanza inferiore rispetto a quello necessario nel dibattimento. Sebbene sia affermata l'operatività dell'art. 192 co. 3 c.p.p., tale estensione viene smentita ammettendo la sufficienza di una prognosi. Si veda, F. P. GIORDANO, *La chiamata di correo e il giusto processo cautelare, tra principi costituzionali e profili applicativi*, in *Dir. pen. proc.*, 7/2007, p. 884.

<sup>25</sup> Reputa che la gravità indiziaria «*può costituire soltanto un tassello della più ampia categoria dell'evidenza della prova*» Cass. pen., Sez. un., n. 42979/2014 cit. Ne deriverebbe che il g.i.p., investito della richiesta di immediato, effettuerà un controllo in ordine all'evidenza.

<sup>26</sup> Ad esempio, Cass. pen., Sez. II, 29 novembre 2019 (ud. 1 ottobre 2019), n. 48591.

<sup>27</sup> Ritengono invece che il *fumus commissi delicti* non è, in tesi, sufficiente all'eliminazione dell'udienza preliminare, perché non implica indagini complete (art. 112 Cost.), E. AMODIO e N. GALANTINI, [Sulla incostituzionalità del giudizio immediato custodiale](#), in *Dir. pen. cont.*, 3/2013, p. 48.

emesso per situazioni incerte, nell'altro campo non tollerate dalla puntualità prescritta per le misure cautelari personali<sup>28</sup>.

Un inciso, da ultimo, funge da chiarimento: avvicinare la portata della prova evidente a quella della gravità indiziaria non equivale a rendere inspiegabile il perché il codice tenga le due categorie distinte. Infatti, il sistema ha preferito strutturare una disciplina *ad hoc* per la seconda in ragione della peculiarità dell'istituto, che rivendica come giustificazione non solo l'inutilità dell'udienza, ma anche l'urgenza che il pubblico ministero concluda celermente le indagini, stante il vincolo sulla persona<sup>29</sup>.

### 3.3. La formula nel rapporto col criterio del giudizio abbreviato e dibattimentale.

Saranno sufficienti poche parole per osservare come le soluzioni sinora raggiunte trovino ulteriore conferma nella considerazione del compito del dibattimento (o dell'accertamento nell'*iter* abbreviato).

Il decreto che dispone il giudizio, la sentenza di non luogo a procedere e l'archiviazione, decreto od ordinanza che sia, realizzano decisioni processuali e non di merito, per il fatto che hanno come oggetto non il reato ma l'azione, nei primi due casi, e l'inazione, nel terzo<sup>30</sup>. Effettivamente, il genere può essere ripartito a seconda che la decisione, in specie, ricavi la materia su cui interviene da una norma processuale o sostanziale. Solo nel secondo caso interverrà sul reato e sarà contraddistinta dal carattere di merito. Per quanto interessa, esortare una previsione di condanna demanda la verifica dell'attitudine di un'azione particolare (esercitata, nella prospettiva del g.u.p., oppure da esercitare, nella prospettiva del p.m. concluse le indagini) a condurre all'epilogo oggetto di predizione. La premessa della determinazione consiste quindi nell'adeguatezza dell'azione a meritare il corso del processo per approdare a una condanna.

Il fatto che siano provvedimenti di rito è corollario dell'inidoneità delle rispettive sedi ad accertare la penale responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio, adempimento esclusivo del contraddittorio nella formazione della prova, o del procedimento abbreviato (previa rinuncia da parte dell'imputato alla dialettica, *ex art. 111 co. 5 Cost.*)<sup>31</sup>. Il dibattimento, dunque, conserva la funzione che lo ha caratterizzato, *id est* sviscerare gli accadimenti affinché sia appurato il reato (ecco la natura tratta da una norma sostanziale) al netto di qualsiasi dubbio (tolti gli irragionevoli, come ricorda l'art. 533 co.

---

<sup>28</sup> C. Cost. 7-15 marzo 1996, n. 71, la quale ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale degli artt. 309 e 310 del codice di procedura penale, nella parte in cui non prevedono la possibilità di valutare la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza nell'ipotesi in cui sia stato emesso il decreto che dispone il giudizio a norma dell'art. 429 dello stesso codice».

<sup>29</sup> Per la doppia *ratio* che caratterizza la tipologia custodiale, si consideri, ad esempio, Cass. pen., Sez. II, n. 48591/2019 cit.

<sup>30</sup> Riconosce la natura processuale della sentenza di non luogo a procedere C. cost. 71/1996, cit. Il punto è rimasto fermo in giurisprudenza: ad esempio, Cass. pen., Sez. V, 29 luglio 2020 (ud. 10 luglio 2020), n. 23094.

<sup>31</sup> Accosta la valutazione a quella del rito abbreviato C. SANTORIELLO, *Le nuove regole di giudizio della Riforma Cartabia*, cit., p. 3.

1 c.p.p.)<sup>32</sup>. E poiché tale metodo non è una caratteristica dei procedimenti che sfociano nelle decisioni processuali appena ricordate, non si potrà pretendere da esse uno scrutinio analogo<sup>33</sup>.

Il ruolo del dibattimento non è controllare l'esito di una decisione previamente presa (sarebbe il decreto che dispone il giudizio, non motivato), come se la fase si atteggiasse da puro gravame, con attribuzione al giudice di un sindacato su un tema già deciso e di una cognizione estesa al medesimo oggetto del provvedimento da rivedere; la missione è, piuttosto, ribadire l'innocenza presunta o accertare la colpevolezza fuori da incertezze<sup>34</sup>. Essendo una prerogativa, occorre salvaguardarne i connotati: il superamento del *reasonable doubt* è l'esperimento tipico di questa sede<sup>35</sup> e, di conseguenza, le determinazioni sull'esercizio e la prosecuzione dell'azione sono inidonee a spodestare la veste. L'incertezza è, pertanto, compatibile con esse, come si è già arguito dal confronto coi modelli dell'*iter* immediato.

Comunque, s'è detto che i presupposti di quest'ultimo esigono, invece, il raggiungimento di certe evidenze. Tuttavia, non v'è alcuna contraddizione con quanto si afferma ora, a proposito della nitidezza del confine fra vaglio preliminare e vaglio dibattimentale: un conto è valorizzare peculiarità di singole vicende concrete, quando valutazioni sicure depongono per il passaggio alla fase successiva senza l'udienza preliminare, altro conto è elevare questi canoni a regola ordinaria, ovvero pretendere dal pubblico ministero indagini che adempiano a un dovere di completezza al di là di ogni ragionevole dubbio. Non vi sono note stonate nell'interpretare il sistema affinché sia preservata la particolarità di un rito speciale, confermando la natura eccezionale delle condizioni che lo caratterizzano.

#### 4. L'esito: l'improbabilità della condanna e la completezza delle indagini preliminari.

L'interpretazione letterale accreditata dalla sistematica ha condotto a ritenere che la "ragionevole previsione di condanna" sia una misura distinta da "l'oltre ogni

---

<sup>32</sup> A fronte della letteratura giuridica che ha assecondato gli intenti sottesi alla riforma Cartabia (si veda sopra la nota n. 6), altri interpreti hanno posto in luce come sia fuorviante attribuire alla novità un significato accostabile a quello dell'accertamento della responsabilità penale al di là del dubbio. Si consideri, E. MARZADURI, *Il declino del paradigma accusatorio ed il ritorno all'istruzione sommaria*, in *Corderiana. Sulle orme di un maestro del rito penale*, a cura di E. M. CATALANO e P. FERRUA, Giappichelli, 2023, p. 29; C. FANUELE, *I nuovi criteri per la decisione di non luogo a procedere*, in *Proc. pen. giust.*, 4/2023, pp. 961 ss.; F. SIRACUSANO, *La prevedibilità dell'esito del giudizio quale antidoto all'azzardo imputativo?*, in *Proc. pen. giust.*, 3/2023, pp. 548 ss.

<sup>33</sup> Perviene ad analoga affermazione Cass. pen., Sez. III, 11 luglio 2016 (ud. 28 gennaio 2016), n. 28698: «i criteri normativi in base ai quali il giudice può pronunciare sentenza di non luogo a procedere sono differenti da quelli del giudizio dibattimentale». Sebbene si tratti di una pronuncia anteriore alla Cartabia, la distinzione tratteggiata fra le valutazioni è ancora attuale, come si sta provando ad affermare in queste pagine.

<sup>34</sup> Attribuisce al dibattimento un ruolo di controllo C. CONTI, *La ragionevole previsione di condanna*, cit., p. 1556: «il dibattimento controlla il rinvio a giudizio».

<sup>35</sup> Segnala la problematicità dell'innovazione, circa la diversità di funzione fra i criteri decisori, pur senza disconoscere gli intenti del legislatore, F. PAGLIONICO, *Le nuove modalità di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, in *Arch. pen.*, 2/2023, pp. 26-27.

ragionevole dubbio sulla colpevolezza". Ma non basta: affinché ne sia compreso pienamente il contenuto, rileva la logica dell'udienza preliminare, ossia predisporre uno schermo per evitare dibattimenti inutili<sup>36</sup> o esercizi impreparati dell'azione<sup>37</sup>. Così, la valorizzazione della *ratio legis* conduce a individuare per esclusione i casi in cui una condanna può dirsi improbabile.

a) Ovviamente, quando l'imputazione risulti azzardata, essendo originata da un compendio conoscitivo che sia di una contraddittorietà insanabile o che palesi l'innocenza presunta (ad esempio, emergono alibi o cause di giustificazione). Non si tratta dei soli casi contemplati dall'art. 411 c.p.p. sotto la rubrica "altri casi di archiviazione" (ad esempio, il reato è estinto), comunque già attratti nella fattispecie ex art. 408 co. 1 c.p.p., ma anche di tutte le altre eventualità in cui risulti ovvia l'irresponsabilità penale (ad esempio, il fatto non sussiste)<sup>38</sup>.

b) Quando residuino alternative e in più, in un apprezzamento prognostico, non appaiono fattibili nel giudizio sforzi probatori del pubblico ministero che le cancellino (ad esempio, sarebbe diabolico pretendere che il dolo sia provato con certezza, per questa o quell'altra ragione dipendente dalle peculiarità del caso concreto)... sforzi da valutare, anche, con riguardo ai sospetti sulle cause contemplate dall'art. 530 co. 3 c.p.p.

c) Infine, affinché il dibattimento non venga strumentalizzato come il supplente di un procedimento lacunoso, sarà altresì improbabile la condanna quando gli elementi raccolti non abbiano toccato tutti i profili costitutivi del reato, elemento soggettivo incluso. In questo caso, infatti, accadrebbe un esercizio sprovveduto dell'azione, con il rischio delle conseguenze insuperabili legate al *ne bis in idem* ex art. 649 c.p.p., scaturente dal passaggio in giudicato della sentenza provocata da un'accusa poco accorta: avendo il pubblico ministero indagato male, le mancanze si potrebbero ripercuotere sulla sua *performance* dibattimentale. La sentenza di non luogo a procedere, revocabile semplicemente sulla scorta di «nuove fonti di prova» (artt. 434 e 554-*quinquies* c.p.p.), dovrebbe bloccare le imputazioni così preparate<sup>39</sup>.

Ovvio è che le ipotesi di cui alle lettere b) e c) dovrebbero fare i conti con i poteri di integrazione esercitabili dal g.u.p. (artt. 421-*bis* e 422 c.p.p.), considerando pure l'impostazione dottrinale secondo cui l'assunzione di prove (art. 422 c.p.p.) possa avvenire sfavorevolmente all'imputato<sup>40</sup>. Anche aderendo a questa soluzione, è del tutto

<sup>36</sup> Proprio sulle relazioni fra la funzione di filtro e lo standard per il g.u.p.: M. CECCHI, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *Arch. pen.*, 2/2022, p. 21. Inoltre, sul ruolo dell'udienza preliminare: M. BONTEMPELLI, *Udienza preliminare ed efficienza giudiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2021, pp. 1149 ss.

<sup>37</sup> Evidenza come la completezza delle indagini preliminari debba essere oggetto di verifica nell'udienza preliminare, C. SCACCIAOCE, *La completezza delle indagini nel procedimento di archiviazione e nell'udienza preliminare: omogeneità di finalità?*, in *Ind. pen.*, 2/2008, p. 519. Inoltre: F. CASSIBBA, *La "completezza" e la "concludenza" delle indagini alla luce della rinnovata udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 3/2006, p. 1239.

<sup>38</sup> Questione controversa e collaterale a quanto si scrive attiene alla possibilità di dare rilevanza alla futura maturazione della prescrizione. Si veda, da ultimo, per una posizione prevalentemente negativa, F. LAZZARINI, [La "prescrizione prossima" tra esercizio dell'azione penale e verifica dell'accusa](#), in *questa Rivista*, 2/2026, pp. 121 ss.

<sup>39</sup> Esclude che la revoca sia uno strumento utilizzabile in presenza di pregresse indagini incomplete M. DANIELE, [L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali](#), in *questa Rivista*, 16 gennaio 2023, p. 12.

<sup>40</sup> F. ALVINO, [Il controllo giudiziale dell'azione penale: appunti a margine della "riforma Cartabia"](#), in *questa Rivista*,

ipotizzabile che, nonostante il supplemento istruttorio, non venga raggiunto il livello necessario come sopra descritto: meglio il non luogo a procedere, successivamente rimuovibile<sup>41</sup>.

Pertanto, fuori dai casi di improbabilità visti, il legame col dubbio deve essere descritto in termini di compatibilità. Così, purché i dati a carico abbiano tastato ogni elemento costitutivo del reato, ad esempio il nesso di causalità, la semplice presenza di una spiegazione causale alternativa non varrà al non luogo a procedere; ancora: alle dichiarazioni dell'imputato connesso mancano riscontri esterni individualizzanti, come li esige il rigore richiesto dalla giurisprudenza sull'art. 192 co. 3 c.p.p., ma le contingenze del caso fanno ritenere possibile che l'onere del pubblico ministero venga adempiuto in dibattimento, mediante parole di ulteriori dichiaranti, che fungano da riscontro perfetto.

Si è accennato ai poteri del g.u.p. in senso sfavorevole all'accusato ma, naturalmente, valgono anche nella direzione opposta. Invero, potrebbe accadere l'eventualità in cui sia stato raggiunto il livello conoscitivo necessario per la *translatio iudicii* (malgrado perduri qualche incertezza), ma ragioni di scrupolo sollecitate da particolarità concrete raccomandano un vaglio più approfondito a favore dell'imputato. Esemplicando, l'allora indagato, interrogato a seguito della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini su un uso di fatture per operazioni che paiono soggettivamente inesistenti, aveva adottato chiarimenti difficilmente compatibili con una situazione dolosa (può verosimilmente capitare nelle frodi carosello), ma privi di conferme; esercitata l'azione penale, sarà opportuno per il giudice approfondire la questione ove ritenga serie le affermazioni rese in interrogatorio, ma bisognose di qualche rinforzo, magari documentale. Dunque, l'esercizio di tali poteri cascherà a pennello quando il giudice lo ritenga funzionale a raccogliere elementi tali da sgomberare la condanna dall'orizzonte.

Su tutte queste basi si possono trarre tre conseguenze: per prima cosa, il criterio rettificato dalla riforma Cartabia non si discosta dalla precedente "sostenibilità dell'accusa", poiché con riguardo a quest'ultima si possono ripetere tutte le osservazioni sin qui svolte; conseguentemente, sarà difficile un cambio di rotta nella facilità con cui sono stati e vengono pronunciati i decreti che dispongono il giudizio<sup>42</sup> e, pertanto, non

---

3/2022, p. 34. In effetti, è agevole intendere la clausola per cui le prove debbano godere di «decisività ai fini della sentenza di non luogo a procedere» nel senso che sia sufficiente che gli elementi da acquisire siano utili a decidere fra il non luogo e il decreto che dispone il giudizio. Viceversa si creerebbe una disparità irragionevole (artt. 3 e 111 co. 2 Cost.).

<sup>41</sup> È stato criticato il mancato richiamo, nella disciplina dell'udienza predibattimentale, delle iniziative di cui agli artt. 421-bis e 422 c.p.p. Nell'attesa che venga depositata la pronuncia della Consulta, si segnala che, sollevando questione di legittimità della carenza, il Tribunale di Siena (ord. 11 febbraio 2025, pubblicata su G. u. 12 marzo 2025 n. 11), ha censurato la violazione (oltre che degli artt. 111 co. 2 e 117 co. 1 Cost.) dell'art. 3 (ragionevolezza rapportata all'udienza preliminare) e dell'art. 112 (completezza delle indagini) Cost. Per un commento all'ordinanza: E. CONTIERI, *Nota a ordinanza Tribunale di Siena 11 febbraio 2025*, in *Quest. giust.*, 2025. Per una soluzione diversa dalla declaratoria di incostituzionalità, propone l'applicazione analogica per colmare il vuoto normativo G. DELLA MONICA, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, cit., p. 22.

<sup>42</sup> Il legislatore ha preso atto dell'inefficienza dimostrata da quel congegno, capace di filtrare «poco più del 10% delle imputazioni per i processi nei quali è prevista» (Relazione cit., p. 21). Non ritiene che la riforma Cartabia riuscirà a raggiungere gli obiettivi sperati E. AMODIO, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo» nella nuova disciplina*

appare fuori luogo ipotizzare un'abolizione del filtro<sup>43</sup> (pur essendo il criterio, come ricostruito in queste pagine, comunque più rigoroso della "opportunità della verifica dibattimentale", in voga nella prassi<sup>44</sup>); in aggiunta, si comprende il significato di completezza delle indagini preliminari, principio da tempo dedotto dalla Corte costituzionale dall'art. 112 Cost., ma senza mai chiarirne la semantica in modo definitivo<sup>45</sup>: le indagini devono essere complete nel senso che sono tenute a raccogliere quanto basta per non rendere improbabile la condanna; e il fatto che siano sopportabili dubbi non trasforma l'ipotetica richiesta del rito abbreviato in un gratuito grimaldello per l'imputato, ben potendo il giudice di quella sede esercitare poteri di integrazione per annientarli (art. 441 co. 5 c.p.p.): la completezza sarebbe quindi tutelata.

Concludendo, la lettera della legge e la sistematica del codice sono servite per affermare: che è nei connotati di una predizione tollerare dei dubbi sulla responsabilità, risolvibili nel proseguo; che l'instaurazione del giudizio immediato vuole, allo stato degli atti, sicurezze sulla colpevolezza, derivanti da una prova che sia evidente o da indizi che siano gravi; che le componenti della peculiarità del procedimento speciale non si prestano ad essere condivise con l'ordinario, dove dunque non possono essere pretese certezze per il rinvio a giudizio; che quando si considerano le prerogative del dibattimento questa conclusione ne esce rafforzata. Dai risultati è stato poi modellato il senso da attribuire al concetto di "completezza delle indagini preliminari", da configurare nei limiti della ragionevole previsione di condanna, fattispecie non esclusa, nei limiti visti, da perplessità sulla reità.

---

*del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 1/2022, pp. 17-18.

<sup>43</sup> In effetti, non pare che l'udienza goda di inevitabilità costituzionale. Infatti, sebbene sia concepita come momento utile alla difesa (art. 24 Cost.) e alla tutela della completezza delle indagini (art. 112 Cost.), ciò non significa che i valori costituzionali ne impongano la presenza nell'ordinamento, potendo essere tutelati adeguatamente in altra occasione, quale è il dibattimento (si consideri l'art. 507 c.p.p.). Propongono l'abolizione: M. DANIELE, [L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio](#), in *questa Rivista*, 1/2020, pp. 131 ss.; e P. FERRUA, *Regole di giudizio e standard probatori*, cit., pp. 85 ss.

<sup>44</sup> Questo canone, infatti, non sembra includere alcuna reale stima prospettica di condanna, tale da considerare la fattibilità dell'impegno istruttorio del p.m.: la *translatio iudicii* potrebbe facilmente avvenire anche per i casi di improbabilità di condanna esposti sopra alle lett. b) e c).

<sup>45</sup> Ripercorre la giurisprudenza costituzionale sulla completezza delle indagini preliminari E. MARZADURI, [Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari](#), in *questa Rivista*, 5/2020, pp. 199 ss. L'Autore pone in luce come la Consulta sia passata da predicare indagini complete nei limiti della raccolta di dati utili ad appurare l'utilità o meno del dibattimento (C. cost. 28 gennaio-15 febbraio 1991, n. 81) ad esigerle esaustive in vista di un eventuale giudizio abbreviato ove il p.m. non goda del diritto di presentare richieste di prova (C. cost. 7-9 maggio 2001, n. 115), per poi tornare a soluzioni non dissimili da quelle originarie, per affermare che era illegittimo il comma 1-bis dell'art. 405 c.p.p., che imponeva al p.m. la richiesta di archiviazione quando la Cassazione avesse escluso i gravi indizi di colpevolezza (C. cost. 20-24 aprile 2009, n. 121). Collega il principio agli obblighi convenzionali M. MONTAGNA, *Necessità della completezza delle indagini*, in *Principi europei del processo penale*, a cura di A. GAITO, Dike Giuridica, 2016, pp. 346 ss.



## LA CORTE EDU CONDANNA L'ITALIA PER LA DETENZIONE DI UN MINORE NON ACCOMPAGNATO IN UN CENTRO PER STRANIERI ADULTI E PER IL RITARDO DEL RIMEDIO EX ART. 700 C.P.C.

*Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sezione I, 9 aprile 2026, H.D. c. Italia*

di Gian Luigi Gatta

1. Con la sentenza *H.D. c. Italia*, che può leggersi in allegato, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per la detenzione illegittima nel C.A.R.A. di Isola di Capo Rizzuto di un migrante minore non accompagnato. I fatti risalgono al 2023, allorché un diciasettenne proveniente dal Burkina Faso, subito dopo aver raggiunto l'Italia, viene portato dalle autorità nel predetto centro per adulti, in una sezione destinata ai minori (si noti: all'epoca la detenzione di minori in centri per adulti era senz'altro vietata non essendo ancora stata consentita, seppure in casi eccezionali, dalla modifica dell'art. 19 d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 operata dal decreto-legge 5 ottobre 2023, n. 133).

A distanza di poco più di un mese dall'ingresso nel nostro Paese, il minore ottiene il rilascio di un permesso di soggiorno, legato alle sue condizioni. Nonostante ciò, la detenzione nel centro di Isola di Capo Rizzuto si protrae per cinque mesi, senza titolo legittimo, in una situazione di sovraffollamento (641 posti e 830 persone ristrette, delle quali 200 minorenni), in condizioni materiali e igieniche estremamente carenti, in assenza di adeguate strutture di accoglienza destinate a minori e di una effettiva separazione dagli ospiti adulti, testimoniata tra l'altro da molestie subite da giovani minorenni, riferite in un report del Garante Nazionale delle Persone Private della Libertà Personale. Di vera e propria detenzione si trattava, essendo impedito al minore di allontanarsi dal centro (una ex caserma con cancelli e sbarre alle finestre) e finanche di incontrarsi con i suoi avvocati. Nessuna spiegazione, scritta o orale, sulle ragioni della detenzione risulta essergli stata mai fornita.

Per rimediare alla detenzione illegittima del minore, e tutelarne la libertà personale e gli altri diritti individuali connessi alla detenzione, viene per conto dello stesso presentata un'istanza al Tribunale di Catanzaro volta a ottenere un provvedimento urgente ex art. 700 c.p.c. L'udienza veniva calendarizzata due mesi dopo, rinviata e infine svolta a quattro mesi di distanza.

Il Tribunale ha peraltro preso atto, in quell'occasione, dell'intervenuto trasferimento del minore in un centro per minori non accompagnati, ordinato nel frattempo dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo come misura cautelare, ai sensi dell'art. 39 del suo Regolamento.

2. A seguito di ricorso presentato nell'interesse del minore, la Corte EDU ha accertato tre diversi profili di violazione di diritti fondamentali.

2.1. In *primo luogo*, la violazione del diritto alla libertà personale (art. 5, co. 1, lett. f CEDU), a fronte di una detenzione priva di base legale, nei confronti di straniero con permesso di soggiorno collocato per di più in un centro per adulti, protratta per cinque mesi fino alla misura urgente della Corte EDU. Sotto il profilo delle garanzie, la condanna riguarda anche la mancata informazione sulle ragioni della privazione della libertà personale (art. 5, co. 2 CEDU) e la mancata decisione "entro un breve termine" sull'istanza ex art. 700 c.p.c. (art. 5, co. 4 CEDU), ritenuta non sanata dal tempestivo intervento della stessa Corte EDU (in soli 5 giorni).

2.2. In *secondo luogo*, ad essere stato accertato è un trattamento inumano e degradante durante il trattenimento nel centro (art. 3 CEDU). Ciò non solo per l'estrema inadeguatezza delle condizioni igieniche e materiali ma, anche e soprattutto, per le condizioni di detenzione inadatte rispetto all'età e alla vulnerabilità di un minore straniero non accompagnato: assenza di divisione tra adulti e minori, assenza di strutture e servizi educativi, ricreativi e psicologici per minori.

2.3. In *terzo luogo*, infine, la Corte di Strasburgo ha riscontrato la violazione del diritto a un ricorso effettivo davanti al giudice nazionale (art. 13 CEDU), volto a far cessare, in particolare, la violazione del diritto a non subire un trattamento inumano e degradante. La Corte EDU riconosce in via generale che nell'ordinamento italiano tale rimedio è rappresentato, in tema di detenzione amministrativa degli stranieri, dal ricorso al giudice civile volto a ottenere un provvedimento urgente ex art. 700 c.p.c. A tal proposito, i giudici di Strasburgo richiamano e salutano con favore la recente [sentenza n. 96/2025](#) con la quale la Corte costituzionale ha riconosciuto al ricorso alla tutela preventiva cautelare assicurata dall'art. 700 c.p.c. il ruolo di rimedio contro le violazioni o le limitazioni dei diritti fondamentali, subite da chi sia trattenuto presso un centro per migranti, non oggetto di puntuale disciplina legislativa (in argomento v., su *Questione Giustizia*, il [commento di P. Biavati](#)). Senonché nel caso di specie il ritardo nella trattazione del ricorso ha reso il rimedio interno ineffettivo: "*the delay in the domestic court's handling of the applicant's complaint rendered the remedy ineffective*".

\* \* \*

3. I profili di interesse della sentenza annotata sono molteplici e, al di là della sintesi che se ne è qui offerta, possono essere colti appieno dalla lettura dell'articolata motivazione. La Corte EDU ricorda che con i diritti fondamentali bisogna fare sul serio, tanto più quando si tratta di persone vulnerabili come i minori non accompagnati che arrivano nel nostro Paese dopo lunghi e spesso tragici viaggi della speranza. La condanna espone il nostro Paese ad imbarazzo, nel contesto internazionale, anche e proprio perché riguarda la violazione di diritti di un minore, detenuto senza

titolo per mesi nella struttura e nelle condizioni di cui si è detto. Vi è però, forse, un aspetto di sistema che merita di essere sottolineato e che è suggerito dalla vicenda in esame.

**3.1.** Fare sul serio con i diritti umani, ancor più in una temperie culturale in cui, a livello globale, i principi dello stato di diritto sono sottoposti a stress e tensioni, implica non solo una giurisdizione (in questo caso) sovranazionale attenta ad accertare e sanzionare le violazioni (la buona notizia è che “c’è un giudice a Berlino”, come conferma la sentenza annotata), ma anche un’organizzazione dei servizi pubblici correlati alla giurisdizione che sia efficiente e compatibile con i diritti umani stessi.

In questo senso, la sentenza annotata rappresenta anzitutto un monito per il Governonell’organizzazione e nella gestione dei centri per i migranti: tanto più dopo che nel 2023, come si è detto, è stata resa possibile, seppur in via di eccezione, la destinazione di minori in sezioni di centri per adulti. Le strutture che ospitano minori non accompagnati devono garantire standard compatibili con l’art. 3 CEDU: non solo, verso il basso, evitando condizioni di degrado purtroppo ben note e diffuse nei luoghi di detenzione, ma anche, verso l’alto, assicurando servizi e strutture a misura di minore.

**3.2.** In secondo luogo, per una effettiva tutela dei diritti e delle garanzie delle persone private della libertà personale in via amministrativa, in un quadro normativo per lo più complesso, multilivello e non di rado lacunoso, è fondamentale garantire l’effettività dei rimedi giurisdizionali.

Deve farci pensare la circostanza che l’*interim measure* ex art. 39 è stata adottata a Strasburgo in soli cinque giorni, mentre in Italia, a Catanzaro, ci sono voluti quattro mesi per celebrare un’udienza per il rimedio dell’art. 700 c.p.c., ormai inutile. Ci deve fare riflettere sulle cause di una simile assenza di “*speediness*”, con le parole dei giudici di Strasburgo.

Chi pensa che la ricerca di efficienza del sistema processuale sacrifichi le garanzie – è un luogo comune ripetuto con insistenza nell’ambito delle critiche alla c.d. riforma Cartabia – trova nella sentenza in commento una formidabile inversione dell’argomento: nel caso di specie le garanzie difensive sono state sterilizzate, nell’ordinamento interno, da un sistema inefficiente. E solo la giurisdizione sovranazionale, dando prova di efficienza, ha consentito la tutela effettiva dei diritti del minore. Ed è il caso di riflettere anche su questo, in una stagione in cui la forza e la credibilità del diritto internazionale dei diritti umani, purtroppo, vacillano.

Non eludiamo, poi, una domanda sorge spontanea: perché il rimedio ex art. 700 c.p.c. è risultato ineffettivo? Perché ci sono voluti quattro mesi per celebrare un’udienza? Non si tratta, assecondando un dibattito pubblico polarizzato, di cercare le colpe (dei magistrati? del Governo?), ma di individuare le possibili cause, per cercare poi possibili soluzioni, evitando nuove sentenze H.D.

Utili spunti di riflessione e dati interessanti sono offerti dalla relazione presentata dalla [Presidente della Corte d’Appello di Catanzaro in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2026](#). Vi si trova conferma di un problema strutturale di dimensione nazionale, legato alla carenza di organico del personale - magistrati e

amministrativi – con gravi scoperture che, in alcuni uffici, arrivano al 50%. Tanto più in una sede gravata da un numero considerevole di procedimenti complessi per reati di criminalità organizzata e in una terra di destinazione dei flussi migratori del Mediterraneo. Colmare quelle lacune di organico – rendere la giustizia più efficiente – serve allora anche e proprio, come mostra la sentenza annotata, a poter trovare un giudice anche a Catanzaro – o a Milano, a Trento o a Palermo – in grado di attivarsi tempestivamente (questo è il punto) per la difesa dei diritti, come non è stato possibile, purtroppo, in questo specifico caso (il che non toglie, naturalmente, che lo sia e lo possa essere stato in molti altri). Ecco allora, dalla condanna della Corte di Strasburgo, l'occasione per un intervento urgente e mirato volto a risolvere una situazione di grave mancanza di organico, che risulta segnalata con preoccupazione in anni recenti anche dall'Associazione Nazionale Magistrati (Giunta esecutiva sezionale del Distretto di Catanzaro), indicando possibili soluzioni (vedi allegato).

Sarebbe davvero utile, infatti, un approccio politico, culturale e metodologico ai problemi della giustizia che, attraverso interventi di amministrazione attiva, miri a risolvere i problemi organizzativi e di sistema, man mano che si manifestano, come in questo caso.

**3.3.** Vi è infine un'ultima possibile riflessione suscitata da *H.D. c. Italia* e riguarda, allargando lo sguardo, la situazione del carcere, più volte notoriamente oggetto di condanne da parte della Corte EDU. Il rimedio giurisdizionale *ex art. 35 bis* ord. penit., introdotto dopo la sentenza Torreggiani, sconta talora limiti di effettività, nella prassi, in ragione di diffuse condizioni di detenzione in contrasto con l'art. 27, co. 3 Cost. e con l'art. 3 Cedu. E' recente un'ordinanza del Tribunale di Sorveglianza di Firenze, pubblicata anche [su questa Rivista](#), con la quale è stata sollevata una questione di legittimità costituzionale volta a introdurre nel sistema come ulteriore rimedio "estremo" il rinvio facoltativo dell'esecuzione della pena quando debba svolgersi in condizioni contrarie al senso di umanità.

Anche in quel diverso caso il rimedio giurisdizionale approntato dall'ordinamento si è rivelato ineffettivo: non per ritardi dell'autorità giudiziaria, ma per l'impossibilità di rimuovere le condizioni strutturali e diffuse di incompatibilità del sistema carcerario col principio di umanità della pena. La via del ricorso alla Corte EDU, nel caso fiorentino, relativo al carcere di Solliciano, porterebbe verosimilmente a una condanna dell'Italia. Prima ancora che alle corti dei diritti spetta tuttavia al Governo (art. 110 Cost) e al Parlamento confrontarsi con un arduo e impellente problema di tutela dei diritti dei detenuti. Anche in questo caso si tratterebbe, inevitabilmente, di investire risorse del bilancio pubblico per sistemare strutture e colmare vuoti di organico (negli uffici di sorveglianza).

Il "cantiere della giustizia" – evocato ancora di recente nel *post referendum* - non va insomma pensato sempre e solo in chiave di riforme normative – dalla Costituzione in giù – ma anche e, forse, prioritariamente, in termini di opportuni investimenti e mirati interventi organizzativi sollecitati, come nel caso di Catanzaro, da pronunce che non possono e non devono essere archiviate sulle pagine delle riviste giuridiche ma devono

far riflettere e agire chi ha la responsabilità dell'amministrazione della giustizia, della sicurezza e dei servizi correlati.

Se il caso H.D. si dovesse concludere solo con l'intervenuta condanna al risarcimento dei danni nei confronti dell'allora minore, pari a 6.500 euro, sarebbe un'occasione persa, per il sistema, per i diritti e per le garanzie.



## APPELLO NEGATO AL PM, PROBLEMI ANNUNCIATI: LA RIFORMA NORDIO DAVANTI ALLA CONSULTA

*Corte Appello Milano, Sez. IV, 8 aprile 2026, Pres. Tutinelli, Giud. Cannavale, Rel. Marchiondelli*

di Mitja Gialuz

1. Nel commentare la l. n. 114 del 2024 avevamo pronosticato che la previsione dell'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento sarebbe stata portata davanti alla Corte costituzionale (sia consentito rinviare a M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogeneità dei fini*, in questa *Rivista*, 22 luglio 2024). A ben vedere, non erano necessarie particolari doti divinatorie: il nuovo art. 593, comma 2, c.p.p., che esclude l'appellabilità del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento per i reati di cui all'art. 550, commi 1 e 2 c.p.p., si presenta infatti come una disposizione non solo approssimativa nella formulazione, ma, soprattutto, difficilmente compatibile con i parametri costituzionali.

Per rendersene conto è sufficiente considerare come il legislatore del 2024 abbia ritenuto di ignorare – con una certa disinvoltura – le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale, che già quindici anni fa aveva dichiarato illegittima la riforma Pecorella. Quest'ultima, pur configurandosi come intervento organico di sistema, era stata censurata per violazione dei principi di ragionevolezza e di parità delle parti. Le medesime criticità si ripropongono oggi nella manovra in esame; con l'aggravante che, trattandosi di un intervento frammentario, esse appaiono persino amplificate.

Stupisce piuttosto che ci siano voluti quasi due anni dall'entrata in vigore della prima (e, ad oggi, unica) riforma processuale del guardasigilli Nordio perché un pubblico ministero, nella specie presso il Tribunale di Busto Arsizio, si determinasse a proporre un appello consapevolmente inammissibile, al solo fine di mettere in discussione una disposizione che già in origine mostrava più di una crepa.

In questo contesto, risulta apprezzabile l'iniziativa della Corte d'appello di Milano, che ha opportunamente sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 593, comma 2, c.p.p., in relazione agli artt. 3, 24, 111 e 112 Cost., dando finalmente ingresso a un vaglio del Giudice delle leggi che la norma, per come congegnata, difficilmente poteva evitare.

2. L'ordinanza appare sorretta da una motivazione solida e condivisibile.

Anzitutto, viene prospettata la violazione del canone di uguaglianza. Sulla base dell'art. 593, comma 2, c.p.p. il pubblico ministero non può appellare contro i proscioglimenti, mentre la parte civile mantiene tale potere. Questo crea una

irragionevole disparità del pubblico ministero rispetto alla parte civile, che invece può appellare le sentenze di proscioglimento (seppur solo per aspetti civili).

In secondo luogo, l'art. 3 Cost. viene chiamato in causa con riguardo al canone di ragionevolezza. Richiamando la sentenza costituzionale n. 26 del 2007, che aveva dichiarato illegittima la cd. riforma Pecorella, il giudice *a quo* rileva l'intrinseca e palese contraddittorietà di una disciplina che vieta al pubblico ministero di appellare le sentenze di proscioglimento, in relazione alle quali è totalmente soccombente, mentre gli consente di appellare avverso quelle che escludano talune circostanze aggravanti ovvero irroghino una pena inferiore a quella richiesta, implicanti una soccombenza soltanto parziale. La norma appare viziata da palese irragionevolezza intrinseca.

Per di più, il canone di uguaglianza appare violato anche prendendo in considerazione la disciplina della sentenza di non luogo a procedere, pronunciata all'esito dell'udienza predibattimentale. Il legislatore del 2024 si è completamente dimenticato che la riforma Cartabia ha introdotto un filtro predibattimentale che può concludersi con una sentenza liberatoria appellabile dall'accusa nei limiti dell'art. 554-*quater* c.p.p. Così il pubblico ministero potrà continuare ad appellare la sentenza liberatoria pronunciata all'esito del filtro predibattimentale, mentre sarà inerme dinnanzi a quella adottata all'esito del dibattimento. Si fatica davvero a comprenderne le ragioni.

In terzo luogo, viene giustamente invocato il canone di tendenziale parità delle parti, scolpito nell'art. 111, comma 2, Cost.: «la disposizione denunciata non permetterebbe all'accusa di far valere le sue ragioni con modalità e poteri simmetrici a quelli di cui dispone la difesa». È ben vero che il principio di parità tra accusa e difesa non comporta necessariamente l'identità tra i poteri processuali del pubblico ministero e quelli dell'imputato, ma le disparità devono essere compatibili con il canone di parità, soltanto a condizione che trovino «un'adeguata *ratio* giustificatrice nel ruolo istituzionale del pubblico ministero, ovvero in esigenze di funzionale e corretta esplicazione della giustizia penale, anche in vista del completo sviluppo di finalità esse pure costituzionalmente rilevanti, e che risultino comunque contenute entro i limiti della ragionevolezza» (Corte cost. sentenza 24 gennaio 2007, n. 26).

Al fondo dell'art. 593 c.p.p. non è dato scorgere questa *ratio*. Se può essere giustificata una limitazione dell'appellabilità delle sentenze emesse in esito all'abbreviato, alla luce dell'obiettivo di una rapida definizione del processo, non altrettanto può dirsi nel caso in questione: secondo la Corte d'appello, «la limitazione dei poteri di impugnazione del pubblico ministero, sancita in rapporto al giudizio ordinario, si presenta come del tutto unilaterale, priva cioè di qualsivoglia contropartita in particolari modalità di svolgimento del processo: invero, a differenza dell'ipotesi già esaminata in relazione al rito abbreviato (...), la limitazione oggi in esame è sancita in rapporto al giudizio ordinario, nel quale l'accertamento è compiuto nel contraddittorio tra le parti».

Né vale l'argomento – su cui il riformatore si è appigliato per suffragare un *distinguishing* rispetto al passato – che la limitazione introdotta dal d.d.l. Nordio non sia generalizzata, ma si applichi solo a «reati di contenuta gravità, che (...) sono stati individuati attraverso il riferimento al catalogo dei reati per i quali l'art. 550 c.p.p.

prevede la citazione diretta a giudizio: ciò che, trattandosi di fattispecie già considerate dalla legge anche di più agevole accertamento processuale, rafforza ulteriormente i profili di coerenza sistematica, e più in generale di ragionevolezza, della novella» (*Relazione* al d.d.l. S 808, cit., p. 9). La Corte d'appello riconosce che è davvero arduo sostenere che, soprattutto i reati richiamati dal secondo comma dell'art. 550 c.p.p., siano di contenuta gravità: dopo l'estensione del catalogo – operata dal d.lgs. n. 150 del 2022 – vi sono ricompresi la falsa testimonianza, l'intralcio alla giustizia, l'evasione aggravata, le lesioni personali stradali gravi o gravissime, la truffa aggravata e le frodi assicurative, il furto di cui all'art. 624 bis c.p., che è addirittura ostativo alla sospensione dell'ordine di esecuzione, ai sensi dell'art. 656, comma 9 lett. a) c.p.p.

Per di più, risulta dubbia la coerenza sistematica del richiamo all'ambito di applicazione della citazione diretta a giudizio, posto che la riforma Cartabia ha ridotto significativamente la differenza del rito monocratico a citazione diretta rispetto a quello ordinario, introducendo un'udienza predibattimentale nella quale si applica la stessa regola di giudizio prevista per l'udienza preliminare. Né a ritenere ragionevole la discriminazione tra le parti si può far valere la giurisprudenza costituzionale maturata con riguardo all'art. 36 d.lgs. n. 274/2000. È ben vero che il giudice delle leggi ha a più riprese escluso l'illegittimità di tale previsione nella parte in cui esclude la legittimazione del pubblico ministero ad appellare le sentenze di proscioglimento pronunciate dal giudice di pace. Ma si sono valorizzati due profili che non sono in alcun modo estensibili al procedimento a citazione diretta a giudizio.

Per un verso, la Corte ha valorizzato la limitata applicabilità a «un circoscritto gruppo di figure criminose di minore gravità e di ridotto allarme sociale: figure espressive, in buona parte, di conflitti a carattere interpersonale e per le quali è comunque esclusa l'applicabilità di pene detentive»; per altro verso, ha anche precisato che la limitazione all'appello del p.m. si innestava su «un modulo processuale (il procedimento davanti al giudice di pace), che – come reiteratamente rilevato da questa Corte e come lo stesso giudice *a quo* riconosce – presenta caratteristiche assolutamente peculiari. Esso risulta improntato a finalità di snellezza, semplificazione e rapidità, che lo rendono non comparabile con il procedimento davanti al tribunale, e comunque tali da giustificare sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario» (testualmente, Corte cost., 25 luglio 2008, n. 298). Argomenti palesemente non estensibili oggi al processo a citazione diretta davanti al tribunale in composizione monocratica, che, sotto il profilo della progressione, non si discosta ormai in modo sostanziale da quello ordinario. La sequenza processuale per i reati a citazione diretta a giudizio (esercizio dell'azione penale-udienza di comparizione predibattimentale-dibattimento) risulta infatti omogenea a quella prevista per i reati per i quali permane l'obbligo di celebrazione dell'udienza preliminare (esercizio dell'azione penale-udienza preliminare-dibattimento); vi è invece un'irragionevole differenziazione nella fase delle impugnazioni.

Infine, la Corte d'appello evoca anche il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, che non appare rilevante. È dalla celebre sentenza n. 280 del 1995, che la Corte costituzionale ha abbandonato la tesi secondo cui sarebbe rinvenibile un nesso stringente tra l'obbligo, costituzionalmente sancito, di esercitare l'azione penale e la

potestà d'impugnare del pubblico ministero. Insomma, è costante nell'escludere che «il potere di impugnazione del pubblico ministero» costituisca «una estrinsecazione necessaria dei poteri inerenti all'esercizio dell'azione penale» (Corte cost., 26 febbraio 2020, n. 34; Corte cost., 6 febbraio 2007, n. 26; Corte cost., ord. 9 maggio 2003, n. 165; Corte cost., ord. 16 luglio 2002, n. 347, Corte cost., ord. 21 dicembre 2001, n. 421).

\*\*\*

3. Alla luce dei molteplici argomenti richiamati, sembra plausibile attendersi una declaratoria di illegittimità della norma. È pur vero che, negli ultimi tempi, la Corte costituzionale sembra aver manifestato un certo proposito di *self restraint* in materia processuale. Nella sentenza n. 128 del 2025 (relatore Luciani), il Giudice delle leggi ha infatti precisato di aver sovente ribadito che «in tema di disciplina del processo e di conformazione degli istituti processuali il legislatore dispone di un'ampia discrezionalità, con il solo limite della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute (*ex plurimis*: sentenze n. 17 del 2011; n. 229 e n. 50 del 2010; n. 221 del 2008; ordinanze n. 43 del 2010, n. 134 del 2009, n. 67 del 2007)».

Pur inserita in un *obiter dictum*, tale puntualizzazione sembra tradurre l'intento di innalzare sensibilmente la soglia degli interventi fondati sull'art. 3 Cost. Nondimeno, proprio il caso dell'inappellabilità pare collocarsi ben oltre tale soglia: tanto da rendere difficile, anche alla luce di questo rinnovato autocontrollo, giustificare la tenuta costituzionale.

**TRATTENIMENTO DEL RICHIEDENTE PROTEZIONE  
INTERNAZIONALE IN CPR: LA CASSAZIONE VALORIZZA IL  
SINDACATO DEL GIUDICE DEL TRATTENIMENTO A GARANZIA  
DELL'EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA DELLA LIBERTÀ PERSONALE**

*Cass., Sez. I pen., sent. 27 febbraio 2026 (dep. 3 marzo 2026), n. 8261, Pres. De Marzo,  
rel. Natalini*

di Cecilia Pasini

1. La sentenza in commento ha fornito alla Corte di cassazione l'occasione di pronunciarsi per la prima volta sui limiti del sindacato del giudice in punto di legittimità del trattenimento del richiedente protezione internazionale destinatario di un decreto ministeriale di espulsione per motivi di sicurezza nazionale. La decisione riguarda la vicenda di Shahin Mohamed Mahmoud Ebrahim, imam di una moschea di Torino, il quale veniva raggiunto in data 24 novembre 2025 da un provvedimento di espulsione adottato dal Ministro dell'Interno. Il soggetto, di origine egiziana e in Italia da più di vent'anni, era titolare di permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo (ex art. 9 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, TU Immigrazione, di seguito TUI), che gli veniva revocato con provvedimento del Questore di Torino contestualmente all'emissione del decreto di espulsione. Tale decisione arrivava a seguito di alcune dichiarazioni rese dallo Shahin in occasione di una manifestazione a sostegno del popolo palestinese, svoltasi a Torino il 9 ottobre 2025. Il discorso tenuto in pubblico dallo Shahin aveva successivamente dato luogo – oltre che all'apertura di un procedimento penale – a un'interrogazione parlamentare promossa dall'onorevole Montaruli alla Camera dei deputati, nell'ambito della quale le dichiarazioni venivano così riportate: «Io personalmente sono d'accordo con quello che è successo il 7 ottobre. Noi non siamo qui per essere quella violenza, ma quello che è successo il 7 ottobre 2023 non è una violazione, non è una violenza. [...] Hamas è un movimento di resistenza legittima»<sup>1</sup>. Poco tempo dopo, il Ministro dell'Interno Piantedosi si determinava ad adottare un provvedimento di espulsione per motivi di ordine pubblico e sicurezza dello Stato ai sensi dell'art. 13, c. 1 TUI<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Interrogazione a risposta scritta 4-06215 del 27 ottobre 2025.

<sup>2</sup> Art. 13, c. 1 TUI: «1. Per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato, dandone preventiva notizia al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Ministro degli affari esteri». Tale tipologia di espulsione – rientrando nella categoria delle espulsioni amministrative, al pari dell'espulsione di cui al comma 2 che è disposta dal Prefetto – costituisce atto di alta discrezionalità amministrativa. Da lungo tempo è oggetto di attenzione da parte della dottrina per i suoi confini particolarmente elastici, poiché imperniata sui concetti – indeterminati – di "ordine pubblico" e "sicurezza dello Stato", che lasciano un ampio margine di discrezionalità alla massima autorità di pubblica sicurezza in punto di bilanciamento delle esigenze di tutela della sicurezza dello Stato

Il provvedimento ministeriale, nell'affermare come lo Shahin costituisse «una minaccia concreta, attuale e sufficientemente grave alla sicurezza dello Stato», richiamava il suo ruolo quale asserito artefice di un percorso di radicalizzazione religiosa connotata da una visione antisemita, confermato dai suoi contatti con alcuni soggetti condannati per reati in materia di terrorismo e coinvolti in percorsi di radicalizzazione. Inoltre, venivano riportati due procedimenti penali pendenti nei confronti del soggetto (il primo avente ad oggetto le dichiarazioni del 9 ottobre e il secondo relativo alla partecipazione a una manifestazione nel maggio 2025 in relazione alla quale veniva contestato il reato di blocco stradale); oltre che la decisione di rigetto della domanda di concessione della cittadinanza italiana (intervenuta due anni prima) poiché erano emersi elementi che «non consentivano di escludere possibili pericoli per la sicurezza dello Stato»<sup>3</sup>. Contestualmente al provvedimento di espulsione, veniva disposta la revoca del permesso di soggiorno per soggiornanti di lungo periodo di cui lo Shahin era titolare<sup>4</sup>.

In sede di udienza di convalida del decreto di accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica<sup>5</sup> dinnanzi al Giudice di pace, lo Shahin formalizzava istanza di protezione internazionale; pertanto, non essendo più possibile procedere con l'espulsione immediata, il Questore di Torino disponeva il trattenimento del richiedente presso il CPR di Caltanissetta ai sensi dell'art. 6, c. 2 d.lgs. n. 142/2015, successivamente convalidato dalla Corte d'appello di Torino in data 28 novembre.

2. In accoglimento dell'istanza di riesame<sup>6</sup> – presentata della difesa di Shahin ai sensi dell'art. 9, c. 5 direttiva 2013/33/UE<sup>7</sup> – la Corte d'appello disponeva la cessazione del

---

con i diritti del cittadino straniero, cfr. in questo senso, tra gli altri, N. GULLO, *Prevenzione terrorismo, tutela dell'ordine pubblico e diritti fondamentali degli stranieri: riflessioni sull'espulsione degli stranieri prevista dall'art. 3 d.l. n. 144 del 2005*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, 2/2017, p. 466.

<sup>3</sup> Cfr. par. 9.3.1. del “considerato in diritto” della sentenza in commento, che riporta testualmente il contenuto dell'atto citato.

<sup>4</sup> La revoca di tale titolo di soggiorno è prevista, nei casi di espulsione disposta dal Ministro dell'Interno per motivi di ordine pubblico o la sicurezza dello stato, dall'art. 9, commi 7 e 10 TUI.

<sup>5</sup> Per le espulsioni disposte dal Ministro, è sempre previsto il c.d. accompagnamento coattivo alla frontiera ai sensi dell'art. 13, c. 4 TUI.

<sup>6</sup> Per completezza, si sottolinea che la Corte d'Appello di Torino si è pronunciata una prima volta in sede di riesame – in data 15 dicembre 2025 – disponendo la cessazione del trattenimento di Shahin presso il CPR; tuttavia, la Corte di cassazione annullava con rinvio la decisione, ravvisando una violazione del diritto al contraddittorio poiché la Corte territoriale aveva preso in considerazione una nota difensiva prodotta *in limine* della decisione e non messa a disposizione della controparte; sospendendo altresì l'efficacia del trattenimento fino all'esito del giudizio di rinvio. Il giudizio di rinvio si svolgeva dunque innanzi alla sezione specializzata in materia di immigrazione e protezione internazionale della Corte d'appello di Torino e si concludeva con una nuova ordinanza, datata 21 gennaio 2021, in cui si disponeva nuovamente la cessazione del trattenimento, ed è sul ricorso avverso tale provvedimento che la Corte di cassazione si è espressa con la sentenza in commento.

<sup>7</sup> Pur in mancanza di una norma *ad hoc* nell'ordinamento interno, per effetto dell'applicazione diretta del diritto dell'Ue – in conformità agli artt. 15, paragrafi 2 e 3, della direttiva 2008/115/CE e 9, paragrafi 3 e 5,

trattenimento del soggetto, poiché, in considerazione delle nuove produzioni delle parti, escludeva la presenza di «concreti elementi per ritenere sussistente la situazione di pericolosità esposta nel provvedimento di trattenimento del Questore e quindi l'adeguatezza del trattenimento»<sup>8</sup>. Infatti, con riferimento ai procedimenti penali a carico dello Shahin (il quale risulta allo stato incensurato), si dava atto dell'intervenuta archiviazione del procedimento aperto a seguito delle dichiarazioni del 9 ottobre, poiché l'autorità giudiziaria ha ritenuto che costituissero espressione del diritto di manifestazione del pensiero, dovendosi riconsiderare la valenza di tale discorso nel suo complesso. Infatti, a parere della Corte d'appello il discorso, «considerato nella sua interezza, non appare un incitamento alla violenza né una reale manifestazione di adesione ad Hamas per i gravi fatti del 7 ottobre 2023, che sono stati contestualizzati ripercorrendo la storia dei vari conflitti in cui sono stati coinvolti i palestinesi»<sup>9</sup>. Quanto invece ai rapporti con i soggetti condannati per reati in materia di terrorismo, si valorizzava la scarsa importanza di tali contatti, in quanto episodici (si parla infatti di due soli contatti con due soggetti, di cui uno deceduto) e risalenti nel tempo, non potendo dunque gli stessi fondare una valutazione di pericolosità in capo allo Shahin. Infine, la Corte d'appello valorizzava la documentazione prodotta dalla difesa che attestava le numerose attività e iniziative di cui si era reso promotore lo Shahin durante il suo lungo periodo di residenza nella città di Torino, tra cui la divulgazione in arabo della Costituzione italiana presso la comunità islamica, la collaborazione con l'Università a vari progetti e le attività svolte all'interno del carcere minorile. Dall'esame complessivo, «risulta una personalità non violenta, la positiva considerazione del mondo civile ottenuta attraverso gli anni trascorsi in Italia nel rispetto delle regole e della civile convivenza, l'attivazione per il dialogo e l'integrazione»<sup>10</sup>, potendosi ciò desumere altresì dalle dichiarazioni rilasciate da varie personalità, tra cui anche numerosi esponenti di altre religioni, con cui lo Shahin si è sempre confrontato.

Pertanto, la Corte d'appello riteneva sussistenti nuovi elementi tali da giustificare l'accoglimento dell'istanza di riesame con conseguente declaratoria di inefficacia del provvedimento di trattenimento emesso dal Questore di Torino, poiché non si ravvisavano nel caso concreto i requisiti di necessità e adeguatezza del trattenimento (in

---

della direttiva 2013/33/UE e alla giurisprudenza della Corte di giustizia Ue fin dalla sentenza El Dridi del 2011 – è sempre ammessa la domanda di riesame del trattenimento dello straniero; cfr. da ultimo Corte cost., sent. 10 aprile 2025, n. 39.

Con la decisione in esame la Corte di cassazione, rifacendosi a questo consolidato orientamento, riconduceva tale mezzo di gravame all'ambito applicativo dell'art. 14, c. 6 TUI, con conseguente applicazione della disciplina prevista da tale disposizione in tema di ricorribilità per cassazione delle decisioni, cfr. il principio di diritto espresso nel par. 1.2. del "considerato in diritto" della sentenza in commento.

<sup>8</sup> Cass. par. 4.2. del "considerato in fatto" della sentenza in commento, che riporta testualmente la decisione della Corte d'appello.

<sup>9</sup> Cfr. par. 9.3.5. del "considerato in diritto" della sentenza in commento, che riporta testualmente la decisione della Corte d'appello.

<sup>10</sup> Cass. par. 4.1. del "considerato in fatto" della sentenza in commento, che riporta testualmente la decisione della Corte d'appello.

considerazione dell'asserita pericolosità del soggetto), presupposti di legittimità della misura restrittiva della libertà personale.

Avverso tale ordinanza, il Ministero dell'Interno e la Questura di Torino proponevano ricorso per cassazione, articolando due motivi. Con il primo lamentavano violazione di legge poiché la Corte d'appello, in sede di convalida e di riesame del trattenimento, non si limitava alla valutazione in ordine alla corretta applicazione della misura, ma si spingeva a verificare la sussistenza dei presupposti posti alla base del provvedimento di espulsione – segnatamente la pericolosità del soggetto in relazione alla sicurezza nazionale – entrando nel merito di una valutazione propria del Ministro dell'Interno, sindacabile solo dal giudice amministrativo. Con il secondo motivo si deduceva eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento ed abnormità del provvedimento, poiché per le medesime ragioni esposte nel primo motivo la Corte d'appello avrebbe sconfinato nell'ambito riservato alla giurisdizione amministrativa<sup>11</sup>.

3. La Corte di cassazione con la decisione in commento rigettava il ricorso, ritenendo entrambi i motivi infondati.

Preliminarmente, la Corte ritiene utile sgombrare il campo da possibili equivoci sui confini della questione di cui ci si occupa. Infatti, il provvedimento impugnato non si pronuncia sulla legittimità del decreto di espulsione ministeriale (già devoluto alla conoscenza del giudice amministrativo con apposita impugnazione), ma attiene alla distinta questione della legittimità del trattenimento presso il CPR del soggetto destinatario dell'espulsione. Il provvedimento di espulsione è atto di alta amministrazione con il quale la massima autorità di pubblica sicurezza ha deciso in ordine alla tutela dell'interesse statale della sicurezza dello Stato, cui corrisponde una posizione di interesse legittimo in capo allo straniero; viceversa, il provvedimento di trattenimento incide indubbiamente su un diritto soggettivo, la libertà personale, tutelato quale diritto fondamentale di qualsiasi individuo. Pertanto, è il giudice ordinario il garante dell'effettività della tutela del diritto alla libertà personale, dovendo, un diritto di tale rilevanza, essere assistito da tutte le garanzie previste a livello costituzionale e sovranazionale. E tale giudizio di legittimità dovrà svolgersi in considerazione del meccanismo della c.d. tutela multilivello, affinché il diritto nazionale, quello convenzionale e quello unionale si integrino reciprocamente al fine di assicurare la massima espansione delle garanzie.

---

<sup>11</sup> Al momento della decisione della Corte di cassazione, il ricorso avverso il provvedimento ministeriale di espulsione risultava ancora pendente; tuttavia, il TAR del Lazio, pur se con una valutazione sommaria propria della fase cautelare, si era già espresso rigettando l'istanza di sospensione degli effetti del decreto espulsivo, cfr. TAR Lazio, sez. 1-ter, 23 dicembre 2025, ord. n. 7338.

La Corte costituzionale ha da tempo ricondotto il trattenimento dello straniero presso il CPR alle misure privative della libertà personale<sup>12</sup>, non residuando dunque nessun dubbio sulla necessità che il provvedimento restrittivo sia convalidato dall'autorità giudiziaria entro i termini previsti dall'art. 13 Cost.<sup>13</sup>.

Anche la Corte di giustizia Ue afferma come ogni forma di trattenimento amministrativo, sostanziandosi in una forma di privazione della libertà di circolazione, costituisca un'ingerenza grave nel diritto alla libertà tutelato dall'art. 6 Carta di Nizza, con la conseguenza che può essere disposto solo nel rispetto delle norme che ne fissano i presupposti, e che la legittimità della misura deve essere oggetto di un attento vaglio da parte dell'autorità giudiziaria, con particolare riferimento alla necessità e proporzionalità della stessa<sup>14</sup>.

Infine, anche a livello convenzionale sono sanciti i medesimi principi generali. Infatti la Corte EDU ha più volte ribadito come il trattenimento sia da considerarsi legittimo ai sensi dell'art. 5 CEDU – che richiede che ogni privazione della libertà personale trovi base legale nel diritto interno e sia soggetta a controllo giurisdizionale –

---

<sup>12</sup> Cfr. Corte cost., sent. 10 aprile 2001, n. 105, par. 4 del "considerato in diritto".

<sup>13</sup> Come è noto, la Corte costituzionale è intervenuta recentemente con riferimento al rispetto della riserva assoluta di legge, accertando un *vulnus* della normativa con riferimento alla disciplina dei "modi" del trattenimento, pur non dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 14, c. 2 TUI (Corte cost., sent. 3 luglio 2025, n. 96); cfr. per un commento, C. TACCONI, *La detenzione amministrativa nei Centri per il rimpatrio (CPR): un'illegittima privazione della libertà personale*, in *Sist. pen.*, 20 agosto 2025; A. NATALE, *I CPR e la Costituzione. Il rischio di una impasse. Il rischio di zone franche*, in *Quest. giust.*, 7 luglio 2025; A. RUGGERI, *Ragionando attorno al "seguito" da dare a Corte cost. n. 96 del 2025 per le persone trattenute nei CPR*, in *Giustizia insieme*, 8 luglio 2025; F. PALLANTE, *L'incerta tutela della legalità costituzionale nel caso degli stranieri irregolari*, in *Quest. giust.*, 25 luglio 2025; G. SAVIO, *Incostituzionalità accertata e non dichiarata: che fare? Note a margine della sentenza n. 96/2025 della Corte costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 3/2025, pp. 1 ss. Pur non essendo oggetto della questione rimessa alla Corte, la dottrina da tempo esprime dubbi altresì con riferimento al rispetto della riserva di giurisdizione prevista dall'art. 13 Cost. con riferimento alle attribuzioni del Giudice di pace (cui compete in via generale la convalida dei provvedimenti di trattenimento, salvo le eccezioni previste, come nel caso di specie, per il trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, di cui conosce la Corte d'appello) quale giudice dell'*habeas corpus*; cfr. in questo senso A. CAPUTO, *Profili processual-penalistici del "diritto speciale" dell'immigrazione*, in *Foro it.*, num. spec. n. 3/2021.

Non essendo questa la sede per approfondire i non pochi dubbi che suscita la normativa interna con riferimento al rispetto delle garanzie previste dall'art. 13 Cost., ci si limita a rinviare ad A. DI MARTINO, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt.*, 1/2014, pp. 17 ss.; A. DELLA BELLA, *Trattenimento*, in C. PIERGALLINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè, 2022, pp. 1951 ss.; L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR. Spunti di riflessione alla luce della recente sentenza della Corte costituzionale sulle REMS*, in *Quest. giust.*, 10 maggio 2022; id., *Stranieri irregolari e misure detentive. Le forme mutevoli di una libertà minore*, in R. BARTOLI, I. F. BENÍTEZ ORTÚZAR (a cura di), *Derecho Penal y garantías constitucionales – Diritto Penale e garanzie costituzionali*, Dykinos, 2025, pp. 17 ss.

<sup>14</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue, Grande sezione, sent. 8 novembre 2022, cause riunite C-704/20 e C-39/21, par. 72 ss.

solo qualora altre misure meno severe non si rivelino adeguate e sufficienti per salvaguardare gli interessi in gioco nel caso di specie<sup>15</sup>.

4. Se quanto ricostruito sino a questo momento rileva in relazione all'istituto del trattenimento amministrativo dello straniero nel suo complesso, occorre qui soffermarsi sulla specifica ipotesi del trattenimento del richiedente protezione internazionale<sup>16</sup>, poiché lo Shahin, dopo essere stato attinto dal provvedimento di espulsione, in sede di udienza di convalida del decreto di accompagnamento immediato alla frontiera, manifestava la volontà di richiedere protezione internazionale.

Il trattenimento del richiedente protezione internazionale richiede infatti particolare attenzione, dato che colpisce un individuo che sta esercitando un diritto fondamentale tutelato a livello costituzionale e sovranazionale. L'art. 8, par. 2 direttiva 2013/33/UE (c.d. direttiva accoglienza) stabilisce che «Ove necessario e sulla base di una valutazione caso per caso, gli Stati membri possono trattenere il richiedente, salvo se non siano applicabili efficacemente misure alternative meno coercitive». Pertanto, le ipotesi di trattenimento del richiedente, da considerarsi eccezionali e dunque da interpretare in modo restrittivo, devono essere giustificate alla luce dei criteri di necessità e proporzionalità, che impongono il ricorso al trattenimento del richiedente solo qualora tutte le altre misure meno afflittive siano state valutate e ritenute non idonee nel caso concreto<sup>17</sup>.

A livello interno, l'istituto del trattenimento del richiedente protezione internazionale è disciplinato dall'art. 6 d.lgs. 142/2015 – in attuazione della disciplina unionale appena richiamata<sup>18</sup> – che si apre con la regola generale secondo cui «il richiedente non può essere trattenuto al solo fine di esaminare la sua domanda», cui segue l'elencazione delle situazioni – eccezionali – che possono giustificare il trattenimento, secondo una valutazione che deve essere svolta necessariamente «caso per caso».

<sup>15</sup> Cfr., tra le altre, Corte eur. dir. uomo, sent. 6 ottobre 2016, *Richmond Yaw e altri c. Italia*, par. 7.1.

<sup>16</sup> Per una ricostruzione delle criticità che pone l'istituto del trattenimento del richiedente protezione internazionale cfr. A. DEL GUERCIO, *La detenzione amministrativa dei richiedenti asilo nel diritto dell'UE e in quello italiano*, in G. CATALDI, A. DEL GUERCIO, A. LIGUORI (a cura di), *Il diritto di asilo in Europa*, L'Orientale University Press, 2014, pp. 59 ss.; C. SICCARDI, *I diritti costituzionali dei migranti in viaggio. Sulle rotte del Mediterraneo*, Editoriale scientifica, 2021, pp. 250 ss.; E. CELORIA, *La detenzione del richiedente asilo tra diritto simbolico e tutele effettive*, in *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, settembre 2023; F. BIONDI DAL MONTE, *L'accoglienza dei richiedenti asilo nella direttiva (UE) 2024/1346. Profili di continuità, qualche luce e persistenti ombre*, in *Dir. imm. citt.*, 2/2025, pp. 21 ss.; A. DELLA BELLA, *Paesi sicuri e oltre: problemi dell'esternalizzazione della detenzione amministrativa (e penale?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2025, pp. 248 ss.;

<sup>17</sup> Cfr. Corte di giustizia Ue, sent. 15 febbraio 2016, C-601/15 PPU, par. 61 ss.; Corte di giustizia Ue, sent. 14 settembre 2017, C-18/16, par. 44; Corte di giustizia Ue, sent. 25 giugno 2020, C-36/20 PPU, par. 102.

<sup>18</sup> Nello specifico, gli artt. 8 ss. della direttiva 2013/33/UE (cd. "direttiva accoglienza") e l'art. 26 della direttiva 2013/32/UE (cd. "direttiva procedure").

5. Soffermandoci sull'ipotesi rilevante nel caso di specie, il trattenimento è stato disposto ai sensi dell'art. 6, c. 2, lett b), prima ipotesi d.lgs. n. 142/2015<sup>19</sup>, ossia poiché lo Shahin si trovava in una delle condizioni di cui all'art. 13, c. 1 TUI, circostanza che aveva infatti portato il Ministro dell'Interno a disporre l'espulsione del soggetto ai sensi della norma richiamata. Infatti, il decreto di trattenimento emesso dal Questore di Torino sottolineava come lo Shahin fosse «emerso all'attenzione sotto il profilo della sicurezza dello Stato per aver intrapreso un percorso di radicalizzazione religiosa connotata da una spiccata ideologia antisemita e poiché risulta in contatto con soggetti noti per la loro visione fondamentalista e violenta dell'Islam»<sup>20</sup>. Limitandosi dunque a richiamare i contenuti del decreto di espulsione adottato dal Ministro dell'Interno, da cui poteva desumersi la pericolosità sociale del soggetto, il Questore disponeva il trattenimento dello stesso. Successivamente, la Corte d'appello in sede di riesame, valutando i nuovi documenti prodotti dalla difesa, disponeva la cessazione del trattenimento dello Shahin ritenendo non sussistenti i presupposti di legittimità della misura. Tale valutazione, secondo la ricostruzione dei ricorrenti, avrebbe configurato una illegittima ingerenza nelle attribuzioni ministeriali, poiché in tali ipotesi, a seguito di decreto di espulsione ai sensi dell'art. 13, c. 1 TUI, al Questore non rimarrebbe altra opzione che disporre il trattenimento e il giudice ordinario, nel convalidare la misura, dovrebbe limitarsi alla sola verifica formale della sussistenza del decreto di espulsione e dell'idoneità sanitaria al trattenimento.

6. Con la sentenza in commento, la Corte – constatando l'assenza di precedenti decisioni riguardanti l'applicazione della norma in esame – si sofferma sulla interpretazione da attribuire alle disposizioni al fine di ricostruire i confini entro i quali deve muoversi il Questore (e poi il giudice) in sede di decisione sul trattenimento del richiedente.

6.1. È prevista un'ulteriore ipotesi in cui è possibile trattenere il richiedente protezione internazionale, disciplinata all'art. 6, c. 2, lett c), riguardante il soggetto che «costituisc[a] un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica», in relazione alla quale è certamente rimessa al giudice una valutazione sulla sussistenza di indici di pericolosità per l'ordine o la sicurezza pubblica in capo al soggetto destinatario del provvedimento di trattenimento<sup>21</sup>. Pertanto, alla luce di un'interpretazione sistematica, potrebbe

---

<sup>19</sup> Art. 6, c. 2 d.lgs. n. 142/2015: «2. Il richiedente è trattenuto, ove possibile in appositi spazi, nei centri di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, nei limiti dei posti disponibili, sulla base di una valutazione caso per caso, quando: [...]

b) si trova nelle condizioni di cui all'articolo 13, commi 1 e 2, lettera c), del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e nei casi di cui all'articolo 3, comma 1, del decreto-legge 27 luglio 2005, n. 144, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 luglio 2005, n. 155;».

<sup>20</sup> Cfr. par. 3.1. del "considerato in diritto" della sentenza in commento, che richiama testualmente il decreto di trattenimento emesso dal Questore di Torino il 24 novembre 2025.

<sup>21</sup> La Corte, pur consapevole delle differenze tra le due ipotesi, richiama i principali arresti giurisprudenziali

ricavarsene a contrario che nei casi di cui alla lett. b) non sia concesso al giudice alcun margine di apprezzamento dei motivi posti a fondamento del decreto di espulsione (sulla base del quale viene adottato il provvedimento di trattenimento).

Tuttavia, alla luce di un'attenta analisi del dato testuale, rileva la Corte che «trovarsi nelle condizioni di cui all'art. 13» è espressione diversa e più ampia rispetto al riferimento ai soli soggetti già destinatari di un'espulsione ai sensi dell'art. 13, c. 1 TUI: solo ipotizzando quest'ultima formulazione della norma, potrebbe condividersi la tesi secondo cui il Questore nel disporre il trattenimento e il giudice nel convalidarlo sarebbero tenuti valutare la sola sussistenza del decreto di espulsione ministeriale; per contro, la differente formulazione della disposizione allude a una autonoma verifica sulla ricorrenza delle situazioni sottese all'art. 13, c. 1 TUI, demandata prima al Questore e poi al giudice in sede di convalida, proroga o riesame del trattenimento. Se può immaginarsi che il Questore, gerarchicamente sottoposto al Ministro dell'Interno, farà proprie le valutazioni del Ministro in punto di pericolosità per la sicurezza nazionale del soggetto, lo stesso non può dirsi per l'autorità giudiziaria, il cui ruolo verrebbe altrimenti circoscritto a una mera «funzione notarile», in violazione della riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost.

Pertanto, la Corte rileva come, a piena tutela del fondamentale diritto alla libertà personale, il giudice del trattenimento sia chiamato a verificare autonomamente la sussistenza delle condizioni di pericolosità per la sicurezza nazionale in capo al soggetto, senza che ciò consista in uno sconfinamento in un ambito riservato all'autorità amministrativa o al giudice amministrativo, cui spetterà invece il sindacato, per soli motivi di legittimità, sul provvedimento di espulsione.

6.2. In aggiunta al criterio letterale, a far propendere per un pieno controllo giurisdizionale è altresì un'interpretazione sistematica delle disposizioni in esame alla luce del diritto unionale.

Come ricordato, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia Ue, gli artt. 8, par 2 e 3 e 9, par 2 e della c.d. "direttiva accoglienza" (di cui l'art. 6 d.lgs. 142/2015 è norma attuativa nell'ordinamento interno) ostano a che un richiedente protezione internazionale sia trattenuto «senza che la necessità e la proporzionalità di tale misura siano state previamente esaminate»<sup>22</sup>; e dunque le autorità nazionali – amministrativa e giudiziaria – potranno disporre il trattenimento del richiedente solo dopo aver

---

in tema di controllo giudiziale sui decreti di espulsione prefettizia per motivi di pericolosità sociale, ricordando come sia necessaria una valutazione approfondita e individualizzata, che tenga conto non solo di (eventuali) precedenti penali, ma di tutti gli elementi utili riguardanti la situazione personale del soggetto, considerando altresì che la pericolosità deve sempre valutarsi in termini di attualità.

<sup>22</sup> Cfr., *ex multis*, Corte di giustizia Ue, Grande sezione, sent. 14 maggio 2020, cause riunite C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, par. 259.

verificato, «caso per caso, se un simile trattenimento sia proporzionato ai fini da esso perseguiti»<sup>23</sup>, assicurandosi che si ricorra alla misura del trattenimento esclusivamente in ultima istanza.

Rifacendosi alla costante giurisprudenza della Corte costituzionale, la Corte rileva come il principio di proporzionalità sia criterio cardine, a disposizione del giudice comune, al fine di un'interpretazione restrittiva, costituzionalmente orientata, «in relazione a ogni atto dell'autorità suscettibile di incidere sui diritti fondamentali dell'individuo»<sup>24</sup>, individuandone le due componenti fondamentali nella necessità («intesa come inesistenza di misure egualmente idonee ma meno incidenti sui diritti fondamentali dell'interessato») e nella proporzionalità in senso stretto («intesa come carattere non eccessivo della compressione del diritto fondamentale rispetto all'importanza dello scopo perseguito»<sup>25</sup>).

Declinata nella materia che ci occupa, l'impiego del principio di proporzionalità, anche alla luce del diritto unionale, impone che il giudice proceda a una «valutazione (caso per caso) di congruenza, adeguatezza e necessità della misura del trattenimento (mezzo) rispetto al valore “antagonista” da tutelare (fine), identificabile, [...] nell'ipotesi di specie, nella sicurezza dello Stato e nella tutela dell'ordine pubblico»<sup>26</sup>; pertanto il trattenimento del richiedente protezione internazionale potrà dirsi legittimo solo qualora lo stesso costituisca una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave nei confronti della sicurezza nazionale o dell'ordine pubblico, alla luce di una lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata di tali beni giuridici.

6.3. Alla luce delle considerazioni svolte, la Corte enuncia il seguente principio di diritto: “In tema di trattenimento di richiedente protezione internazionale, l'art. 6, comma 2, lett. b), prima ipotesi, d.lgs. n. 142 del 2015 – norma che fa eccezione alla regola generale posta dagli artt. 6, comma 1, stesso decreto, e 8, § 1, direttiva 2013/33/UE, come tale da ritenersi di stretta interpretazione – deve essere inteso nel senso che l'espressione ‘trovarsi nelle condizioni’ di cui all'art. 13, comma 1, t.u. imm. impone al giudice del trattenimento, in sede di convalida, di proroga o di riesame, un'autonoma verifica di ricorrenza delle situazioni di pericolosità per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, il cui ricorrere (o il cui venir meno in sede di riesame) va accertato ‘caso per caso’ attraverso il test di proporzionalità, sotto il profilo della verifica della necessità, congruenza e idoneità della misura trattenitiva rispetto alla finalità pubblica perseguita (nella specie sicurezza dello Stato e tutela dell'ordine pubblico)»<sup>27</sup>.

---

<sup>23</sup> Ivi, par. 258.

<sup>24</sup> Corte cost., sent. 27 febbraio 2019, n. 24, par. 9.7.3. del “considerato in diritto”; Corte cost., sent. 17 dicembre 2024, n. 203, par. 4.3. del “considerato in diritto”.

<sup>25</sup> Cfr. par 5.6.3. del “considerato in diritto” della sentenza in commento.

<sup>26</sup> Ivi, par. 5.6.4.

<sup>27</sup> Ivi, par. 5.8.

7. Infine la Corte affronta un ulteriore tema posto dal ricorso, riguardante l'impossibilità, sancita dall'art. 14, c. 1 bis TUI, di applicare misure alternative al trattenimento nel caso in cui l'espulsione sia stata disposta ai sensi dell'art. 13, c. 1 TUI. Non esprimendosi sulla compatibilità di tale norma con il diritto dell'Ue – non essendo la norma rilevante nel caso concreto, poiché la Corte d'appello ha escluso del tutto l'applicabilità del trattenimento, non interrogandosi sull'applicabilità di un'altra misura meno grave – la Corte si limita a sottolineare come anche questa disposizione si inserisca logicamente e coerentemente nella ricostruzione sino ad ora prospettata. Infatti, la circostanza che, a fronte di un provvedimento di espulsione ministeriale, sia prevista l'alternativa secca tra trattenimento e non trattenimento induce a valorizzare (invece che escludere) la necessità di un controllo pieno da parte del giudice ordinario sui presupposti di legittimità del trattenimento: infatti, proprio a fronte dell'impossibilità di graduare la risposta (sostanzialmente) cautelare, il giudice sarà chiamato ad approfondire quanto più possibile la sussistenza in concreto dei requisiti di adeguatezza e necessità della misura privativa della libertà personale, in quanto unica misura applicabile.

Dunque, la Cassazione ritiene che la Corte d'appello si sia correttamente mossa entro il perimetro interpretativo delineato, giungendo a una valutazione di inadeguatezza della misura per i motivi già ricordati (supra, par. 2), adempiendo in modo completo ed esaustivo all'obbligo di motivazione e con una decisione scevra da qualsiasi vizio di sconfinamento giurisdizionale.

8. La decisione in commento costituisce dunque un'importante conferma in tema di garanzie giurisdizionali a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo.

La Cassazione torna infatti a ribadire come, in contesti in cui si verifica un'ingerenza dello Stato nell'esercizio dei diritti fondamentali dell'individuo, sia necessario un attento bilanciamento degli interessi in gioco: solo attuali e pregnanti esigenze di tutela della sicurezza dello Stato e dell'ordine pubblico – all'esito di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata di tali beni giuridici – possono giustificare una compressione della libertà personale. E nell'ambito di tale ragionamento la Corte dedica ampio spazio al giudizio di proporzionalità, dimostrando di recepire pienamente la progressiva valorizzazione di tale meccanismo interpretativo propria dei recenti approdi della dottrina<sup>28</sup> e della giurisprudenza costituzionale<sup>29</sup>, al fine di assicurare una corretta valutazione di adeguatezza del mezzo utilizzato rispetto al fine perseguito.

---

<sup>28</sup> Cfr., per tutti, N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020.

<sup>29</sup> Cfr. sul punto F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 8 gennaio 2025.

Infine, la decisione è particolarmente lucida nel delineare i confini del sindacato giurisdizionale in materia di privazione della libertà personale. Esprime infatti con chiarezza come il giudice del trattenimento, in qualità di garante della libertà individuale, non possa esimersi da una valutazione dei presupposti di legittimità della massima misura restrittiva applicata dall'autorità amministrativa, dovendo quest'ultima concepirsi – in ossequio ai principi generali dell'ordinamento – come misura di ultima istanza, applicabile solo qualora le misure meno afflittive non siano state ritenute adeguate nel caso concreto. E tale valutazione non può che essere rimessa all'autorità giudiziaria, necessariamente investita di un potere di controllo – sostanziale e non solo formale – di ogni atto del potere pubblico incidente sui diritti fondamentali dei consociati, controllo che deve trovare la sua massima estensione in tema di tutela della libertà personale quale diritto inviolabile di qualsiasi individuo.



**IL D.L. "SICUREZZA" N. 48/2025 ALLA PROVA DELLA CORTE  
COSTITUZIONALE: SOLLEVATA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ SUI  
REQUISITI DI NECESSITÀ E URGENZA DEL DECRETO NONCHÉ IN  
RAPPORTO ALLA OFFENSIVITÀ DELLA CRIMINALIZZAZIONE DELLA  
"CANNABIS LIGHT"**

*Trib. Brindisi, Sez. GIP-GUP, ord. 26 giugno 2025, Giud. Nestore*

di Filippo Ferri

1. Con l'ordinanza che può leggersi in allegato il Tribunale di Brindisi (sez. Gip-Gup) ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del decreto sicurezza del 2025<sup>1</sup>, che ha tra l'altro inciso sulla disciplina penalistica del traffico e della detenzione di sostanze stupefacenti. La disposizione in questione, infatti, ha ampliato i margini di applicazione dei divieti previsti dagli artt. 73 ss. del t.u. stupefacenti<sup>2</sup>, al fine di impedire anche la commercializzazione e detenzione di prodotti a base di cannabis privi di effetto drogante, negli ultimi anni oggetto di un'ampia diffusione sul territorio italiano sotto il nome di "cannabis light". Il giudizio di legittimità costituzionale instaurato dall'ordinanza del Tribunale di Brindisi è particolarmente interessante perché, come diremo subito, solleva questioni sia sotto il profilo dei requisiti di necessità e urgenza del decreto-legge sicurezza sia, soprattutto, del principio di offensività.

Il GIP di Brindisi si pronuncia, in particolare, sulla richiesta avanzata con decreto del Pubblico ministero di distruzione delle infiorescenze appartenenti alla specie "Cannabis sativa L." precedentemente sequestrata, con riferimento ad un procedimento penale che vede come imputati i legali rappresentanti della società acquirente della sostanza. L'Autorità inquirente aveva infatti rilevato l'appartenenza della merce sequestrata all'elenco delle sostanze vietate di cui alla Tabella II allegata al t.u. stupefacenti e l'inapplicabilità della disciplina della produzione e uso lecito delle colture prevista dalla legge n. 242/2016, ordinando di conseguenza la sospensione del sequestro e la distruzione. All'esito dell'udienza camerale sull'opposizione al provvedimento il giudice decide, accogliendo l'istanza della difesa, di sospendere il giudizio e sollevare questione di legittimità costituzionale, per contrasto tra l'art. 18 d.l. n. 48/2025 e gli artt. 13, 25, comma 2, 27, comma 3, 77, comma 2, e 117 Cost.

Le censure di costituzionalità avanzate dal Tribunale di Brindisi riguardano tre diversi profili: *in primis*, l'assenza dei requisiti di straordinaria necessità e urgenza del decreto-legge, insuscettibile di essere sanata attraverso la conversione; in secondo luogo, l'incompatibilità dei nuovi divieti penali con il principio di offensività nella sua

---

<sup>1</sup> Si tratta del d.l. n. 48/2025, convertito con l. n. 80/2025.

<sup>2</sup> Ovvero il d.P.R. n. 309/1990.

declinazione in astratto, essendo questi fondati, in assenza di qualunque discriminazione tra le varietà di cannabis stupefacenti e quelle prive di un apprezzabile effetto drogante, su una presunzione assoluta di lesività del bene salute dei consumatori; infine, il pregiudizio alla libera circolazione delle merci prevista dagli artt. 34 e 36 TFUE, sproporzionato perché disposto in assenza di comprovati rischi per la salute.

2. Occorre prima di tutto esaminare la disposizione oggetto di censura. La questione di costituzionalità riguarda uno dei recenti “decreti sicurezza”, il d.l. 12 aprile 2025, n. 48, protagonista fin dalla sua introduzione di molte critiche da parte della dottrina sui potenziali punti di frizione con la Carta fondamentale<sup>3</sup>. Il decreto, convertito con legge 9 giugno 2025, n. 80, e recante “disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell’usura e di ordinamento penitenziario”, viene in rilievo in particolare con riferimento all’art. 18, che interviene sulla l. 2 dicembre 2016, n. 242. Quest’ultima riguarda la “promozione della coltivazione e della filiera agroindustriale della canapa”, e disciplina i limiti di coltivazione e commercializzazione delle diverse specie di piante comunemente definite come “cannabis” o “canapa” stabilendo il confine oltre il quale queste, o i prodotti ricavati dalla loro lavorazione, ricadono nella nozione di sostanza stupefacente oggetto delle numerose norme incriminatrici di cui agli artt. 73 ss. del testo unico stupefacenti, d.P.R. n. 309/1990.

La l. n. 242/2016 faceva applicazione nell’ordinamento interno della dir. 2002/53/CE, la quale aveva previsto l’istituzione di un “Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole” comprensivo di tutte le colture non soggette ad alcuna restrizione di commercializzazione, tra cui alcune varietà di canapa. Nella versione precedente alla riforma, la legge prevedeva dunque le specifiche modalità di uso lecito di tali coltivazioni, oggetto di una particolare disciplina di sostegno e promozione. Nello specifico, erano sottratte all’applicazione delle norme incriminatrici di cui al t.u. stupefacenti le colture destinate ad un catalogo tassativo di finalità lecite<sup>4</sup>, caratterizzate da un contenuto di THC, la sostanza da cui dipende l’effetto stupefacente, inferiore allo 0,6%<sup>5</sup>. Le infiorescenze femminili, come quelle commercializzate sotto il nome di “cannabis light” rilevanti per il caso di specie, non erano espressamente consentite dalla

---

<sup>3</sup> Cfr. ad esempio E. Dolcini, [Sicurezza per decreto-legge?](#), in questa Rivista, 30 giugno 2025; A. Morrone, *Rovesciare la Costituzione performativa. “Sicurezza” in cambio della libertà*, in G. Losappio, A. Manna (a cura di), [Profili di \(in\)costituzionalità del decreto-sicurezza. Atti del Webinar del 30 maggio 2025](#), in questa Rivista, 11 luglio 2025.

<sup>4</sup> Segnatamente, ex art. 1, comma 3, l. n. 242/2016, quelle finalizzate «alla coltivazione e [...] trasformazione», «all’incentivazione dell’impiego e del consumo finale di semilavorati di canapa provenienti da filiere prioritariamente locali», allo sviluppo di filiere territoriali integrate che valorizzino i risultati della ricerca e perseguano l’integrazione locale e la realtà sostenibile economica e ambientale», «alla produzione di alimenti, cosmetici, materie prime biodegradabili e semilavorati innovativi», «alla realizzazione di opere di bioingegneria, bonifica dei terreni, attività didattiche e di ricerca».

<sup>5</sup> Ex art. 4, commi 5 e 7, l. n. 242/2016.

legge, ma venivano per comune interpretazione ricondotte all'ambito di liceità ritagliato dalla lettera g) dell'art. 2, comma 2, per le colture «destinate al florovivaismo».

Con il d.l. n. 48/2025 vengono operate alcune circoscritte ma rilevanti modifiche nei primi articoli della legge del 2016. In primo luogo vengono riformate le finalità da cui dipendono la promozione e il sostegno della filiera agricola della canapa, attraverso la specificazione all'art. 1 co. 1 della sola dimensione industriale, e non domestica, delle coltivazioni e l'esclusione del consumo finale delle sostanze da essa ricavate. Si precisa inoltre in un nuovo comma 3-*bis* dello stesso articolo che attività di importazione, lavorazione, detenzione, cessione, distribuzione, commercio, trasporto, invio, spedizione, consegna, vendita al pubblico e al consumo di una specifica componente delle colture, le infiorescenze femminili e i loro derivati, ricadono nella legge soltanto quando riguardino la «produzione agricola di semi destinati agli usi consentiti dalla legge», secondo l'art. 2, comma 2, lett. g-*bis*), considerato peraltro che adesso la lettera g) fa esclusivo riferimento al «florovivaismo professionale». In secondo luogo, il nuovo e diverso comma 3-*bis* dell'art. 2 completa tale clausola di esclusione, vietando «l'importazione, la cessione, la lavorazione, la distribuzione, il commercio, il trasporto, l'invio, la spedizione e la consegna» di tali colture e prodotti, sempre salvi i casi di cui al comma 2, lett. g-*bis*, prevedendo rispetto a tali condotte l'applicazione delle fattispecie incriminatrici previste dal t.u. stupefacenti.

In sostanza, il decreto-sicurezza 2025 ha ristretto il campo di applicazione della legge del 2016 sugli usi consentiti della canapa, escludendo dalla coltivazione legale non soltanto le varietà contenenti una percentuale di THC superiore alle 0,6%, ma anche le infiorescenze e i derivati della pianta che presentino una percentuale minore. Queste ultime, peraltro, sono state oggetto recentemente di diffusione tra i consumatori sotto il nome di “cannabis light”, evocativo proprio dell'assenza del tipico effetto di alterazione psico-fisica. L'efficacia della disposizione censurata è dunque quella di allargare le maglie di applicabilità dei reati in materia di stupefacenti, attraverso previsioni che prescindono dall'efficacia stupefacente delle diverse sostanze vietate e rendono dunque oggetto di presunzione la sussistenza dell'offesa ai beni giuridici tutelati, segnatamente della salute individuale, dell'incolumità pubblica e della sicurezza stradale.

3. Il giudice *a quo*, come preannunciato, evidenzia diversi profili di criticità dell'art. 18 del decreto sicurezza. Il primo riguarda la violazione dell'art. 77, comma 2, Cost., il quale prevede che il Governo possa adottare decreti-legge soltanto «in casi di straordinaria necessità e urgenza».

Com'è noto, si tratta di una disposizione costituzionale che stabilisce lo stretto perimetro all'interno del quale il potere esecutivo ha la facoltà di oltrepassare la piena titolarità della funzione legislativa in capo al Parlamento ed emanare atti aventi forza di legge ordinaria, e che trova il proprio fondamento in un delicato temperamento tra esigenze contrapposte: da un lato, la necessità di impedire gli abusi da parte del Governo più volte verificatisi all'epoca del regime fascista; dall'altro, il perdurante bisogno della democrazia parlamentare di trovare una valvola di sfogo al formalismo e alla lunga durata delle procedure parlamentari.

Ancor più nota, tuttavia, è l'ineluttabile prassi politica di ricorrere al decreto-legge per qualunque riforma legislativa, a prescindere dal riscontro di reali situazioni di straordinaria necessità ed urgenza, determinando la trasformazione del provvedimento in uno strumento ordinario di esercizio del potere legislativo. Di fronte all'uso abusivo del decreto-legge, la Corte costituzionale tende perlopiù ad esercitare il proprio *self-restraint*: infatti, pur avendo affermato la necessità da parte del Governo di motivare nel provvedimento le specifiche ragioni concrete giustificative del ricorso al potere di cui all'art. 77, comma 2, Cost., dovendo ritenersi insufficiente la mera enunciazione della sussistenza dei presupposti<sup>6</sup>, si è limitata a giudicare tali atti viziati soltanto nei casi di «mancanza evidente» di tali presupposti, o di manifesta irragionevolezza o arbitrarietà della loro valutazione<sup>7</sup>.

Il giudice rimettente menziona tali pronunce della Corte costituzionale che fondano il sindacato sulla legittimità dei decreti-legge, rilevando in primo luogo che l'assenza di ragioni di straordinaria necessità ed urgenza rispetto all'emanazione d.l. n. 48/2025 sarebbero ravvisabili nella contemporanea presenza all'attenzione del legislatore di un omonimo disegno di legge di iniziativa governativa, già approvato dalla Camera dei deputati il 18 settembre 2024 e in attesa di vaglio da parte del Senato. A destare perplessità a questo proposito sarebbe quindi la palese interruzione del procedimento legislativo già in atto attraverso l'emanazione di un decreto-legge di identico contenuto, ad evidente detrimento della facoltà delle Camere di emendare il testo anche sotto la pressione politica dell'opposizione parlamentare, e senza neanche il tentativo di ricorrere alla facoltà del Governo di richiedere un esame d'urgenza del d.d.l. "sicurezza" ai sensi dell'art. 72 Cost.

Secondariamente, sempre secondo l'ordinanza, l'illegittimità del decreto emergerebbe dalla natura meramente apodittica e tautologica della motivazione sulla sussistenza dei criteri ex art. 77, comma 2, Cost., accompagnata peraltro da vere e proprie sviste quali l'individuazione di casi di non straordinaria necessità e urgenza. A mancare, in questo caso, sarebbe dunque una effettiva esposizione delle ragioni che avrebbero giustificato il ricorso allo strumento eccezionale. Infatti, le ragioni giustificative della straordinaria necessità e urgenza non sarebbero state esposte né all'interno del preambolo del decreto, né nella relazione di accompagnamento del d.d.l. di conversione. Al più, una forma di motivazione del ricorso alla decretazione d'urgenza sarebbe ravvisabile soltanto in un documento redatto successivamente alla proposizione del testo di legge, l'*Analisi Tecnica normativa*, in cui si fa riferimento alla «necessità di approntare una immediata e più incisiva risposta sanzionatoria e dissuasiva nei confronti di gravi fenomeni delinquenziali che rappresentano una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica».

---

<sup>6</sup> Cfr. da ultimo C. Cost., sent. n. 8/2022 e n. 146/2024; cfr. anche sull'insufficienza di un'enunciazione apodittica della sussistenza dei presupposti giustificativi del decreto-legge C. Cost., sent. n. 128/2008; C. Cost., sent. n. 171/2007.

<sup>7</sup> Cfr. *ex multis* C. Cost., sent. n. 186/2020; C. Cost., sent. n. 288/2019; C. Cost., sent. n. 97/2019; C. Cost., sent. n. 137/2018; C. Cost., sent. n. 99/2018; C. Cost., sent. n. 5/2018; C. Cost., sent. n. 236/2017; C. Cost., sent. n. 170/2017.

Infine, l'assenza dei presupposti emergerebbe anche dal testo in sé dell'atto, ed in particolare dalla eterogeneità dei suoi contenuti: gli obiettivi dell'intervento legislativo sarebbero plurimi e disarticolati tra loro, e spazierebbero dalla prevenzione e contrasto del terrorismo alla sicurezza urbana, dalla tutela del personale delle forze di polizia all'amministrazione dei beni sequestrati alla criminalità organizzata, dalla materia dell'usura a quella dell'ordinamento penitenziario, combinati secondo il giudice sulla base di una logica meramente alluvionale che impedirebbe una valutazione fruttuosa delle ragioni di eccezionalità sottostanti. Rispetto a quest'ultimo profilo il Tribunale richiama numerose pronunce della Corte, nelle quali la disomogeneità di un decreto-legge, e dunque l'incapacità delle diverse disposizioni in esso contenute di tendere ad una medesima finalità, per quanto ampia, è assunta quale figura sintomatica dell'insussistenza dei presupposti giustificativi<sup>8</sup>.

4. Se il primo profilo di criticità del decreto sicurezza riguarda dunque la legittimità costituzionale dell'intero provvedimento, il secondo si rivolge ad una specifica disposizione, il già menzionato art. 18. La censura si fonda nello specifico sulla violazione del principio di offensività, principio costituzionale fondamentale in materia penale ricavato da tempo a livello interpretativo dalla dottrina e dalla giurisprudenza costituzionale a partire dal combinato disposto tra più disposizioni della Carta, richiamate dall'ordinanza: l'art. 13, che nell'affermare la natura inviolabile della libertà personale impone che la sua privazione mediante sanzione penale sia giustificata dalla tutela di un bene di pari rango; l'art. 25, comma 2, che lega la pena alla commissione di un "fatto", il quale va inteso secondo gli orientamenti ormai più consolidati come una condotta dotata di consistenza materiale e offensiva; gli artt. 25, comma 3, e 27, nella parte in cui consentono di distinguere tra le funzioni della sanzione penale e quelle delle misure di sicurezza, ovvero tra tutela di beni giuridici e neutralizzazione delle fonti di pericolosità sociale, e prevedono altresì alla base della pena anche la funzione rieducativa, dipendente dalla capacità del singolo di percepire la riprovevolezza – e dunque anche l'offensività – delle proprie azioni<sup>9</sup>.

Come ricordato dallo stesso Tribunale di Brindisi, il principio di offensività si esplica in due differenti dimensioni: una prima, che si esprime nel divieto rivolto al legislatore di introdurre norme incriminatrici che sanzionino comportamenti già in astratto inidonei a ledere o porre in pericolo il bene giuridico tutelato; una seconda, la quale riguarda invece la necessità che il giudice, nell'accertamento del reato, escluda dall'ambito di operatività della norma le fattispecie concrete che, pur rispondendo al

---

<sup>8</sup> Cfr. *ex multis* C. Cost., sent. n. 146/2024; C. Cost., sent. n. 22/2022; C. Cost., sent. n. 138/2018; C. Cost., sent. n. 244/2016.

<sup>9</sup> Cfr. V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Giappichelli, 2005, p. 41 ss.; A. Bonomi, *Il principio di offensività del reato nella giurisprudenza costituzionale*, in *Diritto pubblico*, fasc. 1/2021, p. 195 ss.; A. De Lia, "Ossi di seppia"? *Appunti sul principio di offensività*, in *Archivio penale*, fasc. 2/2019, p. 5; M. Donini, [Il principio di offensività dalla penalistica italiana ai programmi europei](#), in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, fasc. 4/2013, p. 1 ss., il quale riporta una rassegna della dottrina fondamentale sull'argomento.

modello astratto dell'incriminazione, siano assolutamente prive di un'attitudine lesiva. Offensività in astratto e in concreto costituiscono dunque due facce dello stesso principio, ma si attuano in modo differente: la prima ipotesi consente alla Corte costituzionale di annullare una norma incriminatrice che sia già in astratto inidonea alla tutela di un determinato bene giuridico, assumendo il ruolo di effettivo limite alle scelte di incriminazione; la seconda, al contrario, ha come protagonista il giudice ordinario, chiamato a valutare caso per caso se manchi o meno l'offesa quale elemento necessario del reato, non potendo certamente il giudice costituzionale identificare a priori i singoli casi in cui la fattispecie presenta o meno tali connotati di lesività<sup>10</sup>.

Secondo l'ordinanza, l'art. 18 del decreto è censurabile già sul piano astratto. La nuova estensione dei divieti del t.u. stupefacenti alle infiorescenze della canapa sarebbe stata condotta in mancanza di una dimostrazione evidente di effetti stupefacenti e dannosi per la salute, ed anzi in presenza di analisi scientifiche che comprovano l'assenza di rischi della sostanza che presenti percentuali di THC inferiori allo 0,6%. Di conseguenza, il decreto-legge opererebbe una presunzione di dannosità rispetto ai beni giuridici della salute individuale e collettiva e della sicurezza stradale sottesi all'incriminazione, anche di fronte a sostanze che dovrebbero essere considerate prive di una simile attitudine lesiva.

Rispetto a tale censura di costituzionalità, la Corte dovrà probabilmente confrontarsi con tre diverse opzioni decisorie: una decisione di pieno rigetto per l'esclusione *tout court* di un contrasto con il principio di offensività; una pronuncia interpretativa di rigetto, che escluda il vizio di legittimità nei soli casi in cui il giudice rilevi in concreto la sussistenza di un'attitudine lesiva del caso giudicato; la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui non prevede che siano punite soltanto le condotte che in astratto offendono i beni giuridici tutelati. La questione è tutt'altro che irrilevante: in primo luogo, perché la decisione potrebbe offrire un importante chiarimento sui confini tra dimensione astratta e concreta del principio di offensività, stabilendo qual è il livello oltre il quale l'assenza di offesa è tale da pregiudicare la legittimità del modello astratto di reato; secondariamente, perché se la richiesta del giudice *a quo* fosse accolta dalla Corte si aprirebbero le porte per un ben più pervasivo sindacato del giudice delle leggi sulle scelte di incriminazione. A tal fine, una breve ricognizione dell'evoluzione interpretativa del principio può essere utile.

**4.1.** La rilevanza costituzionale del principio di offensività ha faticato ad affermarsi nel tempo, nonostante la risalente attenzione da parte della dottrina italiana, che l'ha elaborato in via originale senza partire da riferimenti analoghi in altri ordinamenti europei o sovranazionali<sup>11</sup>. A rivelarsi particolarmente complessa è stata a

---

<sup>10</sup> Cfr. ad esempio A. De Lia, "Ossi di seppia"?, cit., p. 1; A. Bonomi, *Il principio di offensività*, cit., p. 201 ss.; F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 350 ss.

<sup>11</sup> Cfr. A. Bonomi, *Il principio di offensività*, cit., p. 197; A. De Lia, "Ossi di seppia"?, cit., p. 31. Nel diritto UE, ad esempio, viene considerato soltanto in quanto espressione del principio di proporzionalità-

tal proposito la possibilità di riconoscere all'offensività la valenza di "principio dimostrativo", idoneo a fondare autonomamente una pronuncia di illegittimità costituzionale di una norma incriminatrice, al pari di altri principi fondamentali in materia penale quali quelli di legalità, di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza<sup>12</sup>. In una fase iniziale, la Corte costituzionale ha riconosciuto all'offensività la natura di mero "principio argomentativo", incapace da solo di giustificare una pronuncia di annullamento e utile, al più, ad orientare l'attività politica del legislatore in senso programmatico. Successivamente, invece, si è assistito ad un graduale mutamento dell'orientamento del giudice delle leggi, che ha progressivamente riconosciuto il proprio sindacato anche ai casi di violazione *tout court* del principio di offensività, sulla scorta di una rivalutazione dei principi costituzionali in materia penale già pienamente applicato nella ben nota sentenza n. 364 del 1988 sul principio di colpevolezza<sup>13</sup>.

Tale diverso indirizzo interpretativo emerge in primo luogo con la sentenza n. 360 del 1995, relativa peraltro all'art. 73 del t.u. stupefacenti proprio nella parte in cui incrimina la coltivazione di piante da cui si ricavano sostanze stupefacenti destinate all'uso personale a prescindere dalla percentuale di principio attivo in esse contenuta: in tale occasione per la prima volta la Consulta afferma la propria facoltà in via generale di sindacare la conformità dei modelli astratti di reato rispetto al parametro di offensività, pur rigettando poi la questione sulla base dell'attitudine astratta del comportamento vietato a mettere in pericolo la salute dei singoli, anche soltanto per il fatto di arricchire

---

ragionevolezza ai sensi dell'art. 5, par. 4, TUE, rispetto al quale il sindacato del giudice si svolge necessariamente considerando quale parametro il bene oggetto di tutela. L'evoluzione del principio è andata di pari passo con le diverse concezioni della nozione di bene giuridico che si sono susseguite nei decenni, e con il più o meno restrittivo catalogo di riferimenti ammissibili della tutela penale. Di estrema importanza, in questo senso, è la nota teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, che ha inteso limitare la legittimità costituzionale alle sole incriminazioni fondate sulla tutela di un bene desumibile dalla Carta fondamentale, nella misura in cui ciò sarebbe richiesto dalla natura inviolabile della libertà personale lesa dalla pena.

<sup>12</sup> Ne sono una testimonianza casi come quello della declaratoria di incostituzionalità della fattispecie di proclività a delinquere o del reato di plagio, rispettivamente in C. Cost., sent. n. 177 del 1980 e sent. n. 96/1981, nelle quali ha assunto per la prima volta una valenza dimostrativa il principio di determinatezza, o alla sent. n. 364/1988 per quanto riguarda il principio di colpevolezza. Sulla distinzione tra principi argomentativi e dimostrativi v. V. Manes, *Il principio di offensività*, cit., p. 210; Vassalli, *I principii generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, p. 699 ss.; Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Cedam, 1996, p. 25 ss.

<sup>13</sup> Cfr. A. Bonomi, *Il principio di offensività*, cit., p. 201 ss. La pronuncia n. 364/1988 ha in particolare affermato al par. 17 che « le garanzie di cui agli artt. 73, terzo comma e 25, secondo comma Cost., per loro natura formali, vanno svelate nelle loro implicazioni: queste comportano il contemporaneo adempimento da parte dello Stato di altri doveri costituzionali: ed in prima, di quelli attinenti alla formulazione, struttura e contenuti delle norme penali. Queste ultime possono essere conosciute solo allorché si rendano "riconoscibili". Il principio di "riconoscibilità" dei contenuti delle norme penali [...] rinvia [...] alla necessità che il diritto penale costituisca davvero la *extrema ratio* di tutela della società, sia costituito da norme non numerose, eccessive rispetto ai fini di tutela, chiaramente formulate, dirette alla tutela di valori almeno di "rilievo costituzionale" e tali da esser percepite anche in funzione di norme "extrapenali", di civiltà, effettivamente vigenti nell'ambiente sociale nel quale le norme penali sono destinate ad operare», aderendo almeno sulla carta alla teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico.

la provvista di materia prima e ampliare le occasioni di spaccio. Viene riconosciuto, al più, il potere del giudice di rilevare l'assoluta inidoneità della condotta concreta a ledere o porre in pericolo il bene giuridico tutelato<sup>14</sup>.

Nonostante ciò, l'utilizzo dell'offensività in astratto in chiave dimostrativa trova ancora oggi poche applicazioni nella giurisprudenza costituzionale, ed il più delle volte attraverso il suo combinarsi con il ben più collaudato principio di ragionevolezza, che da strumento di comparazione tra più incriminazioni è divenuto nel tempo un paradigma assoluto di valutazione della ragionevolezza del reato rispetto al bene giuridico tutelato<sup>15</sup>. Inoltre, la Consulta non ha mai pienamente accolto la teoria costituzionalmente orientata del bene giuridico, ritenendo che la Carta costituzionale non debba essere intesa quale "Costituzione-codice", suscettibile di costituire il riferimento diretto per identificare i soli beni giuridici meritevoli di tutela penale. Spetta al legislatore, in sostanza, scegliere discrezionalmente quali beni debbano essere protetti, essendo censurabili i soli casi in cui questi siano incompatibili con i principi costituzionali o radicalmente assenti<sup>16</sup>. Il ruolo di limite alle scelte di incriminazione del principio di offensività, già scarsamente utilizzato nella giurisprudenza della Corte, risulta così confinato a rarissime ipotesi.

**4.2.** Attualmente, la dimensione concreta del principio rimane dunque quella più utilizzata dalla Corte per risolvere le questioni di costituzionalità su norme incriminatrici dotate di un riferimento debole all'offesa di un bene giuridico, attraverso l'autorizzazione concessa al giudice ordinario a svolgere il proprio sindacato sull'offesa con riferimento al caso specifico. Rispetto a questo, emerge dalla giurisprudenza costituzionale un preciso procedimento valutativo che il giudice deve compiere nell'applicazione al caso concreto di una fattispecie penale che ponga dubbi di legittimità in questo ambito: in primo luogo, valutare la praticabilità di una soluzione interpretativa del problema, selezionando nell'ambito di applicazione della norma quelle sole condotte che siano effettivamente offensive di un bene giuridico meritevole

---

<sup>14</sup> Qualora tale valutazione dia un riscontro positivo, infatti, la fattispecie concreta non è più riconducibile a quella astratta, perché in quest'ultima è compreso quale elemento necessario proprio l'attitudine offensiva del comportamento incriminato che troverebbe un fondamento legislativo nell'art. 49 c.p. L'art. 49 c.p. esclude la punibilità quando «per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso». Come già auspicato dagli studiosi, dunque, tale interpretazione non limita la disposizione all'affermazione dell'irrelevanza penale delle condotte che non raggiungano almeno il livello del tentativo, ma rappresenta il punto di ingresso nel sistema penale italiano della cosiddetta concezione "realistica" del reato: ogni fattispecie penale, nella misura in cui come ogni istituto giuridico costituisce necessariamente uno strumento rispetto ad un fine, deve configurarsi in termini di offensività. Cfr. A. De Lia, *"Ossi di seppia"?*, cit., p. 7.

<sup>15</sup> Cfr. V. Manes, *Il principio di offensività*, cit., p. 218 ss.

<sup>16</sup> Cfr. A. Bonomi, *Il principio di offensività*, cit., p. 202. Un ambito in cui è particolarmente emersa la necessità di un sindacato della Corte è stato quello, ad esempio, dell'ammissibilità dei reati di "pericolo presunto": in questi casi è stata prospettata la soluzione di escludere i soli casi in cui la pericolosità supposta dalla norma fosse completamente arbitraria e non rispondente all'*id quod plerumque accidit* che in tali casi il legislatore è chiamato a valutare, ricorrendo a seconda dei casi ad un'adeguata «base empirico-fattuale».

di tutela, e distinguendo i casi di assoluta inoffensività non punibili da quelli di particolare tenuità dell'offesa ai sensi dell'art. 131 *bis*, comma 1, c.p.; in secondo luogo, qualora tale soluzione ermeneutica non sia esperibile, rimettere la questione alla Corte costituzionale, chiamata a valutare l'offensività in astratto del reato. I casi più tipici in cui può riscontrarsi l'assenza di un'offesa dipendono quindi dalla natura della condotta posta in essere nel caso concreto: vi sono quelli in cui la condotta dell'agente, pur astrattamente riconducibile all'ipotesi incriminata, non sia idonea a realizzare l'offesa del bene giuridico, come nel caso di falso documentale di macroscopica evidenza; e quelle in cui invece l'assenza dell'offesa non derivi da caratteristiche della condotta in sé quanto dalla considerazione sociale ad esse attribuita, come nel caso dell'atto osceno compiuto in occasione di un evento artistico<sup>17</sup>.

Qualora il giudice escluda la possibilità di risolvere in via ermeneutica la presunta carenza di offensività e sollevi la questione di costituzionalità, la Corte, se ritiene invece possibile un'interpretazione costituzionalmente conforme, autorizza l'Autorità rimettente a far ricorso alla dimensione concreta del principio e a decidere, se del caso, di non punire l'imputato. La possibilità di procedere ad un simile sindacato è tanto più praticabile quanto più l'offesa dipende da parametri oggettivi e misurabili, come per l'appunto nel caso della quantità di sostanza drogante contenuta in un certo prodotto.

È quanto avvenuto, da ultimo, nel recente giudizio sull'art. 187 del Codice della strada sul reato di guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti, rispetto al quale il legislatore nel 2024 ha espunto dal testo della disposizione la clausola che prevedeva la necessità di riscontrare lo stato di alterazione psico-fisica del conducente<sup>18</sup>. Anche in questo caso il giudice delle leggi non ha contraddetto il proprio indirizzo più praticato, affermando con una sentenza interpretativa di rigetto che spetta al giudice di accertare in concreto «la presenza nei liquidi corporei dell'agente di sostanze stupefacenti o psicotrope che per qualità e quantità [...] risultino generalmente idonee, sulla base delle attuali conoscenze scientifiche, a determinare in un assunto medio un'alterazione delle condizioni psico-fisiche, e conseguentemente delle normali capacità di controllo del veicolo». In questo caso specifico, la Corte aveva rilevato la possibilità dunque di un'interpretazione restrittiva della disposizione, la quale consentisse così di prevedere, oltre alla necessità di dimostrare la presenza in sé della sostanza, anche una quantità di principio attivo sufficiente a determinare un effetto drogante, anche sulla base del tempo trascorso dall'assunzione<sup>19</sup>.

5. Tornando all'ordinanza di Brindisi, l'ultima questione sollevata dal Tribunale attiene al conflitto tra l'art. 18 del decreto-sicurezza e il diritto europeo, le cui disposizioni menzionate sono assunte a parametro interposto rispetto alla violazione

---

<sup>17</sup> Cfr. A. Bonomi, *Il principio di offensività*, cit., p. 216 ss.

<sup>18</sup> Cfr. C. Cost., sent. n. 10/2026 del 1° dicembre 2025.

<sup>19</sup> Cfr. A. Galluccio, [Guida "dopo" l'assunzione di stupefacenti: la Consulta salva l'art. 187 C.d.S., purché interpretato alla luce dei principi di proporzionalità e offensività](#), in *questa Rivista*, 3 febbraio 2026.

dell'art. 117, comma 1, Cost. Si tratta in particolare degli artt. 34 e 36 TFUE, a norma dei quali «sono vietate tra gli Stati membri le restrizioni quantitative all'importazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente», esclusi «i divieti o restrizioni all'importazione, all'esportazione e al transito giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e commerciale».

Le disposizioni fondano uno dei principi basilari del mercato unico europeo, quello della libertà di circolazione delle merci, e consentono agli Stati le sole restrizioni che siano dettate da esigenze nazionali di tutela di alcuni specifici beni, tra cui viene in rilievo per il caso di specie la tutela della salute. Il giudice ricorda dunque che la canapa è inclusa nello specifico quadro di promozione della politica agricola comune, essendo consentita la sua coltivazione e commercializzazione all'interno dell'Unione con lo specifico limite della presenza di un livello di THC inferiore allo 0,3 per cento indicato dai regolamenti UE nn. 2022/1393 e 2013/915, evidenziando come i prodotti da essa ottenuti siano suscettibili di circolare all'interno del mercato unico sotto la garanzia degli articoli menzionati. A dettare il confine tra l'operatività della libertà di circolazione delle merci e la discrezionalità degli Stati nell'introdurre restrizioni, il cui rispetto è ovviamente imposto anche al legislatore interno, è la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, attraverso specifiche pronunce che impongono quale parametro di valutazione il principio di proporzionalità: si richiede, cioè, che tali misure siano idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non eccessive rispetto allo scopo<sup>20</sup>.

Una sentenza della CGUE, richiamata all'interno dell'ordinanza, sarebbe particolarmente determinante rispetto alla disposizione in esame, avendo risolto i dubbi ermeneutici sulla commercializzazione in Francia di un liquido per sigarette elettroniche a base di CBD nel senso per cui anche in un caso simile gli artt. 34 e 36 TFUE impediscono restrizioni all'ingresso nel mercato interno di prodotti provenienti da altri Stati membri, salvo il caso in cui queste siano rispettose del principio di proporzionalità, considerato però che esigenze di tutela della salute devono fondarsi su evidenze scientifiche e non su argomentazioni meramente apodittiche<sup>21</sup>. Situazione che, secondo il giudice rimettente, sarebbe riscontrabile nel caso di specie.

\*\*\*

6. In definitiva, l'ordinanza in commento solleva una serie di questioni di costituzionalità rilevanti, che attengono sia al d.l. n. 48/2025 nel suo complesso che al singolo art. 18. Tra le varie censure avanzate dal Tribunale di Brindisi quelle relative alla

---

<sup>20</sup> Cfr. Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 4 ottobre 2024, causa C-793/22; Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 28 gennaio 2010, causa C-333/08.

<sup>21</sup> Si tratta del caso *Kanavape*, in Corte di giustizia dell'Unione europea, sent. 19 novembre 2020, causa C-663/18.

manca dei presupposti giustificativi del ricorso al decreto-legge ed alla violazione del principio di offensività sembrano essere di particolare interesse.

Per quanto riguarda la prima censura, occorre rilevare che oggetto della questione di costituzionalità è il solo art. 18, e non l'intero decreto sicurezza. Rispetto a questo, è forse scarsamente probabile una pronuncia di illegittimità costituzionale della disposizione in ragione dell'incostituzionalità dell'intero decreto, *in primis* alla luce di quel *self-restraint* che si è detto caratterizzare tutte le pronunce del giudice delle leggi in materia di decretazione d'urgenza. Se la questione fosse accolta, però, l'effetto sarebbe certamente dirompente, nella misura in cui si aprirebbe la strada alla proposizione di ulteriori giudizi di legittimità costituzionale sulle altre disposizioni del testo di legge. Comunque, anche solo attraverso un monito, potrebbe rilevarsi l'utilizzo sempre più frequente e problematico della formula "sicurezza" per legittimare, anche mediante il ricorso ad una fonte che dovrebbe essere eccezionale, le riforme più disparate, anche e soprattutto in materia penale.

L'uso del decreto-legge, il quale di per sé non risulta peraltro unanimemente compatibile con il principio penalistico della riserva di legge<sup>22</sup>, trova infatti apparentemente legittimazione nel fine securitario, per intervenire però negli ambiti più disparati sulla base di un'apodittica enunciazione dei requisiti dell'art. 77 Cost.<sup>23</sup>, giungendo persino a contemplare ipotesi in cui necessità e urgenza sarebbero platealmente sconfessate da disposizioni la cui attuazione è prevista nel termine di un anno<sup>24</sup>. Rispetto a tale operazione, che trova invero molteplici precedenti nella prassi politica, non mancano dunque molteplici profili di potenziale incompatibilità con la stessa giurisprudenza della Consulta, che nei criteri di manifesta assenza dei requisiti ed eterogeneità delle disposizioni del decreto potrebbe trovare un valido appiglio per una pronuncia di illegittimità.

7. Ancora più rilevante, però, è forse il tema dell'offensività. Come si è visto, la Corte costituzionale sembra propendere decisamente per la valorizzazione della dimensione concreta del principio, limitando a rarissimi casi le pronunce di annullamento per carenza in astratto di offensività e demandando, negli altri casi, al giudice di merito il compito di individuare caso per caso la rispondenza della fattispecie concreta al parametro. Il ricorso al solo principio di offensività in concreto non sembra censurabile, considerata la facilità con cui il giudice può compiere in concreto la propria valutazione, quando si può fondare su evidenze scientifiche. Il problema emerge, però, nel caso in cui tale restituzione del caso al giudice *a quo* avvenga, per ragioni di *self-restraint* della Consulta, anche nei casi in cui non sia possibile in realtà in nessun caso

---

<sup>22</sup> Cfr. ad esempio G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2025, p. 51. Diversamente si esprime la Corte costituzionale: cfr. a tal proposito C. Cost., sent. n. 184/1974 e sent. n. 330/1996, le quali hanno ritenuto a tal fine il decreto-legge una fonte parificata alla legge formale del Parlamento.

<sup>23</sup> Cfr. sul punto anche E. Dolcini, *Sicurezza per decreto-legge?*, cit.; A. Morrone, *Rovesciare la Costituzione performativa. "Sicurezza" in cambio della libertà*, cit., p. 6.

<sup>24</sup> Si tratta dell'art. 37 del decreto, che delega il Governo a riformare alcune disposizioni del d.P.R. n. 230/2000 in materia di lavoro nelle strutture penitenziarie.

riscontrare un'offesa rispetto ad una determinata fattispecie di reato. In simili situazioni la scelta di affidare al giudice il compito di discriminare la sussistenza o meno dell'offesa è corretta, ma rischia di non impedire l'introduzione nel sistema penale di nuove incriminazioni che risultino assolutamente prive di offensività, sottoponendo così l'imputato al rischio di un trattamento diseguale ed alla certezza del procedimento penale, per sua natura comunque afflittivo.

È ciò che emerge in particolar modo dal raffronto tra il caso di specie ed il già menzionato precedente del 2026 sul reato di guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti. La questione di costituzionalità avanzata con l'ordinanza in commento si inserisce necessariamente nel solco tracciato dalla giurisprudenza descritta e da questo precedente più recente, lasciando presagire la possibilità che anche nel caso di specie la Corte costituzionale decida alla fine di pronunciare una sentenza interpretativa di rigetto, demandando al giudice *a quo* di valutare in concreto se le sostanze stupefacenti siano prive o meno di attitudine lesive verso la salute.

Residuano, però, anche alcuni margini per un indirizzo interpretativo differente, che valorizzi le differenze tra l'oggetto dell'ordinanza in commento e quello della sentenza più recente. Nel caso del reato di guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti, la clausola espunta dalla norma incriminatrice non specificava i casi di sussistenza o meno dell'offesa, ma si limitava semplicemente a demandare al giudice la valutazione concreta sulla presenza di un effetto stupefacente. Nel caso di specie, invece, la legge sulla coltivazione della canapa del 2016 si premurava di specificare in concreto il livello di THC considerato idoneo a generare l'effetto drogante della pianta, e dunque l'offesa. Di conseguenza, l'art. 18 del decreto, nel rendere irrilevante questa distinzione, determina l'incriminazione proprio di quelle condotte che sono già in astratto considerabili prive di qualunque grado di offensività, sulla base di evidenze empiriche. Anche in questo caso, dunque, non mancherebbero eventualmente gli estremi per una decisione della Consulta di incostituzionalità.

Inoltre, è interessante rilevare come diversamente dal caso di circolazione stradale, in cui veniva in rilievo un'ampia congerie di principi, quali quelli di ragionevolezza, proporzionalità, tassatività, determinatezza, precisione, uguaglianza e rieducazione, nel caso di specie il principio di offensività risulta il solo assunto dal giudice *a quo* quale parametro di costituzionalità. Qualora la Corte ritenesse di dichiarare illegittimo l'art. 18 d.l. n. 48/2025 si aprirebbero dunque a maggior ragione nuovi spazi per un'applicazione con pieno valore dimostrativo dell'offensività in astratto, per lungo tempo relegata ad una posizione nettamente secondaria tra gli strumenti utilizzabili nel sindacato sulle scelte di incriminazione.

**DANNEGGIAMENTO DEL BRACCIALETTO ELETTRONICO. PER LA  
CASSAZIONE SI PROCEDE D'UFFICIO IN QUANTO È COSA  
“DESTINATA A PUBBLICO SERVIZIO” E NON “ESPOSTA ALLA  
PUBBLICA FEDE”**

*Cass. pen., sez. VI, 16 gennaio 2026 (dep. 13 febbraio 2026), n. 5986, Pres. De Amicis,  
Rel. Amoroso*

di Lavinia Pedol

1. La Sesta Sezione penale della Corte di Cassazione, con la sentenza che può leggersi in allegato, è intervenuta su un tema di rilievo per la prassi, concernente, da un lato, l'inquadramento giuridico del danneggiamento del dispositivo di controllo elettronico applicato ai soggetti sottoposti a misura cautelare e, dall'altro, la configurabilità del delitto di minaccia a pubblico ufficiale nel caso in cui le intimidazioni siano funzionalmente orientate a ottenere la rimozione del c.d. braccialetto elettronico.

In particolare, la Cassazione chiarisce che il dispositivo di controllo non può essere ricondotto alla categoria delle “cose esposte alla pubblica fede”, affermando invece che esso rientri tra le “cose destinate a pubblico servizio”, con ricadute di rilievo sul regime di procedibilità.

2. Il caso in esame trae origine dalla sentenza con cui la Corte d'appello di Palermo ha confermato la decisione del Tribunale di Trapani, che aveva affermato la responsabilità dell'imputato in relazione a una duplice imputazione: da un lato, per il delitto di danneggiamento del dispositivo di controllo elettronico applicatogli a seguito di una misura cautelare personale, qualificato ai sensi dell'art. 635, co. 2, n. 1 c.p., in relazione all'ivi richiamato art. 625, n. 7, c.p.; dall'altro, per il delitto di cui all'art. 336 c.p., per avere rivolto ai pubblici ufficiali incaricati della vigilanza una minaccia consistita nel prospettare la distruzione del braccialetto ove non ne fosse stata disposta la rimozione.

La difesa ha proposto ricorso per Cassazione articolando due motivi. Con il primo ha denunciato violazione di legge e vizio di motivazione, sostenendo che l'ipotesi dell'esposizione alla pubblica fede (e quindi il configurato delitto di danneggiamento) non ricorresse nell'ipotesi di un dispositivo elettronico di controllo a distanza affidato alla custodia del soggetto sottoposto agli arresti domiciliari. Con il secondo motivo, la difesa ha cercato di escludere la sussistenza del dolo specifico richiesto dall'art. 336 c.p., ritenendo mancante la finalità di costringere il pubblico ufficiale a compiere o omettere un atto d'ufficio.

La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso, ritenendo infondati entrambi i motivi.

3. Quanto al primo profilo, la Suprema Corte ha chiarito che, quale oggetto materiale di un danneggiamento penalmente rilevante, il braccialetto elettronico è riconducibile all'art. 625, n. 7, c.p., richiamato dall'art. 635, co. 2, n. 1 c.p., non in quanto "cosa esposta alla pubblica fede", bensì come "cosa destinata a pubblico servizio".

Nel caso di specie, secondo la S:C., non è stata contestata la riconducibilità dello strumento di controllo alla categoria delle cose esposte alla pubblica fede, atteso che il capo d'imputazione non reca alcun riferimento a tale qualificazione, limitandosi a richiamare, in termini generici, le ipotesi di cui al n. 7 dell'art. 625 c.p. e, segnatamente, la sottocategoria delle cose destinate a pubblico servizio. La Corte ha infatti evidenziato come l'art. 625, n. 7, c.p., richiamato dall'art. 635, comma 2, n. 1, c.p., non si esaurisca nella previsione delle cose esposte per necessità o per consuetudine alla pubblica fede, ma comprenda altresì le cose destinate a pubblico servizio, a pubblica utilità, alla difesa o alla reverenza, delineando un novero di ipotesi tra loro autonome e alternative.

Ne consegue che il fatto integra l'ipotesi di danneggiamento avente ad oggetto una cosa destinata alla pubblica utilità. La Suprema Corte ha rilevato come la Corte d'Appello abbia correttamente affermato tanto la rilevanza penale del fatto quanto la procedibilità d'ufficio del reato, sul presupposto, appunto, della riconducibilità dell'oggetto materiale della condotta alla categoria delle cose destinate a pubblico servizio. In materia di danneggiamento, infatti, la procedibilità è d'ufficio quando il fatto abbia ad oggetto cose destinate a pubblico servizio, mentre, con riferimento alle cose esposte alla pubblica fede, il legislatore<sup>1</sup> – per equiparare la disciplina a quella del furto aggravato dalla stessa circostanza<sup>2</sup> – ha di recente previsto la procedibilità a querela, segnando così una chiara differenziazione del regime processuale<sup>3</sup>.

La qualificazione di un bene come destinato a pubblico servizio o a pubblica utilità va desunta dalla sua funzione oggettiva e dalla finalità in concreto perseguita, prescindendo dalla natura – pubblica o privata – del soggetto titolare<sup>4</sup>. Ciò che rileva è, infatti, la sussistenza di una destinazione effettiva, attuale e non meramente potenziale all'espletamento di un'attività di rilievo pubblicistico<sup>5</sup>. In tale prospettiva, la giurisprudenza di legittimità<sup>6</sup> è costante nell'affermare che, ai fini della configurabilità delle ipotesi di cui all'art. 635, comma 2, c.p., assume decisivo rilievo la destinazione del bene all'esercizio di un pubblico servizio, dovendosi avere riguardo alla natura pubblicistica dell'attività a cui esso è funzionalmente asservito. Ne consegue l'irrelevanza della proprietà in capo a un soggetto privato, così come del fatto che

---

<sup>1</sup> Art. 1, co. 1, lett. b) d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31.

<sup>2</sup> Art. 624, 625 c.p.

<sup>3</sup> S. LALOMIA, in DOLCINI-GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, VI ed., 2025, pp. 850-851.

<sup>4</sup> S. LALOMIA, in DOLCINI-GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, VI ed., 2025, pp. 673-674.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Cass. pen. Sez. II, n., 29538 del 15/06/2023. Si veda anche Cass. pen. Sez. II, n. 29171 del 08/09/2022.

l'attività è svolta in regime di appalto o di concessione, ove permanga la finalizzazione del bene a un servizio di interesse generale<sup>7</sup>.

Il braccialetto elettronico, quindi, costituisce senza dubbio uno strumento di pubblico servizio, essendo finalizzato al controllo del soggetto sottoposto a misura cautelare e al corretto svolgimento dell'attività giudiziaria nell'interesse della collettività.

Sul punto, la Corte di Cassazione<sup>8</sup> si era già pronunciata, precisando che il danneggiamento del braccialetto elettronico non riguardi una cosa esposta alla pubblica fede. La Corte aveva osservato – anche nel precedente caso – che il braccialetto, per la sua intrinseca funzione di strumento di controllo a distanza, rimane sempre sotto la vigilanza della società incaricata di rilevare eventuali allontanamenti e poiché il bene non esce mai dalla sfera di controllo del titolare, non può considerarsi esposto alla pubblica fede, la quale mira, per definizione, a garantire una tutela rafforzata dei beni affidati alla collettività.

Ne consegue che la destinazione pubblicistica del braccialetto elettronico rende il reato procedibile d'ufficio.

4. Parimenti, il motivo relativo al delitto di minaccia a pubblico ufficiale è stato ritenuto infondato. La Corte di Cassazione ha osservato che le minacce rivolte agli agenti per ottenere la mancata applicazione o la rimozione del braccialetto elettronico integrino il dolo specifico richiesto dalla fattispecie dell'art. 336 c.p.

In ordine all'elemento soggettivo, la giurisprudenza di legittimità e la dottrina prevalente convergono nel qualificare il dolo della minaccia a pubblico ufficiale di cui all'art. 336 c.p. come dolo specifico<sup>9</sup>, consistente nella coscienza e volontà di usare violenza o minaccia nei confronti del soggetto passivo al fine di conseguire le finalità tipizzate dalla norma – vale a dire costringerlo a compiere un atto contrario ai propri doveri ovvero ad omettere un atto dell'ufficio o del servizio – con la consapevolezza della qualifica e delle funzioni da questi esercitate<sup>10</sup>.

Ne consegue che il reato non è configurabile qualora la condotta si esaurisca in espressioni meramente ingiuriose o in atteggiamenti solo genericamente minacciosi, difettando in tal caso lo scopo richiesto dalla fattispecie incriminatrice<sup>11</sup>.

Nel caso in esame, la Suprema Corte ha ritenuto integrato l'elemento soggettivo del reato, ravvisando nella condotta dell'imputato la finalità specifica di costringere il pubblico ufficiale a compiere atti contrari ai doveri d'ufficio ovvero ad omettere atti dovuti.

---

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Cass. pen. Sez., VI, 07/06/22, (ud. 07/06/22 - dep. 22/06/22), n. 24040.

<sup>9</sup> G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale parte speciale*, Vol. I, 6<sup>a</sup> ed., Zanichelli, 2025, p. 299.

<sup>10</sup> C. CATANEO, R. PASELLA, in DOLCINI-GATTA (diretto da), *Codice penale commentato*, Wolters Kluwer, VI ed., 2025, p. 496; R. BARTOLI, M. PELISSERO, S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli, 2024, pp. 620-621.

<sup>11</sup> Ibidem.

Le espressioni proferite, infatti, non si esaurivano nella mera prospettazione del danneggiamento del dispositivo elettronico – ad esempio mediante la minaccia di gettarlo nel fuoco o nell’acqua – ma risultavano altresì idonee a incutere timore per l’incolumità personale degli agenti, attraverso formule intimidatorie esplicite, quali l’affermazione che, qualora si fosse recato in commissariato, “qualcuno di voi resta orizzontale”.

La portata oggettivamente intimidatoria delle frasi utilizzate, unitamente al contesto in cui esse sono state pronunciate, ha dunque consentito di ravvisare quella ulteriore finalità richiesta dall’art. 336 c.p., integrando il dolo specifico proprio della fattispecie. La minaccia, pertanto, non si atteggiava quale mera esternazione genericamente ostile, bensì si configurava come mezzo strumentale volto a coartare l’azione degli agenti, al fine di indurli all’adozione di un comportamento contrario ai doveri d’ufficio.

**“PICCOLE MAFIE” E COMPATIBILITÀ CONVENZIONALE:  
NOTE A MARGINE DI CASAMONICA C. ITALIA**

*Corte EDU, Prima Sezione, Casamonica c. Italia, 2 ottobre 2025, n. 21670/2024*

di Rebecca Bovatti

Con la sentenza Casamonica c. Italia la Corte europea dei diritti dell'uomo (nel prosieguo Corte EDU) è tornata a pronunciarsi sulla compatibilità convenzionale dell'art. 416-bis c.p., respingendo il ricorso proposto da Giuseppe Casamonica per asserita violazione dell'art. 7 CEDU.

La decisione si colloca nel solco di un orientamento ormai consolidato in tema di legalità penale e prevedibilità della norma incriminatrice<sup>1</sup>, offrendo al contempo un'importante legittimazione convenzionale alla più recente evoluzione interpretativa dell'art. 416-bis, estesa dalla giurisprudenza nazionale alle c.d. “piccole mafie”<sup>2</sup>.

In tale prospettiva, la decisione assume rilievo non soltanto per la soluzione del caso concreto, ma anche per le implicazioni sistematiche in ordine ai rapporti tra interpretazione giudiziale ed esigenze di determinatezza della fattispecie.

**1. Fatti e iter processuale interno.** La vicenda trae origine dalla condanna in primo grado di Giuseppe Casamonica e di altri imputati per il delitto di associazione di tipo mafioso ex art. 416-bis c.p., sostanzialmente confermata dalla Corte di appello di Roma e successivamente impugnata dinanzi alla Corte di cassazione.

Tra i motivi di ricorso, gli imputati contestavano la qualificazione giuridica del sodalizio, escludendo la sussistenza del metodo mafioso e prospettando, al più, la configurabilità di un'associazione per delinquere semplice. In tal senso, i ricorsi valorizzavano la limitata consistenza numerica del gruppo, la ristretta proiezione territoriale e l'assenza di un'effettiva capacità intimidatrice<sup>3</sup>.

La Suprema Corte dichiarava i ricorsi manifestamente infondati, sul presupposto che la configurabilità di un'associazione mafiosa non dipende da parametri quantitativi o strutturali, bensì dall'impiego del metodo mafioso, inteso quale forza di intimidazione attuale, effettiva e obiettivamente riscontrabile, idonea a determinare diffuse condizioni di assoggettamento e omertà<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Tra gli altri, F. PALAZZO, *Considerazioni minime sulla prevedibilità della decisione giudiziale (tra miti, illusioni, pragmatismi)*, in *Cassazione Penale*, fasc. 3, 2022, p. 941; M. PICCARDI, *L'art. 7 CEDU quale possibile limite garantistico alla giurisprudenza creativa*, in *Diritto di Difesa*, fasc. 4, 2021, p. 835; F. MAZZACUVA, [La Corte europea ritorna sul principio di “prevedibilità” del diritto penale tra irretroattività, retroattività della lex mitior e prééminence du droit, in questa Rivista, 2020.](#)

<sup>2</sup> G. TURONE, F. BASILE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè editore, Milano, 2024, pp. 146 ss.

<sup>3</sup> L. CONFETENTE, *La Cassazione conferma: il clan Casamonica è un'associazione mafiosa*, in *IUS Penale*, 2024.

<sup>4</sup> Cass. pen., Sez. II, sent. 24 novembre 2023, n. 2159, par. 2 «Sulla scorta del dato positivo e di un'imponente

**2. La questione giuridica.** Dinanzi alla Corte EDU il ricorrente deduceva la violazione dell'art. 7 CEDU, assumendo che l'estensione applicativa dell'art. 416-bis c.p. alle "piccole mafie" si sarebbe consolidata solo in epoca successiva ai fatti contestati, con conseguente imprevedibilità della condanna.

La censura investe, più in generale, il rapporto tra evoluzione giurisprudenziale e principio di legalità penale, chiamando in causa i confini entro i quali l'interpretazione giudiziale può incidere sull'ambito applicativo di una fattispecie incriminatrice senza tradursi in un'inammissibile estensione analogica in *malam partem*.

**3. La decisione della Corte EDU.** Investita del ricorso, la Corte EDU ha anzitutto ribadito il proprio ruolo: non spetta al giudice convenzionale sostituirsi ai giudici nazionali nell'interpretazione del diritto interno, bensì verificare se gli effetti di tal interpretazione risultino compatibili con le garanzie della CEDU<sup>5</sup>.

Quanto al merito, la Corte ha richiamato la propria costante giurisprudenza secondo cui l'art. 7 CEDU non impone una concezione rigidamente formalistica del principio *nulla poena sine lege*, ma richiede che il consociato possa ragionevolmente prevedere, alla luce del dato normativo e della sua elaborazione giurisprudenziale, le conseguenze penali delle proprie azioni. Il giudizio positivo di prevedibilità postula che l'evoluzione interpretativa di una fattispecie preesistente risulti ragionevole alla luce del diritto interno e coerente con l'essenza del reato.

Applicando tali criteri al caso di specie, la Corte EDU ha rilevato che il terzo comma della disposizione individua in termini oggettivi gli elementi costitutivi dell'associazione di tipo mafioso, ancorandone la tipicità all'avvalimento della forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo e alle conseguenti condizioni di assoggettamento e omertà. Ne consegue che, una volta accertata la sussistenza del metodo mafioso, la riconducibilità del sodalizio alla fattispecie incriminatrice prescinde dalle dimensioni dell'organizzazione. A conferma di ciò anche l'ultimo comma della disposizione, quale chiara espressione della volontà legislativa di costruire una fattispecie aperta, suscettibile di applicazione anche a formazioni diverse delle organizzazioni mafiose storiche.

---

opera interpretativa in letteratura e in giurisprudenza è da tempo consolidato l'orientamento, a cui il Collegio intende dare piena continuità, in materia di rilevanza penale ai sensi dell'art. 416-bis cod. pen. anche di organizzazioni criminali non solo diverse dalle mafie storiche (nonché dalle loro cellule, insediate, in continuità e col beneplacito dell'associazione made, al di fuori dei territori di provenienza, secondo lo schema delle cosiddette mafie delocalizzate [...]), ma neppure riconducibili al paradigma delle grandi formazioni criminal-imprenditoriali, che agiscono a livello nazionale o transnazionale o comunque su un'ampia area territoriale».

<sup>5</sup> Corte EDU, Sez. I, sent. 11 settembre 2025, ric. n. 21670/2024, par. 12.

Pur ammettendo che la nozione di “piccole mafie” abbia trovato una più compiuta sistematizzazione solo in tempi recenti<sup>6</sup>, la Corte ha escluso che tale sviluppo configuri uno scostamento giurisprudenziale imprevedibile, costituendo, invece, esso una fisiologica opera di chiarificazione dell’ambito applicativo della disposizione, coerente tanto con il dato letterale (bastano tre persone) quanto con l’intento repressivo del legislatore.

Ne consegue che l’interpretazione data dalla Corte di cassazione non ha inciso in modo innovativo sulla struttura del reato, limitandosi a esplicitare un contenuto già ricavabile dal quadro normativo<sup>7</sup>.

\*\*\*

**4. Osservazioni.** La portata sistematica della pronuncia emerge con particolare evidenza se rapportata al precedente *Contrada c. Italia* (2015)<sup>8</sup>, quale principale parametro convenzionale in materia di prevedibilità della responsabilità penale per fatti connessi alla criminalità associativa mafiosa.

Le due decisioni, pur muovendo dal medesimo riferimento all’art. 7 CEDU, approdano a esiti opposti, offrendo così un utile terreno di confronto per delimitare il confine tra interpretazione evolutiva consentita e creazione giurisprudenziale vietata.

Nel caso *Contrada*, la Corte EDU aveva ravvisato la violazione del principio di legalità con riferimento alla condanna per concorso esterno in associazione mafiosa, rilevando come, all’epoca dei fatti, tale istituto non presentasse confini applicativi sufficientemente determinati né fosse sorretto da un orientamento giurisprudenziale consolidato, sicché l’intervento interpretativo, operato dai giudici italiani, andando al di là dei limiti della mera specificazione ermeneutica, si sarebbe tradotto non già in una mera precisazione del contenuto normativo, bensì nell’elaborazione di una forma autonoma di responsabilità<sup>9</sup>.

Diversamente, nella vicenda *Casamonica* la condanna si fonda su una fattispecie espressamente tipizzata dal legislatore, i cui elementi costitutivi sono descritti in termini oggettivi. L’applicazione dell’art. 416-bis c.p. alle “nuove o piccole mafie” non estende l’area del penalmente rilevante né altera la struttura della fattispecie, ma si configura

---

<sup>6</sup> A ben vedere, già nel 1989, con riferimento al gruppo Teardo, la Suprema Corte ha avuto modo di precisare: «nello schema previsto dall’art. 416-bis non rientrano solo le grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti; dotate di mezzi finanziari imponenti; che assicurano l’assoggettamento e l’omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone: rientrano anche le piccole mafie con basso numero di appartenenti (bastano tre persone), non necessariamente armate, che assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività avvalendosi però del metodo della intimidazione da cui deriva assoggettamento e omertà» (Cass. Sez. VI, sent. 10 giugno 1989, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1990, pp. 1177 ss.).

<sup>7</sup> Corte EDU, Sez. I, sent. 11 settembre 2025, ric. n. 21670/2024, par. 17.

<sup>8</sup> Corte EDU, Sez. IV, sent. 14 aprile 2015, ric. n. 66655/2013.

<sup>9</sup> Corte EDU, Sez. IV, sent. 14 aprile 2015, ric. n. 66655/2013, par. 75. Per alcuni lievi critici su tale sentenza si veda, in ogni caso, anche per ulteriori riferimenti, G. TURONE, F. BASILE, *Il delitto di associazione mafiosa*, op. cit. p. 338 ss.

piuttosto come chiarificazione interpretativa coerente con il dato letterale e la ratio della disposizione. Decisivo, nella valutazione della Corte EDU, risulta il costante ancoraggio della giurisprudenza nazionale agli elementi oggettivi della fattispecie, con particolare riferimento all'effettiva esteriorizzazione della forza intimidatrice quale tratto qualificante del metodo. In tale direzione si colloca l'elaborazione maturata dal noto caso Mafia Capitale, che ha rappresentato un significativo banco di prova per la tenuta applicativa dell'art. 416-bis c.p. rispetto a fenomeni criminali non riconducibili alle mafie storiche. Tale impostazione, improntata a un rigoroso controllo della tipicità, conferma come l'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 416-bis si sviluppi in senso non espansivo, bensì selettivo, circoscrivendo l'area del penalmente rilevante entro confini oggettivamente verificabili. È proprio questa coerenza sistematica che consente di escludere, anche nel caso Casamonica, un'estensione analogica o imprevedibile della fattispecie incriminatrice.

Se in Contrada l'intervento interpretativo aveva assunto – ad avviso della Corte EDU – carattere sostanzialmente creativo, generando retroattivamente una responsabilità non chiaramente desumibile dall'ordinamento, in Casamonica esso si limita a esplicitare un contenuto già immanente alla fattispecie legale.

La presente pronuncia del Giudice di Strasburgo, pertanto, non segna affatto un arretramento delle garanzie convenzionali, ma ne conferma l'impostazione sostanziale, precisando che solo le innovazioni interpretative imprevedibili o analogiche risultano incompatibili con l'art. 7 CEDU, mentre restano ammissibili gli sviluppi ragionevoli e coerenti con l'essenza del reato.

**LA CORTE EDU SUI RAPPORTI TRA CONFISCA DEL PREZZO O  
PROFITTO DEL REATO EX ART. 322 TER C.P. E RISARCIMENTO DEL  
DANNO ERARIALE: SPROPORZIONATO IL CUMULO TRA LE DUE  
MISURE**

*C. eur. dir. uomo, Sez. I, 5 febbraio 2026, Florio et Bassignana c. Italia*

di Filippo Ferri

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, pronunciata nei confronti dell'Italia, la Corte europea dei diritti dell'uomo si esprime sulla compatibilità con l'art. 1 Prot. 1 CEDU, sulla protezione della proprietà, del cumulo tra due diverse misure: da un lato, la confisca del prezzo e del profitto del reato ex art. 322 *ter* c.p. con riferimento ad alcuni specifici reati contro la pubblica amministrazione, disposta dal giudice penale; dall'altro, il risarcimento del danno erariale nei confronti dell'amministrazione lesa a causa dell'illecito, disposto dalla Corte dei conti. Il problema della possibilità di irrogare entrambe le sanzioni nei confronti dello stesso soggetto e con riferimento al medesimo fatto risulta complesso, e coinvolge temi di notevole attualità quali la corretta identificazione della funzione della confisca nell'ordinamento italiano e i rapporti tra la giurisdizione penale e quella contabile. La pronuncia della Corte di Strasburgo affronta per la prima volta la questione, propendendo infine per l'illegittimità del cumulo sulla base di una interpretazione che valorizza le diverse funzioni della confisca e la proporzionalità degli effetti congiunti delle sanzioni irrogate dalle due giurisdizioni.

Il giudizio della Corte EDU muove da due distinti casi sottoposti alla sua attenzione. Il primo è quello sorto con il ricorso n. 34324/15, *Florio c. Italia*, relativo a tre persone imputate di associazione a delinquere (art. 416 c.p.), corruzione (art. 319 c.p.) e truffa (art. 640 c.p.) per aver prestato, in accordo con un pubblico ministero di Pinerolo, alcuni servizi di consulenza falsi nei confronti della Procura. A seguito del rito abbreviato, il GIP di Milano, con sentenza poi confermata sia in appello che nel giudizio di legittimità, ha condannato i ricorrenti per tutti i capi di imputazione ascritti, disponendo anche la confisca obbligatoria ex art. 322 *ter* c.p.<sup>1</sup> dei profitti dei reati, detratte le imposte pagate su tali somme. Al contempo, i medesimi fatti sono stati oggetto di procedimento di fronte alla Sezione giurisdizionale per la regione Piemonte della Corte dei conti, che ha condannato gli stessi soggetti al pagamento a titolo di danno erariale, in favore del Ministero della giustizia, di una somma pari a quanto percepito dalla Procura come profitto delle consulenze illecite.

---

<sup>1</sup> Esteso anche al reato di truffa in virtù dell'art. 640 *quater* c.p., che richiama espressamente anche per questa fattispecie la confisca ex art. 322 *ter* c.p.

Analogamente, il secondo caso, posto con il ricorso n. 65192/16, *Bassignana c. Italia*, riguarda la condanna di un pubblico funzionario della Regione Valle d'Aosta in più procedimenti: da una parte, due processi penali per i reati di corruzione (art. 319 c.p.) e riciclaggio, rispettivamente in Italia e in Svizzera; dall'altra, il procedimento dinanzi alla Corte dei conti per danno erariale. Il ricorrente, accusato di aver percepito delle tangenti per l'aggiudicazione di alcuni appalti pubblici, viene condannato dal GIP di Aosta, con sentenza poi confermata nei gradi successivi, con la disposizione ulteriore della confisca ex art. 322 *ter* c.p. di quanto ottenuto come prezzo per la corruzione. Inoltre, la Sezione regionale della Corte dei Conti per la regione Valle d'Aosta ha condannato lo stesso al risarcimento del danno erariale, per una somma pari ancora una volta ai proventi del reato.

In entrambi i casi le sezioni di primo e secondo grado della Corte dei conti, interrogate sulla legittimità della condanna al risarcimento integrale del danno erariale pur in presenza di una precedente confisca sullo stesso ammontare, hanno risposto positivamente, in ragione delle differenti finalità che ispirano le due misure e dell'autonomia del procedimento contabile rispetto a quello penale. Di fronte a questa decisione, i condannati ricorrono alla Corte EDU lamentando la violazione dell'art. 7 della Convenzione, dell'art. 1 del Protocollo n. 1 e dell'art. 4 del Protocollo n. 7 per la sproporzionalità del cumulo tra confisca e risarcimento del danno erariale. Il ricorso viene accolto, con riferimento al solo art. 1 Prot. 1, dai giudici di Strasburgo, che ne sostengono la fondatezza sulla base di argomentazioni convincenti ed in linea con la dottrina e la giurisprudenza più recente delle corti interne.

2. La questione affrontata dalla Corte di Strasburgo coinvolge l'annoso tema, destinatario delle più diverse soluzioni interpretative nel diritto interno ed europeo, della natura e delle funzioni della confisca, e dunque della sua distinguibilità rispetto a disposizioni che comportano, allo stesso modo, l'ablazione di una somma di denaro come conseguenza di un illecito. Posta cioè la difficoltà di definire in modo netto la natura della confisca, a partire da quella ex art. 322 *ter* qui in esame, risulta conseguentemente complesso identificare i casi in cui l'istituto entra in conflitto con misure di carattere analogo, perché rivolte allo stesso soggetto, sulla base del medesimo fatto e con riferimento ad una identica somma<sup>2</sup>. Risulta opportuna quindi prima di tutto una breve disamina sui rapporti tra confisca e altri istituti simili.

2.1. Innanzitutto, il caso di specie riguarda una specifica ipotesi di confisca, quella obbligatoria del prezzo o del profitto del reato, anche per equivalente ai sensi

---

<sup>2</sup> Ad esempio, è stata riconosciuta l'impossibilità di cumulare la confisca ex art. 322 *ter* c.p. con la riparazione pecuniaria ex art. 322 *quater*, avendo entrambe la medesima funzione sanzionatoria: cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sent. 5 marzo 2024, n. 23203, *Petrini*, in *CED*, 286645; Cass. Pen., Sez. VI, sent. 30 gennaio 2019, n. 16872, *Guerra*, in *CED*, 275671. O ancora, ne è stata esclusa la compatibilità con il risarcimento del prezzo o del profitto del reato: cfr. Cass. Pen., Sez. II, sent. 18 ottobre 2022, n. 44189, *Hoxha*, in *CED*, 284122; Cass. Pen., Sez. VI, sent. 24 giugno 2020, n. 21353, *Magnani*, in *CED*, 279286; Cass. Pen., Sez. III, sent. 15 ottobre 2013, n. 44446, *Runco*, in *CED*, 257628.

dell'art. 322 *ter* c.p. Si tratta di una *species* del genere di misure ablatorie che si fonda in primo luogo sull'art. 240, il quale trova origine nell'intenzione del legislatore di aggravare la disciplina della confisca per alcune categorie di reato, rendendone l'applicazione obbligatoria o estendendone l'oggetto. La disposizione si rivolge nello specifico ad alcuni reati contro la pubblica amministrazione, prevedendo che «nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti [...], per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-*bis*, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto».

Come anticipato, il dibattito sulla natura della confisca è notoriamente ampio e ricco di diverse interpretazioni, anche in ragione della molteplicità di istituti che si rifanno a questo *genus* pur presentando una diversa disciplina e un differente campo di applicazione: quando si parla di confisca si fa riferimento ad un istituto polimorfo, che necessita pertanto di essere interpretato in modo diverso a seconda della disposizione sulla quale si fonda<sup>3</sup>. La particolare misura ex art. 322 *ter* è stata dunque oggetto di specifica trattazione da parte degli interpreti, che l'hanno inquadrata distinguendo le due ipotesi previste di confisca diretta del prezzo o del profitto del reato da quella per equivalente. Dal punto di vista della sua natura e delle sue funzioni, la giurisprudenza più consolidata qualifica differentemente le due figure, attribuendo in particolare alla prima forma di misura una funzione di prevenzione speciale e di ripristino della situazione patrimoniale del reo precedente al compimento del reato, ed alla seconda invece anche una funzione afflittiva e sanzionatoria oltre che ripristinatoria<sup>4</sup>. Tali diverse nature convivono all'interno dell'istituto, non consentendo di ricondurlo ad una «pura e semplice pena patrimoniale»<sup>5</sup>.

I giudici interni, a partire anche dagli orientamenti espressi in ambito sovranazionale, sono intervenuti anche in tempi più recenti a porre dei confini rispetto alla possibilità di far sopportare al reo sia la confisca che altre sanzioni che abbiano ad oggetto le stesse somme, proprio in virtù della suddetta varietà di funzioni che la confisca esprime. L'obiettivo è scongiurare il rischio che il reo sopporti limitazioni di diritti eccessive e sproporzionate rispetto al reato commesso, o che il soggetto danneggiato riceva due volte la stessa somma a titolo di compensazione. È il caso, ad

---

<sup>3</sup> Cfr. P. Di Geronimo, *Art. 322ter*, in E. Dolcini, G. L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Wolters Kluwer, 2025, p. 299. Com'è noto, l'ipotesi di confisca ex art. 322 *ter* si inserisce all'interno di un ambito in cui già sussistono numerosi altri strumenti coercitivi omonimi volti ad agire sul piano patrimoniale, come la confisca ex art. 335 *bis* c.p., prevista solo in caso di condanna e non per equivalente, la confisca ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001, per gli enti collettivi, la confisca allargata ex art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992.

<sup>4</sup> Cfr. Di Geronimo, *Art. 322ter*, in E. Dolcini, G. L. Gatta (a cura di), *Codice penale commentato*, II, Wolters Kluwer, 2025, p. 311. Non mancano però talvolta anche posizioni contrarie alla coesistenza di tali diverse funzioni. La Corte EDU, ad esempio, si è pronunciata anche nel senso di riconoscere soltanto una natura ripristinatoria alla confisca per equivalente ex art. 322 *ter* c.p.: cfr. Corte EDU, sent. 19 dicembre 2024, *Episcopo e Bassani c. Italia*, par. 73; Corte EDU, sent. 13 febbraio 2025, *Garofalo e altri c. Italia*, par. 126.

<sup>5</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sent. 9 gennaio 2020, n. 14041, *Malvaso*, in CED, 279262.

esempio, delle pronunce della Corte di cassazione che hanno ritenuto la confisca per equivalente ex art. 322 *ter* c.p. non cumulabile con la riparazione pecuniaria prevista per gli stessi reati ex art. 322 *quater* c.p.<sup>6</sup>, in ragione della medesima natura afflittiva che caratterizzerebbe entrambe le misure e del rischio dunque di un *bis in idem* sanzionatorio. O ancora, è il caso del giudizio di non cumulabilità con il risarcimento del danno, quando è stato integralmente restituito o risarcito il prezzo o profitto del reato e venga dunque meno la funzione ripristinatoria della misura<sup>7</sup>. Ad essere centrale rispetto al discorso della potenziale sovrapposizione di misure ablatorie differenti dunque è proprio il problema delle funzioni che esse rivestono: è esattamente sulla base di queste che si può argomentare o meno che un certo istituto in concreto risulta un inutile o eccessivo duplicato di un altro.

2.2. A questo proposito, non manca però all'interno del panorama giurisprudenziale anche un orientamento diverso e più attuale, che ricostruisce in modo alternativo i rapporti tra confisca diretta e per equivalente. Alcune pronunce più recenti della Corte costituzionale e della Corte di cassazione hanno affermato, infatti, che la distinguibilità tra diverse funzioni della confisca non va ricondotta alla natura diretta o per equivalente della misura, ma unicamente al suo oggetto. In questo senso, la confisca è caratterizzata da una finalità ripristinatoria laddove è rivolta al profitto del reato, e da una vera e propria finalità punitiva quando rivolta al prodotto del reato o ai mezzi utilizzati per commetterlo, a prescindere dal fatto che si applichi direttamente a tali beni o al loro equivalente<sup>8</sup>.

Secondo il giudice delle leggi, dunque, «la confisca del “profitto” di un illecito ha “mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente” alla commissione del fatto in capo all’autore», dal momento che «la finalità essenziale della misura risiede nel sottrarre al reo l’utilità economica acquisita mediante la violazione della legge penale, e che egli non ha il diritto di trattenere», il che «esclude quell’effetto peggiorativo della sua situazione patrimoniale preesistente, che necessariamente inerisce alle sanzioni dal contenuto “punitivo”. Al contrario, la confisca dei “beni utilizzati per commettere l’illecito” [...] incide su beni non ottenuti attraverso un’attività criminosa, e che dunque, di regola, erano legittimamente posseduti dall’autore [...]; sicché la loro ablazione ad opera del giudice penale determina un peggioramento della sua situazione patrimoniale preesistente al reato. Il che senz’altro esclude che tale misura possa avere una natura meramente “ripristinativa” dello *status quo ante*». La Consulta, esclusa la natura invece preventiva della misura laddove sia prevista in via obbligatoria, senza un accertamento caso per caso sull’effettiva sussistenza del pericolo di reiterazione

---

<sup>6</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sent. 5 marzo 2024, n. 23203, cit.; Cass. Pen., Sez. VI, sent. 30 gennaio 2019, n. 16872, cit.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. II, sent. 18 ottobre 2022, n. 44189, cit.; Cass. Pen., Sez. VI, sent. 24 giugno 2020, n. 21353, cit.; Cass. Pen., Sez. III, sent. 15 ottobre 2013, n. 44446, cit.

<sup>8</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 14 gennaio 2025, n. 7, la quale a sua volta riprende Corte Cost., sent. 6 marzo 2019, n. 112; Cass. Pen., Sez. U., sent. 26 settembre 2024, n. 13783, *Massini*, in *CED*, 287756.

del reato, ravvisa quindi soltanto in questo secondo caso una funzione punitiva della confisca, idonea a caratterizzarla come una vera e propria pena patrimoniale<sup>9</sup>.

Sulla stessa linea si è posto così recentemente anche il giudice di legittimità, il quale ha rigettato l'assunto più consolidato per cui dalla "forma" dell'ablazione deriverebbe la sua "natura", e ha di conseguenza affermato che «la confisca, se diretta, sarebbe sempre una misura di sicurezza, come tale sottratta alla garanzie [sic] della legalità penale, e, invece, se per equivalente, sarebbe sempre una sanzione, una pena, sottoposta, per tale ragione, alle fondamentali garanzie derivanti dal principio di legalità». Dunque, proprio in virtù del nuovo orientamento della giurisprudenza costituzionale, è l'oggetto della confisca a determinarne la natura: la confisca del profitto, anche se per equivalente, esprime sempre una funzione ripristinatoria, mentre assume una portata punitiva soltanto qualora sia sottratto al reo più di quanto esso abbia guadagnato dal reato. L'assenza del nesso di pertinenzialità tra reato e beni, tipico della confisca per equivalente, non sarebbe in tal senso dirimente, nella misura in cui riporti l'autore esattamente nella situazione patrimoniale precedente al reato<sup>10</sup>.

In ogni caso, e a prescindere dal fatto che si aderisca o meno alla prima o alla seconda tesi, risulta evidente quindi come la confisca del prezzo o del profitto del reato sia un istituto complesso e fonte di plurimi contrasti interpretativi, cui si riconducono al contempo più funzioni differenti. In questo senso, non stupisce che sia oggetto di censura la possibilità che ad essa si aggiunga anche la condanna al risarcimento del danno erariale: entrambe le sanzioni sono volte a privare l'autore dell'illecito di quanto ingiustamente guadagnato, e come tali ingenerano il rischio di una doppia e sproporzionata ingerenza nel suo patrimonio.

3. L'oggetto del giudizio in esame ha riguardato in particolare la compatibilità delle pronunce dei giudici interni, in virtù dei quali il risarcimento del danno erariale prescinde da quanto già sottratto allo stesso soggetto a titolo di confisca, con l'art. 1 Protocollo n. 1 CEDU sulla protezione della proprietà. La disposizione, che afferma che «ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni» e «nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale», viene comunemente interpretata dalla giurisprudenza europea nel senso di richiedere che ogni ingerenza pubblica nei beni individuali debba essere prevista dalla legge, che vi sia una finalità di interesse generale, ed il rispetto di un criterio di proporzionalità tra questo e l'interesse individuale<sup>11</sup>.

La sentenza in commento della Corte EDU, nell'affrontare le doglianze oggetto dei ricorsi, si è pronunciata su entrambe le questioni fondamentali che emergono dalla vicenda, decisive rispetto alla possibilità di riconoscere cumulativamente l'istituto ex art. 322 *ter* c.p. e il risarcimento del danno erariale: da un lato, la natura e le funzioni della

---

<sup>9</sup> Cfr. Corte Cost., sent. 14 gennaio 2025, n. 7.

<sup>10</sup> Cass. Pen., Sez. U., sent. 26 settembre 2024, n. 13783, cit.

<sup>11</sup> Cfr. ad esempio Corte EDU, sent. 13 dicembre 2016, n. 53080/13, *Bélané Nagy c. Ungheria*.

confisca; dall'altro, le finalità del procedimento penale e di quello contabile e il rapporto tra i due.

Per quanto riguarda la prima questione, la Corte ha richiamato innanzitutto la giurisprudenza delle massime corti italiane sulla confisca, concludendo anch'essa per la molteplicità di funzioni perseguite dalla legge attraverso la misura<sup>12</sup>. In particolare, ha fondato la propria decisione sul primo dei due orientamenti giurisprudenziali menzionati, il quale distingue tra la forma diretta e quella per equivalente dell'istituto, essendo il secondo cronologicamente successivo rispetto alle vicende oggetto del giudizio. Tuttavia, anche qualora fosse stata applicabile la più recente interpretazione dei giudici interni, comunque si sarebbe dovuto concludere per la natura al contempo ripristinatoria e sanzionatoria della confisca del prezzo e del profitto del reato, e non solamente afflittiva come ritenuto dalle Sezioni della Corte dei conti chiamate a giudicare sul danno erariale nei casi *Bassignana* e *Florio*.

Per quanto concerne la seconda questione, invece, i giudici di Strasburgo si sono mossi dall'assunto delle diverse finalità che comunemente si attribuiscono ai procedimenti sottoposti alle giurisdizioni penale e contabile: l'accertamento rispettivamente di un fatto di reato e della responsabilità del pubblico ufficiale nella malagestione delle risorse pubbliche, fonte del danno erariale. Le diverse finalità perseguite dai due giudici non ostano, però, alla possibilità che quanto accertato dall'una produca degli effetti anche sull'altra<sup>13</sup>.

La sentenza rileva, su quest'ultimo punto, che le due giurisdizioni esprimono posizioni opposte. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte dei conti, infatti, non sarebbe possibile dedurre dall'ammontare del danno erariale risarcibile le somme già oggetto di confisca da parte del giudice penale per lo stesso fatto, proprio in virtù di una diversità di funzioni che i due istituti e le due procedure invece perseguirebbero, ed in particolare in virtù dell'attribuzione alla misura ablatoria ex art. 322 *ter* della sola funzione afflittiva e preventiva, nonché del diverso ente pubblico cui tali somme sarebbero destinate<sup>14</sup>. Al contrario, i principi di diritto stabiliti dalla giurisprudenza di legittimità in materia prevedono che i beni confiscabili debbano essere calcolati tenendo conto di quanto già pagato dallo stesso soggetto a titolo di risarcimento del danno erariale, avendo specificato peraltro che la stessa logica debba applicarsi anche in senso inverso<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Oltre alle sentenze già menzionate, comunque, ha richiamato anche sulla natura della confisca Corte Cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97; Corte Cost., ord. 16 novembre 2009, n. 301; Corte Cost., sent. 7 aprile 2017, n. 68; Cass. Pen., Sez. V, sent. 16 gennaio 2004, n. 15445, *Napolitano et al.*, in CED, 228750; Cass. Pen., Sez. III, sent. 24 settembre 2008, n. 39173, in CED, 241034; Cass. Pen. Sez. U., sent. 26 giugno 2015, n. 31617, *Lucci*, in CED, 264434; Corte EDU, sent. 19 dicembre 2024, n. 47284/16, *Episcopo et Bassani c. Italia*.

<sup>13</sup> Cfr. Corte EDU, sent. 9 marzo 2023, n. 20148/09, *Rigolio c. Italia*.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Conti, Sez. II app., sent. n. 130/2024; Corte Conti, Sez. III app., sent. n. 676/2016; Corte Conti Lazio, sent. n. 1463/2024; Corte Conti Umbria, sent. n. 76/2008.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. II, sent. 16 novembre 2011, n. 45054, *Benzoni et al.*, in CED, 251070; Cass. Pen., Sez. III, sent. 15 ottobre 2013, n. 44446, *Runco*, in CED, 257628; Cass. Pen., Sez. I; sent. 6 giugno 2018, n. 39874, *Sicilfert S.r.l.*, in CED, 273866; Cass. Pen., Sez. II, sent. 18 ottobre 2022, n. 44189, cit.

4. La Corte EDU, rispetto ad entrambe le questioni, non ha ritenuto di seguire l'orientamento giurisprudenziale della magistratura contabile italiana, giudicando ammissibili e fondate nel merito le censure avanzate dai ricorrenti. La sentenza, dunque, ha rilevato la violazione da parte della Corte dei conti dell'art. 1 Protocollo 1 CEDU, nella misura in cui ha condannato i ricorrenti al pagamento di una somma, a titolo di risarcimento del danno erariale, senza alcuna deduzione delle somme già confiscate, sproporzionata per eccesso rispetto alle finalità perseguite. L'effetto combinato delle due misure, confisca e danno erariale, ha consentito allo Stato di conseguire un ammontare superiore rispetto al danno ricevuto dall'amministrazione lesa, determinando al contempo una duplice ed ingiustificata ablazione patrimoniale nei confronti del soggetto responsabile.

L'argomentazione dei giudici di Strasburgo si fonda in particolare su tre argomenti. In primo luogo, vengono richiamate le diverse nature degli istituti coinvolti. Pur essendo vero che confisca e danno erariale non perseguono una stessa finalità, essendo la prima rivolta a sanzionare il reo e ricostituire la situazione patrimoniale precedente all'illecito, e la seconda a compensare il danno subito dall'amministrazione lesa, si rileva che la Corte dei conti non ha correttamente inquadrato le molteplici funzioni delle misure applicate ai ricorrenti, riconoscendo alla confisca la sola natura punitiva. Al contrario, secondo la sentenza, è proprio la funzione riparatoria dell'istituto ex art. 322 *ter* c.p. a venire in rilievo nel caso di specie. Entrambe le sanzioni sono finalizzate a riparare le conseguenze dell'illecito, essendo dirette a riportare sia il responsabile che il danneggiato nella situazione economica precedente. Le pronunce impugnate determinano invece uno squilibrio in tal senso, causando rispettivamente una maggiore privazione patrimoniale e un maggior guadagno nei due soggetti, con la conseguenza che, rispetto al conseguimento degli scopi prefissati dai due istituti, gli effetti prodotti sono eccessivi e sproporzionati.

In secondo luogo, la Corte si è soffermata sul tema del rapporto tra la giurisdizione penale e quella contabile, affermando che pur essendo distinte e funzionalmente diverse i procedimenti dei due giudici non devono essere considerati come assolutamente autonomi ai fini della legittimità e proporzionalità delle singole sanzioni adottate. Confisca e risarcimento del danno fanno certamente riferimento a due vicende giurisdizionali separate, ma non per questo i loro effetti non devono essere considerati dai singoli giudici nel loro insieme, essendo lo stesso il soggetto coinvolto e il medesimo il fatto compiuto. In questo senso, è necessario secondo la sentenza valutare le conseguente globali delle misure afflittive irrogate, dovendo così i giudici tenere conto ai fini del bilanciamento ex art. 1 Protocollo 1 CEDU di quanto già subito dal soggetto responsabile come conseguenza del suo illecito<sup>16</sup>. La Corte dei conti è onerata così di valutare, in sede di quantificazione del danno erariale risarcibile, la sola frazione che eccede l'ammontare già oggetto di confisca. Con l'aggiunta, peraltro, che pur essendo diverse le amministrazioni destinatarie delle somme, come rilevato dai giudici contabili, nulla osta alla previsione di meccanismi di trasferimento delle somme confiscate tra i

---

<sup>16</sup> Cfr. Corte EDU, sent. 5 ottobre 2000, n. 28856/95, *Jokela c. Finlandia*.

diversi soggetti pubblici, al fine di escludere l'insoddisfazione di quella lesa dal danno erariale.

Infine, ad essere oggetto di attenzione da parte della sentenza, come ulteriore motivo a sostegno dei ricorsi, è l'effetto paradossale che si produrrebbe laddove fosse adottato l'orientamento della Corte dei conti. Si fa riferimento, in questo caso, al rapporto tra le pronunce dei giudici contabili e la giurisprudenza già menzionata della Corte di cassazione, che tende ad escludere qualunque forma di cumulo con misure sostanzialmente coincidenti irrogate in sede penale o in altri procedimenti paralleli. La conseguenza del contrasto tra le due giurisdizioni è evidente: l'ammontare complessivo delle sanzioni subite non dipenderebbe più dall'accertamento nel merito della responsabilità individuale, quanto dall'ordine delle pronunce dei diversi giudici, nella misura in cui il giudice penale darebbe rilievo nella quantificazione della confisca alla precedente condanna in sede contabile, ma non viceversa. Si tratta di conseguenze paradossali e fonte di potenziali trattamenti disuguali, i quali difficilmente trovano giustificazione nel rapporto di proporzionalità con le finalità perseguite.

\* \* \*

5. La sentenza in commento riguarda un tema annoso e di perdurante attualità del diritto penale (e non solo) italiano, quello della natura della confisca ex art. 322 *ter* c.p. e del suo rapporto con istituti e sanzioni che ne duplicano il contenuto, essendo parametrati allo stesso modo sul profitto o sul prezzo dell'illecito. In particolare, la Corte EDU si pronuncia su un particolare caso di sovrapposizione tra misure simili, quello tra confisca e risarcimento del danno erariale accertato dalla Corte dei conti, offrendo un orientamento che certamente è suscettibile di essere recepito dai giudici interni e che, peraltro, si pone in continuità con la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione penale<sup>17</sup>. I giudici di Strasburgo propendono per la sproporzionalità del cumulo tra le due misure, risolvendo le due questioni fondamentali sottese alle doglianze dei ricorrenti attraverso l'affermazione di due principi determinanti in materia di confisca e di rapporto tra giudice ordinario e giurisdizioni speciali.

Da un lato, infatti, la Corte EDU conferma l'interpretazione ormai consolidata per cui nell'ordinamento italiano la confisca dev'essere declinata al plurale sia in termini strutturali, variando di caso in caso in base ai presupposti applicativi della singola disposizione di riferimento e non essendo quindi riducibile ad un istituto unico, sia in termini funzionali, rilevandosi una molteplicità di diverse finalità perseguite. La confisca ex art. 322 *ter*, così come altre ipotesi di confisca del prezzo o del profitto del reato, resta anche dopo le più recenti pronunce uno strumento poliedrico, capace di rispondere ad obiettivi diversi ed il cui statuto giuridico di conseguenza dipende dalle diverse nature che vengono in rilievo. Non si tratta di un istituto coerente, ma di

---

<sup>17</sup> Cfr. Cass. Pen., Sez. VI, sent. 5 marzo 2024, n. 23203, cit.; Cass. Pen., Sez. VI, sent. 30 gennaio 2019, n. 16872, cit.; Cass. Pen., Sez. II, sent. 18 ottobre 2022, n. 44189, cit.; Cass. Pen., Sez. VI, sent. 24 giugno 2020, n. 21353, cit.; Cass. Pen., Sez. III, sent. 15 ottobre 2013, n. 44446, cit.

una misura ibrida con una disciplina peculiare, ed il cui rapporto con altre disposizioni dell'ordinamento può cambiare in base alla finalità considerate. Nel caso di specie, ad esempio, la Corte fa leva sulla natura ripristinatoria della confisca piuttosto che su quella sanzionatoria per sostenere la non cumulabilità con il danno erariale; ma si ravvisano anche situazioni in cui è stata invece la natura afflittiva a giustificare una certa interpretazione piuttosto che un'altra, come nel caso del riconoscimento del divieto di retroattività.

Dall'altro lato, la sentenza si pronuncia sui rapporti tra procedimento penale e contabile, scongiurando con una soluzione logica e convincente il rischio paradossale di un diverso trattamento del soggetto le cui responsabilità penale e contabile vengano accertate in un ordine diverso. La posizione della Corte dei conti rischia di risultare formalistica laddove concepisce le giurisdizioni ordinaria e speciale come due monadi, incapaci di comunicare tra loro anche quando ad essere giudicato sia uno stesso soggetto per il medesimo fatto. Al contrario, come opportunamente affermato dai giudici di Strasburgo, le due corti interne devono adottare una visione sostanziale dell'oggetto del loro giudizio: non limitandosi a rilevare l'autonomia delle due forme di illecito, ma contemplando nelle loro valutazioni l'insieme globale degli effetti determinati dalle diverse decisioni e i nessi che si instaurano tra i distinti titoli di responsabilità. È alla luce di questa diversa ricostruzione che la sentenza risolve il contrasto interpretativo sorto proprio sul rapporto tra confisca e danno erariale tra le due giurisdizioni. Ad essere scelta è la posizione della Corte di cassazione, più aderente ad un'interpretazione costituzionalmente orientata che esclude un'adesione pedissequa al dato letterale delle disposizioni interessate quando funzionale a scongiurare il rischio sia di misure eccessivamente afflittive, sia di un ingiustificato arricchimento della parte lesa.



Editore

ASSOCIAZIONE  
**"PROGETTO GIUSTIZIA  
PENALE"**