La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani



Anno 2026

Nº 3

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Paterra, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislazionepenale.eu) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.



I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

SOMMARIO

LORENZO BIGAZZI, NE BIS IN IDEM: LE CORTI EUROPEE FRA STATO E INDIVIDUO 4

CHIARA BUFFON, SILENZIO DELL'INDAGATO NELLE OPERAZIONI DI SEQUESTRO DELLE CRIPTOVALUTE 12

MARCO BULGARELLI, CORTE COST. 44/2026: LA PROGRESSIVA EROSIONE DEL TERZO COMMA DELL'ART. 131-BIS CP 27

MARCO COLACURCI, IL MANIFESTANTE COME NUOVO TIPO PERICOLOSO? IL RUOLO DELLE MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE NEL CONTRASTO DELLE FORME DI DISSENSO 35

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, LE VICISSITUDINI DELL'ABERRATIO ICTUS, TRA INTERROGATIVI SISTEMATICI E DISORIENTAMENTI DELLA PRASSI 58

THOMAS DI CANDIA, LA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO PENALE TRA IL DEBOLE DIALOGO DELLE CORTI EUROPEE E LE SPINTE DI ARMONIZZAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA 64

ELISABETTA GIANQUINTO, LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA TRA TUTELA NORMATIVA E PRASSI 85

FRANCESCO BARTOLO MORELLI, LOGICA DELL'ACCERTAMENTO E CONCETTO DI VERITÀ NEL PROCESSO PENALE. OSSERVAZIONI A PARTIRE DALL'OPERA DI ENRICO MARZADURI 105

ANDREA FEDERICI, LA RILEVANZA PENALISTICA DEGLI ATTACCHI RANSOMWARE 118

MATTEO FELTRIN, SEQUESTRO INFORMATICO E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: UN POSSIBILE CONNUBIO? 177

DOMENICO GAUDIANO, INTELLIGENZA ARTIFICIALE E ATTIVITÀ REQUIRENTE: LA GESTIONE DELLA NOTIZIA DI REATO MEDIANTE SOFTWARE PREDITTIVI 190

BARBARA GIORS, LA CORTE COSTITUZIONALE RESTITUISCE CENTRALITÀ ALLA VALUTAZIONE PERIODICA DEL PERCORSO RIEDUCATIVO PER L'ACCESSO ALLA LIBERAZIONE ANTICIPATA 202

ELISA GRISONICH, LE DIRETTIVE A TUTELA DEGLI ACCUSATI E DELLE VITTIME ALLA LUCE DELLE CORTI DI STRASBURGO E LUSSEMBURGO 213

ILARIA TORI, LA TUTELA PENALE DELLA SICUREZZA URBANA TRA INASPRIMENTI SANZIONATORI E MISURE DI ALLONTANAMENTO: COMMENTO AGLI ARTT. 11 E 13 DEL DECRETO "SICUREZZA" 245

FRANCESCO LAZZARINI, IURA NOVIT CURIA E DIRITTO DELL'IMPUTATO ALL'INFORMAZIONE SULL'ACCUSA TRA RINNOVATE SPINTE SOVRANAZIONALI E PERDURANTI RESISTENZE INTERNE 261

NICOLÒ DI PACO, I RAPPORTI FRA PROCESSO PENALE E PROCESSO TRIBUTARIO ALLA LUCE DELLA RIFORMA FISCALE: CHE SIA GIUNTA L'ORA DI SALUTARE IL DOPPIO BINARIO? 301

ALESSANDRO MALACARNE, SPUNTI PER LA TEORIZZAZIONE DI UN "RIGHT OF THE DEFENCE TO INVESTIGATE THE CASE" DI MATRICE EUROPEA 336

STEFANO MANACORDA, LA SCRIMINANTE SPECIALE RELATIVA ALLE MISSIONI SI ESTENDE AI REATI INFORMATICI: SPUNTI CRITICO-RICOSTRUTTIVI COMMENTO ALL'ART. 30 L. 9.6.2025 N. 80 DI CONVERSIONE DEL D.L. 11.4.2025 N. 48, RECANTE DISPOSIZIONI URGENTI IN MATERIA DI SICUREZZA PUBBLICA, DI TUTELA DEL PERSONALE IN SERVIZIO, NONCHÉ DI VITTIME DELL'USURA E DI ORDINAMENTO PENITENZIARIO ("MODIFICA DELL'ART. 19 L. 21.7.2016 N. 145, IN TEMA DI TUTELA PENALE DEL PERSONALE IMPIEGATO NELLE MISSIONI INTERNAZIONALI") 356

LETIZIA MANTOVANI, GIUSTIZIA PREDITTIVA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: UN DELICATO EQUILIBRIO TRA ESIGENZE CONTRAPPOSTE 368

FEDERICA MONTANARO, STEFANO PORFIDO, COMMENTO AGLI ARTICOLI 12 E 24 DEL DECRETO 11 APRILE 2025, N. 48 383

FABIO NICOLICCHIA, RIFLESSIONI MINIME SU DIRITTI DELL'ACCUSATO E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EUROPEA A QUASI UN VENTENNIO DA STOCCOLMA 425

Palma Pujia, LE SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI TRA FLUIDITÀ OPERATIVA, IMPERATIVI DI TUTELA E NUOVE FORME DI COLLABORAZIONE: LA DECISIONE DI ESECUZIONE 2025/1274/UE 435

Luigi Parodi, DATA RETENTION "INDISCRIMINATA": LIMITI EUROPEI E RESISTENZE NAZIONALI 447

Nicola Pascucci, L'ESAME TESTIMONIALE A DISTANZA NEL SISTEMA DELLA "GRANDE EUROPA" 463

Lorenzo Rapisarda, LA RIGIDITA' DEL PARADIGMA MELLONI NELL'ERA DELLE DIRETTIVE DI ARMONIZZAZIONE: RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO ANACCO 476

Flora Romano, IMPLICAZIONI COGNITIVE DEL CONFLITTO PRATICO DI GIUDICATI E INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE 488

Paola Spagnolo, LA PROGRESSIVA EROSIONE DEGLI SPAZI VALUTATIVI DEL GIUDICE CAUTELARE A FAVORE DELLA RILEVANZA DEL MERO TITOLO DI REATO 499

Alessandro Spena, LA GRANDE MENZOGNA. DOGMATICA DELLA DISINFORMAZIONE E LIMITI DEL PENALE 510

Niccolò Tronchin, I DUE VOLTI DELLA VIDEOCONFERENZA NELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA TRA STATI MEMBRI 542

Giulia Lasagni, I PARADIGMI DELL'ACCERTAMENTO PENALE ALLA PROVA DELLE DATA-DRIVEN INVESTIGATION 573

Valentina Vasta, L'ESECUZIONE DELLA PENA ALL'ESTERO IN AMBITO UE: TRA FINALITÀ DI RISOCIALIZZAZIONE DEL CONDANNATO, ESIGENZE DI PROTEZIONE DELLA COLLETTIVITÀ E TENTATIVI DI DEFLAZIONE PENITENZIARIA 612

Fenice Valentina Valenti, DAL "MERITO DEL FATTO" AL "MERITO DEL METODO": INTERPRETABILITÀ E GARANZIE NEL PROCESSO PENALE ALGORITMICO 625

Stefano Zirulia, LA "CRIMMIGRATION" ITALIANA TRA POLITICA CRIMINALE E POLITICHE CRIMINALI 650

NE BIS IN IDEM: LE CORTI EUROPEE FRA STATO E INDIVIDUO

di Lorenzo Bigazzi (Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche Università di Siena)

Il contributo si concentra sulle diverse declinazioni del *ne bis in idem* europeo. Il divieto di un secondo giudizio, principio tanto classico quanto in continua evoluzione, ha man mano trovato sempre più posto nella giurisprudenza di Strasburgo e Lussemburgo, essendo ormai divenuto un indiscusso diritto fondamentale della persona. L'articolo si sofferma su tre snodi essenziali della garanzia. Il primo è quello del "medesimo fatto", il presupposto essenziale del *ne bis in idem*. Il secondo si lega, invece, al doppio binario punitivo e, dunque, all'ampiezza della risposta sanzionatoria che gli Stati possono mettere in atto. Da ultimo, viene messa in evidenza la dimensione transnazionale del *ne bis in idem*, ottima cartina di tornasole per saggiare lo stato di avanzamento della cooperazione tra Stati in un'organizzazione sovranazionale come l'Unione Europea.
The contribution focuses on the different interpretations of the European ne bis in idem principle. The prohibition of a second trial, a principle that is as classic as it is constantly evolving, has gradually found its place in the case law of Strasbourg and Luxembourg, having now become an undisputed fundamental right of the individual. The paper focuses on three essential aspects of the guarantee. The first is that of the "same offence", the essential prerequisite of ne bis in idem. The second relates to the double track sanctioning systems and, therefore, to the scope of the overall punitive response that States can implement. Finally, the transnational dimension of ne bis in idem is highlighted, as it is an excellent litmus test for gauging the state of progress of cooperation between States in a supranational organization such as the European Union.

Ne bis in idem – medesimo fatto – trasferimento procedimenti penali
Double jeopardy – same offence – transfer of criminal proceedings

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il requisito oggettivo. – 3. Il doppio binario sanzionatorio. – 4. Il *ne bis in idem* transnazionale nello spazio europeo – 5. Segue… il Regolamento europeo sul trasferimento dei procedimenti penali come prevenzione della litispendenza.

1. Risulta particolarmente appropriato parlare del divieto di un secondo giudizio nella sua dimensione europea. Infatti, non è agevole individuare un altro principio che, per quanto così "classico", debba così tanto della sua conformazione attuale alle fonti sovranazionali e, in particolare, all'art. 4 Prot. 7 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (Cedu) e all'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza). Una Corte chiamata a pronunciarsi in tema di *ne bis in idem* è tenuta ad operare un bilanciamento inevitabile tra due estremi opposti: la pretesa punitiva statuale e la quiete individuale. L'articolo intende offrire una panoramica dei diversi bilanciamenti a cui sono giunte le Corti europee in tre ambiti fondamentali del *ne bis in idem*, con anche i conseguenti riverberi nella giurisprudenza nazionale.

2. Un primo ambito di interesse è quello legato al requisito oggettivo del divieto e, dunque, alla nozione di "medesimo fatto" *ex* art. 649 Cpp. Come noto, con la sentenza n. 200 del 2016[1], la

[1] C. cost., 21.7.2016 n. 200, in *CP* 2017, 60 ss., con note di D. Pulitanò, *La Corte costituzionale sul* ne bis in idem, e P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sul caso Eternit: il* ne bis in idem *tra diritto vigente e diritto vivente*.

Corte costituzionale ha ritenuto di uniformare la nozione italiana di "medesimo fatto" alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la quale, nell'interpretate il *ne bis in idem* convenzionale, ha affermato che esso debba operare tra due reati scaturenti da fatti identici o che sono sostanzialmente gli stessi, intesi come un insieme di concrete circostanze fattuali inestricabilmente legate nel tempo e nello spazio[2]. In particolare, la Consulta ha stabilito che a rilevare nella nozione di "fatto" debbano essere gli elementi oggettivi della fattispecie declinati nella loro dimensione naturalistica (condotta, evento e nesso causale), escludendo qualunque rilevanza del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice. In tal modo, pur superata l'automatica esclusione del *ne bis in idem* in qualunque ipotesi di concorso formale[3], rimane vero che, nel caso di concorso che coinvolga almeno un reato di evento, il giudicato sul primo illecito non preclude un nuovo accertamento sul secondo, stante, appunto, la diversità di un elemento oggettivo. Eppure, la rigidità di tale impostazione non appare perfettamente allineata alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale sembra, in verità, operare un bilanciamento maggiormente teso verso gli interessi dell'imputato.

In primo luogo, la Corte costituzionale rifiuta di identificare il "fatto" nella mera condotta, soluzione che segnerebbe la massima estensione della tutela offerta all'imputato già giudicato. In particolare, la Consulta richiama delle decisioni della Corte europea[4] nelle quali sembrerebbe essere attribuita una certa rilevanza anche all'oggetto fisico su cui ricade l'azione o l'omissione, mentre non potrebbe comunque escludersi che nella nozione di "fatto" rientri anche l'intero evento naturalistico[5]. Tuttavia, è da segnalare che due dei precedenti in questione riguardano aggressioni fisiche, mentre uno concerne comportamenti abusanti e irrispettosi. In questi casi concreti, il "fatt0" non varia solo al variare della vittima, dato che la diversità della vittima presuppone anche la diversità della condotta (percuotere Tizio e percuotere Caio richiede due azioni).

Altro aspetto critico è quello che riguarda il bilanciamento del principio del *ne bis in idem* con gli obblighi di tutela penale previsti dagli artt. 2 e 3 Cedu (diritto alla vita e divieto di tortura). Nella sentenza *Marguš v. Croatia*[6], la Corte Edu avrebbe affermato l'inoperatività del *ne bis in idem* dopo una precedente condanna per crimini di guerra, segno che dal contesto convenzionale non sembrerebbero emergere spunti tali da far propendere per la nozione più ampia possibile di "fatto"[7]. Tuttavia, il caso "*Marguš*" non riguarda affatto la nozione di *idem*, quando, piuttosto, quella di *bis*: la precedente condanna, infatti, era venuta meno a seguito di amnistia, considerata un ostacolo inaccettabile alla persecuzione di crimini contro la popolazione civile. Non sembra potersi affermare, di conseguenza, che la nozione di *idem factum* abbia un margine di relatività in base a considerazioni legate alla gravità del caso concreto o ad istanze di giustizia sostanziale.

D'altro canto, la giurisprudenza di Strasburgo offre decisioni che sembrano non pienamente compatibili con le conclusioni tratte dalla Consulta[8].

---

[2] Il riferimento è a C. eur. GC, 10.2.2009, *Zolotukhin v. Russia*, par. 81 ss., in *hudoc.echr.coe.int*.

[3] In questo senso, invece, andava la precedente giurisprudenza di legittimità. *Ex multis*, tra le più recenti, cfr. Cass. 21.3.2016 n. 11918, in *CP* 2016, 3735: «La preclusione del "*ne bis in idem*" non opera ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare sia configurabile un'ipotesi di "concorso formale di reati", potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge […]».

[4] V. C. cost. 200/2016, cit., par. 5 *Considerato in diritto*.

[5] Trattasi delle sentenze C. eur., 14.1.2014, *Muslija v. Bosnia*, par. 34, in *hudoc.echr.coe.int*; C. eur., 12.12.2013, *Khmel v. Russia*, par. 65, in *hudoc.echr.coe.int*; C. eur., 23.6.2015, *Butnaru et Bejan-Piser c. Roumanie*, par. 37, in *hudoc.echr.coe.int*.

[6] C. eur. GC, 27.5.2014, *Marguš v. Croatia*, parr. 128, 139 ss., in *hudoc.echr.coe.int*.

[7] V. C. cost. 200/2016, cit., par. 6 *Considerato in diritto*.

[8] In dottrina, nel senso per cui la giurisprudenza di Strasburgo non valorizzerebbe asetticamente gli elementi costitutivi delle fattispecie, bensì l'inestricabile complesso di circostanze fattuali nelle quali i reati imputati in

Nella pronuncia *Maresti v. Croatia*[9], ad esempio, si è ritenuto precluso un accertamento per lesioni personali a seguito di una precedente condanna per un reato di disturbo all'ordine pubblico. Questo nonostante il primo reato, fondato sull'aggressione fisica al medesimo soggetto, non presentasse tra i propri elementi costitutivi, appunto, l'evento naturalistico "lesioni". In termini ancora più espliciti si pone la decisione *Igor Tarasov v. Ukraine*[10]. Un soggetto entra in un bar, dà in escandescenza agitando in modo pericoloso la gamba di una sedia, minaccia atti di violenza e viene così condannato per un reato minore di disordine. In seguito, viene processato per il più serio reato di "atti di disordine" aggravati: nello stesso episodio, utilizzando in parte la medesima gamba di sedia, avrebbe colpito parte del personale del bar, cagionando anche lievi danni fisici e danneggiando la proprietà. La Corte di Strasburgo non valorizza meccanicamente, come pur avrebbe potuto, la diversità di condotte, di oggetti fisici materiali o di eventi naturalistici tra i reati contestati, ma, nell'affermare comunque l'operatività del *ne bis in idem* convenzionale nel caso di specie, rileva la medesimezza di un prolungato episodio criminoso, dal quale nella prima imputazione erano stati artificiosamente estratti soltanto alcuni avvenimenti[11]. Nel dettaglio, la stessa Corte evidenzia che un corretto e pieno inquadramento giuridico dell'avvenimento sarebbe stato possibile fin dal primo giudizio, visto che la polizia, giunta sul posto nell'immediatezza dei fatti, aveva avuto modo di accertare l'accaduto nel suo complesso[12].
In definitiva, sembra potersi affermare che, ovviamente, la presenza di eventi diversi scaturenti dalla stessa condotta integri due "fatti" distinti, ciascuno suscettibile di essere perseguito. Eppure, per valorizzare a pieno la natura *processuale* della garanzia del *ne bis in idem*, la giurisprudenza europea sembra offrire coordinate sufficienti per sostenere che, laddove un reato scaturente dallo stesso contesto fattuale e temporale di quello già giudicato fosse conosciuto (o avrebbe dovuto esserlo secondo l'0rdinaria diligenza) fin dal tempo della prima imputazione, allora esso avrebbe dovuto essere accertato nel primo e unico giudizio, per ridurre al minimo l'esposizione processuale dell'imputato.

3. Un secondo tema di interesse è quello che riguarda il cd. "doppio binario sanzionatorio", nel quale una singola trasgressione comporta una duplice reazione, penale e amministrativa, da parte dell'ordinamento[13]. Come noto, nel caso "*Grande Stevens*"[14] la Corte Edu aveva operato un bilanciamento a tutto vantaggio dell'imputato: l'irrogazione di una sanzione amministrativa, ma sostanzialmente penale secondo i cd. criteri *Engel*[15], non avrebbe consentito l'avvio di un procedimento penale per un reato integrato dai medesimi fatti storici. In seguito, con la pronuncia *A and B v. Norway*[16], il bilanciamento si è mosso considerevolmente verso gli interessi dello Stato, il quale può adesso prevedere una risposta multilivello retta su sistemi

sequenza si perfezionano, v. B. Lavarini, *Il "fatto" ai fini del* ne bis in idem *tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *PPG* 2017, 65 s.; M. Bontempelli, Ne bis in idem *e litispendenza*, in *Il* ne bis in idem, a cura di A. Mangiaracina, Torino, 2021, 150.
[9] C. eur., 26.5.2009, *Maresti v. Croatia*, par. 63, in *hudoc.echr.coe.int*.
[10] C. eur., 16.6.2016, *Igor Tarasov v. Ukraine*, in *hudoc.echr.coe.int*.
[11] C. eur., 16.6.2016, *Igor Tarasov v. Ukraine*, par. 27 s.
[12] C. eur., 16.6.2016, *Igor Tarasov v. Ukraine*, par. 28.
[13] Si veda A. Procaccino, *I* bis in idem *tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*, Torino 2022, 263 ss.
[14] C. eur., 4.3.2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in *hudoc.echr.coe.int*.
[15] Di recente, sulla possibile natura sostanzialmente penale delle sanzioni amministrative, con conseguente estensione delle garanzie penalistiche al procedimento amministrativo, v. C. eur., 11.9.2025, *Mereghetti c. Italia*, in *LS* 2026, 98 ss., con nota di M. Scoletta, More of the same*: le sanzioni pecuniarie amministrative (comprese quelle della Banca d'Italia) sono "materia penale"*.
[16] C. eur. GC, 15.11.2016, *A and B v. Norway*, in *hudoc.echr.coe.int*.

sanzionatori integrati. Perché questa duplicazione procedimentale sia compatibile con il *ne bis in idem* convenzionale, i procedimenti devono essere avvinti da una sufficiente connessione sostanziale e temporale[17]. Quanto al primo profilo: *a)* i procedimenti devono perseguire fini complementari e distinti[18]; *b)* la duplicazione deve costituire una conseguenza prevedibile della violazione; *c)* i procedimenti devono essere il più possibile collegati in modo tale da evitare una totale duplicazione nella valutazione delle prove e nell'accertamento dei fatti[19]; *d)* deve essere previsto un meccanismo compensativo che consenta di mantenere il cumulo delle sanzioni entro un limite di proporzionalità[20]. Quanto alla connessione temporale, invece, il secondo procedimento deve essere condotto in modo da non protrarsi per troppo tempo oltre la conclusione del primo, bilanciando corretta amministrazione della giustizia ed esigenze individuali di certezza[21].

Nonostante la netta virata nella propria giurisprudenza, la Corte di Strasburgo ha sempre continuato a valorizzare tutti i criteri in questione e, dunque, la dimensione processuale del *ne bis in idem*, senza mai appiattirsi su considerazioni di mera proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva[22].

A tal proposito, è stata la Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, ponendosi nel solco tracciato dalla Corte di Strasburgo, ha operato il successivo passaggio della "processualizzazione" della stessa proporzionalità. Nelle cause riunite "*Di Puma* e *Zecca*"[23] la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che un proscioglimento penale che escluda il fatto storico o la riconducibilità dello stesso all'imputato renda sproporzionato un ulteriore accertamento amministrativo, ma teso all'irrogazione di una sanzione sostanzialmente penale, per la stessa presunta trasgressione[24]. La sproporzione, nel caso di specie, non avrebbe riguardato la risposta sanzionatoria (che nel primo procedimento non c'era stata), ma ad essere sproporzionati sarebbero stati proprio l'angoscia e il peso di un ulteriore accertamento sostanzialmente penale

---

[17] Cfr. C. eur. GC, 15.11.2016, *A and B v. Norway*, par. 130 ss.

[18] Sulla difficoltà di individuare i differenti fini serviti da sanzione penale e amministrativa, ma sostanzialmente penale, cfr. A. Perrone, *Il criterio della "*sufficiently close connection*" ed il suo rapporto con il principio del* ne bis in idem *sanzionatorio nella giurisprudenza della corte Edu*, in *DPT* 2018, 1140 ss. Cfr. anche A. Procaccino, *op. cit.*, 283 s.

[19] Ciò non fa comunque venir meno i differenti *standard* probatori tra giudizi diversi. Sul punto, ancora, A. Perrone, *op. cit.*, 1147 ss.

[20] La proporzionalità, come limite alla potestà punitiva, deve essere intesa come «rapporto di adeguatezza» tra la sanzione e la gravità della trasgressione contestata. Sul punto, F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 122.

[21] Circa la difficoltà di estrapolare dalla giurisprudenza di Strasburgo coordinate suscettibili di un'applicazione generale che prescinda dal caso concreto, F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su* ne bis in idem *e reati tributari*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22.5.2017, par. 7; A. Procaccino, *op. cit.*, 291 ss.

[22] Si veda la pronuncia C. eur., 16.4.2019, *Bjarni Ármannsson v. Island*, in *www.penalecontemporaneo.it* 7.5.2019, con nota di A. Galluccio, *Non solo proporzione della pena : la Corte Edu ancora sul* bis in idem. Cfr. anche C. eur., 6.6.2019, *Nodet v. France*, in *www.penalecontemporaneo.it* 17.6.2019, con nota di M. Scoletta, *Il* ne bis in idem "*preso sul serio": la Corte Edu sulla illegittimità del doppio binario francese in materia di abusi di mercato (e i possibili riflessi nell'ordinamento italiano)*; C. eur. 18.5.2017, *Jóhannesson and others v. Iceland*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 22.5.2017), con nota di F. Viganò, *Una nuova sentenza di Strasburgo su* ne bis in idem *e reati tributari*. Una piena valorizzazione di tutti i criteri è stata operata anche in materia di doppio binario per violazione del diritto d'autore da C. cost., 16.6.2022 n. 149, in *www.sistemapenale.it*, 23.6.2022, con nota di M. Scoletta, *Uno più uno anche a Roma può fare due: la illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo in materia di diritto d'autore*.

[23] C.G.UE, 20.3.2018, *Di Puma e Zecca*, in *eur-lex.europa.eu*.

[24] C.G.UE, 20.3.2018, *Di Puma e Zecca*, p. 41 ss. La duplicazione procedimentale per lo stesso fatto storico, integrante una compressione del *ne bis in idem* unionale *ex* art. 50 Carta di Nizza, può avvenire solo nel solco consentito dall'art. 52 par. 1 della stessa Carta, il quale stabilisce che le limitazioni previste ai diritti sanciti dalla Carta debbano rispettare, tra gli altri, il requisito della proporzionalità.

rispetto alla tutela dell'interesse unionale alla stabilità dei mercati finanziari[25]. Più di recente, la Corte d'appello di Milano[26] ha esteso le medesime considerazioni anche al caso di precedente archiviazione per motivi di merito emessa in camera di consiglio, a seguito dell'opposizione presentata dalla Consob. Per l'appunto, la nozione di "decisione definitiva" che innesca il *ne bis in idem* secondo la Corte di Giustizia prescinde dal passaggio in giudicato, essendo di per sé sufficiente che la decisione sia munita di forza preclusiva nell'ordinamento in cui viene resa (anche se allo stato degli atti)[27] e che escluda nel merito la fondatezza dell'accusa a seguito di un'istruttoria sufficientemente approfondita[28].

4. Il terzo aspetto rilevante in questa sede è il *ne bis in idem* transnazionale nell'ambito dell'Unione Europea. L'art. 50 della Carta di Nizza, infatti, prevede un *ne bis in idem* che opera orizzontalmente in tutta l'Unione, così che il soggetto destinatario di una decisione definitiva non può essere sottoposto a nuovo procedimento penale in un qualunque Stato membro[29]. Anche l'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen (Caas) prevede il *ne bis in idem* transnazionale, strumentale alla piena realizzazione della libera circolazione delle persone[30]. Tuttavia, il *ne bis in idem* contemplato dalla Caas ha delle limitazioni che il *ne bis in idem* unionale, in quanto incondizionato, non conosce. Ciò ha destato inevitabili problematiche applicative, dato che quasi tutti gli Stati membri dell'Unione Europea sono parte dell'area Schengen e viceversa. In realtà, la strumento interpretativo per risolvere la questione è costituito dalle *Spiegazioni* all'art. 50 Carta di Nizza[31], le quali esplicitano che le limitazioni previste dalla Caas sono compatibili con il *ne bis in idem* unionale nella misura in cui superano la soglia posta dall'art. 52 par. 1 Carta di Nizza. La norma stabilisce che le eventuali limitazioni ai diritti contemplati dalla Carta sono possibili solo se: *a)* sono previste dalla legge, *b)* rispettano il contenuto essenziale del diritto; *c)* sono proporzionate; *d)* sono necessarie a rispondere a finalità di interesse generale o a tutelare diritti e libertà altrui.
Già da tempo, nella pronuncia "*Spasic*"[32], la Corte di Giustizia ha sancito la compatibilità con l'art. 52 par. 1 Carta di Nizza della cd. "condizione di esecuzione" prevista dall'art. 54 Caas: il *ne bis in idem* opera a patto che, in caso di condanna, la pena sia stata eseguita o sia

[25] Si veda R.A. Ruggiero, *Proscioglimento e* ne bis in idem *nel doppio binario sanzionatorio*, Torino 2022, 164 s. Sembra questo il principio ispiratore dell'art. 119 par. 1 d.lgs. 14.11.2024 n. 175 (Testo unico della giustizia tributaria): «La sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, pronunciata in seguito a dibattimento nei confronti del medesimo soggetto e sugli stessi fatti materiali oggetto di valutazione nel processo tributario, ha, in questo, efficacia di giudicato, in ogni stato e grado, quanto ai fatti medesimi».
[26] App. Milano, 6.7.2023, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 4.9.2023, con nota di T. Politi, R. Cucci, Insider trading *e sanzioni Consob:* ne bis in idem *anche in caso di archiviazione e* standard *probatorio del ragionevole dubbio.*
[27] Sul requisito della preclusione rispetto ad un successivo esercizio dell'azione penale, già C.G.UE, 22.12.2008, *Turanský*, pp. 36, 40, in *eur-lex.europa.eu*; più di recente, v. C.G.UE, 5.6.2014, *M*, in *eur-lex.europa.eu*.
[28] Cfr. C.G.UE, 10.3.2005, *Miraglia*, in *eur-lex.europa.eu*; C.G.UE, 29.6.2016, *Kossowski*, p. 54, in *eur-lex.europa.eu*; C.G.UE, 25.1.2024, *Parchetul de pe lângă Curtea de Apel Craiova*, p. 53 ss., in *www.penaledp.it*, 1.2.2024. In dottrina, v. B. Nascimbene, Ne bis in idem*: questioni attuali alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia e della Corte EDU*, in *www.sistemapenale.it*, 3.3.2025.
[29] Resta fermo il requisito richiesto dall'art. 51 par. 1 Carta di Nizza, il quale prevede che le disposizioni della Carta si applichino «[…] esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione Europea». Con la sentenza C.G.UE, 26.2.2013, *Fransson*, in *eur-lex.europa.eu*, la Corte di Lussemburgo ha interpretato estensivamente la formulazione letterale della Carta, facendo sì che l'art. 51 operi ogniqualvolta la normativa nazionale interferisca con un ambito rientrante nella competenza dell'Unione.
[30] Cfr. C.G.UE, 11.2.2003, *Gözütok e Brügge*, p. 38, in *eur-lex.europa.eu*.
[31] *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, art. 50, in *eur-lex.europa.eu*.
[32] C.G.UE, 27.5.2014, *Spasic*, in *eur-lex.europa.eu*.

effettivamente in corso di esecuzione, al fine di evitare situazioni di impunità del soggetto condannato[33].

Ben più problematiche, invece, sono le riserve *ex* art. 55 par. 1 lett. *a*, *b* e *c* Caas. Lo Stato che se ne sia avvalso con apposita dichiarazione unilaterale non è tenuto a rispettare il *ne bis in idem* quando: *a)* i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti, anche in parte, sul proprio territorio, ma non anche sul territorio dello Stato in cui la sentenza è stata resa; *b)* quando i fatti costituiscono un reato contro la sicurezza o gli interessi essenziali dello Stato; *c)* quando i fatti sono stati commessi da un pubblico ufficiale in violazione dei doveri del proprio ufficio.

La natura di queste limitazioni è tale da lasciare dubbi circa la loro compatibilità con la Carta di Nizza. In particolare, sembra potersi dubitare che siano rispettose del contenuto essenziale del *ne bis in idem*: non si tratta di eccezioni che perfezionano la regola, laddove questa, senza eccezioni, fallirebbe; bensì che la smentiscono creando delle situazioni in cui il diritto è totalmente compresso a vantaggio della sovranità statuale[34].

Eppure, nella sentenza "*MR*"[35], la Corte di Lussemburgo ha sostenuto la compatibilità di una dichiarazione con cui la Germania si era avvalsa dell'eccezione *ex* art. 55 par. 1 lett. *b* Caas, peraltro, con considerazioni che sembrano suscettibili di essere estese in futuro anche alle altre due lettere[36]. Nel dettaglio, la riserva riguardava il caso in cui si procedesse per il reato di costituzione di associazioni criminali. La Corte ha, innanzitutto, riscontrato che l'eccezione sarebbe prevista dalla legge, ovvero, direttamente dall'art. 55 Caas[37]. In secondo luogo, essa sarebbe anche conforme al contenuto essenziale del diritto[38]. In particolare, la Corte richiama un proprio precedente, la causa "*bpost*"[39], per sostenere che il cumulo di procedimenti e di sanzioni sia compatibile con il contenuto essenziale dell'art. 50 Carta di Nizza qualora avvenga in ragione di normative diverse e per tutelare obiettivi distinti. Nel caso di specie, dunque, il nuovo procedimento sarebbe stato promosso per il distinto fine di tutelare gli interessi essenziali direttamente riconducibili allo Stato tedesco[40]. Di conseguenza, anche la terza condizione viene riscontrata: la limitazione risponde ad un interesse generale. Da ultimo, la riserva sarebbe anche proporzionata, perché la compressione del diritto sarebbe limitata allo stretto necessario per la tutela dell'interesse in questione[41].

Tornando al contenuto essenziale del diritto, tuttavia, è da rilevare come il richiamo al precedente "*bpost*" non sembri totalmente convincente. La sentenza in esame, infatti, si pone coerentemente all'interno della giurisprudenza consolidata in tema di doppio binario sanzionatorio nazionale, ma non sembra suscettibile di essere automaticamente trasposta a livello transnazionale. In quest'ultima ipotesi, infatti, è fisiologico che gli obiettivi perseguiti siano sempre distinti, dato che ogni Stato agisce nella tutela del proprio interesse nazionale.

---

[33] In senso conforme, N. Recchia, *Il* ne bis in idem *transnazionale nelle fonti comunitarie. Questioni risolte e nodi problematici alla luce delle recenti sentenze della Corte di giustizia*, in *RIDPP* 2015, 1388 ss. L'Autore puntualizza che la necessità della limitazione sia suscettibile di venir meno al progredire degli strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale.

[34] Dello stesso avviso, in dottrina, S. Fasolin, *Conflitti di giurisdizione e* ne bis in idem *europeo*, Padova 2015, 129 ss.; B. Galgani, Ne bis in idem *e spazio giudiziario europeo*, in *Il* ne bis in idem, a cura di A. Mangiaracina, Torino 2021, 245 s.

[35] C.G.UE, 23.3.2023, *MR*, in *www.sistemapenale.it*, 3.8.2023, con nota di V. Oddi, *Sulla validità delle eccezioni al* ne bis in idem *tra acquis di Schengen e Carta di Nizza*.

[36] Viene così definitivamente smentita la tesi secondo la quale le dichiarazioni unilaterali di riserva degli Stati non sarebbero più valide perché non puntualmente richiamate nel Protocollo allegato al Trattato di Amsterdam che ha integrato l'*acquis* di Schengen nel diritto euro-unitario. Sul punto, cfr. S. Fasolin, *op. cit.*, 110 s.

[37] C.G.UE, 23.3.2023, *MR*, p. 50.

[38] C.G.UE, 23.3.2023, *MR*, p. 52 ss.

[39] C.G.UE, 22.3.2022, *bpost SA*, p. 43, in *eur-lex.europa.eu*.

[40] C.G.UE, 23.3.2023, *MR*, p. 56.

[41] C.G.UE, 23.3.2023, *MR*, p. 59 ss.

In definitiva, il bilanciamento a vantaggio dello Stato a cui giunge la Corte di Giustizia non pare pienamente soddisfacente. È da segnalare, infatti, che le riserve *ex* art. 55 Caas sono ormai datate e restano figlie di un tempo, il 1990, rispetto al quale il processo di integrazione europea ha compiuto considerevoli passi in avanti. Ad oggi, dunque, vi sarebbe stato spazio per una pronuncia diversa[42], più pronta a far prevalere le istanze di tutela individuale rispetto alla pretesa punitiva degli Stati sovrani.

5. Resta pur vero che le preoccupazione appena espresse devono comunque tener conto del nuovo Regolamento (UE) 2024/3011 sul trasferimento dei procedimenti penali del 27 novembre 2024, applicabile dal 1 febbraio 2027[43]. Affiancandosi agli strumenti di cooperazione già esistenti come il mandato di arresto europeo e l'ordine europeo di indagine, il regolamento intende offrire un meccanismo di prevenzione e risoluzione dei conflitti di giurisdizione fra Stati, mediante l'individuazione di quello più "adatto" a svolgere il procedimento. Tra i fini vi è quello di perseguire una più efficiente amministrazione della giustizia, oltre a prevenire il fenomeno di più procedimenti paralleli in Stati diversi e, dunque, anche una potenziale violazione del *ne bis in idem*[44]. La scelta di inquadrare la disciplina in un regolamento risulta specificamente mirata a garantire una cooperazione efficace tra le varie autorità coinvolte, vista la sua natura di atto vincolante e direttamente applicabile negli Stati membri[45].
Ai sensi dell'art. 5 del Regolamento, qualunque Stato (Stato richiedente) avente giurisdizione su un fatto di reato può richiedere che il procedimento venga trasferito in un altro Stato membro (Stato richiesto) quando ritenga che da ciò possa derivare una più efficiente e corretta amministrazione della giustizia[46]. La facoltà di rinunciare all'azione penale è prevista dall'art. 4 ed è corredata dalla precisazione contenuta nel considerando n. 19: il meccanismo opera anche in riferimento a quegli ordinamenti che riconoscono il principio di obbligatorietà dell'azione.
I criteri da vagliare nel valutare se procedere con la richiesta sono elencati nel par. 2 e ricomprendono: *a)* il territorio su cui il reato è stato commesso o in cui ha prodotto i suoi effetti; *b)* la nazionalità e la residenza dell'indagato/imputato, o il fatto che lo Stato in cui si trovi rifiuti di consegnarlo; *c)* il luogo in cui può essere reperita la maggior parte delle prove; *d)* se nello Stato richiesto sia già pendente un procedimento per gli stessi fatti a carico dei soggetti interessati o di persone diverse; *e)* se l'indagato/imputato debba scontare una pena privativa della libertà nello Stato richiesto o comunque sia più opportuno che la pena sia *ivi* scontata, anche per le prospettive di riabilitazione sociale; *f)* la cittadinanza o il luogo di residenza delle

[42] In tal senso, infatti, erano andate le conclusioni dell'Avvocato generale M. Szpunar, 20.10.2022, p. 52, in *eur-lex.europa.eu*, secondo il quale le eccezioni *ex* art. 55 Caas non sarebbero state rispettose del contenuto essenziale del *ne bis in idem* perché avrebbero rimesso in discussione in principio in quanto tale.
[43] Sul punto, diffusamente, X. Gordo Alarcón, *Il Regolamento europeo sul trasferimento dei procedimenti penali: verso un'armonizzazione della disciplina*, in *PPG* 2025, 1226 ss.; A. Damato, *Il trasferimento dei procedimenti penali nella disciplina del regolamento (UE) 2024/3011*, in *rivista.eurojus.it*, 2025, 250 ss.; T. Wahl, *Regulation on the Transfer of Criminal Proceedings Published*, in *eucrim.eu*, 29.1.2025.
[44] V. considerando n. 4 Regolamento (UE) 2024/3011.
[45] Cfr. considerando n. 6.
[46] Il regolamento non specifica una precisa fase procedimentale in cui proporre la richiesta, segno della volontà di rendere possibile il trasferimento dalle indagini all'esecuzione. Sul punto, X. Gordo Alarcón, *op. cit.*, 1234 s.
L'art. 2 nn.3 e 4 precisano che tanto le autorità richiedenti che richieste dei singoli Stati possono essere un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero. Inoltre, legandosi al considerando n. 15, l'art. 20 prevede che gli Stati possano anche designare una o più autorità centrali responsabili della trasmissione o della ricezione delle richieste.

vittime; *g)* se le autorità competenti hanno raggiunto un consenso a seguito di una consultazione diretta.
L'art. 14 contempla proprio una consultazione diretta tra autorità competenti, senza indebito ritardo, e che può svolgersi anche prima della presentazione della richiesta di trasferimento. Le consultazioni, peraltro, possono essere agevolate anche mediante l'intervento di *Eurojust* (art. 18) L'autorità richiesta deve rifiutare il trasferimento solo sulla base dei motivi di diniego obbligatori, mentre può rifiutarlo sulla base di quelli facoltativi (art. 12). Tra i primi figurano: *a)* il fatto che gli accadimenti non costituiscano reato secondo il diritto nazionale; *b)* la contrarietà al *ne bis in idem*; *c)* la non imputabilità; *d)* il fatto che l'azione penale non possa essere iniziata o proseguita, per prescrizione, improcedibilità, amnistia o difetto di giurisdizione[47]. Fra i secondi, invece, sono elencati: *a)* un privilegio o un'immunità secondo il diritto nazionale; *b)* il fatto che l'autorità richiesta non ritenga che il trasferimento sia nell'interesse della corretta amministrazione della giustizia; *c)* il fatto che il reato non sia stato commesso, in tutto o in parte, sul territorio dello Stato richiesto, che la maggior parte degli effetti negativi si sia verificata altrove o che l'imputato/indagato non sia un proprio cittadino o residente; *d)* la non corretta compilazione del modulo di richiesta; *e)* il fatto che la condotta non costituisca reato nel luogo in cui è stata posta e, in ragione di questo, lo Stato richiesto non abbia giurisdizione originaria.
Una volta che la richiesta viene accolta, l'indagato/imputato, nonché le vittime, hanno diritto ad un ricorso giurisdizionale nello Stato richiesto avverso la decisione motivata di accoglimento (art. 17). L'accoglimento della richiesta di trasferimento comporta che nello Stato richiedente il procedimento venga sospeso o interrotto secondo il diritto nazionale (art. 21). Nonostante questo, resta vero che l'autorità richiedente può proseguire o riaprire il procedimento se informata della decisione da parte dell'autorità richiesta di interrompere il procedimento penale, a meno che ciò comporti una violazione del *ne bis in idem* (art. 21 par. 5 e considerando n. 56). Per quanto riguarda lo Stato richiesto, invece, il procedimento trasferito viene ad essere disciplinato dal proprio diritto nazionale (art. 22).
Resta da sottolineare che il regolamento non comporta nessun obbligo di richiedere il trasferimento del procedimento, ma offre solo dei criteri che guidano la discrezionalità dell'autorità competente caso per caso[48]. Criteri che non sono elencati secondo una scala gerarchica, rimanendo suscettibili di essere valorizzati in modo diverso da Stato a Stato[49]. In definitiva, laddove la richiesta di trasferimento non venga presentata e l'autorità competente proceda, questo non fa comunque venire meno l'eventuale giurisdizione concorrente di un altro Stato membro, la quale potrebbe validamente essere esercitata finanche a comprimere il *ne bis in idem*, ma solo nel margine consentito dall'art. 55 Caas.
Quando, tuttavia, la mancata richiesta di trasferimento sia comportata da una lettura manifestamente erronea o forzata dei criteri *ex* art. 5, pur in assenza di un rimedio previsto a livello regolamentare, dovrebbe potersi integrare una particolare causa di improcedibilità dell'azione penale per manifesta contrarietà al regolamento europeo, direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali.

[47] L'art. 3 disciplina i casi in cui la giurisdizione dello Stato richiesto si incardina anche quando non sia già prevista dal diritto nazionale.
[48] Cfr. il considerando n. 24; X. Gordo Alarcón, *op. cit.*, 1237 s.
[49] X. Gordo Alarcón, *op. cit.*, 1238, 1241 s. L'Autrice suggerisce di inserire una scala di priorità tra criteri che operi solo nella situazione in cui le autorità competenti siano effettivamente in disaccordo su quale Stato sia il più adatto ad accertare e giudicare il fatto.

SILENZIO DELL'INDAGATO NELLE OPERAZIONI DI SEQUESTRO DELLE CRIPTOVALUTE

di Chiara Buffon (Assegnista di ricerca presso l'Università di Torino, Consulente dell'Agente del Governo CEDU)

Il contributo affronta il tema del rapporto tra il diritto al silenzio dell'indagato e la necessità degli inquirenti di accedere a informazioni criptate, in particolare a valute virtuali su portafogli *non custodial*, rispetto cui la conoscenza della chiave privata o della *seed phrase* è presupposto essenziale del sequestro. Sul fronte nazionale, ci si propone di vagliare il regime e la linea di confine tra informazioni con preminente funzione probatoria e altre con funzione identificativa, per orientarsi in sfide delicate quali l'applicabilità dell'istituto delle generalità all'identità patrimoniale (considerate le opportunità offerte dalla finanza decentralizzata) o all'identità digitale (ipotizzando l'aumento delle interazioni e delle attività nel metaverso), entrambe agenti in realtà celate al controllo di istituti o autorità centrali. Diversi esempi di *key disclosure law*, ossia norme che obbligano il cittadino a rivelare chiavi crittografiche o a sbloccare dispositivi protetti da password, hanno superato il test di compatibilità convenzionale in ragione della differenza tra coercizione usata per ottenere "prove dichiarative autoincriminanti" oppure "prove reali incriminanti" preesistenti alla dichiarazione che ne veicoli la scoperta (così, la Corte di Strasburgo nei confronti di Inghilterra e Francia).
D'altronde, anche il legislatore unionale, dopo aver promosso l'utilizzo della blockchain, ha vietato la fornitura e la custodia di conti anonimi o che favoriscono l'anonimizzazione, sì da contrastare la diffusione di valute strutturate per l'opacità sistemica. L'identificazione certa degli utenti, a fronte dell'inferiorità di risorse che caratterizza i controllori rispetto ai controllati, sembra quindi la chiave di volta per disinnescare la tensione tra sviluppo tecnologico e gestione dei rischi di illecito.
This paper aims to address the relationship between the suspect's right to remain silent and the need for investigators to access encrypted information, particularly virtual currencies on non-custodial wallets, with respect to which knowledge of the private key or seed phrase is an essential prerequisite for seizure. On the national front, it should be examined the regime of information with a primary evidentiary function or with an identifying function, to address sensitive challenges such as the applicability of the generalities' legal framework to asset identity (considering the opportunities offered by decentralized finance) or to digital identity (assuming increased interactions and activities in the metaverse), both hidden from the control of central authorities. Several examples of key disclosure law, *i.e.* rules that oblige citizens to reveal cryptographic keys or unlock password-protected devices, have passed the compatibility test with the European Convention on Human Rights, thanks to the difference between the use of compulsion to obtain incriminatory statements or real evidence of an incriminatory nature, pre-existing to the possible declaration that vehicles evidence discovery (thus, the Strasbourg Court in relation to the United kingdom and France). Moreover, even the European Union system, after promoting the use of blockchain, has banned the provision and custody of anonymous accounts, in order to combat the spread of currencies structured for systemic opacity. The reliable identification of users, given the marked inferiority of resources that characterizes controllers compared to those controlled, seems to be the key to defusing the tension between technological efficiency and the management of risks of unlawful activity.

Dati o valute criptate, Diritto al silenzio, Obblighi di rivelare le chiavi
Encrypted data or asset, Right to remain silent, Key disclosure law

Sommario: 1. La rilevanza delle chiavi crittografiche per il sequestro di valute virtuali. – 2. *Nemo tenetur se detegere* ed estremi del diritto al silenzio, tra informazioni probatorie e identificative. – 2.1. Il regime ibrido delle informazioni patrimoniali e delle altre "notizie" di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p. – 3. Il paradosso del mentitore e la valutazione del contegno non collaborativo. – 4. Esempi di *key disclosure law* e parametri sovranazionali di legittimità. – 5. Spunti conclusivi alla luce del *revirement* europeo in tema di (pseudo-) anonimato.

1. Le valute virtuali sono rappresentazioni digitali di valore criptate da una coppia di chiavi correlate (crittografia asimmetrica): la chiave pubblica è una stringa alfanumerica che consente di generare indirizzi su cui ricevere valute, in funzione di account, visibile sulla blockchain (chi conosce la chiave pubblica può risalire agli indirizzi generati e ricostruire le pertinenti transazioni); la chiave privata, destinata a rimanere segreta, permette di autenticare e autorizzare le operazioni in uscita (il possessore della chiave privata dispone "materialmente" dei fondi). Entrambe le chiavi sono create da e conservate all'interno di portafogli con diversa struttura e funzione informatica: *cold wallet*, hardware o supporti per l'archiviazione offline; *hot wallet*, software installabili su smartphone, computer o altro device; *web wallet*, creati ed esistenti online mediante apposita piattaforma, app o servizio di terze parti (anche detti *custodial wallet*, posto che le chiavi sono custodite dal provider o exchange). La chiave pubblica può essere generata da quella privata che, a sua volta, può essere recuperata grazie alla *seed phrase*, una sequenza di 12 o 24 parole (*seed words*), generata casualmente dal *wallet*[1]. La conoscenza della chiave privata o della *seed phrase* è presupposto essenziale per il sequestro di valute decentralizzate, contenute in portafogli *non custodial*[2]. Poiché il vincolo patrimoniale sottende uno spossessamento, occorre accedere al *wallet* del privato e spostare i fondi su indirizzo associato ad altro *wallet*, predisposto dall'autorità inquirente. Può trattarsi di *paper wallet* (supporto cartaceo con stampate chiave pubblica e chiave privata), creato tramite software della polizia giudiziaria (anche mediante *smart contract*), con chiave privata splittata in diverse parti ovvero con più coppie di chiavi (c.d. *multi-sig wallet*), in modo che ogni transazione in uscita debba essere approvata da più persone (comunemente, secondo la

[1] Sulle prime forme di sfruttamento della blockchain, della crittografia asimmetrica e delle reti *peer-to-peer*, P. Cuccuru, *Blockchain ed automazione contrattuale. Riflessioni sugli smart contract*, in *Nuova giur. civ*. 2017, I, 107 ss.; M. Giuliano, *La blockchain e gli smart contracts nell'innovazione del diritto del terzo millennio*, in *Dir. inform.* 2018, VI, 989 s.; A. M. Gambino e C. Bomprezzi, *Blockchain e protezione dei dati personali*, in *Dir. inform.* 2019, III, 619 ss. Per un inquadramento generale delle criptovalute e del loro impatto giuridico, specie "patologico", criminale, S. Bonavita, *Bitcoin: i vantaggi e gli svantaggi della criptovaluta*, in *Quot. Giur.* 16.12.2016; R. Bocchini, *Lo sviluppo della moneta virtuale: primi tentativi di inquadramento e disciplina tra prospettive economiche e giuridiche*, in *Dir. inform.* 2017, I, 27 ss.; C. Parodi, *Tecnologia blockchain, bitcoin e riciclaggio: il futuro è adesso*, in *ilPenalista.it* 14.05.2018; G. P. Accinni, *Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *www.archiviopenale.it* 22.2.2018; F. Boncompagni, *Crimini informatici e criptovalute*, in *Criptoattività, criptovalute e bitcoin*, a cura di S. Capaccioli, Milano 2021, 302 ss. Sulle tecniche di aumento della privacy quali tecniche di "offuscamento" (per ostacolare la tracciabilità), S. Rapuano e S. Cardillo, *Le criptovalute: tra evasione fiscale e reati internazionali*, in *Dir. prat. trib*. 2019, I, 51 ss. e G. J. Sicignano, *L'acquisto di bitcoin con denaro di provenienza illecita*, in *AP* 2020, II, 13 ss. Sulle sfide investigative in ambiente blockchain, F. Di Vizio, *Criptovalute, aspetti investigativi e processuali, Atti del workshop organizzato dalla Fondazione Occorsio (19 novembre 2021)*, in *sistemapenale.it* 13.06.2022; tra i più recenti, J. Della Torre, *Spunti in tema di cripto-attività e procedimento penale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 28.2.2025.

[2] Le problematiche affrontate nel presente contributo non riguardano né le valute virtuali centralizzate né quelle decentralizzate contenute in *custodial wallet*: per il loro sequestro, l'autorità inquirente, piuttosto che cercare i codici di accesso, si avvale dell'assistenza, rispettivamente, dell'amministrazione centrale o del *Virtual Asset Service Provider* (VASP), in analogia al sequestro di somme depositate presso banche.

configurazione 2-di-3); oltre agli operanti, una chiave potrebbe essere affidata al competente pubblico ministero. In relazione a valute non appartenenti a blockchain conosciute (quali Bitcoin o Ethereum) ma ad altre più particolari, per cui non sia stato ancora elaborato un software adatto, i fondi sono movimentati su un *hard wallet*. Si realizza così un servizio di custodia sicuro, con disponibilità riservata all'autorità giudiziaria, prima dell'ordine di conversione in moneta FIAT e del successivo trasferimento al Fondo Unico di Giustizia, ovvero della restituzione all'avente diritto[3].

Se le attività di indagine (la perquisizione o la consulenza tecnico-informatica sul dispositivo appreso) non consentono di rinvenire appunti con indicate la chiave privata o la *seed phrase*, la praticabilità del sequestro è subordinata alla collaborazione del privato.

Qualora le forze dell'ordine disponessero di una tecnologia in grado di assicurare l'accesso al device o al dominio online privato, tale forzatura, di per sé, potrebbe ritenersi legittima, alla luce della giurisprudenza domestica sulla forzatura di una cassaforte, in mancanza di collaborazione dell'indagato circa la combinazione[4] (nella misura in cui gli unici dati da carpire siano quelli patrimoniali[5]).

Allo stato, tuttavia, siffatta tecnologia non esiste o, comunque, non risulta ragionevolmente impiegabile nelle operazioni di polizia, a fini di giustizia (solo teorica, la minaccia del computer quantistico alla crittografia[6]).

La chiave privata (così come, in termini più generali, la password) deve essere rivelata e l'atto del rivelare integra un contegno dichiarativo, non coercibile fisicamente, al più in via indiretta, comminando sanzioni in caso di mancata rivelazione.

Ci si chiede, pertanto, se esiste un obbligo, penalmente presidiato, di rivelare la chiave privata; in subordine, se il rifiuto determina conseguenze pregiudizievoli per l'indagato o per l'imputato, conseguenze in grado di "compulsare" le scelte difensive[7].

---

[3] In ordine alle modalità operative del sequestro di criptomoneta, P. Dal Checco, F. Pascucci, G. Reccia e M. Stella (a cura di), *Bitcoin forensics e intelligence sulla blockchain. Aspetti giuridici, economici, fiscali ed investigativi delle criptovalute*, Roma 2019; R. Russo, *Il sequestro di criptovalute nel corso dell'esecuzione di provvedimenti cautelari reali: la modalità operativa*, in *ilCentauro – asaps.it* 20.11.2023. A livello sovranazionale sono disponibili diverse linee guida: dettagliatamente, su cosa cercare in fase di perquisizione e sulla predisposizione dei *wallet multisignature*, Financial Action Task Force of Latin America (GAFILAT), *Guide on Relevant Aspects and Appropriate Steps for the Investigation, Identification, Seizure, and Confiscation of Virtual Assets* 2021; sulle best practice in materia di sequestro e confisca di cripto asset (per quel che qui interessa, sull'elaborazione di un "*pre-seizure planning*"), Council of Europe and European Union, *Guidelines for the management of seized assets* 2023.

[4] In materia di stupefacenti, circa l'impossibilità di riconoscere l'attenuante speciale della collaborazione nei confronti di chi riveli la combinazione di una cassaforte, Cass. 25.2.2009, n. 15060, in *CEDCass.* m. 243469 – 01 «In tema di reati concernenti le sostanze stupefacenti, non costituisce una forma di collaborazione che integra la speciale circostanza attenuante la condotta del fornire agli inquirenti la combinazione numerica della cassaforte in cui è custodito il denaro proveniente dall'attività di spaccio, ben potendo costoro, in mancanza della combinazione numerica, aprire mediante effrazione la cassaforte». In ambito fiscale, quanto alla disciplina delle attività degli organi verificatori presso i locali dei contribuenti, F. Brandi, *Con il consenso dell'indagato, la cassaforte si apre senza Pm*, in *fiscooggi.it* 16.3.2015.

[5] Al di fuori del sequestro di cripto asset, la tematica dell'impiego investigativo di software capaci di carpire dati privati criptati pone problematiche ben più ampie, v. ad esempio, S. Quattrocolo, *Processo penale e rivoluzione digitale: da ossimoro a endiadi?*, in *Media Laws* 2020, 12, 121-135.

[6] Secondo il Garante europeo della protezione dei dati, i computer quantistici potrebbero violare la crittografia asimmetrica senza la necessità di conoscere la chiave privata (TechDispatch #2/2020, *Quantum Computing and Cryptography*, 2020). Sulla ricerca di soluzioni di sicurezza crittografica post-quantistica, L. Zanotti, *Computer quantistico: quale sarà il suo impatto sulla crittografia?*, in *Techtarget* 15.6.2023. In Italia, il primo computer quantistico è stato acceso a maggio 2025, grazie a una partnership tra il Politecnico di Torino, la Fondazione LINKS (ente strumentale di Fondazione Compagnia di San Paolo) e l'Istituto Nazionale di Ricerca Metrologica (INRiM), cf. *polito.it*.

[7] Il contributo riguarda la posizione dell'indagato e dell'imputato, rispetto cui opera il principio *nemo tenetur se*

2. Nessuna norma impone all'indagato o all'imputato di collaborare con la giustizia. Anzi, in base al principio *nemo tenetur se detegere*, costui non può essere obbligato ad agire in proprio danno o a fornire prove contro sé stesso[8].
Il diritto che ne discende può manifestarsi in forma attiva o passiva, garantendo la scelta del se e come contribuire all'accertamento dei fatti, ovvero di negare il proprio contributo conoscitivo, rimanendo silenti[9]. Trova fondamento costituzionale implicito nel diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., di cui è corollario, nei diritti alla libertà morale e all'autodeterminazione (da ricomprendere nei diritti inviolabili di cui all'art. 2), nella libertà personale, intesa in senso lato, ai sensi dell'art. 13.
Lo *ius tacendi* si fonda poi sulla presunzione di innocenza di cui all'art. 27, co. 2, poiché (sul piano logico, prim'ancora che giuridico) sarebbe inammissibile pretendere un qualsiasi contributo in ordine a circostanze che si devono presumere estranee all'imputato[10].
Nel codice di rito, lo *ius tacendi* è enunciato all'art. 64, co. 3, lett. (b), che attribuisce all'indagato la facoltà di non rispondere in corso di interrogatorio, ed è, altresì, ricavabile dal divieto di testimonianza sulle dichiarazioni dell'indagato *ex* art. 62 c.p.p. In dibattimento, l'assenza di coazione è ancora più marcata: l'imputato può sottrarsi, oltre che alle risposte, all'escussione in sé (c.d. *right to be questioned*)[11], ai sensi degli artt. 208 e 490.

---

detegere. Qualora sia il terzo (estraneo al procedimento, titolare del device o dominio online) a negare la password o chiave di accesso, potrebbe ipotizzarsi il reato di favoreggiamento reale *ex* art. 379 c.p. ovvero di false informazioni al pubblico ministero *ex* art. 371-*bis* c.p., entro cui rileva anche la reticenza.

[8] Per la ricostruzione, il consolidarsi e il fondamento del *nemo tenetur se detegere*, V. Grevi, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972, 7 ss. (dal superamento illuministico della tortura e del giuramento, con Beccaria, all'abbandono della punizione dell'imputato reticente, a partire da Filangieri). Sul tema, altresì, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari-Roma 1996, 625 ss.; P. Cerami, *La collaborazione processuale: le radici romane*, in *Profili processualistici dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna*, a cura di P. Cerami, G. Di Chiara e M. Miceli, Torino 2003, 253 ss.; G. Illuminati, Nemo tenetur se detegere*: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *RDPr* 2012, 1263 ss.

[9] Parte della dottrina riconduce al *nemo tenetur se detegere* tre significati: diritto a non essere interrogato (*right not to be questioned*); diritto a non autoincriminarsi (*privilege against self-incrimination*), spettante anche all'imputato; diritto al silenzio (*right to silence*), da E. Amodio, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, in *RDPr*, 1974, 412 ss., a V. Patané, Nemo tenetur se detegere*: coordinate europee e parametri costituzionali del diritto a non collaborare dell'imputato*, in *CP* 2024, 6, 1999 ss. Altra parte rimarca la differenza tra privilegio contro l'autoincriminazione, «garanzia eccezionale riconosciuta al testimone, che ha obbligo di verità», e diritto al silenzio, «espressione regolare del diritto di difesa dell'imputato che non ha obbligo di verità», cf. P. Tonini, *Il diritto al silenzio tra giusto processo e disciplina di attuazione*, in *CP* 2002, 2, 835 ss.

[10] Sul diritto al silenzio, L. Garlati, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *IP* 1994, 124 ss.; P. Moscarini, voce *Silenzio dell'imputato (diritto al)*, in *ED* 2010, 1079 ss. Per quanto concerne il fondamento costituzionale del diritto, in particolare, nell'ambito dell'autodifesa penale, P. Calamandrei, *Processo e giustizia*, in *RDPr*, 1950, I, 289 ss.; F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *RIDPP* 1967, 1069 ss.; L. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato alternative al silenzio*, Torino, 2000, 29 ss.; A. Presutti, voce *Autodifesa giudiziaria*, in *ED*, 2010, 234 ss. Per la ricomprensione nella libertà morale o di autodeterminazione, G. Vassalli, *La libertà morale (contributo alla teoria dei diritti della personalità)*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, II, Torino, 1960, 1623 ss., nonché G. Giostra, *Valori ideali e prospettive metodologiche del contraddittorio in sede penale*, in *Pol. dir.*, 1986, 20 ss. Sembra doversi escludere il riconoscimento del diritto nel novellato art. 111, co. 4, secondo cui «la colpevolezza non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio dell'imputato o del suo difensore»: la locuzione «per libera scelta», sotto il profilo storico, è stata introdotta per rendere utilizzabili le dichiarazioni del soggetto minacciato, coartato; sotto il profilo strettamente giuridico, una scelta "libera" non è necessariamente "lecita", cf. P. Tonini, *op. cit.*, 839.

[11] Sull'evoluzione, storica e comparata, tra modelli anglosassoni e continentali, delle potenzialità del canone *nemo tenetur se detegere*, nonché sui livelli differenziati di tutela del medesimo nell'ordinamento italiano, a seconda

Il codice non si esprime, invece, sul contenuto del diritto al silenzio: quali sono le informazioni che l'indagato può legittimamente tacere, quali le domande che non impongono una risposta?
Soccorre, innanzitutto, il criterio "funzionale": se la *ratio* del diritto risiede nel rischio di autoincriminarsi, le informazioni eludibili sono quelle riguardanti la commissione del reato, la colpevolezza, la responsabilità penale, ovvero quelle da cui sia possibile inferire le prime. A riprova l'art. 64, co. 3, applicabile sia all'interrogatorio che all'esame, previene e presiede dichiarazioni "a connotazioni probatorie", precedute dall'avvertimento, non solo della facoltà di non rispondere, ma dell'utilizzabilità delle risposte[12].
Così, in tema di criptovalute e loro sequestro, l'indagato potrebbe rifiutarsi di fornire la chiave privata nella misura in cui, ad esempio, la conoscenza di quest'ultima o già solo la conferma della titolarità del wallet bersaglio consentono di inferire l'attribuibilità di transazioni illecite (*i.e*. transazioni che si ritengono collegate a un crimine in base all'analisi della blockchain).
Il criterio funzionale garantisce la proporzionalità del sacrificio imposto alla vocazione cognitiva del processo, posto che un sacrificio (in questo caso, a un interesse pubblico) è proporzionale se strettamente necessario a realizzare lo scopo per cui è previsto (non forzare l'indagato a deporre *contra se*). Tuttavia, non sembra sufficiente per selezionare a monte le domande "rischiose": eccezion fatta per domande dirette, quasi scolastiche, quali "hai commesso un reato?", il rischio di autoincriminarsi si palesa solo dopo e alla luce della risposta, delle informazioni fornite.
Affidare la disciplina della facoltà di non rispondere a coordinate generali potrebbe, allora, spiegarsi in virtù della menzionata difficoltà di selezione, come scelta di prevenire il rischio in via estensiva.
Più agevole, delimitare il silenzio "in negativo", stabilire quando sussiste l'obbligo di rispondere secondo verità, per finalità diverse dall'accertamento del crimine, che non impattano sull'autodifesa.
Il codice di rito prevede un'eccezione allo *ius tacendi* all'art. 66, co. 1, sull'obbligo di dichiarare le proprie generalità, obbligo presidiato dall'ammonizione circa la rilevanza penale sia del rifiuto di rispondere (contravvenzione *ex* art. 651 c.p.) che della falsa attestazione (delitto *ex* art. 495 c.p.p.). La norma assicura l'esatta identificazione anagrafica, e la corrispondente identità fisica, della persona nei cui confronti il procedimento è iniziato, affinché quest'ultimo non venga celebrato a carico di persone non esistenti o estranee ai fatti[13] (tant'è vero che né il difetto né il dubbio sul dato anagrafico, qualora l'identità fisica sia certa,

della fase processuale, E. M. Catalano, *Diritto al silenzio,* right not to be questioned *e tutela dalla autoincriminazione. Note storico comparative*, in *CP* 2011, 4018 ss.

[12] La Corte costituzionale n. 191 del 23 maggio 2003, nel ritenere ammissibile e legittima un'interpretazione dell'art. 64 c.p.p. che consenta di applicare la disciplina degli avvisi anche all'istituto dell'esame dell'imputato, rileva «tanto l'interrogatorio che l'esame si iscrivono agevolmente nella categoria degli atti processuali a contenuto dichiarativo; entrambi possono essere ugualmente inquadrati nel novero degli strumenti difensivi; comune è, inoltre, la presenza di connotazioni probatorie; tanto l'uno che l'altro, infine, risultano caratterizzati dalla identica garanzia del *nemo tenetur se detegere*».

[13] Leggendo la *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale* (ove la disciplina delle generalità era contenuta nell'art. 64) «è stata formulata una disposizione modellata sull'attuale art. 366 c.p.p., affinché fosse data alla polizia giudiziaria prima (in forza dell'esplicito rinvio all'art. 64 contenuto nell'art. 349) e all'autorità giudiziaria poi, una direttiva di carattere generale per i necessari riscontri sull'identità della persona nei cui confronti si svolge l'azione penale» (G.U. n. 250 del 24/10/1988 – Suppl. Ordinario n. 93). In dottrina, A. Gualazzi, *Art. 66 – Verifica dell'identità personale dell'imputato* (voce aggiornata da F. Giunchedi e C. Santoriello), in *Codice di Procedura Penale commentato online*, a cura di A. Gaito, Wolters Kluwer; I. Conti, *Art. 66 – Verifica dell'identità personale dell'imputato*, in *Codice di Procedura Penale commentato online*, in *dejure.it*.; O. Dominioni, voce *Imputato*, in *ED*, 1970, 829 ss.

ad esempio in ipotesi di arresto in flagranza, ostano alla procedibilità[14]). A tal fine, le "generalità" sono nome, cognome, data e luogo di nascita[15].

2.1. In sede di interrogatorio preliminare, l'autorità procedente, ai sensi dell'art. 21 disp. att. c.p.p., può chiedere all'indagato ulteriori "notizie": soprannome o pseudonimo, beni patrimoniali, condizioni di vita individuale, familiare e sociale, pendenza di altri processi penali, precedenti interni o all'estero, esercizio di uffici o servizi pubblici, servizi di pubblica necessità, cariche pubbliche.
Per lungo tempo, il regime delle menzionate notizie, di fonte pretoria, è stato diversificato sia da quello (eccezionale) relativo alle generalità, sia da quello (ordinario) riguardante le dichiarazioni auto indizianti: su invito dell'autorità, l'indagato non è tenuto a rivelarle; se sceglie di rispondere e attesta il falso, soggiace al reato di cui all'art. 495 c.p.[16], senza però aver prima ricevuto gli avvertimenti dell'art. 64, co. 3, c.p.p., trattandosi di notizie che «non impegnano l'esercizio del diritto di difendersi»[17].
La Corte costituzionale, con sentenza n. 111/2023, ha esteso le maglie del diritto al silenzio e l'area del rischio di autoincriminarsi, ricomprendendovi le notizie di cui all'art. 21 cit. che determinano "conseguenze pregiudizievoli" per l'indagato[18]; così, le informazioni patrimoniali poiché funzionali al sequestro conservativo.
Il fondamento dell'estensione sembra circoscritto al recepimento del seguente assunto sovranazionale: «se il diritto al silenzio è diritto dell'individuo "a non essere costretto" non solo a "confessarsi colpevole", ma anche "a deporre contro sé stesso", come recita l'art. 14,

[14] Cass. 17.11.2005, n. 29558, in *CEDCass*. m. 235304 – 01; Cass. 8.2.2013, m. 17044, in *CEDCass*. n. 256601 – 01. In dottrina, P. Rivello, *C'è assoluzione per incertezza sull'identità se non si può individuare fisicamente il reo. La sola difficoltà nell'acquisire le generalità non fa scattare il proscioglimento dell'imputato*, in *GD* 1998, 13, 89 ss.
[15] Cass. 5.3.2019, n. 19695, «Nella nozione di qualità personali, cui fa riferimento l'art. 495, comma primo, cod. pen., rientrano gli attributi ed i modi di essere che servono ad integrare l'individualità di un soggetto e, cioè, sia le qualità primarie, concernenti l'identità e lo stato civile delle persone, sia le altre qualità che pure contribuiscono ad identificare le persone, quali la professione, la dignità, il grado accademico, l'ufficio pubblico ricoperto, una precedente condanna e simili».
[16] Cass. 8.7.2015, n. 37571, in *CEDCass*. m. 259876 – 01 «Integra il delitto di cui all'art. 495 cod. pen. la falsa attestazione dell'indagato alla polizia giudiziaria - delegata dal PM all'interrogatorio del predetto - in ordine ai propri precedenti penali. (In motivazione, la Corte ha precisato che, sebbene l'obbligo di rispondere del soggetto interrogato sia limitato, a norma dell'art. 64, comma primo, cod. proc. pen., alla dichiarazione delle generalità e degli altri dati strettamente finalizzati alla sua identificazione, con esclusione, pertanto, della dichiarazione relativa ai precedenti penali, prevista dall'art. 21 disp. att. cod. proc. pen., alla quale si può ben rifiutare di rispondere senza incorrere in responsabilità, tuttavia, qualora si risponda a tale domanda in modo contrario al vero, ricorrono gli estremi del reato di cui all'art. 495 cod. pen.)». In dottrina, G. Giostra, *L'imputato che mente o tace sui suoi precedenti penali*, in *RIDPP* 1977, 635 ss.
[17] Cass. 14.1.2022, n. 2497, in *CEDCass*. m. 282572 – 01; dalla motivazione «le dichiarazioni rese dall'imputato sulle sue condizioni e qualità, che "precedono" - come noto – l'interrogatorio vero e proprio, sono rese prima che vengano dati gli avvisi di cui al ridetto 64, comma 3, cod.proc.pen. proprio perché non impegnano in alcun modo l'esercizio del diritto dell'imputato di difendersi (anche tacendo o mentendo) e per tale ragione non comportano in alcun modo l'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese al riguardo dall'imputato, in relazione alle quali si porrà, al più, un problema di attendibilità e di credibilità, la cui valutazione è, all'evidenza, rimessa in via esclusiva al giudice di merito».
[18] C. cost. 6.4.2023, n. 111, § 3.5.1, secondo periodo. I primi commenti di M. Zincani, Verbum argentum, sed silentium aurum est. *Le policromie del nemo tenetur se detegere: la sua configurabilità come causa di non punibilità in senso stretto*, in *Giur. pen. web* 2023, 6, che ravvisa nell'estensione del "diritto al silenzio informato" un risultato necessario per garantire l'inviolabilità della difesa, da cui dovrebbe altresì discendere la legittimazione del "mendacio difensivo"; ancora, B. Sboro, *Il diritto al silenzio sui Oss. cost.*, 2023, 6; S. Beccaglia, *Un primo (timido) passo sulla strada del riconoscimento del diritto di autodifesa. Note a margine di Corte cost., sent., 5 aprile 2023 n. 111*, in *AP* 2024, II.

paragrafo 3, lettera g), PIDCP, tale diritto è necessariamente in gioco allorché l'autorità che procede in relazione alla commissione di un reato ponga alla persona sospettata o imputata di averlo commesso domande su circostanze che, pur non attenendo direttamente al fatto di reato, possano essere successivamente utilizzate contro di lei nell'ambito del procedimento o del processo penale, e siano comunque suscettibili di avere "un impatto sulla condanna o sulla sanzione" che le potrebbe essere inflitta (Corte di giustizia, sentenza D.B. contro Consob, paragrafo 40)» (sent. cost. § 3.5.1, primo periodo).

A ben vedere, l'assunto poggia su due referenti, l'uno meno solido dell'altro per la tenuta della sentenza costituzionale. Da un lato, l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici si presta a confermare la riferibilità dello *ius tacendi* unicamente all'incriminazione, piuttosto che a qualsiasi conseguenza pregiudizievole per l'indagato: l'espressione «*not to be compelled to testify against himself or to confess guilt*», di cui alla lett. (g), deve essere letta di seguito e alla luce dell'incipit del paragrafo 3 «*in the determination of any criminal charge against him*». Dall'altro, la pronuncia *D.B. c. Consob*[19] estende la copertura dello *ius tacendi* alle dichiarazioni incidenti solo sulla "pena" e solo nel paragrafo 40, in forza del richiamo a due precedenti della Corte di Strasburgo che non argomentano l'estensione in parola[20]; i paragrafi successivi, nel declinare il diritto, considerano esclusivamente le dichiarazioni «*which might establish their liability for an offence that is punishable by administrative sanctions of a criminal nature, or their criminal liability*» (§§ 45, 47, 49, 52, 55).

In definitiva, nonostante la condivisibilità del risultato (rendere operativi gli avvertimenti dell'art. 64, co. 3, c.p.p. ed escludere la punibilità *ex* art. 495 c.p.p. del soggetto non avvertito), la soluzione dei giudici della Consulta si affida a una catena di rinvii e finisce per risultare "assertiva", anche nella parte in cui determina, ma non giustifica, l'attribuzione alle condizioni e qualità dell'art. 21 di una preminente funzione probatoria, a scapito di quella identificativa (a maggior ragione considerato che gli ammonimenti sui rischi penali riguardano anche le generalità).

Una giustificazione sarebbe stata opportuna al fine di chiarire il *discrimen* tra le due funzioni, per orientare il legislatore nella disciplina del diritto al silenzio, nonché operatori e interpreti dinanzi a sfide delicate quali l'applicabilità dell'istituto delle generalità all'identità patrimoniale (considerate le opportunità offerte dalla finanza decentralizzata) o all'identità

[19] C.G.UE 21.2.2021, C-481/19, *CD c. Consob*, Grande Camera, § 40 «*The right to silence cannot reasonably be confined to statements of admission of wrongdoing or to remarks which directly incriminate the person questioned, but rather also covers information on questions of fact which may subsequently be used in support of the prosecution and may thus have a bearing on the conviction or the penalty imposed on that person (see, to that effect, ECtHR, 17 December 1996, Saunders v. United Kingdom, CE:ECHR:1996:1217JUD001918791, § 71, and 19 March 2015, Corbet and Others v. France, CE:ECHR:2015:0319JUD000749411, § 34)*».

[20] C. eur., 19.3.2015, *Corbet e Altri c. Francia*, § 34 «*Certes, il apparaît, au vu du rapport de la commission d'enquête, que, comme le souligne le Gouvernement, le témoignage des requérants n'était pas auto-incriminant. Ce n'est cependant pas déterminant : ce qui compte, c'est l'utilisation faite au cours du procès pénal des dépositions recueillies sous la contrainte ; si elles ont été utilisées d'une manière tendant à incriminer l'intéressé, il y a violation de l'article 6 § 1 (Saunders, précité §§ 71-72). Cela étant, il faut aussi rappeler que dans l'arrêt Gäfgen (précité §§ 178 et 180), la Cour a jugé que l'utilisation dans un procès pénal de preuves matérielles découvertes grâce à des déclarations obtenues par des moyens contraires à l'article 3 de la Convention mais non constitutifs de torture n'affecte l'équité de la procédure que s'ils ont eu un impact sur le verdict de culpabilité ou la peine. Cela vaut a fortiori s'agissant d'éléments probants autres que l'aveu obtenu par des moyens de coercition non constitutifs de traitements contraires à l'article 3 de la Convention*».

digitale (ipotizzando l'aumento delle interazioni e delle attività nel metaverso[21]), entrambe agenti in realtà criptate, celate al controllo di istituti o autorità centrali[22].
Per quel che qui interessa, l'intervento costituzionale frappone un ulteriore ostacolo al tentativo di accedere ai cripto asset dell'indagato: le informazioni sulla titolarità del *wallet* o sulla chiave privata possono essere taciute e protette entro il diritto contro l'autoincriminazione, anche se irrilevanti per il verdetto di colpevolezza, a prescindere dalla necessità di attribuire al soggetto la paternità di transazioni illecite, benché non riconducibili alla nozione di "informazione patrimoniale" di cui all'art. 21 disp. att. c.p.p.

3. Il rischio di subire, in base al contegno processuale, "conseguenze pregiudizievoli" inevitabilmente orienta la strategia della difesa e può derivare, non solo dalla scelta di rispondere (il pertinente rischio, come si è visto, attiva il diritto al silenzio *ex* art. 24 Cost. e gli avvisi dell'art. 64, co. 3, c.p.p.), ma anche dall'opposta scelta di tacere.
La valutabilità nel merito, *in malam partem*, del silenzio rimane da tempo questione discussa.
A tentare il giudicante è, in particolare, la massima d'esperienza secondo cui l'innocente interviene e prende la parola al fine di discolparsi, sicché il silenzio sull'addebito o su altre circostanze reca con sé un alone di sospetto[23]. La massima veicola una chiave di lettura deformante della posizione dell'imputato, intrappolandolo nel paradosso del mentitore: fornita una versione dei fatti, su invito del giudice a dire la verità, egli "se si rifiuta di rispondere, non vuole dire la verità; se dice quello che il giudice si aspetta, prima mentiva; se ribadisce la propria versione, sta mentendo"[24].
A rigore, la *recusatio respondendi*, se atto legittimo, espressione di diritti costituzionalmente tutelati, dovrebbe considerarsi dato fattuale e processuale neutro[25]. Accanto all'argomento

[21] Per esempi di settori che stanno traendo vantaggio da questa tecnologia emergente, A. Mariotti, *Realtà virtuale e formazione: il metaverso ha (forse) trovato il suo spazio*, in *agendadigitale.eu*, 9.8.2024; A. Valorosi, *Il Metaverso tra opportunità e sfide*, in *innovationhero.it*, 31.1.2024; S. Pattuglia, *Metaverso, dalla condivisione alla "proprietà" sui dati: luci e ombre sul futuro del web*, in *cybersecurity360.it* 8.11.2022.
[22] In ordine alle tensioni tra il principio *nemo tenetur se detegere* e l'utilizzo di nuove tecnologie nella fase delle indagini, A. Mangiaracina, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici … e non solo*, in *PPG* 2021, 4, 729 ss. L'Autrice dà conto dei dubbi sull'applicazione ai concetti di "identità digitale", avatar o nickname di istituti tradizioni come l'identità fisica o anagrafica di cui all'art. 66, co. 1, c.p.p. ovvero sull'obbligo di rivelazione di password o chiavi di accesso a protezione di informazioni elettroniche.
[23] Cfr. M. Mazzanti, *L'imputato, il pubblico ministero ed il giudice secondo il Progetto preliminare del Codice di procedura penale*, in *GI* 1988, 4, 426 «sul piano psicologico è chiaro che l'innocente non può non avere una reazione fervida e sentita, ben diversa dal silenzio, sicché i difensori non dovranno dimenticare che mentre il silenzio non può indurre, sotto il profilo processuale, alcuna conseguenza, pienamente esclusa dall'ordinamento, nulla vieta di pensare e ritenere che si vada affermando nell'animo dei giudici, un convincimento, una forma di prevenzione, non giuridica, ma di fatto, secondo la quale sembra obbedire ai principi di comune esperienza, all'*id quod plerumque accidit* che, di norma, l'innocente parli e si difenda mentre il colpevole tenda, comunque a tacere». Stigmatizza la validità della massima O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano 2004, 370-371 «tali presunte massime d'esperienza sono, per un verso, largamente opinabili e, quindi, inadatte ad assolvere la loro funzione topico-euristica, per altro verso, contrastanti con valori costituzionalmente tutelati e perciò non legittimamente impiegabili nelle operazioni decisorie».
[24] Il paradosso del mentitore è un dilemma logico risalente al VI secolo a.C.: il cretese Epimenide afferma "tutti i cretesi sono bugiardi"; poiché anche Epimenide è un cretese, l'affermazione non è vera, è vero il suo contrario; il suo contrario "tutti i cretesi dicono la verità", data la premessa, crea però il paradosso logico. Per la sua traduzione nel processo penale, nel rapporto imputato-giudice, L. De Cataldo Neuburger e G. Gulotta, *Trattato della menzogna e dell'inganno (con appendice di aggiornamento)*, Milano 2008, 198-201; gli autori evidenziano che l'imputato è altresì inchiodato a un altro paradosso, ossia l'impossibilità di offrire la prova di non sapere qualcosa.
[25] F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2003, 254, riguardo all'interrogatorio disposto nella fase delle indagini preliminari, «Siccome nemo tenetur se detegere, non è arguibile niente a carico del "taciturnus" (nemmeno "quale riscontro obiettivo" dei dati ricavabili aliunde) (…) il silenzio non significa niente ai fini della decisione; farlo pesare significherebbe addossargli l'onere d'una prova negativa». Analogamente, O. Dominioni, *Artt. 64-65*, in

dell'antinomia, ovvero etico-politico, si sottolinea la limitata capacità euristica di siffatto atteggiamento, riconducibile a svariate motivazioni[26], ad esempio «ad uno stato d'animo di particolare emozione o più ancora ad una costruzione morbosa»[27].
Eppure, la giurisprudenza domestica tende ad ammettere l'apprezzamento del silenzio.
Sotto il profilo processuale, può giustificare l'adozione di una cautela patrimoniale (ad esempio, il proprietario del cellulare, sequestrato dalla polizia, che dovesse rifiutarsi di fornire il codice di sblocco, realizzerebbe una condotta sì legittima, ma legittimante il protrarsi del vincolo[28]); al contempo, non può fondare le esigenze cautelari di misure personali, né in termini di pericolo di inquinamento probatorio (limite *ex lege*) né di fuga o reiterazione del reato[29].
A livello probatorio, benché inutilizzabile quale prova diretta del fatto storico, o tacita confessione di colpevolezza[30], non limita il libero convincimento e viene ad assumere valore di "riscontro obiettivo"[31], "da coniugare con ogni altra circostanza sintomatica"[32].
In fase di irrogazione della pena, la reticenza manifesta un tratto della personalità, valutabile come condotta susseguente al reato ai sensi dell'art. 133, co. 2, n. 3, c.p.[33] ovvero per negare

Commentario del nuovo codice di procedura penale, a cura di E. Amodio e O. Dominioni, Milano, II, 1989, 405; P. Felicioni, *Brevi osservazioni sull'esame dibattimentale dell'imputato: l'operatività del diritto al silenzio*, in *CP* 1992, 8.

[26] P. Moscarini, *op. cit*., 1095; V. Grevi, *op. cit*., 55.

[27] G. Leone, *Trattato di dir. proc. pen.*, vol. II, Napoli 1961, 254.

[28] Cass. 23.3.2023, n. 17604, in *CEDCass*. m. 284393 – 01 «In tema di sequestro probatorio avente ad oggetto dispositivi informatici o telematici, la finalizzazione dell'ablazione del supporto alla sua successiva analisi, strumentale all'identificazione e all'estrazione dei dati rilevanti per le indagini, implica che la protrazione del vincolo, nel rispetto dei principi di proporzionalità e di adeguatezza, debba essere limitata al tempo necessario all'espletamento delle operazioni tecniche, dovendosi, tuttavia, valutare la sua ragionevole durata in rapporto alle difficoltà tecniche di apprensione dei dati, da ritenersi accresciute nel caso di mancata collaborazione dell'indagato che non fornisca le chiavi di accesso alle banche dati contenute nei supporti sequestrati». Dalla motivazione, § 1.2 «La mancata collaborazione dell'indagato nel fornire le chiavi di accesso è un comportamento sicuramente inquadrabile come esercizio di una facoltà difensiva, che trova supporto nella ampia tutela che il codice di rito fornisce all'accusato, riconoscendogli, tra l'altro, il "diritto al silenzio"; si tratta, tuttavia, di comportamento che influisce sulla valutazione della legittimità della protrazione del vincolo, che trova giustificazione nella accresciuta difficoltà di accesso ai dati di interesse investigativo».

[29] Cass. 27.3.1996, n. 1428, in *CEDCass*. m. 204747 – 01; Cass. 24.9.2008, n. 38139, in *CEDCass*. m. 241321 – 01; Cass. 6.6.2018, n. 39523, in *CEDCass.* m. 273887 – 01.

[30] Cass. 12.7.2011, n. 32914, in *CEDCass*. m. 250946; Cass. 26.10.2011, n. 2653, in *CEDCass*. m. 251828; Cass. 21.4.2010, n. 22651, in *CEDCass*. m. 247426; Cass. 14.6.2006, n. 12182, in *CEDCass*. m. 233903.

[31] Cass. 9.2.1996, n. 3241, in *CEDCass*. m. 204546; Cass. S.U. 21.10.1992, n. 1653, in *CEDCass*. m. 192469; di recente, Cass. 15.7.2011, n. 30251, in *CEDCass*. m. 251313.

[32] Cass. 14.2.2006, n. 12182, in *CEDCass*. m. 233903 – 01 «In virtù del principio "nemo tenetur se detegere", l'imputato può non rispondere su fatti leggibili "contra se" e negare la propria responsabilità anche contro l'evidenza; tuttavia, al giudice non è precluso valutare la condotta processuale del giudicando, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli, nella formazione del libero convincimento, può ben considerare, in concorso di altre circostanze (nella specie la sorpresa in flagranza di reato dell'imputato ad opera della polizia), la portata significativa del silenzio mantenuto dall'imputato, su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo (nella specie la mancata giustificazione della propria presenza all'interno di una scuola elementare in cui era stato sorpreso insieme ad altri a smontare infissi)». Sull'incompatibilità della soluzione contraria con la regola dell'onere della prova a carico dell'accusa Cass. 26.10.2011, n. 2653, dep. 23.1.2012, in *CEDCass*. m. 251828 – 01 «La negazione o il mancato chiarimento, da parte dell'imputato, di circostanze valutabili a suo carico nonché la menzogna o il semplice silenzio su queste ultime possono fornire al giudice argomenti di prova solo con carattere residuale e complementare ed in presenza di univoci elementi probatori di accusa, non potendo determinare alcun sovvertimento dell'onere probatorio».

[33] Cass. 16.10.1989, n. 2218, «È vero che l'imputato non ha il dovere di rispondere alle domande postegli e di confessarsi autore del reato contestatogli ma tale diritto non può ripercuotersi in un divieto per il giudice di trarre conclusioni da un tale atteggiamento sul piano della valutazione della personalità dell'imputato quale si manifesta nel periodo posteriore alla consumazione del reato e durante il processo, indagine questa imposta al giudice dall'art. 133 cod. pen. sia ai fini della determinazione della pena che della eventuale concessione delle attenuanti

la concessione delle attenuanti generiche[34] o della sospensione condizionale[35]. Sul punto, una dottrina, in tema di silenzio e mendacio del prevenuto su fatto proprio, emancipa l'apprezzamento penal-processualistico da quello penal-sostanzialistico, di tal che la regolarità o validità procedurale di un comportamento non osta alla penale rilevanza o "illiceità" del medesimo[36].

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha un approccio analogo alla giurisprudenza domestica[37]. La facoltà di non rispondere è garanzia implicita dell'equo processo *ex* art. 6 della Convenzione (compromesso da qualsiasi forma di costrizione o pressione sull'imputato, diretta ad acquisirne le dichiarazioni[38]) e corollario della presunzione di innocenza (obbligare l'imputato a deporre sul fatto proprio violerebbe l'onere di prova a carico dell'accusa), sicché nessuno può subire una condanna per il sol fatto di essere rimasto silente sui fatti addebitati [39]. D'altronde, «*the right to silence is not an absolute right*», ossia non impedisce che sia preso in considerazione nel valutare la forza delle prove a carico o per trarre altre conclusioni sfavorevoli «*in situations which clearly call for an explanation*»[40].

In definitiva, nonostante l'autodifesa passiva, per diritto vivente interno e sovranazionale, sia fonte di diverse conseguenze pregiudizievoli, non è preceduta da ammonimenti, perché tradizionalmente ritenuti "mezzi di pressione", lesivi della libertà di autodeterminazione e vietati[41].

Ne discende il seguente regime di audizione: in fase di identificazione, l'indagato viene invitato a dichiarare le proprie generalità e avvisato della rilevanza penale del rifiuto e del mendacio; in sede di domande preliminari su diverse qualità personali, patrimoniali incluse, viene invitato a fornire notizie preliminari e avvisato circa il diritto di non rispondere e la rilevanza penale del mendacio; nell'interrogatorio nel merito, viene informato della mancanza di un obbligo procedurale di rispondere o di rispondere secondo verità; in ogni caso, non viene mai messo al corrente dei rischi derivanti dall'esercizio del diritto al silenzio.

Se l'autodeterminazione, oltre che libera, deve essere piena, informata, allora gli ammonimenti dovrebbero essere completi, in quanto strumenti necessari sia per consapevolizzare l'imputato, sia per chiarire e circoscrivere la discrezionalità del magistrato[42]. Ciò varrebbe, chiaramente, anche rispetto alla scelta di fornire o meno le chiavi di accesso ad asset o altri dati digitali.

---

generiche, attenuanti che richiedono, appunto la valutazione anche del comportamento processuale».

[34] Cass. 27.2.1997, n. 2889, in *CEDCass.* m. 207560 – 01; in tempi più recenti, la giurisprudenza ritiene che la scelta di rimanere in silenzio o di non collaborare con l'autorità giudiziaria non sia da sola sufficiente alla negazione delle attenuanti generiche, cfr. Cass. 17.10.2013, n. 44630, in *CEDCass*. m. 256963 – 01; Cass. 24.9.2020, n. 32422, in *CEDCass*. m. 279778 – 01.

[35] Cass. 16.2.1984, n. 4933, in *CEDCass*. m. 164489 – 01. Anche in relazione a siffatto beneficio, la più recente giurisprudenza richiede, per la legittimità del diniego, che oltre al silenzio vengano valorizzate altre risultanze, Cass. 17.1.2020, n. 17232, in *CEDCass*. m. 279169 – 01 «In tema di sospensione condizionale della pena, è illegittimo il diniego del beneficio fondato esclusivamente sul comportamento processuale dell'imputato che neghi ostinatamente l'addebito e sostenga una versione dei fatti smentita dalle altre risultanze istruttorie, in quanto espressione di un insopprimibile diritto di difesa, riflesso del diritto al silenzio. (Conf. n. 4459/1989, Rv. 18087201)».

[36] D. Barberi, *Interrogatorio nel processo penale*, in *DigDPen*, VII, Torino 1993, 233.

[37] G. Lasagni, *Prendendo sul serio il diritto al silenzio: commento a Corte cost., ord. 10 maggio 2019, n. 117*, in *DPC-Riv. trim.*, 2020, n. 2, 142.

[38] C. eur. 26.10.2006, *Goçmen c. Turchia*, §§ 70-71; C. eur., 20.10.1997, *Serves c. Francia*, § 46.

[39] C. eur. 21.12.2000, *Heaney e McGuinnes c. Irlanda*, § 40.

[40] C. eur. 8.2.1996, *Murray c. Regno Unito*, §§ 46-47; C. eur., 2.5.2000, *Condron c. Regno Unito*, § 57.

[41] V. Grevi, *op. cit.*, p. 123-124, confronta l'impostazione italiana con la previsione di ammonimenti sull'opzione di tacere nei codici di procedura penale norvegese del 1887 e iugoslavo.

[42] L'ordinamento inglese, mediante il *Criminal Justice and Public Order Act* del 1994, impone all'ufficiale di polizia di avvertire il soggetto sottoposto a *informal interview*, non solo del diritto al silenzio, ma del fatto che il silenzio serbato su determinate circostanze potrà rafforzare il convincimento della giuria e del giudice quanto alla

4. Mentre la Corte costituzionale italiana amplia il perimetro del *nemo tenetur se detegere*, altri Paesi serrano i ranghi nel tentativo di assicurarsi il controllo delle interazioni digitali e criptate. Vanno sotto il nome di "*key disclosure law*" le norme che obbligano il cittadino a rivelare chiavi crittografiche o a sbloccare il telefono protetto da password.
Nell'ordinamento inglese, la sezione 49 del RIPA (*Regulation of Investigatory Powers Act*) conferisce alla polizia il potere di emettere avvisi con cui chiedere al sospettato di condividere chiavi di accesso a informazioni protette, previa autorizzazione del giudice che accerterà le seguenti circostanze: la chiave è in possesso della persona cui l'avviso viene notificato; la divulgazione è necessaria nell'interesse della sicurezza nazionale, per prevenire o individuare reati, o del benessere economico del Regno Unito; la divulgazione è proporzionata; le informazioni non possono essere altrimenti ottenute. Ai sensi della sezione 53, l'inottemperanza all'avviso è punibile con la reclusione fino a due anni, ovvero fino a cinque nei casi che coinvolgono la sicurezza nazionale o la protezione dei minori (salvo l'interessato dimostri di non essere in possesso della chiave)[43].
La compatibilità tra la disclosure disciplinata nelle sezioni 49 e 53 del RIPA e il privilegio contro l'auto-incriminazione è stata affermata, dai giudici inglesi, nel caso *R V. S & Anor* (2008), alla luce della giurisprudenza di Strasburgo sull'art. 6 della Convenzione e della differenza tra "*compelled testimonial evidence*" e "*material with an existence independent of the suspect's will*".
La Corte europea dei diritti dell'uomo ha disegnato la tutela del diritto di non autoincriminarsi proprio a partire dal contenzioso contro il Regno Unito. Nel 1996, in *John Murray*, ha enucleato il diritto di rimanere in silenzio dal principio del giusto processo, ancorandolo all'esigenza di evitare errori giudiziari risultanti dall'uso probatorio della coercizione (caso riguardante, tra le altre cose, la possibilità di trarre inferenze dalla reticenza)[44]. Lo stesso anno, in *Saunders*, ha ravvisato la *ratio* del diritto nella tutela della volontà dell'imputato, stigmatizzando la disciplina interna nella parte in cui puniva, come oltraggio alla corte (con una multa o una pena detentiva sino a due anni) il rifiuto di rispondere agli inquirenti nei procedimenti per frode (artt. 434 e 436 del Companies Act del 1985), benché il governo britannico avesse eccepito il contenuto non auto-incriminante delle dichiarazioni effettivamente rilasciate[45]. Ivi, la Corte ha elaborato una distinzione destinata a perdurare nella giurisprudenza successiva[46], tra prove

non attendibilità di eventuali successive dichiarazioni; sul punto, A.M. Capitta, *Le limitazioni del diritto al silenzio nella riforma del processo penale inglese*, in *RIDPP* 1998, I, 252.

[43] B. Keenan, State access to encrypted data in the UK: the "Transparent" approach, in Common Law World Review, 49 (3-4), 2020, p. 223-244 (downloaded from: https://eprints.bbk.ac.uk/id/eprint/29734/). Come spiega l'Autore, il *Regulation of Investigatory Power Act*, del 2000, ha sostituito l'*Interception of Communication Act* del 1985 (in considerazione di diverse censure sovranazionali relative, in particolare, alle quantità di dati intercettati) e disciplinato il potere delle forze dell'ordine di obbligare cittadini e fornitori alla divulgazione delle password; lo stesso anno, il *Terrorism Act* ha introdotto poteri di perquisizione comprensivi dell'esame del contenuto di dispositivi crittografati. La diffusione delle comunicazioni crittografate ha poi giustificato l'adozione dell'*Investigatory Powers Act* del 2016.

[44] C. eur. 8.2.1996, *John Murray c. Regno Unito*, § 45.

[45] C. eur. 17.12.1996, *Saunders c. Regno Unito*, §§ 67-69.

[46] Da ultimo, C. eur., 4.10.2022, *De Legé c. Paesi Bassi*, § 67 «*The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing*». In precedenza, C. eur. 31.1.2017, *Kalnėnienė c. Belgio*, § 52; C. eur. 22.1.2019, *Sršen c. Croazia* (dec.), § 44; C. eur. 26.11.2019, *El Khalloufi c. Paesi Bassi* (dec.), §§ 38-40.

"che esistono indipendentemente dalla volontà dell'imputato" (ad esempio, il test del dna) e quelle che esistono "contro" la volontà dell'imputato (quali le dichiarazioni estorte con la forza)[47]; il beneficio contro l'autoincriminazione opererebbe solo con riguardo alle seconde. Così, in base all'opinione dissenziente dei giudici Martens e Kuri, l'atto del rivelare password o chiavi crittografiche, pur avendo natura dichiarativa, darebbe luogo a una prova esistente "a prescindere" dalla volontà dell'imputato, anche quando password e chiavi siano conservate solo nella sua memoria[48].

Argomenti a sostegno di siffatto inquadramento sono stati poi precisati dalla giurisprudenza inglese: password e chiavi possono essere indovinate o individuate senza coinvolgere l'interessato; entrambe sono informazioni "neutre", non hanno di per sé valore probatorio a carico o a discarico («*it is simply a piece of information*»); poiché il valore incriminante può emergere solo *ex post*, l'autoincriminazione si attiva in fase di ammissione della prova, non durante la sua ricerca[49].

Gli "ordini di decrittazione" sono stati recentemente vagliati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella procedura *Minteh c. Francia*[50]. Nell'ordinamento francese, l'art. 434-15-2 del *Code penal* punisce, con la reclusione di tre anni o la multa fino a euro 270.000, chi rifiuti di rivelare la *convention de déchiffrement d'un moyen de cryptologie*, utilizzata per preparare, facilitare o commettere un crimine; la Corte di cassazione, dopo aver ricondotto il codice di accesso del telefono alla suddetta "convenzione", ha chiarito che le persone sospettate o accusate di un reato sono obbligate alla sua rivelazione[51]. Per i giudici europei, l'obbligo di fornire le chiavi di decrittazione, assistito da sanzioni penali in caso di rifiuto, sebbene integri una coercizione indiretta e sollevi preoccupazioni in merito all'esistenza di pressioni contrarie all'art. 6, ha lo scopo di consentire, a fini di giustizia, l'accesso a dati contenuti in un dispositivo già in possesso dei servizi di polizia, dati "che esistono indipendentemente dalla volontà del suo utilizzatore" perché "già fissati su un supporto" e acquisibili, in astratto, "a prescindere" dall'indagato, con altri mezzi tecnici; la fattispecie in esame, pertanto, non rientra nell'ambito di applicazione del diritto a non autoincriminarsi (§§ 49-59).

Affine, il trattamento delle prove documentali consegnate sotto minaccia di sanzioni, in affari finanziari: la Corte di Strasburgo esclude l'operatività del privilegio contro

---

[47] «*The right not to incriminate oneself is primarily concerned, however, with respecting the will of an accused person to remain silent. As commonly understood in the legal systems of the Contracting Parties to the Convention and elsewhere, it does not extend to the use in criminal proceedings of material which may be obtained from the accused through the use of compulsory powers but which has an existence independent of the will of the suspect such as, inter alia, documents acquired pursuant to a warrant, breath, blood and urine samples and bodily tissue for the purpose of DNA testing. In the present case the Court is only called upon to decide whether the use made by the prosecution of the statements obtained from the applicant by the inspectors amounted to an unjustifiable infringement of the right*» (§ 69).

[48] «*Moreover, the yardstick proposed is not without problems: can it really be said that the results of a breathalyser test to which a person suspected of driving under the influence has been compelled have an existence independent of the will of the suspect? And what about a PIN code or a password into a cryptographic system which are hidden in the suspect's memory?*».

[49] S. Mason e D. Seng, *Electronic Evidence and Electronic Signatures*, ed. V, University of London, 2021, 411-414, §§ 8.47-8.54, con commento delle sentenze *RV. S & Anor*, *Brown v Stott*, *Greater Manchester Police v Andrews.*

[50] C. eur. 19.5.2026, *Minteh c. Francia*. La Corte EDU aveva formulato i quesiti alle parti, con lettera del 31 maggio 2021, come segue: «*1. La condamnation pénale du requérant, sur le fondement de l'article 434-15-2 du code pénal, pour avoir refusé de communiquer le code de déverrouillage de son téléphone portable aux policiers durant sa garde à vue, a-t-elle porté atteinte à son droit de garder le silence et de ne pas contribuer à sa propre incrimination tel que garanti par l'article 6 de la Convention ? 2. Y a-t-il eu violation du droit du requérant au respect de de sa vie privée et de sa correspondance, au sens de l'article 8 de la Convention?*».

[51] Per il commento alla Corte di cassazione francese 7.11.2022, n. 21-83.146. E. Dreyer, *Clair-obscur sur la convention secrète de déchiffrement des téléphones portables*, in *Le Quotidien du 16 novembre 2022* (lexbase.fr.).

l'autoincriminazione laddove l'autorità domestica dimostri che la coercizione era finalizzata all'ottenimento di documenti specifici, preesistenti e noti (rilevanti per l'indagine, creati prima della costrizione e di cui le autorità erano già a conoscenza), rimanendo, viceversa, illegittima sia la creazione di documenti a seguito di coercizione sia la "*fishing expedition*"[52].
In ogni caso, il test convenzionale di esistenza e di equità di una coercizione probatoria si snoda attraverso quattro step.
Anzitutto, occorre verificare se l'atto investigativo o il mezzo di prova integrino una forma di "oppressione" o "costrizione" contro la volontà dell'interessato; la minaccia di una sanzione per mancata risposta o collaborazione è un tipico esempio di coercizione diretta.
In secondo luogo, gli elementi incriminanti devono essere ottenuti o utilizzati in un procedimento penale.
A seguire, bisogna qualificare l'atto o il mezzo coercitivo come "*use of compulsion to obtain incriminatory statements*" (coercizione usata per ottenere una "prova dichiarativa autoincriminante") o "*real evidence of an incriminatory nature*" (coercizione usata per ottenere una "prova reale incriminante", seppur veicolata da una previa dichiarazione). Solo nel primo caso, ovvero quando sorgano dubbi di inquadramento (la Corte riconosce che la distinzione non sempre è netta), il diritto contro l'autoincriminazione è applicabile e la coercizione ne mette a repentaglio l'essenza. Nel secondo caso, in relazione a prove "reali" o che esistono indipendentemente dalla volontà dell'accusato, l'uso dei poteri coercitivi non solleva questioni di compatibilità col diritto di non autoincriminarsi, salva l'ipotesi eccezionale di impiego di metodi disumani o degradanti *ex* art. 3 della Convenzione[53].
Qualora la coercizione comprometta il beneficio in esame, la violazione non è automatica ma subordinata alla verifica dei seguenti aspetti: (i) natura e grado della coercizione adottata per ottenere le prove (il carattere diretto o indiretto della coercizione non è determinante e rileva solo nell'ultima fase del test); (ii) esistenza di adeguate garanzie procedurali[54]; (iii) effettivo utilizzo del materiale ottenuto[55].
Sulla scorta di quanto detto, un ipotetico obbligo di rivelare la chiave privata di un cripto *wallet* non contrasterebbe di per sé con la Convenzione, purché presidiato da idonea base legale, scopo legittimo e necessità della rivelazione (necessità da sottoporre a controllo giurisdizionale), tanto più considerato che la giurisprudenza convenzionale riguarda ogni dato criptato, anche comunicativo, mentre nel caso di specie a essere criptati sarebbero valori o notizie patrimoniali (elementi preesistenti e indipendenti dalla volontà dichiarativa dell'accusato)[56].

---

[52] C. eur. 3.5.2001, *J.B. c. Svizzera*, caso in cui le autorità fiscali avevano costretto il ricorrente, mediante l'imposizione di multe, a presentare "tutti i documenti relativi alle società in cui aveva investito denaro" (§ 65); C. eur. 25.2.1993, *Funke c. Francia*, riguardante la coercizione, sotto forma di sanzioni pecuniarie, per la produzione di estratti conto bancari esteri per sospetta violazione delle norme doganali.
[53] Eccezione enucleata in C. eur. 11.7.2006, *Jalloh c. Germania* [GC], § 101; C. eur. 29.6.2007, *O'Halloran and Francis c. Regno Unito* [GC], § 55.
[54] Nel sopra citato *Minteh c. Fracia*, benché il ricorso sia stato dichiarato inammissibile per non applicabilità del diritto a non autoincriminarsi, la Corte Edu, dando spazio a una valutazione di merito, ha valorizzato le garanzie procedurali previste dall'art. 434-15-2 c.p., ossia l'intervento dell'autorità giudiziaria, l'informazione all'indagato circa le conseguenze penali derivanti dal rifiuto di collaborare, la sussistenza di indizi circa l'avvenuto utilizzo del dispositivo per la commissione di un reato, nonché circa la conoscenza da parte dell'indagato del codice di decrittazione (§ 46).
[55] Diverse opinioni in calce alla pronuncia *O'Halloran and Francis c. Regno Unito* [GC], cit., hanno stigmatizzato l'ultimo step del test in esame: il diritto al silenzio dovrebbe ritenersi violato ogni qualvolta l'utilizzo di poteri coercitivi sia volto a ottenere prove dichiarative autoincriminanti, senza ulteriore bilanciamento.
[56] Il tema è stato attentamente sviluppato, per la prima volta e con riguardo proprio alle criptovalute, in J. Della Torre, *Cripto-attività e giustizia penale*, Milano 2026, 492 ss. Secondo l'Autore, sul piano applicativo, non è agevole distinguere l'ipotesi in cui l'indagato assume il ruolo di "fonte" da quella in cui viene considerato mero "oggetto di prova", soprattutto in fattispecie quali quella dell'obbligo, imposto all'indagato, di rivelare le proprie

D'altro canto, le considerazioni d'oltralpe non vincolano l'ordinamento interno, né impongono una rivisitazione di quell'orientamento costituzionale favorevole ad ampliare la portata del diritto al silenzio anche rispetto a informazioni o dati patrimoniali: in base all'art. 53 della Convenzione, infatti, i giudici nazionali possono interpretare e applicare i diritti umani secondo soluzioni più garantiste di quelle previste dagli arresti della Corte europea[57].

5. I risultati dell'indagine sinora condotta sono frutto di un'elaborazione "a circuito chiuso", in base a parametri e orientamenti domestici mai calati nella realtà della blockchain, in attesa di collaudo con le più recenti indicazioni europee.
L'affermarsi delle criptovalute come *asset class* alla portata di tutti è solo uno degli aspetti di una rivoluzione digitale che equipaggia il singolo di strumenti di libertà e autonomia inediti, sia per potenziale sia perché appartengono a un mondo distante da regole e controlli tradizionali, in cui è tremendamente facile mostrarsi e, parimenti, rendersi invisibili.
La prima reazione delle istituzioni europee è stata promuovere l'utilizzo di siffatti strumenti e monitorare il loro sviluppo in collaborazione con esperti e professionisti, mediante task force, osservatori e centri di innovazione per il design normativo[58]. Un approccio "*wait and see*", guidato dai principi di neutralità tecnologica e dei modelli di business, temperato dall'analisi proattiva e partecipata dei rischi[59].

---

password («*i codici di accesso si collocano in una zona grigia della distinzione tracciata dalla Corte: pur esistendo indipendentemente dalla volontà del soggetto, essi possono implicare– ai fini della loro acquisizione– diversi gradi di cooperazione, attiva o passiva, da parte sua*»). Un'esegesi garantista (di non conformità di tale obbligo) s'imporrebbe, sia per diritto sovranazionale che per giurisprudenza costituzionale, in ciascuno dei seguenti diversi scenari (analizzati dall'Autore singolarmente): i) il caso in cui il codice di accesso sia incorporato in un documento, analogico o digitale, già esistente; ii) l'ipotesi in cui la password alfanumerica sia conservata esclusivamente nella mente del soggetto; iii) la situazione in cui la chiave di accesso sia di tipo biometrico. Nello specifico «*la tutela del nemo tenetur non si esaurisce nelle sole dichiarazioni immediatamente autoincriminanti, ma si estende anche a quelle che possono essere utilizzate a carico dell'interessato solo in un momento successivo, ciò vale a fortiori per le password. È sufficiente considerare che dall'accesso a un dispositivo digitale o a un sistema informatico possono essere estratti elementi fattuali di rilievo decisivo– quali dati, comunicazioni, metadati o tracciati di utilizzo– idonei a incidere direttamente sulla ricostruzione del fatto, sulla qualificazione giuridica della condotta e, in ultima analisi, sull'accertamento della responsabilità penale dell'interessato. In una simile prospettiva, ci si trova, insomma, dinanzi a una forma di coartazione suscettibile di compromettere "the very essence of the privilege against self-in-crimination"*» (495 ss).

[57] In relazione all'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello, anche qualora il primo grado si sia svolto in abbreviato, C. eur. 25.3.2021, *Di Martino e Molinari c. Italia*, § 39 «*la Convention ne fait pas obstacle à ce que les États parties accordent aux droits et libertés qu'elle garantit une protection juridique plus étendue que celle qu'elle met en œuvre, que ce soit par le biais du droit interne, d'autres traités internationaux ou du droit de l'Union européenne. Comme elle a déjà eu l'occasion de le souligner, par son système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national. Rien n'interdit aux États contractants d'adopter une interprétation plus large garantissant une protection renforcée des droits et libertés en question dans leurs ordres juridiques internes respectifs*». Sul punto, P. Moscarini, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *RIDPP* 2006, 611 ss.

[58] Tra le molteplici iniziative in questa direzione: il Parlamento Europeo, con risoluzione del 3 ottobre 2018, "*Distributed ledger technologies and blockchains: building trust with disintermediation*", ha analizzato le possibili applicazioni delle tecnologie basate su registri distribuiti e sollecitato Commissione e Stati membri a sviluppare iniziative e progetti pilota; la Commissione Europea, nello stesso anno, ha costituito il Forum dell'Osservatorio Blockchain dell'UE per raccogliere informazioni dagli Stati membri sui casi d'uso e per coinvolgere esperti nella formulazione di politiche concrete; la Banca Centrale Europea ha formato una task force sui registri distribuiti e lanciato un progetto di ricerca congiunto con la Banca del Giappone; per quanto concerne specificamente i servizi finanziari, l'ESMA ha riconosciuto la necessità di trovare un equilibrio tra garantire la sicurezza nelle transazioni e prevenire inutili complessità, in modo da non scoraggiare la partecipazione dei nuovi entranti.

[59] In argomento, International Finance Corporation, *Blockchain Governance and Regulation as an Enabler for*

La seconda è stata una fase di regolazione "esaustiva", con norme uniformi per emittenti e prestatori di servizi in cripto-attività (*comprehensive regulatory approach*)[60], cui è seguita, per quanto concerne specificamente la tracciabilità delle transazioni, una fase conservativa e precauzionale: vietare la fornitura e la custodia di conti anonimi o che favoriscono l'anonimizzazione, di qui contrastare la diffusione di valute strutturate per l'opacità sistemica, quali Monero o Zcash (*restrictive approach*)[61].
L'identificazione certa degli utenti, a fronte, non tanto del concretarsi dei rischi temuti, ma della marcata inferiorità di risorse che caratterizza i controllori rispetto ai controllati[62], si conferma la chiave di volta per disinnescare la tensione, in tema di finanza decentralizzata, tra efficienza tecnologica e gestione dei rischi di illecito.
In conclusione, l'approccio maturato in seno all'Unione impone una nuova e apposita valutazione del contegno dell'indagato che celi identità e patrimonio digitali: se l'anonimato (o pseudo-anonimato che sia) non è sostenibile nella fisiologia dei rapporti sulla blockchain, a maggior ragione non può esserlo ai fini dell'enforcement penale.
Come sopra accennato, d'altronde, la configurabilità di un illecito da comportamento reticente non sarebbe di per sé incompatibile con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, opzione valida tanto riconducendo la minaccia di sanzioni alla fattispecie della "coercizione per prove reali incriminanti", che esistono indipendentemente dalla volontà dell'imputato, quanto presidiando la minaccia di sanzioni per dichiarazioni autoincriminanti tramite idonea base legale, scopo legittimo, necessità della rivelazione e controllo giurisdizionale di proporzionalità.
S'intravede, in potenza, una frizione con la sentenza costituzionale n. 111/2013, fedele alla tutela dell'indagato rispetto a qualsiasi informazione suscettibile di influire sull'addebito di responsabilità, anche in via indiretta o posticipata (anche al di fuori, dunque, di domande e risposte autoincriminanti "in senso stretto"); perché ciò possa considerarsi "ineludibile" a onta dell'impostazione sovranazionale più recente e nel contesto specifico della blockchain, sarà opportuno confrontarsi con la categoria Cedu dell'oggettività probatoria indipendente dalla persona che riferisca sulla medesima e giustificare il regime del silenzio rispetto all'identità patrimoniale e digitale.

Market Creation in Emerging Market, EMcompass, Note 57, September 2018; World Economic Forum, *Navigating Cryptocurrency Regulation: An Industry Perspective on the Insights and Tools Needed to Shape Balanced Crypto Regulation*, 2021, che distingue l'approccio dei regolatori all'innovazione tecnologica in quattro tipologie: *wait and see approach*; *public-private partnership approach (balanced/risk-proportionate approach)*; *comprehensive regulatory approach*; *restrictive approach*). Nella dottrina italiana, S. Rigazio, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella l. 12/2019*, in *Dir. inform.*, II, 2021, 369.

[60] Ci si riferisce, principalmente, al Regolamento (UE) 2023/1114 sui mercati dei crypto-asset (MiCAR – *Markets in Crypto-Assets Regulation*), adottato dal Parlamento Europeo il 23 aprile 2023, approvato dal Consiglio Europeo il 16 maggio 2023, divenuto applicabile tra giugno e dicembre 2024.

[61] Il divieto è previsto, nello specifico, dall'art. 79 del Regolamento (UE) 2024/1624, sulla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo.

[62] In merito all'incidenza della tecnologia sui rapporti di forza tra supervisor e vigilati, A. Perrone, *La nuova vigilanza. RegTech e capitale umano*, in *BBTC*, IV, 2020, 516.

CORTE COST. 44/2026: LA PROGRESSIVA EROSIONE DEL TERZO COMMA DELL'ART. 131-*BIS* CP

di Marco Bulgarelli (Dottore in Giurisprudenza Università degli Studi di Torino)

Il contributo analizza la sentenza n. 44 del 2026 della Corte costituzionale che, inserendosi in un recente filone di declaratorie di incostituzionalità riferite al terzo comma dell'art. 131-bis Cp, permette di considerare la portata applicativa dell'istituto, così come modificato dalla riforma Cartabia e alla luce della giurisprudenza successiva.
The paper examines Constitutional Court judgment no. 44 of 2026, which, as part of a recent series of rulings declaring the third paragraph of Article 131-bis of the Criminal Code unconstitutional, enables an analysis of the applicability of the provision, recently modified and considering subsequent case law.

Sentenza della Corte costituzionale n. 44/2026; art. 131-bis Cp; punibilità
Constitutional Court ruling no. 44/2026; Article 131-bis of the Criminal Code; criminal liability

Sommario: 1. Le questioni sollevate. – 2. La decisione della Corte. – 3. Un'ulteriore pronuncia di incostituzionalità del terzo comma dell'art. 131-*bis*… – 4. …comporterà l'ampliamento del raggio di applicazione della causa di non punibilità?

1. Lo scorso 31 marzo la Corte costituzionale, con la sentenza n. 44/2026, si è pronunciata sulle questioni di legittimità sollevate in merito all'art. 131-*bis* co. 3 n. 3 Cp, nella parte in cui non consente di considerare l'offesa di particolare tenuità quando si procede per il delitto, consumato o tentato, di estorsione non aggravata[1].
Il giudizio di legittimità muove da due ordinanze di rimessione: la prima (15 aprile 2025, reg. ord. n. 96/2025), del Giudice per le indagini preliminari di Pavia, censura la norma in ragione dell'art. 3 Cost.; la seconda, (14 luglio 2025, reg. ord. 165/2025), del Tribunale di Cassino, fa riferimento sia all'art. 3 sia all'art. 27 co. 1 e 3 Cost.; in entrambi i procedimenti *a quibus* – rispettivamente in fase di indagini preliminari e dibattimentale – viene contestato il reato di tentata estorsione di cui agli artt. 56 e 629 Cp.
Il primo giudice rimettente, quanto alla rilevanza, ritiene che nel caso concreto sussistano i requisiti per l'applicazione della causa di non punibilità, ma per espressa previsione normativa un fatto di estorsione, ancorché non aggravato, non può essere considerato di particolare tenuità, con la conseguenza che la richiesta di archiviazione presentata in tal senso dal pubblico ministero dovrebbe essere rigettata. Assumendo a *tertium comparationis* il delitto di rapina non aggravata, il giudice *a quo* evidenzia una violazione dell'art. 3 Cost.: l'applicabilità dell'art. 131-*bis* è esclusa a priori solo nelle ipotesi aggravate di cui al terzo comma dell'art. 628 Cp e non anche nella rapina in forma semplice; di qui, la ritenuta non manifesta infondatezza.
A sostegno di tale tesi, l'ordinanza di rimessione adduce due ulteriori argomenti: da un'analisi della disciplina processuale e del trattamento sanzionatorio riservato alle fattispecie in parola, emerge una sostanziale omogeneità; in più, la stessa Consulta, in due recenti sentenze[2], ha inserito l'attenuante del fatto di lieve entità sia all'art. 628 sia all'art. 629. Ebbene, se sostanzialmente equiparabili e se entrambi i reati posso risultare "di lieve entità", appare

[1] C. cost., 31.3.2026 n. 44, in *D&G* 31.3.2026.
[2] C. cost., 15.5.2023 n. 120 in *GCos* 2023, 1379 ss.; C. cost., 13.5.2024 n. 86, in *GCos* 2024, 909 ss.

irragionevole che soltanto la rapina non aggravata possa essere considerata di particolare tenuità.
Il secondo giudice rimettente, in punto di rilevanza, conclusa l'attività istruttoria, reputa applicabile ai fatti contestati la causa di non punibilità, sennonché tale eventualità sia preclusa dalla disposizione di cui al terzo comma, n. 3, dell'art. 131-*bis*. Quanto alla non manifesta infondatezza, l'ordinanza ricalca tendenzialmente le argomentazioni della prima, specificando, circa l'omogeneità delle fattispecie, come non solo l'estorsione e la rapina offendano i medesimi beni giuridici – patrimonio e libertà di autodeterminazione –, prevedano la minaccia o la violenza come strumento di coartazione della volontà e siano finalizzate al conseguimento di un ingiusto profitto, ma anche come, nel delitto di cui all'art. 628 Cp, «l'offesa è più intensa, perché la "volontà è annientata" e non "solo compromessa"»[3]: di tutta evidenza, dunque, la disparità di trattamento.
L'ulteriore questione sollevata dal Tribunale di Cassino concerne l'art. 27 co. 1 e 3 Cost.: *in primis*, la preclusione prevista dal terzo comma dell'art. 131-*bis* impedirebbe all'autorità giudicante di individualizzare la risposta penale al fatto commesso dall'autore, violando il principio di personalità della responsabilità penale; poi, l'irrogazione di una pena a fronte di un fatto dotato di scarsissima offensività – per l'appunto, tenue – contrasterebbe con la stessa funzione rieducativa.

2. In via preliminare, vagliando l'ammissibilità delle questioni sollevate, la Corte si sofferma sulla natura del delitto tentato, forma in cui, in entrambi i procedimenti *a quibus*, si sarebbe manifestato il reato oggetto di contestazione. Con un richiamo a consolidata giurisprudenza di legittimità, i Giudici precisano che il delitto tentato costituisce «figura autonoma di reato, qualificato da una propria oggettività giuridica e da una propria struttura, delineate dalla combinazione della norma incriminatrice specifica e dalla disposizione contenuta nell'art. 56 cod. pen., che rende punibili, con una pena autonoma, fatti non altrimenti sanzionabili, perché arrestatisi al di qua della consumazione»[4]. Nondimeno, risulta altrettanto pacifica l'applicabilità della causa di non punibilità, data la riconducibilità del *genus* "delitto tentato" al generico lemma "reati" contenuto nell'art. 131-*bis*[5] Cp.
Così, proprio in ragione delle peculiarità dei casi di specie e della menzionata autonomia discendente dall'art. 56 Cp, la Consulta ha ritenuto inammissibili per difetto di rilevanza le censure sollevate dai rimettenti in riferimento al delitto consumato di estorsione.
D'altra parte, le questioni inerenti all'art. 3 Cost., per quanto concerne la fattispecie in forma tentata, appaiono fondate nel merito. Come doverosa premessa, il Giudice delle leggi richiama la propria precedente giurisprudenza, secondo cui al legislatore viene riconosciuta un'ampia discrezionalità nell'individuare l'ambito oggettivo della particolare tenuità del fatto, salvo il limite della manifesta irragionevolezza[6]. Proprio tale *vulnus* emerge, tuttavia, dalla comparazione tra i delitti di estorsione e rapina.
Ripercorrendo le argomentazioni delle ordinanze di rimessione circa i tratti di omogeneità tra le ipotesi di reato in esame, la Corte specifica, come aveva già avuto modo di fare in un precedente, che il criterio distintivo tra le due deve individuarsi nel tipo di coazione esercitato sulla vittima dal soggetto agente: «coazione relativa (*vis compulsiva*)» nel delitto di estorsione, «coazione assoluta (*vis absoluta*)» nel delitto di rapina[7]. Tuttavia, il Collegio sottolinea che «è

[3] C. cost., 31.3.2026 n. 44, cit., § 6 *Ritenuto in fatto*.
[4] Cass. 6.11.2025 n. 36063, in *CEDCass*, m. 288791.
[5] V., *ex multis*, Cass. 19.4.2019 n. 17348, in *CEDCass*, m. 276629.
[6] V., *ex multis*, C. cost., 22.1.26 n. 5, in *CEDCass*, m. 47180; C. cost., 21.7.2020 n. 156, in *GCos* 2020, 1762 ss., § 3.5 *Considerato in diritto*; C. cost., 17.7.2017 n. 207, in *GCos* 2017, 1821 ss. § 6 *Considerato in diritto*.
[7] C. cost., 13.5.2024 n. 86, cit., § 5.5 *Considerato in diritto*. Anche in sede di legittimità si ricorre da tempo al

lo stesso legislatore che, parificando i minimi edittali, dimostra di considerare i due titoli di reato omogenei quanto all'offensività astratta, sull'implicito presupposto che la libertà morale debba essere protetta non meno che la libertà fisica»[8].

A supporto della concezione unitaria delle due fattispecie, rileva, *in primis*, il trattamento sanzionatorio di pari severità – pena della reclusione da cinque a dieci anni per entrambe –, oltre al sistema di circostanze aggravanti speciali previsto dall'art. 628 co. 3 Cp, semplicemente richiamato dall'art. 629 co. 2 Cp; ancora, sul versante processuale, l'art. 380 co. 2 lett. *f* Cpp, prevede l'arresto obbligatorio in flagranza per ambedue i titoli di reato, mentre l'art. 407 co. 2 n. 2 Cpp, fissa in due anni la durata massima delle indagini preliminari per i delitti di rapina ed estorsione qualora ricorra una delle circostanze aggravanti appena menzionate; in ultimo, dal punto di vista del regime penitenziario, nelle sole forme aggravate di cui all'art. 628 co. 3 e 629 co. 2, essi appartengono alla c.d. seconda fascia di reati di cui all'art. 4-*bis* co. 1-*ter* Op. Tra l'altro, leggendo la relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, si evince come a giustificare l'inserimento del reato di rapina aggravata nel terzo comma dell'art. 131-*bis* Cp sia proprio la qualifica di "reato di seconda fascia" *ex* art. 4-*bis* Op[9]: ulteriore profilo di disparità di trattamento rispetto all'estorsione in forma semplice[10].

In più, in ragione di una simile ed equiparabile posizione dei due titoli di reato all'interno dell'ordinamento, nel richiamato precedente del 2024, la Corte ha esteso alla rapina l'attenuante della lieve entità del fatto, già ritenuta costituzionalmente necessaria per l'estorsione, un anno prima[11]. Posto che tali circostanze «si fondano per lo più su una valutazione globale del fatto o sulla considerazione dei suoi soli profili oggettivi, quali le caratteristiche dell'azione criminosa o l'entità del danno o del pericolo, e presentano perciò vari aspetti che le differenziano dalla causa di non punibilità dell'art. 131-*bis* cod. pen.», la quale «richiede una valutazione complessa e congiunta di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, che tenga conto delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo»[12], tenuto conto della già invocata omogeneità tra le fattispecie in analisi e adottando una visione di sistema, non può non considerarsi il disallineamento determinato dalla disciplina sulla particolare tenuità del fatto.

La sentenza si conclude, pertanto, con la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 131-*bis* co. 3 n. 3, Cp, «nella parte in cui prevede che l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per il delitto tentato previsto dall'art. 629, primo comma, cod. pen.», assorbita la censura relativa all'art. 27 co. 1 e 3, Cost.

---

medesimo criterio distintivo; secondo la Corte di cassazione, infatti, si ha rapina quando «il reo sottrae la cosa esercitando sulla vittima una violenza o una minaccia diretta e ineludibile, mentre nell'estorsione la coartazione non determina il totale annullamento della capacità del soggetto passivo di determinarsi diversamente» (Cass. 8.4.2021 n. 15564, in *CEDCass*, m. 281102).

[8] C. cost., 13.5.2024 n. 86, cit., § 5.5 *Considerato in diritto*.

[9] Relazione illustrativa al d.lgs. 10.10.2022 n. 150, in www.sistemapenale.it 20.10.2022, 351.

[10] Cfr. Brunelli, *Le modifiche alla non punibilità per tenuità del fatto*, in *DPP* 2023 (1), 57, che, sul tema, aveva già rilevato tale irragionevolezza: «impiegando il parametro dell'art. 4-*bis*, il delegato avrebbe dovuto riservare pari "trattamento" alle figure della rapina e dell'estorsione, che risultano escluse dai benefici penitenziari solo nella forma aggravata. Invece, il nuovo 131-*bis* distingue in proposito, prevedendo l'esclusione della rapina (tentata), ma solo se aggravata (art. 628, comma 3, c.p.), mentre l'esclusione della estorsione (tentata) è prevista anche nella forma semplice (art. 629 c.p.); vero che l'estorsione (tentata) aggravata sarebbe stata comunque fuori dal recinto generale (pena minima per la consumazione sette anni di reclusione) di applicabilità della clausola, a differenza della rapina (pena minima per la consumazione sei anni), ma le due figure base sono punite con la stessa pena edittale minima (cinque anni di reclusione), sicché prevedere l'esclusione per l'una e non per l'altra avrebbe comunque richiesto una spiegazione».

[11] C. cost., 13.5.2024 n. 86, cit., per il delitto di rapina; C. cost., 15.5.2023 n. 120, cit., per il delitto di estorsione.

[12] C. cost., 17.7.2017, n. 207, cit., § 4 *Considerato in diritto*.

3. La sentenza in commento permette di ripercorrere l'evoluzione normativo-giurisprudenziale dell'istituto della particolare tenuità del fatto e di prospettare possibili e conseguenti sviluppi. Per adottare la giusta prospettiva, tuttavia, è necessario *in primis* fare un passo indietro[13].

All'indomani della c.d. riforma Cartabia, com'è noto, lo spettro di applicabilità della causa di non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp si è ampliato: dallo sbarramento che coincideva col limite edittale massimo, pena detentiva non superiore a cinque anni, alla nuova soglia fissata al limite edittale minimo, pena detentiva non superiore a due anni[14]. L'attuazione del criterio di delega di cui all'art. 1 co. 21 l. 27.9.2021 n. 134 ha comportato, inoltre, l'attribuzione di rilevanza alla condotta susseguente al reato[15] e l'esclusione dal raggio di operatività dell'esimente per una serie di fattispecie richiamate dalla disposizione di nuovo conio, di cui al terzo comma dell'art. 131-*bis* Cp. Occorre, in primo luogo, soffermarsi proprio su quest'ultimo intervento di riforma. Stando al ventunesimo comma della legge delega, l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando si tratta di reati riconducibili alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica del 2011, c.d. Convenzione di Istanbul, ratificata con l. 27.06.2013 n. 77. Dopodiché, è stata rimessa al legislatore delegato la valutazione circa l'opportunità di ampliare il novero di titoli di reato per cui, in ragione del generale ampliamento dell'operatività dell'esimente, precludere a priori l'applicazione della stessa *«se ritenuto opportuno sulla base di evidenze empirico-criminologiche o per ragioni di coerenza sistematica»*. La concretizzazione di tale criterio si è tradotta nell'«elefantiaco comma 3»[16] dell'art. 131-*bis* Cp, contenente un lungo elenco di reati da cui, sin dal principio, trasparivano profili di irragionevolezza[17].

---

[13] Ci si soffermerà, in questa sede, sulla disciplina dell'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto così come modificata dalla c.d. riforma Cartabia; mentre, per quanto riguarda il dibattito dottrinale già vivo in Italia prima dell'introduzione dell'istituto nel nostro ordinamento, v., per tutti, C.E. Paliero, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985; R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflattive e meritevolezza di pena,* in *Meritevolezza di pena e logiche deflattive*, a cura di G. De Francesco, E. Venafro, Torino 2002, 101 ss.; S. Quattrocolo, *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli 2004; in merito al dibattito conseguente all'entrata in vigore della causa di non punibilità, v., *ex multis*, G. De Francesco, *Punibilità*, Torino 2016, 84 ss.; C.F. Grosso, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *DPP* 2015 (5), 517 ss.; S. Quattrocolo (a cura di), *I nuovi epiloghi del procedimento penale per particolare tenuità del fatto*, Torino 2015.

[14] V., *amplius*, Relazione illustrativa, cit., 341 ss. Cfr. D. Pulitanò, *Una svolta importante nella politica penale*, in www.lalegislazionepenale.eu 15.6.2021, 4, che, in merito ai limiti di applicazione di istituti che escludono la punibilità o comportano una diversa forma di risposta al reato, precisa come «l'ordinamento italiano fa uso di modelli diversi. Il riferimento alla pena "meritata" in concreto è il modello adottato dal codice Rocco nella disciplina della sospensione condizionale della pena (e del perdono giudiziale). Fanno invece riferimento ai massimi edittali la disciplina della prescrizione, quella dell'amnistia e dell'indulto, e gli istituti introdotti dal legislatore del 2014 (sospensione del processo con messa alla prova, e non punibilità per particolare tenuità del fatto)». Per le obiezioni sollevate dalla dottrina sull'impostazione scelta dal legislatore italiano – legata al massimo edittale – relativa alla disciplina della particolare tenuità dell'offesa *ante* riforma Cartabia, v., *ex aliis*, T. Padovani, *Un intento deflattivo dal possibile effetto boomerang*, in *GD* 2015 (15), 20 ss.; per la giurisprudenza, basti richiamare la nota sentenza C. cost., 21.7.2020, n. 156, in *GCos* 2020, 1762 ss., con cui la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 131-*bis* Cp nella parte in cui non consentiva l'applicazione dell'esimente ai reati per i quali non è previsto un minimo edittale di pena detentiva.

[15] *Infra* § 4.

[16] M. Pelissero, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2026, 300; nei medesimi termini, D. Brunelli, *op. cit.*, 55.

[17] V. D. Brunelli, *op. cit.*, 55 ss.; l'Autore parla, a tal proposito, di «bilanciamento compensativo», trattandosi di individuare «specifici reati "ostativi" o "allergici" alla clausola, seppure rientranti nel recinto di quelli che ora sarebbero stati in grado di ospitarla, ulteriori rispetto alle ipotesi già previste nel testo vigente. L'idea è che ad un ampliamento dell'area generale di operatività della clausola debba corrispondere l'implementazione delle specifiche esclusioni. La legge, con una mano concede, con l'altra oculatamente ritira».

Prima della sentenza in commento, infatti, la Consulta, già in due occasioni, aveva avuto modo di dichiarare l'incostituzionalità di specifiche previsioni contenute nel terzo comma dell'art. 131-*bis*.
Con la pronuncia n. 172 del 2025[18], il Giudice delle leggi ha sancito l'irragionevolezza dell'eccezione normativa riferita agli artt. 336 e 337 Cp, rispettivamente violenza o minaccia e resistenza a pubblico ufficiale: fattispecie che spesso possono concretizzarsi in fatti di lieve entità. Inoltre, reati analoghi, se non di maggiore disvalore, come quello previsto dall'art. 338 Cp – violenza o minaccia a un corpo politico, amministrativo o giudiziario –, grazie alle modifiche introdotte dalla riforma Cartabia, sono entrati nel campo di applicazione dell'istituto della particolare tenuità del fatto. Pertanto, proprio assumendo a *tertium comparationis* tale ultimo delitto, la Corte ha dichiarato l'incostituzionalità della discrasia normativa determinata dal terzo comma dell'art. 131-*bis*: un primo tassello del pesante impianto di eccezioni venuto meno. Per di più, occorre rilevare come, sulla base di argomentazioni analoghe, pare «ugualmente inficiata da manifesta irragionevolezza»[19] la scelta del legislatore di includere nel terzo comma anche il reato di oltraggio a pubblico ufficiale di cui all'art. 341-*bis* Cp.
A pochi mesi di distanza dalla richiamata sentenza, la Consulta, con la pronuncia n. 5 del 2026[20], era poi tornata a pronunciarsi sul medesimo argomento: l'aprioristica esclusione dell'applicabilità dell'esimente per il reato di incendio boschivo colposo *ex* art. 423-*bis* Cp, capace anch'esso, come sopra, di manifestarsi in fatti «connotati, in concreto, da gravità oggettiva assai eterogenea»[21]. Il Collegio, utilizzando come criterio di paragone generale i delitti colposi di danno di comune pericolo – art. 449 Cp – e come criterio specifico la fattispecie di disastro ambientale colposo – art. 452-*quinquies* Cp –, fatti che potenzialmente potrebbero ritenersi non punibili ai sensi dell'art. 131-*bis*, aveva ritenuto irragionevole la presunzione assoluta di non tenuità riferita all'art. 423-*bis* Cp. Nuovamente, dunque, i Giudici avevano rilevato un'anomalia nel dato normativo, tale per cui avrebbe potuto riservarsi, a fronte di un fatto di lieve offensività, un trattamento deteriore rispetto a casi di maggior gravità. Così, anche una seconda voce del nutrito elenco di deroghe al regime di applicabilità dell'esimente è stata espunta dalla norma.
La sentenza in commento, successiva di pochi mesi a quella appena richiamata, si inserisce in linea di continuità nel progressivo processo di erosione del terzo comma dell'art. 131-*bis post* Cartabia. Ci si interroga, allora, su quali effetti concreti potrebbero conseguire a una simile giurisprudenza costituzionale.
Innanzitutto, non si può non considerare che il Giudice delle leggi può intervenire solo in casi di manifesta irragionevolezza, non può dunque sindacare le scelte di politica criminale del legislatore. Tuttavia, interventi come quelli appena richiamati convergono in una comune direzione: snellire "l'elefantiaco terzo comma" dell'art. 131-*bis* e, conseguentemente, ampliare la portata applicativa dell'istituto. Autorevole dottrina sottolinea che, in ogni caso, per quanto si ritengano auspicabili interventi di tale segno da parte della Consulta, «più a monte appare irragionevole un assetto di disciplina di esclusione di determinati tipi di reato che rientrerebbero comunque nel limite edittale di pena previsto in generale dal primo comma dell'art. 131-*bis*»[22].

[18] C. cost., 27.11.2025, n. 172, in *CEDCass*, m. 46999.
[19] M. Pelissero, *op. cit.*, 300.
[20] C. cost., 22.1.2026 n. 5, cit.
[21] *Ibid*., § 5.3 *Considerato in diritto*.
[22] M. Pelissero, *op. cit.*, 300. A ben vedere, la logica delle eccezioni, più in generale, anche prima che assumesse la forma del terzo comma dell'art. 131-*bis*, è sempre stata oggetto di rilievi critici; v., in tal senso, C.E. Paliero, *"Principio di esiguità" e deflazione penale: la ricetta italiana del "tipo bagatellare"*, in *RIDPP* 2023 (2), 541, secondo cui «da un profilo più generale, di valutazione politico-criminale – ma anche dommatica – dell'istituto, c'è da registrare, peraltro, che, nella vigenza di tale disciplina si è non di rado constatato che il "sistema dei limiti"

Ebbene, da questo quadro emergono due spunti di riflessione: il primo di ordine specifico, il secondo di più ampio respiro. In primo luogo, se da una parte, in astratto, alleggerire la serie di presunzioni assolute di non tenuità potrebbe effettivamente allargare lo spettro di applicazione della causa di non punibilità, dall'altra, è necessario effettuare un bilanciamento con un'ulteriore "novità" introdotta dalla riforma Cartabia: la valutazione della condotta susseguente al reato. In seconda battuta, la sentenza in commento si può collocare nella più generale dinamica che caratterizza l'attuale dialogo tra Corte costituzionale e Legislatore, con la prima sempre più propensa ad abbattere i paletti che il secondo pone sul campo della discrezionalità giudiziale.

4. Uno degli interventi di riforma del biennio 2021-2022 che ha suscitato maggior dibattito in merito all'art. 131-*bis* Cp è stata l'attribuzione di rilevanza, in sede di valutazione circa la particolare tenuità dell'offesa, alla condotta susseguente al reato. Il novellato primo comma della norma in parola contiene, così, un ulteriore e decisamente ampio indice, in linea con il complessivo intento della riforma Cartabia di avvalorare forme di giustizia, *lato sensu*, riparativa[23]. La *ratio* sottesa a tale, generale, formula è stata infatti quella di «non limitare la discrezionalità del giudice che, nel valorizzare le condotte *post delictum*, potrà d'altra parte fare affidamento su una locuzione elastica – "condotta susseguente al reato" – ben nota alla prassi giurisprudenziale»[24].
Uno dei punti focali su cui si è concentrata la dottrina all'indomani della riforma attiene a quale rilievo dare alle condotte successive a un fatto, originariamente tenue, che possano però in qualche modo escluderne a posteriori tale connotato[25]. La volontà del legislatore delegante e delegato è chiaramente esplicitata nella Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022: «la condotta susseguente al reato è apprezzabile, rispetto all'art. 131 *bis* c.p., solo quando concorre alla tenuità dell'offesa e *non* anche quando, al contrario, aggrava l'offesa stessa»[26]. Eppure, nei

[…] ha inceppato, inquinandolo, il *rationale*, sia valoriale (principio di offensività) che pratico (principio di economia penale mediante deflazione), dell'istituto. Anche a fronte di offese incontestabilmente esigue, l'art. 131-*bis* c.p. è risultato inapplicabile a causa della ricorrenza di aggravanti ad efficacia speciale». Con riferimento alle innovazioni della riforma Cartabia, prosegue l'Autore (Id., 543 s.), «su questo versante, dei limiti "di confine" oggettivi, non c'è stato dunque un cambio di paradigma *qualitativo*, ma (e solo in – minima? – parte) *quantitativo*; il criterio orientativo/discretivo, in funzione tipizzante, delle sotto-fattispecie bagatellari da selezionare continua ad essere la *prevenzione generale*».

[23] Cfr. G. De Francesco, *Non punibilità e riparazione*, in www.lalegislazionepenale.eu 21.12.2024.

[24] Relazione illustrativa, cit., 345.

[25] Per una visione d'insieme v. D. Colombo, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e condotta susseguente al reato. Le prime pronunce della Cassazione sul novellato art. 131-bis c.p.*, in *SP* 2023 (7-8), 141 ss.; cfr. E. Turco, *L'estensione della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *PPG* 2022 (1), 109, per cui «sebbene la delega non lo esiga, è verosimile ritenere che il giudice debba prima appurare la tenuità dell'offesa alla luce dei due originari requisiti oggettivi e, solo se l'esito di tale valutazione sia positivo, potrà procedere al vaglio afferente alla nuova componente soggettiva che servirà, in buona sostanza, a confermare o negare l'indizio di esiguità rintracciato sul piano della dimensione oggettiva del reato. Il giudice, dunque, ritenuto il fatto "non grave", potrà optare per la declaratoria di non punibilità se la condotta successiva al reato sia orientata ad eliminare o attenuare le conseguenze dannose o pericolose derivanti dal reato ovvero sia indicativa di una effettiva resipiscenza dell'autore del fatto; al contrario, dovrà spingere il timone nella direzione della punibilità nei casi in cui il contegno *post delictum* non sottenda una revisione critica di quanto realizzato ma risulti, invece, indice della capacità a delinquere dell'autore: si pensi all'atteggiamento sprezzante o a quello indicativo di un elevato grado di ribellione alla legge o al rifiuto di conciliarsi con la vittima»; in senso opposto, D. Brunelli, *op. cit.*, 61, secondo il quale «che […] la condotta susseguente al reato apprezzabile *ex* art. 131-*bis* sia quella che concorre a rendere tenue l'offesa (*rectius*: il fatto commesso) e non ad aggravarla, è anche questa una considerazione del tutto ovvia, che vale allo stesso modo per ciascuno degli indici commisurativi di cui all'art. 133, comma 1, espressamente evocati attraverso la norma che li prevede».

[26] Relazione illustrativa, cit., 345.

primi arresti della giurisprudenza di legittimità sul tema non si registra una piena adesione a tale impostazione, anzi, addirittura posizioni totalmente opposte.
Secondo un certo orientamento della Corte di cassazione, il *post factum* può incidere sulla misura dell'offesa «non solo nel caso in cui le condotte susseguenti riducano il grado [della stessa] – quali le restituzioni, il risarcimento del danno, le condotte riparatorie, le condotte di ripristino dello stato dei luoghi, l'accesso a programmi di giustizia riparativa […] – ma anche, e specularmente, quando delle condotte aggravino la lesione – inizialmente "tenue" – del bene protetto»[27]. Inoltre, in una recente sentenza, gli ermellini hanno valorizzato in senso negativo, ai fini dell'applicazione dell'art. 131-*bis*, l'assenza di condotte riparatorie susseguenti alla commissione del reato, tenendo conto del fatto che queste «ove si consideri la natura patrimoniale dell'offesa arrecata, avrebbero potuto, invece, contribuire a una diversa e più positiva valutazione della condotta»[28].
D'altra parte, è bene rammentare come la Suprema corte si sia pronunciata anche in senso contrario a quello appena richiamato, ossia in linea con l'interpretazione che ha ispirato il legislatore del novellato primo comma dell'art. 131-*bis*[29]. Tuttavia, più di un dubbio sorge in merito al quesito posto in precedenza: il progressivo "snellimento" dell'elenco di presunzioni assolute di non tenuità potrà ampliare il raggio di applicazione dell'esimente? In astratto, la risposta sembra essere affermativa, nel senso che lo spettro di *applicabilità* della causa di non punibilità oltrepassa un perimetro oggettivo precedentemente tracciato; nel concreto, però, l'*applicazione* della particolare tenuità del fatto deve scontare la posizione del filone giurisprudenziale sopra richiamato. In tale prospettiva, nei reati contro il patrimonio, come il delitto di estorsione tentata, oggetto della sentenza in commento, espunto dal terzo comma dell'art. 131-*bis*, l'assenza di condotte susseguenti al fatto – proprio in ragione della patrimonialità dell'offesa – potrebbe assumere una rilevanza tale da limitare l'efficacia concreta dell'esimente.
Invero, si può affermare che, attraverso una lettura conforme all'intento espresso dal legislatore in sede di introduzione dell'indice delle condotte *post delictum*, non si dovrebbe creare l'eterogenesi di fini che pare intravedersi nelle menzionate sentenze. È chiaro, in ogni caso, che «il giudizio di tenuità dell'offesa è di matrice oggettivista e comporta una valutazione unitaria, non diacronica ma sincronica, di tutti gli indici previsti dall'art. 131-*bis* c.p.» e, pertanto, «la condotta susseguente al reato, per essere valutata negativamente ai fini della concessione della non punibilità *ex* art. 131-*bis* c.p., deve incidere effettivamente sull'offesa,

[27] Cass. 2.5.2023 n. 18029, in *CEDCass*, m. 284497; in termini analoghi si esprime Cass. 3.10.2023 n. 43941, in *CEDCass*, m. 285360: «la nuova formulazione dell'articolo 131-*bis* del Cp, come introdotta dalla riforma Cartabia (decreto legislativo n. 150 del 2022), prescrive di valutare anche la condotta successiva dell'imputato. Tale condotta susseguente al reato costituisce elemento suscettibile di valutazione nell'ambito del giudizio sulla sussistenza delle condizioni per la concreta applicabilità dell'esimente, rilevando peraltro ai fi ni dell'apprezzamento dell'entità del danno, ovvero come possibile spia dell'intensità dell'elemento soggettivo, dovendosi invece escludere che la condotta susseguente possa venire in considerazione come indice della capacità a delinquere dell'agente, così da consentire di valorizzare negativamente condanne intervenute per fatti-reato successivi. In altri termini, la condotta susseguente al reato, per essere valutata negativamente ai fini dell'applicazione della non punibilità *ex* articolo 131-*bis* del Cp, deve incidere effettivamente sull'offesa, aggravandola, mentre devono ritenersi inconferenti rispetto al giudizio sull'entità dell'offesa comportamenti successivi che si limitino a manifestare la capacità a delinquere».
[28] Cass. 3.2.2026 n. 4428, in www.sistemapenale.it 17.4.2026; per un commento alla sentenza, v. C. Russo, *Particolare tenuità del fatto e condotta seguente al reato: l'assenza di un comportamento riparatorio/ripristinatorio esclude l'applicazione dell'art. 131 bis c.p.?*, ivi.
[29] V., *ex multis*, Cass. 2.5.2023 n. 18029, in *CEDCass*, m. 284497; Cass. 16.12.2024 n. 46231, in *CEDCass*, m. 287336.

aggravandola»[30], non potendo rilevare la mera mancanza di azioni successive al fatto e, *lato sensu*, riparative.
Si ritiene, dunque, che il processo di progressiva erosione del novero di delitti "a punibilità blindata", contenitore «di singole figure o di intere aree di parte speciale non certo immuni da sotto-tipi bagatellari»[31], si allinei alle istanze deflattive e di proporzione sanzionatoria che animano lo stesso art. 131-*bis*, ampliandone il raggio di applicabilità; mentre, evidentemente, sarà rimesso alla valutazione concreta dei giudici l'*an* di una sua effettiva, più estesa, applicazione.
In ultimo, allargando la prospettiva d'analisi, la sentenza in commento, così come le precedenti declaratorie di incostituzionalità riguardanti l'art. 131-*bis* Cp, pare allinearsi con la generale tendenza della Corte costituzionale a fare minor sfoggio del proprio originario atteggiamento di *self restraint*[32].
A fronte di un legislatore che «ha voluto sottrarre specifici reati o specifici tipi di autore ai meccanismi mitigativi a gestione giudiziale»[33], il Giudice delle leggi è progressivamente intervenuto al fine di eliminare o ridimensionare tali preclusioni. Simile interventismo, tuttavia, alimenta il timore di una riduzione delle prerogative tradizionalmente riservate al Parlamento[34]: se è vero che «garantire i diritti in luogo del legislatore comporta necessariamente una temporanea compressione del principio di separazione dei poteri»[35], siffatta dialettica non può considerarsi fisiologica nei rapporti tra le istituzioni.
Il cambio di rotta della Consulta, seppur problematico, non sembra però mosso da una volontà di "invadere" gli ambiti di discrezionalità del legislatore, bensì «il risultato di quella sproporzione sistemica che ormai ha ammorbato l'ordinamento penale»[36]. È evidente come sarebbe superfluo addossare alla Corte costituzionale la responsabilità – non compatibile con la sua funzione – di sostituirsi al legislatore nella riscrittura delle norme penali, nell'illusorio intento di restituire, in tal modo, maggiori margini di discrezionalità ai giudici comuni. Un intervento di questo tipo, invero, appare indispensabile e necessariamente di matrice legislativa, slegato da schemi meramente punitivi o panpenalistici, e così idoneo a espungere dall'ordinamento irragionevoli meccanismi preclusivi. Sino a quel momento, dunque, ci si può prospettare che nuove declaratorie di incostituzionalità interesseranno ulteriormente istituti quali la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto, nel tentativo di operare una progressiva riappropriazione degli spazi sottratti dal legislatore alla discrezionalità giudiziale.

[30] Questo e il virgolettato immediatamente precedente sono ripresi testualmente da D. Colombo, *op. cit.*, 152.
[31] C.E. Paliero, *"Principio di esiguità"*, cit., 551.
[32] V., per tutti, V. Manes, V. Napoleoni, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino 2019; M. D'Amico, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l'alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano 2017, 3 ss.; G. Silvestri, *La discrezionalità tra legalità e giurisdizione*, in www.sistemapenale.it 17.5.2024.
[33] D. Bianchi, *Dinamiche evolutive e involutive del fu sistema sanzionatorio. Uno schizzo a partire da "La recente legislazione penale" di F. Palazzo*, in www.sistemapenale.it 8.4.2026, 30.
[34] Cfr., *ex aliis*, M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.* 1/2020, 53 ss.
[35] P. Zicchittu, *Il crepuscolo della discrezionalità: le decisioni della Corte costituzionale di fronte alle scelte politiche del Parlamento*, in *Arch. giur. online* 1/2025, 829.
[36] D. Bianchi, *op. cit.*, 33.

IL MANIFESTANTE COME NUOVO TIPO PERICOLOSO? IL RUOLO DELLE MISURE DI PREVENZIONE PERSONALE NEL CONTRASTO DELLE FORME DI DISSENSO

di Marco Colacurci (Ricercatore in Diritto penale presso l'Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Il lavoro si concentra sul crescente ricorso alle misure di prevenzione personale quali strumenti di contrasto al dissenso politico in Italia. Muovendo dall'analisi dei "pacchetti sicurezza" del 2025 e del 2026, si evidenzia la progressiva criminalizzazione di manifestanti e attivisti, realizzata tanto attraverso il diritto penale sostanziale quanto mediante misure preventive di carattere amministrativo e di polizia, tra cui il neonato fermo preventivo, il c.d. "DASPO urbano", nonché il foglio di via obbligatorio. Le innovazioni legislative sono dunque collocate in una più ampia prospettiva, quale consolidamento di un trend già in atto, connotato da un deciso ricorso alle misure di prevenzione personale nel contrasto alle condotte di manifestanti e attivisti. A tal fine, sono analizzate recenti decisioni della giustizia amministrativa relative all'impiego del foglio di via, che mostrerebbero un utilizzo della misura strumentale alla repressione del dissenso politico. Sono altresì esaminate criticamente le recenti pronunce della Corte costituzionale che si sono espresse, in senso prevalentemente positivo, sulla compatibilità di talune di queste misure con i parametri costituzionali della libertà personale e della libertà di circolazione. L'articolo sostiene che l'espansione dei poteri preventivi rifletta una più ampia tendenza verso l'anticipazione e la gestione amministrativa del conflitto sociale, sollevando rilevanti questioni in relazione alla proporzionalità, al controllo giurisdizionale e all'effettiva tutela dei diritti fondamentali, e auspica un intervento censorio più deciso da parte della Corte costituzionale, già in parte preconizzato da alcune delle pronunce esaminate.
The paper focuses on the growing use of personal preventive measures as tools for tackling political dissent in Italy. It starts by analysing the 2025 and 2026 "security packages" in order to highlight the progressive criminalisation of protesters and activists through both substantive criminal law and administrative preventive measures, including preventive police detention and measures restricting access to or presence in specific areas, such as the so-called "urban DASPO" and the foglio di via. However, these legislative developments appear to be consistent with a trend that was already underway, as also shown by recent case law. Particular attention is therefore paid to administrative decisions concerning the use of the foglio di via against peaceful demonstrators. Moreover, the paper critically examines recent decisions of the Constitutional Court concerning the relationship between such measures, personal liberty, and freedom of movement. The article argues that the expansion of preventive powers reflects a broader shift towards the anticipation and administrative management of social conflict, raising significant concerns regarding proportionality, judicial oversight, and the effective protection of fundamental rights, and calls for a more decisive intervention by the Constitutional Court, to some extent already anticipated by the decisions examined.

Misure di prevenzione personale; Dissenso politico; Libertà personale e di circolazione
Personal preventive measures; Political dissent; Personal liberty and freedom of movement

Sommario: 1. Introduzione. Il contrasto di forme di manifestazione del dissenso quale elemento caratterizzante i recenti decreti in materia di sicurezza. - 2. Gli interventi sul piano del diritto penale sostanziale in tema di repressione del dissenso nel "pacchetto sicurezza" del 2025. - 3. Le misure di polizia e prevenzione amministrativa nel "pacchetto sicurezza" del 2026. Il fermo

preventivo e l'estensione del DASPO urbano. - 4. Oltre i decreti sicurezza: l'utilizzo del foglio di via obbligatorio nella repressione di manifestanti e attivisti alla luce della giurisprudenza dei TAR. - 5. Luci e ombre nelle recenti decisioni della Corte costituzionale su foglio di via e DASPO c.d. anti-rissa. - 6. Alcune considerazioni conclusive.

1. La tutela della sicurezza ha tradizionalmente rappresentato un punto critico nella riflessione penalistica[1]. Se tra gli obiettivi del diritto penale e dell'ordinamento nel suo complesso rientra certamente quello di garantire la sicurezza e la convivenza pacifica dei consociati, l'elezione della sicurezza ad oggetto di tutela penale è da tempo avversata da una parte della dottrina, che ha sottolineato l'inadeguatezza di tale concetto a fungere da bene giuridico, meritevole di protezione, della fattispecie penale[2]. La vaghezza e inafferrabilità della nozione e, soprattutto, la sua natura strumentale alla tutela di altri beni giuridici – integrità fisica, vita, patrimonio ecc. – hanno portato a mettere in guardia da norme volte direttamente alla tutela della sicurezza o di concetti analoghi, come l'ordine pubblico[3].
A fronte della consapevolezza più o meno condivisa, nell'ambito della riflessione dottrinale, di ancorare le fattispecie di reato a beni giuridici diversi dalla sicurezza, e che siano invece connotati da materialità e offendibilità, il legislatore (e gli esecutivi) si sono notoriamente mossi in tutt'altra direzione, eleggendo la protezione della sicurezza pubblica mediante il diritto penale a *topos* di intervento degli ultimi 25 anni almeno[4].
I "decreti sicurezza" del 2025 e del 2026 si collocano, quindi, nella medesima scia: ultimi tasselli, in ordine cronologico, di una lunga serie di "pacchetti" promossi nelle più recenti legislature, di differenti colori politici, a partire quantomeno dal 2001. Un orizzonte temporale consistente, in cui la tutela della sicurezza è divenuta elemento centrale all'interno di politiche penali populistiche, ossia caratterizzate da un elevato simbolismo, per cui le nuove incriminazioni o l'inasprimento di quelle già esistenti sono funzionali a produrre un effetto di rassicurazione nella collettività rispetto a vere o più frequentemente supposte emergenze[5]. La

[1] All'interno di una vastissima bibliografia, tra i lavori monografici più recenti si segnala L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019; F. Forzati, *La sicurezza tra diritto penale e potere punitivo*, Napoli 2020. V. altresì, senza alcuna pretesa di esaustività, M. Donini - M. Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna 2011; G. De Vero, *Sicurezza pubblica e diritto penale*, in *DigDPen*, Torino 1997, 246 ss.; M. Donini, *Sicurezza e diritto penale*, in *CP* 2008, 3558 ss.; D. Pulitanò, *Sicurezza e diritto penale*, in *RIDPP* 2009, 547 ss.; A. Baratta, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia sicurezza riforme*, a cura di A. Anastasia e M. Palma, Milano 2001, 19 ss.; A. Cavaliere, *Punire per ottenere 'sicurezza': corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in www.lalegislazionepenale.eu, 20 aprile 2021; da ultimo, M. Pelissero, *La tutela penale della sicurezza pubblica. Una costante ossessione*, in *QuestG* 2025, 22 ss.; V. Manes, *L'ossessione securitaria*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 24 marzo 2025.
[2] Sul punto, v. soprattutto, A. Cavaliere, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, a cura di W. Hassemer, E. Kempf e S. Moccia, Monaco 2009, 118 ss.
[3] Di recente, si veda l'ampia ricostruzione di V. Mongillo, *Ordine pubblico e sicurezza nel diritto penale: per un'ecologia concettuale quale viatico di razionalizzazione*, in *www.archiviopenale.it*, 20 marzo 2025.
[4] «Con il D.L. n. 48/2025, convertito in L. n. 80/2025, siamo in presenza dell'ennesimo provvedimento dedicato alla tutela della sicurezza pubblica mediante il diritto penale, per l'esattezza il ventunesimo in venticinque anni, senza che, a quanto pare, il problema sia stato ancora risolto»: così, relativamente al "pacchetto sicurezza" del 2025, R. Bartoli, *Di sicuro c'è solo questo: si è tornati a incriminare l'esercizio di libertà. Breve introduzione al c.d. Decreto Sicurezza*, in *DPP* 2025, 847.
[5] L. Risicato, *op. cit.*, 1 ss. Più ampiamente, sul populismo penale, all'interno di una vasta letteratura, cfr. tra gli altri M. Donini, *Populismo e ragione pubblica*, Modena 2019; Id., *Populismo penale e ruolo del giurista*, in *www.sistemapenale.it*, 7 settembre 2020; D. Pulitanò, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Crim* 2013, 123 ss.; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, ivi, 95 ss.; L.

percezione di allarme è inoltre accresciuta da una narrazione mass-mediatica particolarmente allarmistica e incline a individuare nuovi "tipi criminali".
L'intervento del legislatore penale è funzionale a placare queste ansie, rivolgendosi di volta in volta contro nuove categorie di soggetti pericolosi: dalle donne rom ai migranti[6], passando per mendicanti e *raver*, per fare qualche esempio. Va peraltro segnalato che si tratta di un meccanismo tutto innestato sulla percezione del bisogno di sicurezza, piuttosto che su elementi della realtà, visto che i dati empirici e statistici mostrano un drastico calo dei reati violenti in Italia nel corso degli ultimi anni, a cui corrisponde, però, un vigoroso aumento della popolazione carceraria, proprio in conseguenza del processo di iper-penalizzazione[7].
Dunque, da questo punto di vista, gli ultimi interventi in tema di sicurezza si pongono in linea di continuità con trend legislativi consolidati[8]. Al medesimo tempo, diversi elementi emergenti dalle novelle legislative assumono il carattere di novità, in termini problematici sotto molteplici aspetti[9].
Tra i vari, rientra la criminalizzazione, in forma più o meno diretta, di forme di manifestazione del pensiero e del dissenso, su cui si concentrerà l'attenzione in questa sede[10]. Siffatta tendenza

---

Violante, *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, in *Crim* 2014, 197 ss.; R. Bartoli, *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, in *www.sistemapenale.it*, 3 ottobre 2024; G. Insolera, *Il populismo penale*, in *DisCrimen*, 13 giugno 2019; E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020. Cfr. altresì i fascicoli monografici *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2016, e *Populismo e giustizia*, in *QuestG* 2019.

[6] Anche se, a ben vedere, le politiche securitarie indirizzatesi contro le persone migranti risultano una costante degli ultimi vent'anni almeno, come denota la progressiva conformazione del diritto dell'immigrazione al diritto penale (c.d. *crimmigration*), attuata mediante, in particolare, la criminalizzazione delle persone migranti, la "immigrazionizzazione" del diritto penale e delle misure di prevenzione, e la previsione di forme di privazione della libertà personale – ancorché qualificate come amministrative – nei confronti delle persone migranti. Sul tema, con particolare riferimento all'intervento normativo contenuto nel "pacchetto sicurezza" del 2025, L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo. La* crimmigration *nel decreto sicurezza 2025*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3 aprile 2026.

[7] Cfr. R. Cornelli, *Verso democrazie autoritarie? Paradossi, presupposti e tendenze delle politiche di sicurezza contemporanee*, in *RIDPP* 2025, 207 ss.

[8] Incluso l'abuso della decretazione d'urgenza, cui si è fatto ricorso in entrambe le ipotesi, nel primo caso con l'inedita forzatura istituzionale di "travasare" il contenuto di un disegno di legge, arenatosi in sede di dibattito parlamentare, appunto in un decreto legge: sul punto, I. Pellizzone, *Da disegno di legge pendente in Parlamento a decreto-legge: la vicenda del "pacchetto sicurezza" come iperbole dell'abuso dell'art. 77 Cost.*, in *RIDPP* 2025, 233 ss.

[9] Numerosissimi sono stati i contributi critici, indirizzati soprattutto al decreto sicurezza del 2025, provenienti da rappresentanti dell'accademia, dell'avvocatura e della società civile. Oltre ai lavori in parte già citati e a quelli che saranno richiamati nel prosieguo del lavoro, v. il *Documento sul disegno di legge n. 1236 (Senato) recante* "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario", redatto dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale - AIPDP, in *www.sistemapenale.it*, 3 ottobre 2024. In dottrina, tra gli altri, v. ad es., E. Dolcini, *Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *www.sistemapenale.it*, 15 maggio 2025, per il quale «il decreto-legge sicurezza è espressione di una linea politico-criminale autoritaria»; G. Balbi, *Il "decreto sicurezza" e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22 luglio 2025, 9-10, evidenzia come il recente trend legislativo in campo penale, pur ponendosi sulla scia di un consolidato «uso abnorme della normazione penale», denoti tuttavia un «significativo "salto di qualità"» nell'«allontanarsi ancor di più dalle coordinate di un diritto penale democratico».

[10] Se tale aspetto è rilevato da numerosi autori, risulta in particolar modo approfondito, tra gli altri, da M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso*, in *DPP* 2025, 881 ss.; G. Balbi, *op. cit.*, 40 ss.; F. Montanaro – S. Porfido, *Commento agli articoli 12 e 24 del decreto 11 aprile 2025, n. 48*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 luglio 2026; S. Zirulia, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del Codice Rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, in *RIDPP* 2025, 217 ss.; L. Pepino, *La criminalizzazione di dissenzienti e attivisti in Italia*, in *QuestG* 2025, 64 ss., nonché E. De Franco, *La repressione del dissenso politico nel "pacchetto*

appare attuata mediante una duplice linea di intervento: l'irrigidimento dell'azione repressiva rispetto a forme di criminalità (o supposte tali) realizzate nell'ambito di manifestazioni pubbliche, e l'iper-tutela dell'autorità pubblica, sia mediante una maggiore severità delle fattispecie che vedono gli agenti di pubblica sicurezza quali soggetti passivi dei reati, sia attraverso forme di tutela positiva, come, ad esempio, il fondo per coprire le spese legali in caso di procedimenti relativi a condotte tenute da agenti di pubblica sicurezza nell'esercizio delle proprie funzioni[11]. Il risultato è una congerie di norme in grado di incidere negativamente sull'esercizio di libertà fondamentali e costituzionalmente garantite, *in primis* le libertà di manifestazione del pensiero, di associazione e di circolazione, intaccate non solo direttamente – dall'estensione applicativa e/o dall'irrigidimento sanzionatorio delle fattispecie di reato che vengono in rilievo nonché dal possibile attivarsi di un arsenale repressivo variegato – ma anche in via indiretta, quale conseguenza di un'autocensura da parte dei cittadini nell'esercizio di diritti e libertà fondamentali (c.d. *chilling effect*)[12].

D'altronde, volgendo per un momento lo sguardo al di fuori del contesto italiano, l'espandersi della repressione di forme di dissenso sembra caratterizzare le strategie politico-criminali, e politiche in senso stretto, degli ordinamenti democratici contemporanei, rappresentando, secondo taluni autori, uno dei tratti più evidenti della crisi di legittimazione che essi attraversano[13]. Le strategie messe in atto a tal fine si realizzano, peraltro, all'interno di contesti – fisici, giuridici e tecnologici – che consentono di combinare meccanismi di controllo e contrasto di pubbliche manifestazioni "tradizionali" e inerenti alla gestione della piazza e dei pubblici spazi con forme di sorveglianza e di *profiling* dei manifestanti sempre più pervasive, con il rischio di *chilling effect* che evidentemente si acutizza[14].

Si tratta, dunque, di uno scenario a elevata complessità, frastagliato, stratificato e partecipe di movimenti a carattere sovranazionale o financo globale. In questa sede, con ambizioni più modeste, si tenterà di mettere a fuoco come anche il caso italiano si inserisca in un simile orizzonte, puntando l'attenzione soprattutto sul ruolo svolto dalle misure di prevenzione personale amministrative nella repressione di forme di manifestazione del pensiero e del dissenso. Accanto, infatti, agli inasprimenti punitivi tradizionali, si assiste a un crescente ricorso a strumenti appannaggio dell'autorità amministrativa e di sicurezza, capaci di porsi come avamposto repressivo di particolare efficacia – in via tanto diretta quanto indiretta, per ritornare alla distinzione accennata in precedenza. Un "ritorno all'antico", verrebbe da dire, se si tiene conto del fatto che, prima dell'avvento della Costituzione repubblicana, le misure di prevenzione svolgevano – tra le altre – anche la funzione sostanziale di contrastare il dissenso politico[15].

---

sicurezza" del 2025, ivi, 74 ss.; F. Montanaro – S. Porfido, op. cit., 54-57.

[11] R. Bartoli, *Di sicuro c'è solo questo: si è tornati a incriminare l'esercizio di libertà*, cit., 847 ss.

[12] Sul fenomeno del *chilling effect*, nella dottrina più recente, N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 252 ss.

[13] Cfr. A. Di Ronco - R. Selmini, *Criminalisation of Dissent in Times of Crisis*, Londra 2024. V. anche X. Chiaromonte - R. Selmini, *La criminalizzazione del dissenso*, in *Devianza e questione criminale*, a cura di T. Pitch, Roma 2022, 249 ss.

[14] Cfr. ad es. il *briefer* dell'*International Centre for-not-for-profit law* - ICNL, *Protesting in an Age of Government Surveillance. Legal Reforms to Protect Demonstrators in the United States*, in *www.icnl.org*, 1 febbraio 2023.

[15] Così F. Palazzo, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante-delictum*, in *www.discrimen.it*, 12 settembre 2018, 3. Per una ricostruzione storica delle misure di prevenzione in Italia, cfr., tra i tanti, I. Mereu, *Cenni storici sulle misure di prevenzione nell'Italia "liberale" (1852-1894)*, in *Le misure di prevenzione. Atti del convegno*, Milano 1975, a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, 197 ss.; G. Amato, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1967, spec. 123 ss.; M. Pavarini, *Il "socialmente pericoloso" nell'attività di prevenzione*, in *RIDPP* 1975, 395 ss.; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari 1990, 818 ss. Più recentemente, T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2014; L. Lacchè, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in

In questa prospettiva, assume rilevanza in modo particolare l'ultimo dei più recenti decreti sicurezza, che, nel collocarsi sulla scia del primo, si avvale in maniera decisa delle misure di prevenzione atipiche nel contrasto all'azione dei manifestanti, introducendo il fermo preventivo di polizia ed estendendo l'ambito applicativo del c.d. DASPO urbano. Due soluzioni a loro volta inserite in un impianto normativo che elegge il manifestante e l'attivista politico a nuovo "tipo" di autore. Una prospettiva che si salda in maniera lineare con la capacità delle misure di prevenzione personale di indirizzarsi verso la neutralizzazione di tipologie di autori considerati pericolosi, in virtù della loro duttilità applicativa nonché dell'assenza o comunque del carattere residuale del controllo giurisdizionale, cui si aggiungono gli effetti di criminalizzazione secondaria derivanti dalla violazione delle misure medesime[16].
Le scelte da ultimo attuate dall'esecutivo, e confermate dal legislatore, si rivelano a loro volta allineate, in certa misura almeno, con l'utilizzo che nella prassi già viene fatto di talune misure di prevenzione personale tipiche. Ne sono testimonianza alcuni casi inerenti all'istituto del foglio di via obbligatorio, applicato strumentalmente, come riconosciuto in alcune decisioni di tribunali amministrativi, nei confronti di manifestanti e attivisti in reazione a pur legittime azioni di manifestazione del pensiero.
In materia, inoltre, è da ultimo intervenuta la Corte costituzionale, con due arresti che si muovono su un crinale sottile tra conservazione dell'esistente e apertura a maggiori tutele, in particolare di tipo giurisdizionale, cui è pertanto necessario destinare un'attenta analisi.
Si ritiene dunque utile esaminare le norme che concretizzano la strategia di repressione del dissenso prima nel decreto sicurezza del 2025 (par. 2) e poi in quello del 2026 (par. 3), prima di guardare agli esempi che emergono dalla prassi e che riguardano in particolar modo l'applicazione del foglio di via obbligatorio (par. 4), esaminato anche alla luce dei recenti arresti della Corte costituzionale, incluso quello sul DASPO c.d. anti-rissa (par. 5), prima di tentare di tracciare alcune, inevitabilmente parziali e provvisorie, considerazioni conclusive (par. 6).

2. Muovendo dal d.l. 11.4.2025 n. 48, convertito in l., con modifiche, dalla l. 9.6.2025 n. 80, l'elezione del manifestante e attivista a tipo di autore da contrastare avviene mediante il ricorso a tecniche normative molteplici[17].
Infatti, si può in primo luogo osservare un intervento diretto su fattispecie riconducibili a delitti di opinione, come avvenuto, ad esempio, con l'introduzione dell'aggravante del delitto di istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico (art. 415 Cp), quando il fatto è commesso all'interno di un istituto penitenziario o a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute. Un inasprimento sanzionatorio, rispetto a un'ipotesi di per sé già problematica, che mostra una "pre-comprensione" negativa dei fatti che coinvolgono la popolazione detenuta, e che risulta potenzialmente applicabile a quelle forme di manifestazione di solidarietà alle persone detenute che includano messaggi di disobbedienza alle leggi.

RIDPP 2017, 413 ss.; A. Manna, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa 2019, 29 ss.
[16] Sul tema delle misure di prevenzione si è incentrato il V Convegno Nazionale Associazione italiana dei Professori di Diritto Penale, dal titolo "Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto", tenutosi a Milano il 18 e 19 novembre 2016, le cui relazioni sono state pubblicate in *RIDPP* 2017, 399 ss. Sul tema, all'interno di una vastissima bibliografia, cfr. almeno G. Fiandaca, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *DigDPen* 1994, 110 ss.; D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure* praeter delictum, Napoli 1996; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008. Tra i lavori monografici più recenti, cfr. A. Martini, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino 2017; F.P. Lasalvia, *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Roma 2022.
[17] M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso*, cit., 881 ss.

In tal senso, pur apparentemente esulando dall'ambito della presente indagine, va comunque fatta menzione del nuovo reato di «Rivolta all'interno di un istituto penitenziario» (art. 415 *bis* Cp). La fattispecie introduce, infatti, un delitto di mera disobbedienza, collocandosi tra quelle norme che «minano, o almeno si prestano ampiamente, alla repressione delle più svariate forme di dissenso»[18]. Oltre a individuare la "rivolta" nell'azione di (anche solo) tre persone detenute, integranti minaccia, violenza o «resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza», vi è, con riguardo a questo ultimo aspetto, l'inedita espressa criminalizzazione della resistenza passiva – pur al ricorrere di talune condizioni ulteriori. Così, il contesto carcerario – e, più ampiamente, quello detentivo, giacché un'omologa fattispecie è introdotta con riguardo di coloro che siano trattenuti in un Centro di permanenza e rimpatrio o in un c.d. *hotspot*[19] – diviene un laboratorio dove sperimentare soluzioni nuove per punire in modo esteso forme minimamente organizzate di dissenso, anche "passivo"[20].

Anche la criminalizzazione del blocco stradale o ferroviario c.d. personale si inserisce nel medesimo solco. Si porta infatti a compimento una ri-penalizzazione, iniziata con il d.l. n. 113/2018 (c.d. Decreto Salvini) relativamente al blocco reale – ossia realizzato mediante l'interposizione di veicoli o oggetti – dopo che entrambe le ipotesi erano state oggetto di depenalizzazione sul finire degli anni '90, proprio sulla base dell'assunto che si tratti di condotte di pacifica manifestazione del pensiero. Si reintroduce dunque un delitto sostanzialmente di mera disobbedienza, in quanto privo di un'offensività tale da giustificare una risposta penalistica, diretto a contrastare forme diffuse di manifestazione del dissenso[21]. Al riguardo, non si ignora come il moltiplicarsi di blocchi stradali personali, ad opera soprattutto di giovani attivisti per il clima, disposti in catene umane su tangenziali e arterie principali della città, particolarmente invise a una parte della cittadinanza per i disagi causati alla circolazione ordinaria, possa aver inciso su tale scelta anche in ottica di aggregazione del consenso[22].

Di segno diverso risultano quelle ipotesi soggettivamente caratterizzate, per cui la condotta assume un disvalore ulteriore in ragione dell'intento perseguito dal suo autore: è il caso dell'aggravante ai delitti di violenza o minaccia o resistenza a pubblico ufficiale «se la violenza o la minaccia è commessa al fine di impedire la realizzazione di infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici»

---

[18] Così E. Dolcini, *op. cit.*

[19] Si tratta del nuovo comma 7.1 dell'art. 14 TuImm, introdotto dall'articolo 27 del decreto sicurezza. Per un'analisi di tale reato, con particolare attenzione agli elementi che lo differenziano dal nuovo art. 415 *bis* Cp, all'interno di un'analisi che lo colloca nelle più ampie scelte effettuate in tema di politiche migratorie, cfr. L. Ricci, *op. cit.*, 44-76.

[20] Lo nota, ad es., M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in *www.sistemapenale.it*, 27 maggio 2024, recante il testo dell'audizione alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati.

[21] Anche la nota del 3 ottobre 2024 redatta dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale - AIPDP evidenzia come la trasformazione della condotta di blocco stradale da illecito amministrativo a delitto costituisca una forma di repressione del dissenso (p. 2). Sul tema, B. Paterra, *La "ripenalizzazione" del blocco stradale nel "decreto sicurezza": la criminalizzazione del dissenso alla prova delle garanzie costituzionali*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13 gennaio 2026. A questo riguardo, si segnala che, di recente, la Procura della Repubblica di Torino, nell'ambito di un procedimento penale relativo alla condotta di circa duecento persone che «in occasione di una manifestazione di protesta contro l'eccidio in corso nella striscia di Gaza, impedivano la libera circolazione lungo il raccordo della tangenziale Torino-Caselle, ostruendolo con il proprio corpo», ha chiesto di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma che, appunto, punisce come delitto il blocco stradale personale, per contrasto, *in primis*, con i diritti di riunione (art. 17 Cost.) e sciopero (art. 40 Cost.). La memoria è disponibile su *www.giurisprudenzapenale.com*, 5 giugno 2026.

[22] Lo nota, ad es., F. Forzati, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in *www.archiviopenale.it*, 15 dicembre 2023, 11.

(art. 339, co. 4, Cp). Una norma evidentemente destinata a trovare applicazione nei confronti dei vari movimenti No Tav, No Tap, No ponte ecc.[23].

Infine, il reticolo normativo "anti-manifestanti e attivisti" si produce in una criminalizzazione da contesto[24], nel senso di punire più severamente quei fatti di reato realizzati in occasione di manifestazioni pubbliche. È il caso della fattispecie di danneggiamento (art. 635 Cp)[25], già interessata da modifiche ad opera del d.l. n. 53/2019 (c.d. Decreto Salvini *bis*), che aveva nuovamente criminalizzato il danneggiamento semplice e dettato una disciplina autonoma e più severa per quello in occasione di manifestazioni pubbliche, punito con pena pecuniaria fino a 10.000 euro, limite edittale ben più alto del massimo sanzionatorio previsto per i reati contro il patrimonio. Il d.l. n. 48/2025, oltre a inasprire ulteriormente la sanzione, ha aggiunto una circostanza aggravante nel caso in cui i fatti siano commessi con violenza o minaccia, ipotesi punite con la pena della reclusione da sei mesi a cinque anni e la multa fino a 15.000 euro. Com'è stato notato, i concetti di violenza o minaccia, già richiamati nella forma semplice del danneggiamento ai sensi del comma 1 dell'art. 635 Cp, sono interpretati in senso ampio dalla giurisprudenza, la quale ritiene altresì sufficiente la sussistenza di un semplice nesso temporale tra tali condotte e quelle di danneggiamento, non richiedendo tra le stesse un rapporto di strumentalità[26]. Circostanze che rendono altamente probabile una contestazione delle ipotesi in forma aggravata.

Un intervento affine a quello che ha interessato il danneggiamento è quello relativo al deturpamento o imbrattamento di cose mobili altrui di cui all'art. 639 Cp, norma già interessata, nell'immediato passato, da una modifica diretta a contrastare l'attività di manifestanti e attivisti. Con la legge n. 6/2024, non a caso denominata "contro gli eco-vandali", si è prevista un'ipotesi sanzionata più gravemente nel caso in cui il fatto è «commesso su teche, custodie e altre strutture adibite all'esposizione, protezione e conservazione di beni culturali esposti in musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi dello Stato, delle regioni, degli altri enti pubblici territoriali, nonché di ogni altro ente e istituto pubblico».

Una norma che pare nuovamente calibrata in reazione alle proteste attuate negli ultimi tempi, soprattutto dagli attivisti per il clima, con iniziative spesso rivolte verso beni culturali di estrema rilevanza, dal forte impatto simbolico, ma generalmente sprovviste di capacità offensiva e caratterizzate dalla temporaneità degli effetti, quindi insuscettibili di essere ricondotte al danneggiamento o deturpamento e imbrattamento. L'ampliamento della portata applicativa della fattispecie anche alle strutture preposte a ospitare il bene culturale intende quindi colmare un (malinteso) deficit di tutela rispetto ad azioni di protesta politica[27].

Con il d.l. n. 48/2025 si è poi aggiunta una nuova ipotesi, in base alla quale si punisce con la reclusione da sei mesi a un anno e sei mesi e la multa da 1.000 a 3.000 euro il fatto se commesso su beni mobili o immobili adibiti all'esercizio di funzioni pubbliche e con la finalità di ledere l'onore, il prestigio o il decoro dell'istituzione cui il bene appartiene. Si tratta di una fattispecie

---

[23] «In quest'ultima disposizione si coglie in modo evidente un punto di connessione tra la difesa dell'autorità e il rafforzamento della tutela penale contro espressioni di dissenso»: così, R. Cornelli, *La difesa dell'autorità come urgenza politico-criminale*, in *DPP* 2025, 899.

[24] M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso*, cit., 882 ss.

[25] V. in particolare F. Montanaro – S. Porfido, *op. cit.*, *passim*, la cui analisi, muovendo dalla disamina puntuale delle novazioni legislative in materia, evidenzia una rifunzionalizzazione delle norme in questione, in chiave di contenimento del dissenso e di governo del conflitto sociale.

[26] M. Pelissero, *op. ult. cit.*, 883.

[27] A. Cortimiglia, *Eco-vandali*, in *www.studiquestionecriminale.wordpress.it*, 27 febbraio 2024. V. anche G. Balbi, *op. cit.*, 45, il quale rinviene in tale aggiunta normativa un chiaro esempio della «logica parossistica del "costruire" i reati attorno a specifiche tipologie di proteste, e dunque di una criminalizzazione del dissenso perseguita per il tramite dell'incremento del carico sanzionatorio». Ampiamente, cfr. altresì F. Montanaro – S. Porfido, *op. cit.*, 27-28.

soggettivamente connotata, incentrata sulle «finalità di contestazione e dissenso»[28], che tradisce un «*horror vacui*»[29] rispetto a possibili vuoti di tutela, come denota il richiamo a concetti dalla portata amplissima e indeterminata quali l'onore, il decoro e il prestigio dell'istituzione. Si completa in tal modo un mutamento nell'oggetto di tutela della fattispecie, dal patrimonio ai beni culturali e al decoro urbano, fino, appunto, alla tutela dell'onore, del prestigio e del decoro delle istituzioni pubbliche, che conferisce un'inedita centralità a un delitto tradizionalmente concepito per trovare un'applicazione residuale rispetto a quella del danneggiamento e inerente, in sostanza, a fatti bagatellari[30].
Da questa rapida ricognizione emerge con nettezza come l'intervento penale realizzato con il decreto sicurezza del 2025 si indirizzi contro un tipo di autore quale è il manifestante, mediante l'introduzione di nuovi reati o di circostanze aggravanti o prevedendo trattamenti sanzionatori più severi di reati già esistenti, avendo di mira sia quei comportamenti che assumono un significativo disvalore in quanto tenuti in occasione di manifestazioni sia quelli che, alla luce del dato empirico-criminologico, risultano strettamente connessi alla manifestazione del pensiero e del dissenso politico.
A tale corredo normativo si saldano le previsioni dirette a rafforzare la tutela delle forze dell'ordine, che risultano essere, in linea schematica, di due tipologie[31]. La prima riguarda le norme che offrono una tutela "in negativo", nel senso che puniscono più severamente i reati in cui il soggetto passivo sia un rappresentante delle forze dell'ordine. Si fa riferimento, in particolare, alla nuova aggravante in caso di minaccia o violenza o resistenza a un ufficiale o agente di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza (artt. 336 e 337 Cp), e all'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 583 *quater* Cp agli agenti e ufficiali di polizia giudiziaria e di pubblica sicurezza, con un ampliamento rispetto alla precedente formulazione, che riguardava i soli pubblici ufficiali in servizio di ordine pubblico in occasione di manifestazioni sportive[32].
La seconda tipologia di norme concerne quelle capaci di offrire forme di tutela "in positivo", a partire dall'istituzione di un fondo per coprire le spese legali sostenute da ufficiali o agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria e dai vigili del fuoco, indagati o imputati nei procedimenti riguardanti fatti inerenti al servizio svolto. Tale iniziativa si inserisce in un quadro di interventi che comprende l'estensione delle condotte di reato scriminabili che possono compiere gli operatori dei servizi di informazione, per finalità istituzionali e su autorizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri, a ulteriori fattispecie concernenti reati associativi per finalità, tra le altre, di terrorismo, nonché l'introduzione di *bodycam* senza la previsione di codici identificativi – per cui tali strumenti sono dunque concepiti a tutela delle forze dell'ordine e del loro operato, piuttosto che dei cittadini –, o l'autorizzazione per gli agenti di pubblica sicurezza a portare senza licenza alcune tipologie di armi quando non sono in servizio[33].
Il quadro che se ne ricava è di un deciso *favor* espresso dal legislatore nei confronti dei rappresentanti delle forze dell'ordine e di coloro che sono concretamente impegnati nella

[28] Corte di Cassazione, Ufficio Massimario, *Relazione su novità normativa Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, in *www.questionegiustizia.it*, 28 giugno 2025.
[29] M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso*, cit., 885.
[30] V. ad es. A. Barazzetta, sub *art. 639 Cp*, in *Commento Forti Riondato Seminara*[7], Milano 2024, 2863 ss.
[31] R. Bartoli, *Di sicuro c'è solo questo: si è tornati a incriminare l'esercizio di libertà*, cit., 857.
[32] Sulle problematiche di coordinamento tra tale innesto normativo e la circostanza aggravante di cui all'art. 576, n. 5 *bis*) Cp, v. G.L. Gatta, *Decreto-sicurezza e lesioni a ufficiali o agenti di p.g. o di p.s. (art. 583-quater, co. 1 Cp): dimenticate l'esistenza dell'aggravante di cui agli artt. 585, 576 n. 5-bis Cp e le pene più severe per le lesioni gravi e gravissime?*, in *www.sistemapenale.it*, 22 aprile 2025.
[33] Per un commento a tali norme, R. Cornelli, *La difesa dell'autorità come urgenza politico-criminale*, cit., 901-904.

gestione dell'ordine pubblico. Da questa prospettiva, la sicurezza perseguita dal decreto legge avviene mediante la protezione della pubblica autorità, impersonata da pubblici ufficiali e forze di pubblica sicurezza. Così, se la dottrina ha da tempo osservato come il ricorso alla sicurezza «come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po' simile al valore dell'"obbedienza come tale" di antica memoria»[34], la sua saldatura al rispetto dell'autorità esplicita ancora di più una simile relazione, aprendo le porte a un diritto penale d'autore e della mera disobbedienza.

3. Il secondo pacchetto sicurezza, contenuto nel d.l. 24.2.2026 n. 23, convertito in l., con modifiche, dalla l. 24.4.2026 n. 54, impone un'accelerazione nella direzione del contrasto di forme di dissenso mediante l'introduzione di nuovi congegni *lato sensu* repressivi che vedono come principale destinatario il manifestante, oltre che attraverso forme di tutela ulteriori a beneficio delle forze dell'ordine[35].
Dal primo punto di vista, risalta soprattutto il ricorso a misure di prevenzione amministrativa e di polizia, che combinano – com'è caratteristico di tali misure – anticipazione dell'intervento e sottrazione al controllo preventivo dell'autorità giudiziaria. Si tratta, com'è agevole intuire, di soluzioni che richiedono un particolare rigore dal punto di vista dell'individuazione normativa dei presupposti applicativi, ancor più nel momento in cui la loro applicazione incide sull'esercizio delle libertà fondamentali di riunione e di manifestazione del pensiero, esposte a un grave rischio di compressione di fronte a un esercizio discrezionale del potere di polizia.
La novità probabilmente più dirompente è quella prevista all'art. 7 del decreto, che introduce la misura di prevenzione atipica del c.d. fermo preventivo di polizia. Si prevede, in particolare, che gli agenti e ufficiali di polizia, nel corso di operazioni svolte in occasione di manifestazioni pubbliche, possano disporre l'accompagnamento coattivo nei propri uffici di persone sospettate di poter mettere in pericolo il pacifico svolgimento della manifestazione al fine di svolgere gli accertamenti di polizia e potendo trattenere la persona fino a 12 ore[36].
L'accompagnamento coattivo può essere disposto solo «in presenza di un attuale pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica», e la valutazione della pericolosità della persona va desunta «in relazione a specifiche e concrete circostanze di tempo e di luogo e sulla base di elementi di fatto», questi ultimi ricavabili dal possesso di armi o di strumenti atti ad offendere, o di mezzi e oggetti utilizzabili per travisamento o altre azioni violente, nonché «dalla rilevanza di precedenti penali o di segnalazioni di polizia per reati commessi con violenza alle persone o sulle cose in occasione di pubbliche manifestazioni nel corso degli ultimi cinque anni».
A questi presupposti applicativi ampi e indeterminati si accompagna un controllo da parte dell'autorità giudiziaria piuttosto limitato: il pubblico ministero deve essere immediatamente informato dell'accompagnamento e delle condizioni che lo giustificano, potendo ordinare il rilascio laddove ritenga che queste non sussistano, altrimenti sarà poi informato del rilascio al termine dell'applicazione della misura[37].

---

[34] F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *QuestG* 2006, 673.
[35] Oltre alla relazione dell'ufficio del massimario della Corte di cassazione, *Relazione su novità normativa. Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di attività di indagine dell'autorità giudiziaria in presenza di cause di giustificazione, di funzionalità delle forze di polizia e del Ministero dell'interno, nonché di immigrazione e protezione internazionale (d.l. 24 febbraio 2026, n. 23, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2026, n. 54*), 13 maggio 2026, in *www.sistemapenale.it*, 19 maggio 2026, per un primo commento al d.l. n. 23/2026 v. M. Riverditi, *I profili penali del «pacchetto sicurezza» 2026: prime osservazioni sul decreto-legge 24 febbraio 2026*, n. 23, in *Giuris. pen. web*, 2026, 1 ss., nonché P. Bernardoni, *Decreto sicurezza (d.l. 24 febbraio 2026, n. 23): una breve analisi dei profili penali e processuali*, ivi, 3 marzo 2026.
[36] T. Perrella, *Il nuovo fermo preventivo di polizia: sicurezza pubblica, diritti fondamentali e prospettive di riforma*, in *www.sistemapenale.it*, 30 marzo 2026; N. Rossi, *Il fermo preventivo di polizia. Il leitmotiv della sicurezza, i diritti a rischio*, in *www.questionegiustizia.it*, 24 aprile 2026.
[37] N. Rossi, *op. cit.*, ritiene che, rispetto a una misura che ricade «nelle previsioni costituzionali dell'art. 13 della

I primi commenti al decreto, ancor prima della conversione in legge, hanno posto in risalto la dimensione problematica dell'istituto, sotto molteplici punti di vista. Anzitutto, si segnala la mancata tipizzazione delle condotte che possano essere oggetto di valutazione in ordine alla sussistenza dei «fondati motivi» che la persona possa impedire lo svolgimento pacifico della manifestazione, con il concreto rischio di dare importanza soverchiante ai precedenti penali o alle precedenti segnalazioni di polizia, così aprendo il campo ad automatismi applicativi incentrati su di una "colpa d'autore"[38]. Ancora, non sono chiarite le finalità cui è preposta la misura, atteso che il trattenimento è strumentale a generici controlli di polizia. A questi argomenti, come già accennato, si aggiungono quelli che fanno notare come, dinnanzi a una restrizione della libertà personale, non sia previsto un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria.

Al medesimo art. 7 del decreto, si estende altresì il raggio applicativo delle perquisizioni "sul posto", ossia esperibili senza previo decreto dell'autorità giudiziaria per particolari ragioni di necessità e urgenza, ora consentite nell'ambito dei «servizi espletati in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico» e delle «operazioni di polizia anche destinate alla prevenzione di reati che turbino l'ordine e la sicurezza pubblica in luoghi caratterizzati da un consistente afflusso di persone». Se questa innovazione non pare caratterizzata da una reale portata ampliativa, giacché si ritiene che le situazioni indicate già potessero rientrare nel concetto di «operazioni di polizia», assume una capacità sicuramente espansiva la modifica relativa agli oggetti che possono essere ricercati[39], che ora ricomprende, accanto ad armi ed esplosivi, anche strumenti atti ad offendere. A ciò si aggiunge la nuova previsione di richiedere che l'atteggiamento o la presenza del soggetto «appaiano costituire un pericolo attuale per la sicurezza o per l'incolumità pubblica o individuale», in un senso in questo caso restrittivo rispetto alla precedente formulazione, limitata alla non apparente giustificabilità. Tuttavia, anche alla luce di quest'ultima specificazione, si delinea un istituto in grado di conferire un potere a elevato tasso di discrezionalità agli agenti delle forze dell'ordine, la cui istituzionalizzazione rispetto a scenari in cui avvengono manifestazioni pubbliche rende il quadro ancor più problematico[40].

La tendenza a espandere l'area di intervento di polizia o amministrativo in relazione alle condotte dei manifestanti emerge anche alla luce dell'interpolazione normativa operata in materia di c.d. DASPO urbano. Infatti, si prevede oggi la possibilità che il questore disponga il divieto di accesso a determinati luoghi anche nei confronti di chi, nei precedenti 5 anni, è stato condannato o anche solo denunciato per una serie di reati commessi in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico (si veda il nuovo art. 10 co. 3 bis d.l. 14/2017).

Questo innesto va letto alla luce di due ulteriori novità: da un lato, la previsione dell'arresto in flagranza differita anche per i danneggiamenti di cui al co. 3 dell'art. 635 Cp, ossia realizzati in occasione di manifestazioni pubbliche o aperte al pubblico[41]. Dall'altro, la "istituzionalizzazione" del potere prefettizio di istituire le c.d. zone rosse[42], ossia specifiche

---

Costituzione […] la vigilanza del pubblico ministero nel corso del fermo – che potrebbe rivelarsi utile per evitare pericolosi e generalizzati sconfinamenti nel ricorso alla misura di prevenzione – non può rappresentare l'unica forma di controllo di legalità».

[38] T. Perrella, *op. cit.*

[39] P. Bernardoni, *op. cit.*

[40] M. Riverditi, *op. cit.*, 16.

[41] Sulla progressiva estensione applicativa delle ipotesi di "flagranza differita", già realizzata con il d.l. n. 48/2025, v. G. Balbi, *op. cit.*, 32 ss. Cfr. anche K. La Regina, *Flagranza differita: tra dinamiche operative e tutela dei diritti fondamentali*, in *QuestG* 2025, 189 ss.; S. Tognazzi, *Flagranza differita: nuove ipotesi applicative e persistenti dubbi di legittimità costituzionale*, ivi, 195 ss.

[42] Si riconosce, infatti, per via legislativa, un potere finora esercitato sulla base dell'art. 2 TULPS, e oggetto nel

zone urbane caratterizzate da ripetuti episodi di illegalità o criminalità, dalle quali disporre l'allontanamento di persone denunciate nei precedenti cinque anni per delitti non colposi contro la persona o il patrimonio o aggravati per motivi razziali, etnici, religiosi, di odio o discriminazione, o per reati in materia di stupefacenti o armi, qualora tali persone tengano «comportamenti violenti, minacciosi o insistentemente molesti, che impediscono la libera e piena fruibilità delle stesse e determinano una situazione di concreto pericolo per la sicurezza» (si vedano i nuovi commi 3 *bis* e 3 *ter* dell'art. 9, d.l. n. 14/2017).
L'estensione del DASPO urbano ai manifestanti si colloca dunque in un punto di convergenza tra la progressiva equiparazione di tale categoria a quella dei "violenti da stadio", con la conseguente replica degli strumenti giuridici adottati nel corso del tempo per contrastarli – DASPO e arresto in flagranza differita – e la predilezione per una prevenzione amministrativa "situazionale"[43], che ambisce a controllare delle zone "a vigilanza rafforzata" o comunque dalle quali escludere soggetti considerati pericolosi, così da garantirne la sicurezza.
Ancora, focalizzando ulteriormente lo sguardo sulla misura del DASPO, è noto come la disciplina che lo caratterizza abbia seguito un'evoluzione capace di assorbire e modificarsi in maniera elastica rispetto alle pulsioni sicuritarie che hanno segnato il diritto penale sostanziale degli ultimi tempi. Introdotto sul finire degli anni '90 per contrastare la criminalità degli "*hooligans*" – insieme a ulteriori strumenti come, ad esempio, la c.d. diffida – la ormai non così breve e sicuramente articolata storia del Divieto di Accesso a manifestazioni SPOrtive mostra plasticamente come soluzioni escogitate per far fronte a supposte emergenze vadano soggette a un processo di incistamento e progressiva estensione ad aree non coinvolte dalla disciplina originaria, ribaltando il rapporto regola-eccezione che pure ne era a fondamento[44].
Così, dopo un già iniziale irrigidimento della disciplina, la misura ha conosciuto una rifunzionalizzazione nel senso della tutela della sicurezza urbana, quale «bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città»[45], traducendosi in divieti di avvicinamento e stazionamento in particolari aree della città rivolti a soggetti «che ripropongono in veste nuova le categorie dei soggetti pericolosi (occupatori abusivi di spazi, clochard, prostitute, immigrati che esercitano attività abusive di commercio o parcheggio, "bagherini")»[46].
Ciò è avvenuto a partire dal decreto sicurezza "Minniti" (d.l. n. 14/2017, convertito in l. dalla l. n. 48/2017) ed è poi proseguito negli anni successivi, durante i quali la disciplina del c.d. DASPO urbano – formula ampia e che racchiude una serie di diverse misure di DASPO – si è mossa lungo la medesima traiettoria dell'irrigidimento, anche in relazione alla violazione della misura, della risposta penale e dell'estensione dell'ambito applicativo, secondo un percorso di specchiamento rispetto all'emergenza politico-criminale del momento[47].

2024 di una specifica direttiva da parte del Ministero dell'Interno volta a disciplinarne l'utilizzo. Sul tema, S. Greco, *Libertà e sicurezza urbana: il modello delle zone rosse nel prisma costituzionale*, in *federalismi.it* 2026, 33 ss.

[43] Così F. Borlizzi, *Daspo urbano: uno sguardo sulle questioni giuridiche controverse e un'indagine empirica*, in *Antigone* 2022, 4. Nella dottrina penalistica, sulla teoria della prevenzione situazionale, v. M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 22 ss. Nella letteratura criminologica, v. ad es. R. Selmini, *Le politiche di sicurezza in Italia. Origini, sviluppo e prospettive*, in *Rapporto sulla criminalità in Italia*, a cura di M. Barbagli, Bologna 2003, 611 ss.

[44] Cfr., ad es., A. Ciervo, *Soggetti pericolosi e come reprimerli. Piccola storia (in)costituzionale del Daspo*, in *QuestG* 2025, 171 ss.; G. Trombetta, *La (non) resistibile ascesa del D.A.SPO*, in *federalismi.it* 2022, 218 ss. Più ampiamente, M.F. Cortesi, *D.A.SPO. (divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive)*, in *DigDPen*, Milano 2018, 229 ss.

[45] M. Pelissero, *Daspo urbano: i rischi di un'amministrativizzazione del diritto penale*, in *Antigone* 2022, 3.

[46] *Ibidem*.

[47] V. ad es. F. Curi, *Il Daspo urbano: "l'eterno ritorno dell'uguale"*, in *www.penaledp.it*, 12 febbraio 2021.

È il caso del DASPO c.d. anti-rissa, applicabile nei confronti di persone denunciate, negli ultimi tre anni, per reati commessi in occasione di gravi disordini avvenuti in pubblici esercizi o in locali di pubblico trattenimento ovvero nelle immediate vicinanze degli stessi. Introdotto con d.l. n. 113/2018 (convertito in l. dalla l. n. 132/2018), è stato presentato alla pubblica opinione come DASPO "Willy", ossia in reazione all'omicidio del giovane Willy Monteiro Duarte, ucciso a Colleferro a calci e pugni dopo essere intervenuto in difesa di un amico aggredito. Analogamente, il più recente "decreto Caivano" (d.l. n. 123/2023, in l. dalla l. n. 159/2023), così denominato perché adottato all'indomani dell'emersione dei fatti di violenza sessuale di gruppo perpetrati anche da parte di minorenni nei confronti di ragazzine di 10 e 12 anni e occorsi, appunto, nella località di Caivano, in Campania, prevede, tra le altre cose, la possibilità di disporre il DASPO urbano anche nei confronti dei minori che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età[48].
L'adeguamento normativo del DASPO nel senso di includere, di volta in volta, nuovi tipi di autore, sulla falsariga di quanto compiuto al livello del diritto penale sostanziale, dà la misura della centralità delle misure di prevenzione personale nell'arsenale adoperato dal legislatore per la tutela della sicurezza. L'inclusione di manifestanti e attivisti non può quindi cogliere di sorpresa. La possibilità di ordinare l'allontanamento e di vietare l'accesso a persone anche solo denunciate per talune categorie di reati costituisce uno strumento di intervento particolarmente efficace, anche in virtù della sua immediatezza, corroborata dall'assenza di un controllo giudiziario, se non per quelle ipotesi considerate più gravose. Allorché applicato nei confronti dei manifestanti, il DASPO urbano determina l'impossibilità, per il destinatario, di prendere parte alle manifestazioni, con un'esclusione dallo spazio fisico in cui avviene la contestazione e la manifestazione del dissenso[49] coerente con l'idea di una prevenzione amministrativa attuata mediante la creazione di zone ad accessibilità limitata, secondo logiche di frammentazione e "fortificazione" di particolari aree della città[50].

4. A ben vedere, nell'espungere da alcune zone della città soggetti pericolosi, il DASPO declina all'interno del contesto urbano ciò che un'altra misura di prevenzione amministrativa quale il foglio di via ha da tempo realizzato in una dimensione extraurbana, nel senso di espellere soggetti pericolosi che operano al di fuori del proprio comune di residenza[51].
La sinergia funzionale tra gli istituti, anche nel loro indirizzarsi verso il contrasto a forme di dissenso, troverebbe conferma nel ricorso crescente ai fogli di via obbligatori nei confronti degli attivisti e manifestanti, applicati dal Questore a coloro che (anche semplicemente) partecipano a manifestazioni generalmente non autorizzate – o, meglio, non preavvisate –

[48] Per una rapida cronistoria delle evoluzioni della misura del DASPO, sino a quelle più recenti, V. Napoleoni, *Libertà personale vs libertà di circolazione nelle nuove misure di prevenzione personali atipiche*, in Liber amicorum *per Giorgio Lattanzi*, a cura di G. Fidelbo e E. Gallucci, Milano 2025, 415-417.
[49] Nella medesima ottica va letta la nuova pena accessoria, prevista dall'art. 10 del d.l. n. 23/2026, del divieto di partecipare a pubbliche riunioni e di prendere parte a pubblici assembramenti della medesima natura o tipologia di quelli in occasione o a causa dei quali è stato commesso il reato.
[50] D'altronde, come le politiche in tema di sicurezza urbana aprissero la strada alla repressione di altre tipologie di soggetti da considerarsi pericolosi, inclusi coloro che manifestano un dissenso politico in spazi pubblici, lo nota R. Selmini, *Dalla sicurezza urbana al controllo del dissenso politico: una storia del diritto amministrativo punitivo*, Bari 2020. Più recentemente, in senso analogo, X. Chiaromonte - R. Selmini, *La criminalizzazione del dissenso*, cit., 243 ss.; R. Selmini - A. Di Ronco, *The Criminalization of Dissent and Protest*, in 52 *Crime and Justice* 2023, 197 ss.
[51] Sulla misura del foglio di via obbligatorio, v. ad es. AA.VV., *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, a cura di V. Maiello, Torino 2015, 299 ss.; V. Maiello, *Profili sostanziali: le misure di prevenzione personali*, in *GI* 2015, spec. 1527; F. Fiorentin, *Le misure di prevenzione personali. Nel Codice antimafia, in materia di stupefacenti e nell'ambito di manifestazioni sportive*, Milano 2021, 36 ss.; F. Basile - E. Zuffada, *Manuale delle misure di prevenzione*[3], Torino 2026, 124 ss.

comportamento che finisce dunque per assorbire il giudizio di pericolosità richiesto dall'art. 2 cod. antimafia. Un trend che pare allora confermare il possibile ruolo di avamposto repressivo delle misure di polizia nel contrasto di manifestanti e attivisti, in considerazione dell'immediatezza con cui vengono applicate e dell'effetto di deterrenza prodotto nei confronti dell'intera comunità *lato sensu* politica cui appartengono i destinatari dei provvedimenti.

La natura strumentale del ricorso a queste misure emerge con particolare nitore se si analizzano le sentenze rese dai Tribunali amministrativi regionali in merito alle richieste di annullamento dei fogli di via obbligatori applicati per la partecipazione a manifestazioni pacifiche. Salvo alcune eccezioni, di cui si darà conto, si tratta di sentenze di accoglimento, fondate, in modo particolare, sulla mancata imputazione, alle persone cui erano stati applicati i fogli di via obbligatori, di specifiche condotte sintomatiche della pericolosità sociale, nel senso di persona predisposta alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo la sicurezza pubblica ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 159/2011.

Quest'ultima norma, come noto, qualifica come socialmente pericolosi «coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'articolo 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica». Ebbene, costituisce un orientamento consolidato nella giurisprudenza amministrativa quello in base al quale la mera partecipazione a una manifestazione pubblica «di per sé non può essere ritenuta idonea ad attestare la "dedizione" del medesimo a tenere condotte offensive per la sicurezza e la tranquillità pubblica, soprattutto in mancanza di una complessiva valutazione della personalità del ricorrente desunta anche dalle abitudini e dallo stile di vita del medesimo» (così, ad es., TAR Toscana 802/2024). Ne consegue che in tutti i casi in cui la misura si fondi sulla semplice partecipazione a una manifestazione non potrà ritenersi adeguatamente motivata in ordine alla pericolosità della persona, e il foglio di via dovrà essere annullato.

È quanto accade in un numero a nostro avviso significativo di casi: pur limitando l'analisi a un orizzonte temporale circoscritto (circa 16 mesi, dal gennaio 2025 all'aprile 2026), e nella consapevolezza che tali sentenze restituiscono uno spaccato parziale, giacché non tutte le misure sono oggetto di ricorso (mentre, in alcuni casi, la valutazione in punto di legittimità dei presupposti è svolta in sede penale, nel giudizio relativo alla sua violazione), dalle banche dati digitali emerge che oltre 40 provvedimenti, resi da differenti TAR, hanno accolto richieste di annullamento dei fogli di via relativi alla partecipazione a manifestazioni pacifiche.

Tali pronunce, come accennato, risultano accomunate dal fondare l'accoglimento del ricorso sulla base del vizio di motivazione dei provvedimenti questorili in punto di valutazione della pericolosità, al contempo offrendo uno spaccato della casistica in cui siffatte misure trovano concreta applicazione.

Le sentenze riguardano fogli di via applicati a persone che hanno partecipato a manifestazioni di natura sindacale, contro la crisi climatica, e in sostegno del popolo palestinese, a cui si aggiunge un caso relativo a una manifestazione "antisistema" (di protesta contro l'Unione Europea, i vaccini, la sorveglianza tecnologica, la transizione climatica ecc.).

Tali vicende consentono ai giudici amministrativi di ribadire alcuni punti fermi in merito al giudizio prognostico di pericolosità ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione. Al riguardo, si ribadisce come, sebbene l'applicazione di una misura di prevenzione non presupponga l'accertamento di una responsabilità penale, ciò non fa «venire meno la necessità di un'attività istruttoria preliminare alla sua adozione, adeguata e sfociante in una motivazione che consenta di comprendere il percorso logico argomentativo seguito

dall'Amministrazione»[52]. In particolare, si osserva come «il concetto di soggetto socialmente pericoloso presuppone un giudizio prognostico che prescinde dall'accertamento di fatti di reato in capo al prevenuto, ma, di contro, afferisce a possibili ed attuali comportamenti antisociali individuati secondo obiettivi aspetti fattuali ricavabili nei termini di cui al principio del più probabile che non»[53]. Non è dunque necessario l'accertamento di una condotta immediatamente lesiva di interessi oggetto di tutela penale, «rendendosi sufficiente che, dagli elementi di fatto raccolti, complessivamente e logicamente valutati, emerga una concreta propensione dell'interessato a comprometterli»[54]: nondimeno, il «*minus probatorio* che legittima la funzione preventiva rispetto a quella tipicamente sanzionatoria […] deve essere compensato dal *quid pluris* che le relative disposizioni richiedono ai fini della integrazione dei relativi presupposti, rappresentato come si è detto da una condizione di "pericolosità" del sottoposto alla misura. Sul punto, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che la valutazione implica necessariamente l'individuazione di specifiche e concrete condotte del destinatario della misura, dalle quali emerga una significativa probabilità di commissione di condotte penalmente rilevanti e socialmente pericolose»[55]. Ne risulta, dunque, un dovere di motivazione rafforzato, «attesa la rilevante limitazione della libertà personale e di circolazione dell'individuo determinata dalla misura del foglio di via (artt. 13 e 16 Cost.). Per i provvedimenti aventi natura preventiva, l'obbligo di motivazione difatti è essenziale ad evitare che essi, fondati su fattispecie di pericolo, sanzionino in realtà, arbitrariamente, una colpa d'autore e integrino, così, altrettante "pene del sospetto"»[56].

In ragione di tali argomentazioni, si esclude allora la legittimità dei fogli di via applicati per la partecipazione «a una manifestazione organizzata non autorizzata né preannunciata alle autorità di pubblica sicurezza, che, seppur non violenta in senso stretto, ha comunque limitato l'accesso al palazzo sede dell'Amministrazione comunale […], messo in pericolo l'incolumità personale di alcuni attivisti e dei passanti e richiesto un rilevante dispiego di forza pubblica per garantire la sicurezza di tutti e ripristinare l'ordine pubblico»[57].

Ancora, in una sentenza che accoglie la richiesta di annullamento della misura anche sotto il profilo dell'omissione delle garanzie di procedimento poste a tutela dell'interesse del privato in campo sanzionatorio[58], si rileva come il foglio di via sia stato applicato in assenza dei

[52] T.A.R. Bologna 16.4.2025 n. 403, in *OneLegale*.
[53] T.A.R. Torino 18.3.2026 n. 599, in *OneLegale.*
[54] *Ibidem*.
[55] *Ibidem*.
[56] T.A.R. Roma 2.10.2025 n. 16984 in *OneLegale*. È evidente che i passaggi qui richiamati riguardano uno dei temi di maggiore criticità relativi alle misure di prevenzione personale, ossia il giudizio di pericolosità sociale, che per rifuggire dal rischio di costruire la fattispecie di pericolosità quale fattispecie di puro sospetto deve ancorarsi alla valutazione oggettiva di fatti, come chiarito sin da C. cost. 4.3.1964 n. 23, in *GiurCost*. La dottrina è tuttavia concorde nel ritenere che il richiamo alla necessità di porre a fondamento della misura elementi di fatto non riesca a far venir meno il carattere duttile e in definitiva indeterminato della prognosi di pericolosità per la sicurezza: così, ad es., G. Balbi, *Le misure di prevenzione personali*, in *RIDPP* 2017, 520 ss.; M. Pelissero, *Le misure di prevenzione*, in *www.discrimen.it*, 13 febbraio 2020, 3-5; A. Martini, *Essere pericolosi. Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino 2017, 81 ss.; F. Consulich, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18 marzo 2019. Ritiene che proprio l'ancoraggio ad elementi di fatto tradirebbe la reale funzione svolta dalle misure di prevenzione, nel senso di fungere da sostitutivi della sanzione penale, ma in casi caratterizzati dall'assenza di un adeguato corredo probatorio, S. Moccia, *Le misure di prevenzione: un esempio paradigmatico di truffa delle etichette*, in *www.penaledp.it*, 11 gennaio 2021.
[57] T.A.R. Bologna 9.4.2025 n. 403, in *OneLegale*. Di tenore analogo sono gli altri undici provvedimenti relativi ad altrettanti fogli di via applicati in occasione della medesima manifestazione organizzata dagli attivisti per il clima di *Extinction Rebellion* a Bologna.
[58] In particolare, si censurava la sostituzione della comunicazione di avvio iniziale *ex* art. 7, l. n. 241/1990, con una «sorta di intervista preordinata all'emanazione del foglio di via obbligatorio».

presupposti soggettivi ed oggettivi di pericolosità. I fatti riguardavano una manifestazione organizzata dall'organizzazione ambientalista *Extinction Rebellion* attuata presso il centro congressi dell'Oval Lingotto di Torino in occasione dell'*Aerospace and Defence Meeting* mediante l'esposizione di due striscioni di protesta sul tetto del centro congressi nonché la bandiera della medesima organizzazione. Il Tribunale amministrativo piemontese rileva che «per quanto [la condotta fosse] platealmente dimostrativa, non è contestato in fatto che sia stata posta in essere con modalità di sicurezza né risulta avere arrecato alcuna concreta lesione a persone o cose» per cui da questa non può trarsi un indice di pericolosità del suo autore, neppure alla luce di alcuni precedenti deferimenti all'autorità giudiziaria. E se sotto il profilo soggettivo non si può ritenere la persona dedita alla commissione di reati, sul versante oggettivo «non può ammettersi che sicurezza e tranquillità pubblica siano state in qualche modo turbate da quello che può definirsi […] semplicemente una manifestazione del pensiero, sì eclatante, ma del tutto non violenta in adesione al movimento ambientalista di cui fanno parte la ricorrente e gli altri partecipanti alla manifestazione»[59].

Di analogo tenore sono le pronunce rese in relazione ai fogli di via emessi nei confronti di partecipanti a manifestazioni a sostegno del popolo palestinese e contro il genocidio. In un caso, la misura è stata applicata nei confronti di una persona che si trovava in autobus, presumibilmente in direzione di una delle diverse manifestazioni che si tenevano a Roma in quei giorni, e la pericolosità era stata impropriamente fondata a partire da alcuni precedenti di polizia che «oltre che risalenti nel tempo, sono solo genericamente indicati nel provvedimento impugnato, senza alcuna specificazione delle circostanze di fatto dalle quali desumere l'attitudine offensiva di tali precedenti in relazione ai beni giuridici presi in considerazione dal legislatore»[60], nonché da circostanze di fatto ulteriori non indicative della dedizione alla commissione di illeciti.

Altre pronunce concernono fogli di via emessi in relazione alla partecipazione a manifestazioni contro l'apertura di un allevamento intensivo[61] – una delle quali anche previamente autorizzata – all'attività di picchettaggio nel contesto di scioperi[62], e in generale antisistema[63].

Si registrano, al contempo, alcune sentenze di rigetto della richiesta, meritevoli anch'esse di attenzione, in particolare quelle rese dal TAR Lazio in relazione ai fogli di via applicati a seguito di una manifestazione organizzata da *Extinction Rebellion* in piazza del Viminale a Roma. Nelle diverse pronunce rese sui ricorsi avverso i provvedimenti, i giudici ritengono che il giudizio di pericolosità alla base della misura sia adeguatamente motivato. In particolare, si osserva che i ricorrenti hanno partecipato alla manifestazione in questione, «svoltasi non solo in maniera illegittima […] ma altresì in contrasto con l'ordine di scioglimento impartito dall'Autorità»; inoltre, sono stati presi in considerazione precedenti di polizia relativi ad altre manifestazioni inerenti alla violazione degli articoli 18 TuLPS, 340 Cp, 633 Cp.

Queste decisioni paiono discostarsi dai precedenti giurisprudenziali prima richiamati, giacché assegnano rilevanza alla semplice partecipazione alla manifestazione, congiuntamente alla resistenza passiva all'ordine di scioglimento della manifestazione e alla partecipazione in passato a iniziative analoghe. A quest'ultimo riguardo, sebbene sia fatta menzione di «deferimenti all'autorità giudiziaria», tali elementi si ritiene vadano valutati «a prescindere dal successivo esito dei giudizi penali». Ne risulta che il giudizio di pericolosità è interamente fondato sulla pacifica partecipazione a manifestazioni per la tutela climatica e ambientale.

[59] TAR Torino 15.1.2025 n. 71, in *OneLegale*.
[60] T.A.R. Roma 22.4.2025 n. 8572, in *OneLegale.*
[61] T.A.R. Torino 4.3.2026 n. 599, in *OneLegale.*
[62] T.A.R. Venezia 26.11.2025 n. 2235, in *OneLegale*; T.A.R. Venezia, 26.11.2025 n. 2231, in *OneLegale*; Cons. Stato, 23.10.2025 n. 9124, in *OneLegale.*
[63] T.A.R. Brescia 24.9.2025 n. 1082, in *OneLegale.*

5. Se l'analisi delle sentenze dei TAR dà plasticamente conto della strumentalizzazione cui può andare incontro il foglio di via, la legittimità costituzionale della disciplina tanto di questa misura di prevenzione personale quanto di quella del DASPO, in particolare in relazione alla sua declinazione in senso c.d. anti-rissa, è stata al centro di due recenti decisioni della Corte costituzionale (sentenze n. 203/2024 e n. 20/2026).
In entrambi i casi, i giudici rimettenti hanno invocato la violazione del parametro dell'art. 13 Cost., inerente, come noto, alla riserva di giurisdizione rispetto a provvedimenti della pubblica autorità capaci di limitare la libertà personale. Presupposto comune alle questioni, dunque, è che le misure in parola incidano appunto sulla libertà personale e non solo su quella di circolazione, circostanza da cui discenderebbe la necessità di prevedere il coinvolgimento preventivo del giudice penale o, quantomeno, un procedimento di convalida sul provvedimento emanato dall'autorità amministrativa nelle successive novantasei ore.
Focalizzando l'attenzione sulla prima delle questioni, relativa al foglio di via obbligatorio, il giudice rimettente basa la propria argomentazione a partire dal trend evolutivo nell'interpretazione della nozione di libertà personale, che risulterebbe peraltro avallato dal medesimo giudice costituzionale in alcuni precedenti arresti[64].
A sostegno di questa posizione si pone anche l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, intervenuta con un *amicus curiae* dove appunto si osserva come, nonostante il carattere relativo e storicamente dato della nozione di libertà personale, che consente un'applicazione a "geometrie variabili" dei principi costituzionali, la stessa vada intesa in senso ampio ai fini dell'applicazione della riserva di giurisdizione[65]. Si tratterebbe, infatti, di una garanzia «strettamente ricollegata, se non addirittura al principio di separazione dei poteri, all'idea di Stato di diritto in cui l'esigenza che le prerogative dell'autorità amministrativa abbiano una base legislativa generale, astratta e determinata non può che essere presidiata dal controllo giurisdizionale»[66]. Da qui discende la necessità di «recepire l'evoluzione in senso ampliativo della nozione di libertà personale»[67], che non si limita a una mera pretesa di libertà da forme di coercizione fisica, ma anche da quelle capaci di incidere sulla libertà morale del destinatario e sulla sua pari dignità sociale, così determinandone «"una sorta di degradazione giuridica"»[68].
Questa nozione più estensiva risulterebbe già accolta dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, sin da quelle sentenze, più risalenti, in materia proprio di foglio di via obbligatorio e ammonizione questorile.
Sulla base di questo orientamento, il giudice rimettente – e l'*amicus curiae* – invitano il giudice costituzionale a superare i propri precedenti in materia di foglio di via obbligatorio, tradizionalmente escluso dall'operatività della riserva di giurisdizione, e il cui contenuto, invece, si ritiene sia in grado di determinare quella degradazione giuridica la cui sussistenza impone il rispetto delle garanzie di cui all'art. 13 Cost.
La giurisdizionalizzazione della misura sarebbe d'altronde coerente con la disciplina della convalida giudiziaria prevista non solo per la sorveglianza speciale, ma anche in alcune ipotesi

[64] C. cost. 29.10.2024 n. 203, in *www.cortecostituzionale.it*, 17 dicembre 2024. Per un commento, Fr. Mazzacuva, *Libertà personale e misure di prevenzione: la Consulta conserva le partizioni "quantitative"*, in *DPP* 2025, 929 ss.
[65] AIPDP, *Amicus Curiae - Misura di prevenzione personale del foglio di via*, in *www.aipdp.it*, 28 giugno 2024, 3. Sul tema delle "geometrie variabili" nel contesto delle misure di prevenzione, ampiamente, Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino 2017, 68 ss.
[66] AIPDP, *Amicus Curiae*, cit., 3.
[67] Ivi, 4.
[68] *Ibidem*. Come subito vedremo, il concetto di degradazione giuridica, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, gioca un ruolo centrale ai fini della valutazione dell'ambito di incidenza – libertà personale o libertà di circolazione – della misura.

di DASPO sportivo e urbano. Soprattutto, la sua estromissione dalla tutela dell'art. 13 Cost. potrebbe, da un canto, conferire «una patente di legittimità»[69] a forme di prevenzione dei reati da parte della pubblica autorità svincolate dal controllo giudiziario e, dall'altro, generare un aumento dei «rischi di un uso distorto del foglio di via per far fronte a problematiche diverse dalla prevenzione dei reati […] con un conseguente *chilling effect* rispetto all'esercizio di diritti fondamentali che la mera possibilità di ricorso al giudice amministrativo non potrebbe efficacemente scongiurare»[70].

Nonostante questi argomenti, che la Corte mostra di tenere in assoluta considerazione, la sentenza rigetta la questione, giacché si ritiene che il foglio di via obbligatorio non sia una misura restrittiva della libertà personale. Lo stesso avviene con riferimento al divieto di accesso a specifici pubblici esercizi e locali di pubblico trattenimento, con l'eccezione, come si vedrà, dell'ipotesi aggravata di cui al co. 1 *bis* dell'art. 13 *bis*, d.l. n. 14/2017, la quale estende il divieto all'intera area provinciale[71].

Si conferma, dunque, l'orientamento consolidato, ribadito a più riprese dal giudice costituzionale, particolarmente attento a fondare la decisione in conformità ai propri precedenti e a non intaccare l'assetto complessivo della disciplina delle misure di prevenzione personale, con particolare riferimento al crinale che separa quelle appannaggio dell'autorità amministrativa e sottratte al controllo del giudice penale da quelle invece inserite nel circuito penale.

Il criterio discretivo è imperniato sulla tipologia degli obblighi imposti al destinatario della misura: affinché operi la garanzia della riserva di giurisdizione, non è sufficiente che questi incidano sulla libertà morale della persona interessata dal provvedimento, ma è altresì necessario che siano «di tale intensità da poter essere equiparati a un vero e proprio assoggettamento della persona all'altrui potere»[72]. Si aggiunge, in tal modo, alla valutazione di natura qualitativa, relativa all'impatto sulla libertà morale della persona interessata dal provvedimento ai fini della verifica della sussistenza di una degradazione giuridica, una di natura quantitativa, volta a "pesare" la gravosità degli obblighi imposti alla persona[73].

Il foglio di via obbligatorio comporterebbe, in ultima istanza, il divieto di fare ritorno, per un certo periodo di tempo, nel Comune dal quale si è stati espulsi, lasciando intatta la libertà di frequentare qualsiasi altro luogo all'infuori di quel Comune medesimo[74]. Discorso analogo è

---

[69] AIPDP, *Amicus Curiae*, cit., 7.

[70] *Ibidem*.

[71] In quest'ultimo caso, «l'estensione del divieto, potenzialmente a tutti i pubblici esercizi e locali di pubblico trattenimento dell'intero territorio provinciale, l'indeterminatezza della misura che si estende anche agli spazi circostanti ai locali, la possibile incidenza sul luogo di dimora abituale del prevenuto, unitamente alla durata della misura e al regime sanzionatorio previsto in caso di violazione, comportano un'afflittività tale da configurare una restrizione della libertà personale».

[72] C. cost. 29.10.2024 n. 203, cit., par. 4.1.

[73] Ivi, par. 4.1.2.2: «la degradazione giuridica determinata dalla misura non è di per sé sufficiente – come invece sembra ritenere il giudice a quo – a far scattare le garanzie dell'art. 13 Cost. È, altresì, necessario a tal fine che il trattamento deteriore dell'individuo rispetto al resto della collettività incida sulla sua libertà di movimento in maniera significativa dal punto di vista "quantitativo", in relazione alla particolare gravosità delle limitazioni imposte attraverso la misura. Esse devono, infatti, essere di tale intensità da risultare sostanzialmente equivalenti, dal punto di vista delle garanzie costituzionali, alle restrizioni attuate mediante l'uso di coazione fisica (così già la sentenza n. 68 del 1964)».

[74] Ivi par. 4.7.1: «Per quanto gravoso esso possa risultare in concreto, l'obbligo stabilito con il foglio di via consiste essenzialmente nel divieto di recarsi in un luogo determinato. Una volta infatti che l'interessato abbia eseguito l'ordine iniziale di lasciare il territorio del comune dal quale è allontanato, l'obbligo che gli è imposto per tutta la durata della misura, e che è presidiato da sanzioni penali nel caso di violazione, si risolve nel mero divieto di ritornare in quello specifico comune: il che lascia libero in ogni momento il soggetto di recarsi in qualunque altro luogo desideri. Ed è precisamente sulla base di tale considerazione che questa Corte ha ritenuto distinguibile

compiuto riguardo al DASPO c.d. anti-rissa, che si limiterebbe a prevedere un divieto di accesso a specifici locali di pubblico accesso e pubblico trattenimento. *A contrario*, la sua forma aggravata, capace di estendere il divieto, in linea potenziale, a tutti i locali dell'area provinciale, assumerebbe invece una gravosità tale da integrare il parametro richiesto perché operi la riserva di giurisdizione.
A sostegno di questa soluzione, la Corte richiama, come accennato, i propri precedenti in materia, a partire dalle due sentenze del 1956 in tema, rispettivamente, di foglio di via obbligatorio[75], ritenuto costituzionalmente illegittimo esclusivamente nella parte in cui prevedeva il rimpatrio coattivo del destinatario della misura, e dell'ammonizione questorile[76], antesignana dell'attuale sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, in ragione, appunto, della gravosità degli obblighi che la caratterizzano.
Siffatto criterio avrebbe poi trovato ulteriore riconoscimento nelle diverse pronunce in materia di DASPO sportivo, ove la giurisprudenza costituzionale, «posto che tale misura ha, in ogni caso, come presupposto una valutazione negativa sulla personalità dell'interessato»[77], ha distinto l'ipotesi in cui «la misura si esaurisca nell'interdizione all'accesso nei luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive»[78], risolvendosi in una mera limitazione della libertà di circolazione *ex* art. 16 Cost., «da quella in cui a tale interdizione venga aggiunto […] l'obbligo di comparire personalmente una o più volte in un ufficio o comando di polizia, agli orari indicati, nel corso della giornata in cui si svolgono le manifestazioni sportive interdette (cosiddetto obbligo di firma)»[79], ritenuta invece restrittiva della libertà personale ai sensi dell'art. 13 Cost.
La *ratio* alla base di questo orientamento è esplicitata dalla Corte nella sentenza in commento, ove si osserva come «il divieto di accedere in taluni luoghi specificamente individuati lascia intatta la libertà della persona di recarsi, durante il tempo dello svolgimento delle manifestazioni interdette, in qualsiasi altro luogo e di fare ciò che più desidera. Di contro, l'obbligo di presentarsi alla polizia in occasione di ogni manifestazione sportiva interdetta annulla quella libertà, precludendo all'interessato ogni diversa attività, e risulta così equiparabile, quanto agli effetti, alle restrizioni di libertà realizzate attraverso l'uso della coercizione fisica»[80].
La scelta di confermare la valenza di tale criterio discretivo è fondata, in aggiunta, sulla volontà di assicurare il «tendenziale rispetto dei propri precedenti»[81], funzionale a garantire la possibilità, per il legislatore, di «ragionevolmente prevedere se le proprie scelte saranno ritenute conformi alla Costituzione, ovvero siano verosimilmente destinate a essere dichiarate costituzionalmente illegittime»[82]. Il criterio in parola, che risulterebbe accolto dalla

questa misura da quella – considerata restrittiva della libertà personale – della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, che comporta invece i numerosi obblighi elencati, oggi, nell'art. 8 cod. antimafia, tra cui quello di rincasare entro una determinata ora e di non uscire di casa prima di una certa ora. Obbligo, questo ultimo, che costringe il soggetto – sotto minaccia di severe sanzioni penali in caso di inosservanza – a restare nella propria abitazione durante le ore notturne, vietandogli così di recarsi in qualsiasi altro luogo».
[75] C. cost. 14.6.1956 n. 2, in *GiurCost.*
[76] C. cost. 19.6.1956 n. 11, in *GiurCost.*
[77] C. cost. 29.10.2024 n. 203, cit., par. 4.3.
[78] *Ibidem*.
[79] *Ibidem*.
[80] La Corte evidenzia come sulla medesima scia si porrebbe altresì la più recente pronuncia in tema di DASPO urbano (C. cost. 24.1.2024 n. 47, in *www.cortecostituzionale.it*, 24 marzo 2024), valutata al metro del solo art. 16 Cost., giacché «comporta il mero divieto di accesso a specifiche aree indicate dalla disposizione censurata, non accompagnato da alcun obbligo di facere».
[81] Ivi, par. 4.5.
[82] *Ibidem*.

giurisprudenza costituzionale sin dagli anni Cinquanta, avrebbe «orientato tutte le scelte successive del legislatore in materia di misure di prevenzione; e ha altresì ispirato, nel 2011, il loro riordinamento organico nel codice antimafia, nel quale è stata mantenuta la tradizionale distinzione tra misure "minori" (foglio di via obbligatorio e avviso orale), disposte dall'autorità di pubblica sicurezza senza convalida giudiziale, e la più gravosa misura della sorveglianza speciale con o senza divieto od obbligo di soggiorno, la cui applicazione è riservata all'autorità giudiziaria. A tale criterio si è, altresì, ispirato il legislatore in materia di DASPO»[83].

Gli argomenti addotti dalla Corte non risultano tuttavia condivisibili *in toto*. Come opportunamente notato in dottrina, nel tentativo di razionalizzare i criteri utilizzati nella valutazione del contenuto delle diverse misure rispetto al parametro della libertà personale, la Corte in realtà sembra innovare rispetto ai propri precedenti, quantomeno in tema di foglio di via obbligatorio, aggiungendo il parametro quantitativo della gravosità degli obblighi a quello qualitativo della degradazione giuridica[84].

Nelle precedenti sentenze, infatti, la riserva di giurisdizione è esclusa perché si ritiene che il foglio di via non determini una degradazione giuridica[85]. La valutazione "quantitativa" degli

[83] *Ibidem*. Al riguardo, si segnala come la Corte sviluppi considerazioni ulteriori, di natura essenzialmente pragmatica, secondo le quali, da un lato, la possibilità di ricorrere al TAR garantirebbe una tutela pari se non superiore a quella offerta dal giudizio di convalida dei provvedimenti sperimentata per il DASPO, spesso di natura meramente cartolare. Dall'altro lato, la legittimità del provvedimento amministrativo sarebbe comunque oggetto di verifica, ancorché in via incidentale, in tutti i procedimenti penali instaurati per la violazione del provvedimento stesso.

[84] Lo nota Fr. Mazzacuva, *Libertà personale e misure di prevenzione: la Consulta conserva le partizioni "quantitative"*, cit., 936 ss., il quale osserva come la Corte, pur avendo formulato «una sorta di principio di vincolatività "tendenziale" o "attenuata" delle proprie decisioni in una maniera che, si potrebbe osservare causticamente, non ha precedenti», proceda in realtà a una razionalizzazione dei propri precedenti, che finisce di fatto per innovare, almeno in parte, rispetto all'orientamento sino ad allora espresso.

[85] Così C. cost. 21.6.1960 n. 45, in *GiurCost*: «Non è esatto affermare che la situazione di chi è obbligato al rimpatrio sia assimilabile a quella di chi era sottoposto all'ammonizione […]. Con la sentenza n. 11 del 19 giugno 1956 la Corte rilevò che l'ammonizione si risolveva in una sorta di degradazione giuridica in cui taluni individui venivano a trovarsi per effetto della sorveglianza di polizia cui erano sottoposti attraverso tutta una serie di obblighi, di fare e di non fare, fra cui quello di non uscire prima e di non rincasare dopo di una certa ora non era che uno fra gli altri che la speciale commissione poteva prescrivere. Ora, come si è detto, l'ordine di rimpatrio non importa alcuna conseguenza di questo genere, perché lascia integra la libertà della persona soggetta all'ordine di rimpatrio, ponendo soltanto limiti alla possibilità di movimento e di soggiorno: limiti sul contenuto dei quali nella presente controversia non è stata sollevata questione». Di segno analogo, C. cost. 18.3.1964 n. 68, in *GiurCost*: «È stato escluso che il rimpatrio obbligatorio importi restrizione della libertà personale, ponendo esso soltanto limiti alla possibilità di movimento e di soggiorno. Ciò fu dichiarato con la sentenza n. 45 del 1960, alla quale hanno fatto seguito non poche altre conformi decisioni, rispetto alle quali la Corte non ritiene che sussistano ragioni per cambiare indirizzo. L'ordine di rimpatrio non è suscettibile di coercitiva esecuzione. Gli organi di polizia possono procedere alla traduzione solo dopo che il giudice penale, accertata la legittimità dell'atto, abbia dichiarato che l'intimato si è sottratto all'obbligo di obbedienza. Espletate le necessarie formalità per accertare che il soggetto abbia raggiunto la nuova sede, l'intimato è libero di restarvi o di trasferirsi altrove, purché non torni alla sede dalla quale è stato allontanato. Non sussistono altri adempimenti, né altri vincoli o limitazioni alla libertà del soggetto. Se si confronta questa situazione con quella rilevata dalla sentenza n. 11 del 1956 rispetto all'ammonizione, si vede come nel rimpatrio obbligatorio non sussistano quegli elementi in vista dei quali la Corte riscontrò nell'ammonizione una causa di "degradazione giuridica". In sostanza, le due decisioni del 1956 e le decisioni successive hanno ritenuto che per aversi degradazione giuridica, come uno degli aspetti di restrizione della libertà personale ai sensi dell'art. 13 della Costituzione, occorre che il provvedimento provochi una menomazione o mortificazione della dignità o del prestigio della persona, tale da potere essere equiparata a quell'assoggettamento all'altrui potere, in cui si concreta la violazione del principio dell'*habeas corpus*».

obblighi imposti dalla misura emerge invece nella giurisprudenza sul DASPO[86], risultando peraltro assente in alcune decisioni rese su altre misure di prevenzione personale[87].
La Corte opera quindi una lettura, potremmo dire, retrospettiva, rileggendo sentenze risalenti nel tempo mediante le lenti adoperate in materia di DASPO, nello sforzo di delimitare con nettezza il confine dell'operatività della riserva di giurisdizione. Operazione chiaramente legittima, ma che stride con la volontà, affermata a più riprese, di uniformarsi ai propri precedenti giudiziari, in una prospettiva a sua volta innovativa circa la "tendenziale vincolatività del precedente".
La decisione appare, allora, come il frutto di una soluzione di compromesso e in certa misura di attesa. Infatti, nel "salvare" il sistema di disciplina delle misure di prevenzione personale amministrative, tipiche e atipiche, la Corte si mostra consapevole dei rischi discendenti da un «sempre più ampio ricorso a misure di prevenzione che limitano incisivamente i diritti fondamentali delle persone, per finalità di controllo dell'ordine pubblico»[88] e capaci di ingenerare «un esteso effetto di criminalizzazione indiretta di quelle stesse persone, attraverso la previsione come reato della violazione delle prescrizioni loro imposte mediante la misura di prevenzione»[89]. Viene così lanciato un monito al legislatore, nel senso che la decisione adottata «ben potrà essere riconsiderata nell'ipotesi in cui il legislatore dovesse, in futuro, dilatare eccessivamente i divieti inerenti alle misure in esame, in termini sia di estensione degli spazi dai quali il soggetto venga interdetto, sia di durata della stessa interdizione, rendendo così non più sostenibile l'assunto, sul quale tale giurisprudenza implicitamente si fonda, della generale minore incidenza del divieto di recarsi in un luogo determinato rispetto all'obbligo di recarsi periodicamente presso un ufficio di polizia, o di rimanere nella propria abitazione durante le ore notturne»[90].
Quanto affermato dalla Corte potrebbe a ben vedere essere riferito già alla disciplina del foglio di via obbligatorio, se si considera che la sentenza in parola ha ad oggetto quella precedente alla riforma dettata dal d.l. n. 123/2023 (Decreto Caivano), la quale è intervenuta sia ampliando la possibile durata del divieto fino a quattro anni sia irrigidendo la risposta sanzionatoria per la violazione del provvedimento, oggi punita non più come contravvenzione ma come delitto, e con la pena della reclusione da sei a diciotto mesi e la multa fino a 10.000 euro (art. 73, co. 3, d.lgs. n. 159/2011).
Sicuramente, il monito ha trovato attuazione nella più recente sentenza n. 20/2026 relativamente al DASPO anti-rissa aggravato. Qui, tra le altre cose, si osserva come «a fronte di nuove sfide mosse al bene primario della sicurezza pubblica»[91] il legislatore faccia ricorso anche alle misure di prevenzione, rispetto alle quali non si ritiene precluso, «nel rispetto del principio di proporzionalità, l'avanzamento della soglia di tutela»[92]: eventualità che però richiede l'«intervento ineliminabile dell'autorità giudiziaria […] ogni qual volta la misura si presti potenzialmente a determinare restrizioni quantitativamente apprezzabili al lecito agire dell'individuo che ne è colpito»[93].

---

[86] Cfr. C. cost. 2.5.1996 n. 143 in *GiurCost*; C. cost. 20.3.1996 n. 193, in *GiurCost*; C. cost. 10.12.1997 n. 136 in *GiurCost*; C. cost. 20.11.2022 n. 512, in *www.cortecostituzionale.it*, 5 dicembre 2022.
[87] Così Fr. Mazzacuva, *Libertà personale e misure di prevenzione: la Consulta conserva le partizioni "quantitative"*, cit., 939, che richiama, ad es., C. cost. 24.11.1994 n. 419, in *GiurCost*, in materia di soggiorno cautelare, ricondotto alle garanzie dell'art. 13 Cost. sulla base del criterio della degradazione giuridica, inteso, appunto, quale «elemento qualificante della restrizione della libertà personale».
[88] C. cost. 29.10.2024 n. 203, cit., par. 4.6.
[89] *Ibidem*.
[90] Ivi, par. 4.7.2.
[91] C. cost. 12.1.2026 n. 20, in *www.cortecostituzionale.it*, 24 febbraio 2026, par. 11.1.
[92] *Ibidem.*
[93] *Ibidem*.

A tal fine, la Corte sottolinea come a dover essere giudicata sia la specifica previsione legislativa, in virtù del grado di afflittività che la misura produce non nel singolo caso, ma «in relazione alla massima potenzialità di espansione che la legge le assegna»[94]. Ai fini di tale valutazione, assume un ruolo centrale, lo si ribadisce, la distinzione tra il divieto di recarsi in un certo luogo, da un lato, e l'obbligo di recarsi o di rimanere in un determinato luogo, dall'altro, per cui solo in questa seconda opzione sarebbe necessario riconoscere la garanzia della riserva di giurisdizione. Nondimeno, si ammette che, in taluni casi, l'estensione del divieto possa far venire meno l'assunto della minore gravosità dello stesso. I criteri da prendere in considerazione per verificare tale eventualità sono ora specificati dalla Corte: la durata della misura, i presupposti applicativi, gli effetti collegati all'eventuale trasgressione, l'ambito territoriale di riferimento, la rilevanza dell'accesso ai luoghi per lo svolgimento di attività strumentali al sostentamento o essenziali per la vita di relazione, il collegamento con le abitudini di vita dell'interessato, la determinatezza dei luoghi interdetti o limitati[95].
In considerazione di questi parametri, la Corte ritiene che il DASPO anti-rissa aggravato «pur risolvendosi in un divieto di accedere a taluni luoghi, anziché nell'obbligo di rimanervi, costituisca una restrizione della libertà personale ai sensi dell'art. 13 Cost.»[96]. Il divieto di accesso, in linea potenziale, a tutti i pubblici esercizi della provincia – dove, nella maggior parte dei casi, il destinatario risiede o dimora – «rischia di creare una "cortina" di isolamento, che raggiunge la persona proprio in contesti relazionali assai prossimi, ove lo "stigma sociale" connesso al divieto diviene particolarmente accentuato e afflittivo»[97]. A ciò si aggiunge la durata minima, di un anno, del divieto, la natura indeterminata dello stesso, che non indica specificamente gli esercizi da cui la persona è esclusa e si estende anche agli spazi ad essi circostanti, nonché la risposta sanzionatoria, che prevede una pena detentiva fino a tre anni e dunque in astratto sottratta alla possibilità di sospensione condizionale.
Nel suo argomentare, la Corte compie altresì un confronto con il foglio di via obbligatorio, confermando la valutazione compiuta in precedenza circa la non estensione della riserva di giurisdizione: si nota come il foglio di via, pur escludendo la persona dal territorio di un intero Comune, è diretto a una persona che in quel Comune non risiede o dimora; inoltre, la durata minima del provvedimento è di sei mesi e non di un anno, e la pena prevista per la sua violazione è, nel massimo, pari a diciotto mesi di reclusione.

6. L'analisi svolta consente, a nostro avviso, di cogliere alcuni trend evolutivi in atto, sebbene necessitino di razionalizzazione e ulteriore analisi. Gli interventi legislativi hanno esplicitato, ma anche, evidentemente, riaffermato e ampliato, il ruolo crescente delle misure di prevenzione personale, incluso l'ambito della criminalità commessa in occasione di manifestazioni pubbliche, rendendole di fatto uno degli strumenti privilegiati di contrasto a forme di manifestazione del dissenso politico.
Le soluzioni da ultimo adottate, sia sul versante del diritto penale sostanziale sia su quello delle misure di prevenzione, non si segnalano, come visto, per particolare originalità: né dal punto di vista del ricorso all'armamentario penalistico per fini di tutela della sicurezza, né sul versante delle strategie adottate, giacché sono replicati modelli già utilizzati da tempo. Si prosegue, allora, nell'operazione di ampliamento dell'orizzonte applicativo degli strumenti *lato sensu* penalistici, a fronte della supposta espansione dell'area dei pericoli da fronteggiare, anche mediante misure di prevenzione personale, incluse quelle di natura amministrativa[98].

[94] Ivi, par. 11.2.
[95] Ivi, par. 12.
[96] Ivi, par. 16.
[97] *Ibidem*.
[98] Di «un nuovo rinascimento tanto nelle scelte legislative, quanto nella prassi applicativa» delle misure di

L'ampliamento di questo arsenale preventivo – ma capace, come noto, di colorarsi facilmente di venature repressive – conferma la tendenza all'anticipazione del controllo, e alla sua amministrativizzazione. Il ricorso a strumenti come fogli di via, DASPO urbani, fermi di polizia, mostra la predilezione per misure connotate da particolare duttilità applicativa, basate su un giudizio prognostico di pericolosità difficilmente controllabile, e sottratte, almeno in larga misura, al controllo preventivo del giudice penale, ponendosi in chiave rafforzativa della sanzione penale tradizionale, giacché vengono applicate sulla base di un corredo probatorio ben più esiguo[99].
L'analisi della giurisprudenza dei TAR ha messo in luce come, nella prassi, il foglio di via sia applicato dal Questore, di fatto, ricavando la pericolosità sociale dalla mera partecipazione a manifestazioni – nel caso, non autorizzate o preavvisate. E se è altrettanto vero che la giurisprudenza amministrativa sia sostanzialmente concorde nel censurare un simile indirizzo, appare lecito dubitare dell'adeguatezza di un tale rimedio successivo, demandato al giudice amministrativo, a fronte dell'efficacia immediata di questi provvedimenti e del loro impatto sui destinatari.
In quest'ottica, le decisioni della Corte costituzionale, pur aderendo a una logica conservativa dell'attuale assetto della disciplina delle misure di prevenzione personale, mettono in guardia il legislatore dall'espanderne l'oggetto oltre una soglia di afflittività il cui superamento comporterà, inevitabilmente, l'intervento del giudice penale. L'orientamento del giudice costituzionale fissa quindi dei limiti a un'espansione della prevenzione amministrativa già in atto, secondo un approccio, come visto, di natura sostanzialistica, che guarda al contenuto della misura, e che si riconnette essenzialmente alla garanzia della riserva di giurisdizione.
Simile approccio appare in linea con la consolidata giurisprudenza costituzionale, che esclude la funzione sanzionatoria delle misure di prevenzione, e convenzionale, che non le ritiene riconducibili alla nozione di *matière pénale*, per cui la costruzione dell'apparato di garanzie andrà modulata sulla base dei principi di necessità e proporzionalità delle misure[100]. Al contempo, devono evidenziarsi le difficoltà insite in un tale processo, specie allorché ci si avvalga, come nei casi menzionati, di giudizi di tipo quantitativo, inevitabilmente caratterizzati da un certo grado di discrezionalità, legato alla valutazione della disposizione di volta in volta rilevante. Così, ad esempio, relativamente al confronto operato dalla Corte tra il DASPO anti-rissa aggravato e il foglio di via obbligatorio, si può quantomeno dubitare della maggiore gravosità della prima misura nell'escludere una persona da tutti gli esercizi pubblici della provincia in cui si risiede rispetto agli effetti della seconda, che determinano l'esclusione da un intero Comune, sebbene non si tratti di quello di residenza o di abituale dimora. Più che una critica alle conclusioni cui perviene la Corte, si tratta di segnalare il carattere intrinsecamente "oscillatorio" del tipo di giudizio prescelto.
È allora opportuno interrogarsi, nella prospettiva di ulteriori studi, quali possano essere gli strumenti più adatti a vagliare un'espansione sempre più ampia della prevenzione[101], inclusa quella amministrativa, attuata, come visto, attraverso una "securitizzazione" degli spazi pubblici e di aree della città da cui sono allontanate le persone considerate pericolose, cui si

prevenzione parla M. Pelissero, *Le misure di prevenzione*, cit., 2.
[99] *Ibidem*. V. anche *supra*, nota n. 54.
[100] Ivi, 5 ss.; F. Consulich, *op. cit.*, *passim*. Criticamente, S. Moccia, *op. cit.*, *passim*.
[101] V. ad es. F. Consulich, *op. cit.*, 41, il quale ritiene superato il tempo di riproporre, in questo campo, il rispetto dei principi classicamente penalistici: «troppo facile per il legislatore aggirarli con qualificazioni formali di facciata e troppo distante la struttura della fattispecie di prevenzione da quella di un'incriminazione, come ci ricorda anche la giurisprudenza convenzionale». Si ritiene più opportuno, allora, applicare «le garanzie reclamate dai diritti incisi dalle misure *ante delictum*: tassatività e determinatezza da una parte, riserva di giurisdizione effettiva (non meramente formale), dall'altra parte».

ricollegano effetti immediati di mancato godimento di diritti e libertà fondamentali, nonché, in via indiretta, effetti mediati di criminalizzazione secondaria e di "congelamento" nell'esercizio delle medesime libertà e dei medesimi diritti in un'ampia fascia della popolazione, potenzialmente interessata da queste misure.

LE VICISSITUDINI DELL'*ABERRATIO ICTUS*, TRA INTERROGATIVI SISTEMATICI E DISORIENTAMENTI DELLA PRASSI

di Giovannangelo De Francesco

Muovendo da una vicenda giudiziaria nella quale un tentato omicidio si era risolto con la morte dell'aggressore a causa della reazione della vittima designata, e si trattava di stabilire se i compartecipi che avevano agito in vista di un'offesa meno grave potessero tuttavia rispondere del suddetto evento grazie all'applicazione degli art. 82 e 116 c.p., lo scritto (oltre a rinnovare alcune critiche al disposto dell'art.116), procede ad un riesame della tematica riguardante la controversa figura dell' *aberratio ictus*. In proposito, dopo aver escluso la fondatezza della tesi volta negare il carattere 'autenticamente' doloso del fenomeno aberrante, viene condivisa la necessità di postulare un tentativo nei confronti della persona designata. Una volta dato un breve sguardo ai rapporti tra l'art. 82 e l'art. 60 c,p., e non senza aver rivolto alcune obiezioni ad una recente opinione in materia, l'analisi si conclude nel senso dell'impossibilità di inquadrare la vicenda giudiziaria appena ricordata nel contesto sistematico proprio dell' *aberratio ictus*.

Starting from a criminal case in which an attempted homicide resulted in the death of the assailant due to the intended victim's act of self-defence, the article addresses the question whether the accomplices, who had acted with the intention of bringing about a less serious offence, could nevertheless be held liable for that event pursuant to Articles 82 and 116 of the Italian Criminal Code. In addition to revisiting some well-established criticisms of Article 116, the paper re-examines the controversial doctrine of *aberratio ictus*. After rejecting the view that the phenomenon of *aberratio ictus* lacks a genuinely intentional character, the author endorses the position that liability presupposes an attempted offence against the originally intended victim. The analysis then briefly considers the relationship between Articles 82 and 60 of the Italian Criminal Code and, while raising objections to a recent scholarly opinion on the issue, ultimately concludes that the judicial case under examination cannot properly be subsumed within the systematic framework of *aberratio ictus*.

Aberratio ictus, error in persona, dolo, Tentativo - Concorso *ex* art.116 c.p.
Aberratio ictus, Error in persona, Intent, Attempt

Sommario: 1. Una singolare vicenda giudiziaria. – 2. L'inquilino molesto: a proposito dell'art. 116 Cp. – 3. Il dibattito sull'*aberratio ictus*: oltre il problema del dolo. – 4. Compatibilità del dolo con l'imputazione del risultato aberrante. – 5. Ragioni a favore della necessità di un tentativo verso la vittima designata. – 6. L'*aberratio* e l'*error in persona:* riflessioni e spunti critici riguardo ad una tendenza recente. – 7. Estraneità del "caso" ricordato in premessa alla figura dell'*aberratio ictus*.

1. In tempi recenti, una pronuncia del Supremo Collegio ha rinfocolato il dibattito in merito alla disciplina relativa alle ipotesi di "divergenza" in fase esecutiva tra il soggetto preso di mira dall'autore della condotta e una "persona diversa" rimasta concretamente offesa al posto della vittima designata[1]. La peculiarità della vicenda era dovuta al fatto che il soggetto aggredito con un'arma da fuoco, riuscendo a piegare il braccio del potenziale omicida, ne aveva cagionato la morte grazie alla deviazione della traiettoria del proiettile verso il corpo dell'aggressore. Di

[1] Cfr. Cass. 10.9.2024 (ud. 15.7.2024), n. 34178.

qui l'interrogativo circa la disciplina applicabile a coloro che, in concorso con quest'ultimo, si erano proposti di "dare una lezione" ad un soggetto diverso da quello – ossia il loro stesso complice – rimasto ucciso grazie alla manovra difensiva della persona aggredita.
Peraltro, l'esposizione dei fatti in causa induceva a ritenere che i suddetti concorrenti si fossero limitati a percuotere e minacciare la vittima predestinata, e che soltanto il possessore di quell'arma, estraendola e puntandola a loro insaputa verso il soggetto in questione, avesse mostrato di volerne cagionare la morte. Di qui la conclusione fatta propria dalla Corte regolatrice: una volta riconosciuti gli estremi di un' *aberratio ictus* ai sensi dell'art. 82 co. 1 Cp – e dunque l'indifferenza, sotto il profilo del dolo, del destinatario dell'offesa – i partecipi nell' omicidio dovranno risponderne al medesimo titolo "combinando" tra loro la disciplina prevista dall'art. 82 con il regime "estensivo" dell'imputazione per dolo sancito dall'art. 116 Cp.

2. Diciamo subito che, malgrado la sua perdurante vigenza, non dovrebbero esservi dubbi circa l'incompatibilità con il principio di colpevolezza del contenuto normativo della seconda disposizione: essendo invero inammissibile che il dolo possa estendersi a quanti non volevano cagionare l'evento concretamente verificatosi; e non senza sottolineare che, anche laddove si constati che il fatto non voluto poteva essere previsto – come rimarcato dalla stessa Cassazione, con l'escludere che la difesa da parte dell'aggredito fosse da ritenersi del tutto improbabile – l'anomalia di un'imputazione a titolo di dolo di un atteggiamento di natura colposa (oltretutto, anche qualora il reato commesso non sia punibile per colpa) resta comunque priva di qualsiasi base di legittimazione[2].
Sennonché, proprio la suddetta anomalia ha fornito il destro ad alcuni studiosi per riaffermare le proprie perplessità in ordine allo stesso regime normativo dell'*aberratio ictus*: la "finzione" di dolo introdotta mediante l'art. 116 Cp risulterebbe – così si osserva – ancor più grave e intollerabile una volta chiamata ad interagire con l'analoga "finzione" di tale profilo soggettivo emergente dal disposto dell'art. 82 Cp[3]. Né si è mancato di aggiungere come il trattamento penale riservato all'*aberratio ictus* comporti il rischio di sottovalutare le esigenze di tutela riguardanti la persona che si voleva offendere, essendo questa destinata a rimanere nell'ombra in virtù di una disciplina volta a privilegiare l'offesa arrecata alla vittima "occasionale"[4].

3. Prima di offrire una risposta in merito al caso particolare oggetto della recente pronuncia, conviene allora ripercorrere, sia pure in estrema sintesi, i termini della questione relativa alla compatibilità o meno con i principi del nostro sistema della disposizione dell'art. 82 Cp. In particolare, deve ricordarsi come le critiche rivolte alla disciplina codicistica si siano focalizzate sulla scelta di privare l'elemento del dolo della sua necessaria "concretizzazione" riguardo al destinatario dell' offesa: nel senso che (a differenza di quanto accade nell'art. 60 Cp, e ad onta dell'insistenza di molti nel negare, in entrambi i casi, la rilevanza dello "scambio" di persona) il mutamento concernente la persona-oggetto materiale dell'azione impedirebbe di

[2] Sull'art. 116 Cp cfr., tra gli altri, F. Basile, *Il concorso c.d. anomalo di persone: una nuova apertura giurisprudenziale al criterio della prevedibilità in concreto*, in *DPenCont* 2014 (3-4), 409 ss.; N. Madìa, *Il* rebus *del concorso anomalo plurilesivo*, in *AP* 2025 (1), 12 ss.; V. Mongillo, *Condotte di partecipazione atipica e concorso anomalo. Il caso Cerciello Rega*, in *GI* 2024, 1670 ss.; M.A. Pasculli, Minority report *sull'art. 116 c.p. Le variabili sistemiche della responsabilità oggettiva e della colpa*, in *AP* 2023 (1), 1 ss.
[3] Cfr. L. Senesi, Aberratio ictus *e concorso c.d. "anomalo": il viaggio del dolo tra finzioni e realtà. Considerazioni sull'*aberratio ictus *"autolesiva"*, in *AP* 2025 (3), 12 ss.
[4] P. Mastrolia, Aberratio ictus contra legem. *Considerazioni da una recente pronuncia in materia di reato aberrante (ex art. 82 c.p.) sulla illegittimità della norma dalla visuale della 'vittima' designata*, in *www.sistemapenale.it*, 11.6.2026.

ricondurre il fatto che ne è scaturito al quadro rappresentativo (e volitivo) richiesto perché il dolo sussista[5].
Così ragionando, non è stata, tuttavia, sufficientemente valorizzata la circostanza che il problema dell'*aberratio ictus* non si esaurisce unicamente nella definizione dell'oggetto del dolo. In effetti, come si è mostrato in altra sede[6], l'alternativa sul tappeto – quella, cioè, se riferire il dolo al delitto consumato, ovvero limitarsi a punire il tentativo verso la vittima designata, e a imputare per colpa l'offesa alla persona diversa[7] – ha registrato, anche a livello comparatistico, un dibattito ben più ampio ed articolato.
Secondo alcuni, la prima soluzione si lasciava preferire, non tanto per ragioni attinenti al riconoscimento del dolo, quanto perché – dandosi il caso di reati non punibili nella forma tentata – si sarebbe dovuto escludere la stessa possibilità di imputare il fatto a danno della vittima designata (oltre che, in ipotesi, anche quello relativo alla persona diversa, ove l'addebito per colpa non fosse stato normativamente sancito). In buona sostanza, il rischio da evitare – osservava un penalista del calibro di Ernst Mayer[8] – era soprattutto quello che, nonostante la presenza di una volontà delittuosa, si potesse arrivare ad escludere una responsabilità conforme al finalismo dell'azione: che, poi, il dolo venisse riferito all'offesa consumata, oppure – ove previsto dalla legge – al tentativo di quest'ultima, non avrebbe rappresentato un elemento d'importanza decisiva ai fini del rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento penale. Piuttosto che coltivare delle preoccupazioni di ordine strettamente dogmatico, la dottrina veniva in tal modo a privilegiare delle esigenze di carattere teleologico e politico-criminale: nella consapevolezza che le direttive di fondo inerenti ai limiti di rilevanza, non solo delle forme di colpevolezza, ma anche del tentativo rispetto ai singoli reati (nonché, come taluno ebbe ad aggiungere, lo stesso "differenziale" sul piano sanzionatorio tra tentativo e consumazione) non potevano non esercitare la propria influenza sull'impostazione generale del problema.

4. Ma v'è di più. Proprio sul terreno della c.d. "concretizzazione" dell' offesa voluta dall'agente, a pronunciarsi a favore dell' imputazione per dolo del delitto consumato sarà uno degli studiosi più noti e celebrati del diritto penale moderno. Appare invero quanto meno singolare che, ad onta dei molti studi che ne hanno evidenziato la particolare ricchezza di pensiero (si pensi soltanto alla sua approfondita tematizzazione della "corresponsabilità" della società nei confronti della condotta deviante) non siano state sufficientemente meditate le riflessioni contenute in uno dei suoi saggi più importanti sotto il profilo scientifico e politico-

[5] Tra i contributi più vicini nel tempo cfr. D. Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose. Strumenti e percorsi per uno studio avanzato*, Torino 2025, 166; G.P. Demuro, *Dal dolo alternativo all'* aberratio ictus: *critica dell'indifferenza come contenuto del dolo*, in *www.sistemapenale.it,* 7.5.2026, 20 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2025, 464; *P*. Mastrolia, Aberratio ictus. *Principio di colpevolezza e tutela della integrità fisica nella imputazione soggettiva dell'evento*, Napoli 2024, 35 ss., 74 ss., e, nel quadro di una particolare impostazione, T. Trinchera, *Questioni in tema di* aberratio ictus, in *RIDPP* 2015, 1427 ss. Quanto all'opposta tendenza, favorevole al riconoscimento degli estremi del dolo, v., per tutti, tra le opere più recenti, G. De Vero, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino 2024, 488; F. Mantovani, G. Flora, *Diritto penale, Parte generale*, Milano 2023, 394; T. Padovani, *Diritto penale*, Milano 2023, 287 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte generale*, agg. V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano 2020, 704; F. Palazzo, R. Bartoli, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Torino 2023, 287; M. Pelissero, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano 2026, 470.
[6] V. G.A. De Francesco, Aberratio. *Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino 1998, 30 ss.
[7] Una sintesi esemplare delle due correnti di pensiero in A. Vallini, *sub* art. 82 c.p., in *Codice penale*, a cura di T. Padovani, I, Milano 2019, 632 ss.; come pure in P. Mastrolia, Aberratio ictus, cit., 70 ss., 255 ss., con vasta analisi a livello comparatistico.
[8] Al riguardo cfr. G.A. De Francesco, Aberratio, cit., 31 s.

criminale. Ci riferiamo, come dovrebbe essere evidente, alle considerazioni svolte, con riguardo al problema in esame, da Peter Noll[9], e che l'illustre studioso verrà a porre in relazione ad una visione di fondo del diritto penale impregnata dei più solidi postulati sul piano garantistico su cui s'incentra il "volto" costituzionale della nostra disciplina.
Nel valutare criticamente l'idea di attribuire per dolo il (solo) tentativo, Egli notava, in effetti, come una simile opinione fosse destinata a muoversi su di un piano sistematico puramente astratto, dimenticando la *ratio* sottostante alla diminuzione di pena, quand'anche facoltativa, applicabile alla condotta di tentativo. «Se tale *ratio*» – continuava l'Autore[10] – «deve essere ravvisata» nell'idea o «principio dell'evento», e cioè nel fatto che soltanto laddove «l'evento non si verifichi, questa buona sorte toccata alla vittima deve giocare almeno in parte anche a favore del colpevole», risultava allora irragionevole «trattare diversamente l'*aberratio* rispetto all'*error in persona*», visto e considerato che, in entrambi i casi, «essendosi verificato un evento di portata equivalente», il fatto delittuoso doveva ormai considerarsi realizzato «nella sua forma consumata».
Da questo punto di vista, l'assunto in base al quale una soluzione del genere avrebbe privato il dolo della sua necessaria "concretizzazione" nel relativo oggetto avrebbe dovuto essere, in realtà, completamente ribaltato. Ad avviso dell'Autore, sarebbe stata, al contrario, proprio la responsabilità per il solo tentativo a trascurare l'esistenza di un evidente rapporto di "corrispondenza" e di omogeneità rispetto all'evento concretamente verificatosi. La valorizzazione, insomma, del paradigma del "diritto penale del fatto" avrebbe dovuto condurre a confermare e a legittimare proprio quella scelta sistematica, che, ridimensionando la tendenza a privilegiare il c.d. "disvalore d'intenzione", era in grado, viceversa, di esaltare il collegamento della colpevolezza dolosa con lo stesso referente sul piano "materiale" nel quale essa era venuta a rispecchiarsi e a immedesimarsi.

5. Giunti a questo punto, è il caso di aggiungere, tuttavia, come una parte della dottrina abbia giustamente ritenuto che l'imputazione del risultato aberrante postuli (pur sempre) l'esistenza degli estremi di un tentativo nei confronti della vittima designata[11]; un tentativo destinato ad inverare, al contempo, la direzione "non equivoca" degli atti (mancando la quale, come già emerge dagli esempi "di scuola", il riferimento all'"esecuzione" perderebbe di significato), e quel connotato di "adeguatezza" – non soltanto *ex post*, nell'ottica, cioè, del nesso con un eventuale, successivo, processo causale, e che osta all' attribuzione di conseguenze imprevedibili – ma anche, per l'appunto, in una prospettiva *ex antea*, ossia riferita alla necessaria l'attitudine lesiva della condotta posta in essere[12]. Si può ben dire, da questo punto di vista, che il tentativo rappresenti la cifra qualificante, per evocare l'immagine di Cesare Pedrazzi[13], di una «prossimità alla meta» tale da decretare l'ingresso della «sostanza dell'azione» (anche) nell'orizzonte teleologico dei fenomeni con cui ci andiamo confrontando.
Né può sottacersi come, a conti fatti, la scelta di postulare gli estremi di un tentativo appaia maggiormente conforme ad una risposta sul piano sanzionatorio non eccessivamente

[9] Per un richiamo ai vari passaggi sviluppati dall' Autore v. ancora G.A. De Francesco, Aberratio, cit., 32 ss.
[10] Cfr. P. Noll, *Tatbestand und Rechtswidrigkeit: die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1965, 5 e nt.7. Cfr. pure le meditate riflessioni di N. Mazzacuva, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, Milano 1983, 209 ss.
[11] Sulle ragioni alla base di una simile esigenza, v., per tutti, T. Padovani, *Diritto penale*, cit., 288. Sulla disputa al riguardo, cfr., di recente, P. Mastrolia, Aberratio ictus, cit.,178 ss., D. Notaro, *sub* art. 82 c.p., in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti, S. Riondato, S. Seminara, Milano 2024, 435 s.
[12] In merito al duplice profilo richiamato nel testo cfr., volendo, G.A. De Francesco, Aberratio, cit., 51 ss., 77 ss., 81 ss., 109 ss., 113 ss., 133 ss., 141 ss.
[13] Cfr. C. Pedrazzi, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo 1952, 49, 50.

"squilibrata": come invece accadrebbe, a voler seguire l'opposta opinione, nei casi in cui, una volta constatata la presenza di un tentativo, si debba allora fare ricorso alla disciplina prevista dal secondo comma dell'art. 82 Cp[14], con l'effetto di addossare al colpevole l'ulteriore aumento di pena sancito da tale disposizione. D'altra parte, qualora si giungesse invece a ritenere, come pure è stato affermato[15], che il primo comma dell'art. 82 debba essere applicato a prescindere da una simile alternativa – vale a dire, indipendentemente dalla sussistenza o meno del tentativo – verrebbe allora a delinearsi l'incongruenza di parificare (salvo rifugiarsi nel "dosaggio" in concreto della sanzione) due situazioni fortemente diversificate sul piano della struttura e del complessivo contenuto di disvalore.
Certo: sarebbe eccessivo negare come la scelta di scindere in due parti i "segmenti" della vicenda aberrante possa vantare, a sua volta, delle motivazioni non prive di ragionevolezza nell'economia complessiva delle situazioni ad essa riconducibili. Tuttavia, come si è osservato in altra occasione[16], tali motivazioni si apprezzano in misura rilevante, non tanto nell'ambito dei casi di *aberratio* monolesiva, quanto piuttosto in relazione alle difficoltà sul piano sistematico (non ultime, quelle collegate alla disciplina del concorso di reati) generate dai fenomeni, da sempre controversi, di *aberratio* bioffensiva o plurilesiva; anche se deve riconoscersi, allo stesso tempo, che il superamento di tali difficoltà, in un'ottica maggiormente conforme alle linee generali del sistema, potrebbe risultare agevolato da un intervento normativo sulla stessa disciplina dell'*aberratio* monoffensiva, volto a far sì che questa possa fungere da base di riferimento per articolare con maggiore coerenza il trattamento da riservare agli ulteriori fenomeni di tipo "aberrante".

6. Ben si comprende, peraltro, come non possa essere questa la sede più opportuna per un riesame ulteriore di simili problematiche. Ciò che interessava soprattutto verificare è se l'attribuzione per dolo del reato consumato, a differenza di quanto si continua ad affermare, possa invece ritenersi compatibile con la struttura e l'oggetto del dolo, ed in particolare con quel principio di colpevolezza ("per il fatto") che, stando alla concezione poc'anzi richiamata, dovrebbe anzi giustificare proprio il ricorso a un simile modello d'imputazione.
Semmai, e volendo gettare uno sguardo sul fenomeno contiguo rappresentato dal c.d. *error in persona* (art. 60 Cp), ci si potrebbe domandare se la disciplina dettata al riguardo possa offrire il destro per corroborare ulteriormente le scelte inerenti alla figura dell'*aberratio ictus*. A tale proposito, è interessante ricordare come un attento studioso quale Massimo Donini, che pur giungerà alla fine ad una soluzione differente[17], sottoponga ad una critica demolitrice l'altrui pretesa di distinguere la rilevanza dei due fenomeni considerati: «se l'identità personale del soggetto passivo-oggetto materiale non rileva come oggetto del dolo quando si voleva colpire un oggetto materiale giuridicamente "equivalente", un altro uomo, mentre quello offeso è stato esattamente rappresentato nel suo essere "uomo" (*error in persona*), non si comprende perché tale identità dovrebbe rilevare, e quindi incidere sull'esclusione del dolo, quando si voleva colpire un oggetto materiale giuridicamente "equivalente" ed esattamente rappresentato nel suo essere "uomo", e si è offeso un soggetto diverso per un errore non di rappresentazione (*aberratio ictus*)»[18].
Né, d'altro canto, occorre aggiungere, sarebbe ragionevole, come si è fatto di recente (v., *retro*, par. 2), esprimere un giudizio più favorevole circa la soluzione adottata dall'art. 60, facendo

[14] Così, ad es., M. Gallo, *Aberratio ictus*, in *ED*, I, 1958, 72.
[15] V., di recente, P. Mastrolia, Aberratio ictus, 188 ss. e, già prima, M. Romano, *Contributo all'analisi della* "aberratio ictus", Milano, 1970, 68 ss.
[16] G.A. De Francesco, Aberratio, cit., 182 ss.
[17] Cfr. M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, Milano 1991, 475.
[18] Così M. Donini, *Illecito*, cit., 462.

leva, questa volta, su di un atteggiamento di maggior "riguardo", per così dire, che tale norma verrebbe a riservare alla persona designata, a confronto con il trattamento deteriore cui questa, viceversa, sarebbe destinata a sottostare nel quadro della disciplina dettata dall'art. 82. Si è invero osservato, a tale proposito (e sia pur esprimendo dubbi circa lo stesso regime applicabile all'errore di cui all'art. 60), che l' imputazione a titolo di dolo nel caso di *error in persona* verrebbe a realizzare una tutela, per quanto "mediata", dello stesso soggetto designato, considerato il rischio di mandare altrimenti impunito il progetto di arrecare offesa a quest'ultimo; tutela che al medesimo soggetto verrebbe invece negata, nella logica dell'art. 82, malgrado la presenza di una condotta di tentativo a lui rivolta direttamente[19].
Sennonché – a parte la considerazione che la rilevanza del tentativo non viene postulata come requisito indefettibile – a lasciare perplessi è l'idea che la tutela della persona designata, nell'art. 60, venga ad emergere in via "mediata", ossia in forza della punizione dell'offesa concernente un altro individuo, per di più in contrasto con la premessa circa l'autonomia della posizione rivestita dai soggetti coinvolti: con la conseguenza, in definitiva, di legittimare una sorta di abnorme "strumentalizzazione" del dolo rispetto al fatto commesso consistente nel destinarlo ad un ruolo di "supplenza" a vantaggio di un soggetto completamente estraneo – sia sul piano del fatto, che su quello del dolo (questa volta sì, inesistente!) – all'offesa verificatasi.

7. Ritornando adesso all'analisi della vicenda giudiziaria da cui si è preso le mosse, si deve osservare, nondimeno, come il suo inquadramento nella tematica dell'*aberratio ictus* non appaia sistematicamente compatibile con l'assetto finora delineato.
A tale proposito, è bene ricordare che, come precisato in altra sede, il fenomeno della "divergenza" postulato da simile figura – malgrado autorevoli opinioni in senso contrario[20] – non possa venire riconosciuto riferendo direttamente una simile divergenza alla posizione dei soggetti che si siano limitati a concorrere nel reato[21]. Poiché si richiede, come già in precedenza sottolineato, che il fenomeno aberrante debba innestarsi necessariamente nell'"esecuzione" del fatto, un simile fenomeno non potrà che riguardare il comportamento dell'autore, dato che soltanto a questa condizione sarà eventualmente consentito applicare anche ai concorrenti il regime stabilito per l'*aberratio ictus*. Orbene, dall'esame dei fatti in causa emerge invece chiaramente come, essendo lo sparo dell'arma risoltosi in pregiudizio dello stesso aggressore, sarebbe ben difficile affermare che la deviazione del colpo possa essere riferita a "persona diversa" secondo lo schema contemplato dall'art. 82, essendo francamente insostenibile ammettere che tale qualifica possa spettare a colui che, pur nel tentativo di arrecare offesa, abbia in realtà contribuito alla propria stessa morte.
Se così è, sembra allora derivarne che, nel valutare la rilevanza delle condotte dei compartecipi, ci si dovrà al più limitare a porla in relazione al solo tentativo di omicidio; al netto della "luce sinistra" che la norma dell'art. 116 Cp continua ad irradiare sulla tematica della partecipazione criminosa, la soluzione ora ipotizzata viene dunque a distaccarsi dalla problematica dell'art. 82 Cp, sì da far apparire la scelta di ricondurvela come una "deviazione" – questa volta davvero, inconcepibile – dalle direttive poste a fondamento del nostro pur "tormentato" modello di *aberratio ictus*.

[19] Cfr. M. Mastrolia, *Aberratio ictus contra legem*, § 4, cit.
[20] V. A. Pagliaro, *La responsabilità del partecipe per il reato diverso da quello voluto,* Milano 1966, 66 s.
[21] Sul punto, G.A. De Francesco, Aberratio, cit., 64 ss. e nt. 77.

LA RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO PENALE TRA IL DEBOLE DIALOGO DELLE CORTI EUROPEE E LE SPINTE DI ARMONIZZAZIONE DELL'UNIONE EUROPEA

di Thomas Di Candia (Dottore di ricerca in Diritto e Scienze Umane, Università degli Studi dell'Insubria)

Il contenuto del principio della ragionevole durata del processo si è arricchito nel corso degli anni, affiancando alla tradizionale dimensione di diritto soggettivo anche una di garanzia oggettiva. Il diritto europeo opera su piani, con modalità e obiettivi differenti, tanto che il pilastro dell'equo processo e le relative garanzie procedurali sono stati storicamente definiti dal formante giurisprudenziale europeo (in particolare dalla Corte europea dei diritti dell'uomo), mentre, solo recentemente, la dimensione temporale del modello processuale penale è entrata nell'agenda politica delle istituzioni dell'Unione europea, che si sono interessate ad essa nell'ambito delle riforme nazionali connesse al programma europeo *Next Generation EU* al fine di garantire una maggiore competitività mediante la riduzione dei tempi processuali. Alla luce di tali dinamiche, che possono portare a un disallineamento tra le due grandi leve dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa, il contributo intende esaminare l'evoluzione di tale peculiare garanzia ed evidenziare il ruolo sempre più cruciale del dialogo tra legislatori nazionali, giudici nazionali, istituzioni europee e corti europee per raggiungere un livello uniforme di tutela del diritto a una ragionevole durata del processo.
Over the years, the right to a trial within a reasonable time has progressively acquired a richer and more complex content. Alongside its traditional dimension as an individual subjective right, it has also evolved into an objective guarantee serving broader systemic interests. The influence of European law likewise operates at different levels, through distinct mechanisms and with diverse objectives. While the foundations of the right to a fair trial and its procedural safeguards have historically been shaped by European case law – most notably that of the European Court of Human Rights – the temporal dimension of criminal proceedings has only recently entered the political agenda of the European Union institutions. These institutions have addressed this issue in the context of national reforms linked to the Next Generation EU package, with the aim of enhancing competitiveness through the reduction of the length of judicial proceedings. Against this background, which may generate a degree of misalignment between the respective approaches of the European Union and the Council of Europe, this article examines the evolution of the guarantee of a trial within a reasonable time and highlights the increasingly crucial role of dialogue among national legislators, domestic courts, European institutions, and European courts in securing a uniform level of protection of this fundamental right.

Ragionevole durata, Consiglio d'Europa, Unione europea, Processo penale
Reasonable time, Council of Europe, European Union, Criminal proceedings

Sommario: 1. Il principio della ragionevole durata del processo penale. – 1.1. La discussa natura della ragionevole durata nell'assetto costituzionale. – 1.2. Le ricadute reali della dimensione anche oggettiva – 2. L'impatto europeo sulla garanzia della ragionevole durata del processo penale. – 3. Il diritto soggettivo alla ragionevole durata del processo penale e la Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3.1. La costruzione di un livello uniforme di protezione dei diritti fondamentali nello spazio giuridico del Consiglio d'Europa. – 3.1.1. I parametri concreti per la definizione della ragionevolezza della durata. – 3.1.2. I criteri per la misurazione

delle tempistiche processuali. – 3.1.3. La verifica dell'effettività dei rimedi nazionali. – 3.2. L'influenza della Corte di Strasburgo nell'applicazione della garanzia alla ragionevole durata negli ordinamenti interni. – 4. La posizione passiva della Corte di giustizia dell'Unione europea nella garanzia del diritto soggettivo alla ragionevole durata. – 5. Il parametro oggettivo della ragionevole durata del processo penale e l'importanza crescente dell'Unione europea. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Per poter approfondire il tema del diverso impatto dei formanti europei sulla garanzia della ragionevole durata del processo penale occorre previamente soffermarsi sulla sua duplice natura.
Ancor prima appare utile premettere alcuni cenni in punto di difficoltà di definizione del concetto di ragionevole durata.
Il nucleo essenziale della garanzia è costituito dalla necessità che il processo penale si svolga all'interno di un intervallo temporale compreso tra una durata minima, necessaria affinché non sia eccessivamente rapido, e una durata massima accettabile, oltre la quale il termine si rivela oltremodo lungo e non più idoneo a perseguire le finalità di giustizia.
Un paragone calzante è quello della similitudine tra la durata del processo penale e lo stadio di maturazione della frutta. Il processo deve concludersi quando "maturo", poiché un processo troppo rapido potrebbe essere "acerbo" e, quindi sommario, mentre uno eccessivamente lungo potrebbe rischiare di "guastarsi".
Nel nostro ordinamento il principio della ragionevole durata trova una duplice dimensione, come diritto soggettivo riconosciuto all'individuo nel "suo caso", ma anche come fondamentale elemento del giusto processo che deve irradiare il modello processuale astratto e, quindi, potenzialmente tutti i giudizi penali.
La valenza di diritto soggettivo della garanzia alla ragionevole durata è indubbia, in quanto in tale forma è espressamente sancita nelle fonti sovranazionali.
La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevede, quanto alla durata massima, che «ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata […] entro un termine ragionevole»[1], mentre, con riferimento alla durata minima, che «ogni accusato ha diritto di: […] (b) disporre del tempo […] necessari[o] a preparare la sua difesa»[2].
Il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite prevede che «ogni individuo accusato di un reato ha diritto, […], come minimo alle seguenti garanzie: b) a disporre del tempo e dei mezzi necessari alla preparazione della difesa […]; c) ad essere giudicato senza ingiustificato ritardo»[3].
La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si limita a configurare un tetto massimo di durata: «ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata […] entro un termine ragionevole»[4].

[1] Così l'art. 6 par. 1 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sottoscritta in seno al Consiglio d'Europa il 4.11.1950 a Roma (di seguito: Convenzione europea dei diritti dell'uomo).
[2] In questi termini si esprime l'art. 6 par. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.
[3] Tale è la formulazione dell'art. 14 par. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 16.12.1966.
[4] Si veda l'art. 47 par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione a Nizza il 7.12.2000.

Nel diritto nazionale la garanzia di una ragionevole durata era stata enucleata dalla Corte costituzionale a partire dall'art. 24 della Costituzione, configurandosi le stasi processuali per un tempo indefinito e indeterminabile come lesive delle garanzie difensive[5].
Dalla formulazione lessicale utilizzata dalle disposizioni sovranazionali è pacifica la struttura del principio come diritto soggettivo della persona[6], la cui tutela è azionabile mediante i meccanismi previsti nelle fonti di riferimento, tra cui il più importante è la possibilità di accedere alla giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo.
La conformazione di garanzia soggettiva permea certamente anche il sistema nazionale in ragione dell'ingresso delle sopra citate norme attraverso l'art. 117 della Costituzione e il meccanismo della norma interposta.
La garanzia della ragionevole durata del processo penale ha trovato una specifica disciplina solo con la modifica dell'art. 111 della Costituzione, nel quale è previsto, con riferimento al limite massimo di durata, che «la legge ne [di ogni processo] assicura la ragionevole durata»[7] e, quanto alla durata minima, che «nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato […] disponga del tempo […] necessari[o] per preparare la sua difesa»[8].
La formulazione delle norme, che individua come obbligata "la legge", ha portato a considerare tale enunciazione come un possibile parametro oggettivo volto a regolare il modello processuale astratto, valorizzando il più ampio profilo dell'efficienza nell'amministrazione della giustizia. In questo modo è elevato a valore oggettivo che impone – nel bilanciamento con gli altri principi dell'equo processo e, più in generale, costituzionali – un vincolo all'ampia discrezionalità decisionale del legislatore.

1.1. Sulla possibilità di ritenere il principio della ragionevole durata del processo penale come mera garanzia soggettiva o anche come criterio oggettivo vincolante per il legislatore e quale regola strutturale del modello processuale astratto si è avuta un'ampia e accesa discussione dottrinale.
I sostenitori della esclusiva natura di diritto soggettivo di tale principio hanno stigmatizzato come altamente rischiosa per la tenuta del sistema la lettura più ampia, comportando uno stravolgimento della gerarchia dei valori, con conseguente squilibrio nel bilanciamento dei diritti, così trasformando il diritto soggettivo alla ragionevole durata da una garanzia contro gli abusi a una sorta di congegno al servizio della difesa sociale idoneo a prevalere sui diritti dell'imputato e volto a limitare la garanzia del diritto di difesa[9].

---

[5] La Corte costituzionale ha espresso questo tipo di valutazione in diverse sentenze, la più importante delle quali è C. cost., 22.10.1999 n. 388 che, pur trattando di una valutazione di legittimità costituzionale di una norma processuale civile, esprime valutazioni perfettamente estendibili al processo penale, affermando che «il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti ed interessi, garantito dall'art. 24 della Costituzione, […] implica una ragionevole durata del processo, perché la decisione giurisdizionale alla quale è preordinata l'azione, promossa a tutela del diritto, assicuri l'efficace protezione di questo e, in definitiva, la realizzazione della giustizia».
[6] L'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali parla espressamente di «diritto» spettante a «ogni persona» e a «ogni accusato». Il Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite lo configura esplicitamente come «diritto» previsto per «ogni individuo accusato di un reato». Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea attribuisce a «ogni individuo» tale «diritto».
[7] Così l'articolo 111, comma 2 della Costituzione.
[8] In questi termini l'articolo 111, comma 3 della Costituzione.
[9] Una tale posizione è stata espressa in E. Amodio, *Ragionevole durata del processo,* abuse of process *e nuove esigenze di tutela dell'imputato*, in *DPP* 2003, 797 ss., che critica l'attribuzione alla speditezza processuale del valore di garanzia oggettiva, da intendersi come «tutela destinata a operare non nell'interesse dell'imputato, ma a vantaggio dello stesso sistema che deve poter raggiungere senza ingiustificati ritardi il suo traguardo nell'*iter* di accertamento della verità». In questo modo, per l'autore, il «divieto costituzionale di tempi irragionevoli», limitando l'attuazione del giusto processo, imporrebbe al «legislatore ordinario [di] fare attenzione a non espandere le garanzie difensive sacrificando l'esigenza di celerità che fa capo all'apparato della giustizia penale».

A sostegno della lettura dell'art. 111 co. 2 unicamente quale diritto soggettivo dell'imputato, escludendo qualsiasi lettura estensiva, sono state avanzate ragioni di carattere sistematico, legate alla necessità di una protezione prioritaria per l'imputato, parte più debole nella strutturale disuguaglianza del modello processuale, alla incompatibilità con il diritto dell'imputato di disporre del tempo necessario per preparare la propria difesa previsto dall'art. 111, comma 3 della Costituzione e alla previsione dello strumento del procedimento per l'equa riparazione del pregiudizio patito in ragione dell'irragionevole durata del processo penale introdotta dalla l. 24.3.2001 n. 89, cd. legge Pinto[10].
A fronte di tale posizione dottrinale emergono diverse ragioni che permettono di ritenere che la garanzia della ragionevole durata del processo presenti anche una dimensione oggettiva e di indirizzo del legislatore[11].

---

[10] Quanto al primo profilo, all'oggettiva disuguaglianza tra le parti dovrebbe seguire una posizione privilegiata dell'imputato sul piano della ragionevole durata rispetto al pubblico ministero, con la conseguenza logica «che sia anzitutto la parte più debole a vedersi riconosciuta una protezione prioritaria rispetto a inerzie e ritardi imputabili alla parte istituzionalmente più forte», così «nella scala dei valori costituzionali quello della pubblica accusa è però un interesse di grado minore rispetto al diritto che fa capo all'imputato e non può certo essere elevato al rango di matrice primaria o esclusiva della garanzia costituzionale come si fa quando lo si concepisce come limite all'esercizio del diritto di difesa». La seconda ragione di matrice sistematica è legata alla sostenuta incompatibilità tra la lettura "oggettiva" della ragionevole durata e la garanzia del tempo necessario all'esercizio del diritto di difesa sancita dall'art. 111 co. 3 Cost., poiché «è dunque la difesa, nella gerarchia dei valori costituzionali, a poter influire sui tempi processuali, dilatandoli se è indispensabile per la salvaguardia del bene primario. Del resto, non si riesce a capire perché, in una carta fondamentale come la nostra in cui tutte le norme concernenti il processo penale sono concepite come garanzie della persona chiamata a rispondere di un fatto di reato (presunzione di non colpevolezza; libertà personale; diritto di difesa; precostituzione del giudice naturale), solo la previsione di tempi ragionevoli per il processo dovrebbe essere considerata espressione di una esigenza di difesa sociale, destinata anzitutto ad operare *contra reum*». Infine, un'ulteriore indicazione all'esclusione della dimensione oggettiva sarebbe legata alla incompatibilità con il cd. procedimento Pinto, che consente la riparazione del pregiudizio derivante dalla irragionevole durata, ritenendo che «la garanzia dello *speedy trial* è un diritto inviolabile dell'uomo riconosciuto dalla legge ordinaria nell'art. 6 Conv. eur. dir. umani. Esso è tanto poco "oggettivo" da offrire il titolo di una azione riparatoria a chi abbia subito un danno per effetto della sua violazione. Paradossalmente, a voler seguire la tesi della celerità processuale quale fonte di un potere statuale di limitazione del diritto di difesa si dovrebbe ritenere incostituzionale tanto la norma di fonte pattizia, quanto la nuova legge sull'equa riparazione». In questi termini E. Amodio, *op. cit*., 798 s.

[11] Tale impostazione dottrinale, che valorizza anche il profilo oggettivo del principio della ragionevole durata del processo penale, trova il suo "capofila" in Paolo Ferrua, per il quale rappresenta, per come formulato nell'art. 111 co. 2 Cost., anche una garanzia oggettiva di buon andamento della giustizia. Tale posizione si incentra sia sul tenore letterale degli artt. 111 co. 2 ultimo periodo Cost. e 6 par. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sia dal generale principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., nonché sulla tipologia di controllo che può essere svolto dalla Corte costituzionale. Per un approfondimento sul tema si vedano P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*, Bologna 2007, 54 s. e P. Ferrua, *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, in *QuesG* 2017, 109 ss. In generale, sul tema della configurazione del diritto alla ragionevole durata hanno offerto il proprio contributo anche, tra gli altri, V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale «giusto»*, Milano 2000, 324 ss.; M. Cecchetti, *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 Cost. Origini e contenuti normativi generali*, in *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. Tonini, Padova 2001, 49 ss.; A. Nappi, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *CP* 2002, 1540 ss.; G. Ubertis, *Azione penale, contraddittorio e durata ragionevole del processo*, in *Per una giustizia penale più sollecita: ostacoli e rimedi ragionevoli*, a cura di C. Beria di Argentine, Milano 2006, 15 ss.; F. Giunchedi, *La tutela dei diritti umani nel processo penale*, Milano 2007, 89 ss.; A. Ciglioni, *La ragionevole durata del processo penale*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di G. Dean, Torino 2007, 197 ss.; S. Buzzelli, *Durata ragionevole, tipologie procedimentali e rimedi contro i ritardi ingiustificati*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo e R.E. Kostoris, Torino 2008, 256 s.; B. Lavarini, *La ragionevole durata del processo come garanzia soggettiva*, in www.lalegislazionepenale.eu (31.12.2019); R.E. Kostoris, *Processo penale e paradigmi europei*, Torino 2022, 8 ss.; F. Siracusano, *La ragionevole durata del processo tra distopia e utopia*, in www.lalegislazionepenale.eu (1.12.2025). Si consenta, inoltre, di rinviare anche a DI CANDIA T., *La tartaruga giudiziaria penale e la vela dei riti alternativi. Principio della ragionevole durata*

Il primo profilo rilevante è di carattere formale, infatti l'art. 111 propone un tenore letterale che consente, se non addirittura impone, tale lettura, presentando nella propria struttura un verbo all'indicativo presente che prescrive un obbligo, «assicura», e individuando quale soggetto gravato il legislatore («la legge») e non prevede, a differenza delle fonti sovranazionali, un «diritto» della persona sottoposta al processo penale («ogni persona», «ogni accusato», «ogni individuo»)[12].
Un secondo elemento determinante al fine di configurare la ragionevole durata anche come un criterio oggettivo per la formulazione del modello processuale penale è legata allo strumento di controllo previsto.
In caso di violazione del diritto soggettivo alla ragionevole durata nel singolo processo è possibile per l'individuo adire la Corte europea dei diritti dell'uomo (e, prima ancora, anche il rimedio nazionale del c.d. procedimento Pinto), che valuterà se sia stata o meno rispettata tale garanzia individuale. Diversamente, qualora ad essere violato sia il dovere imposto dall'art. 111 Cost. al legislatore di assicurare una ragionevole durata, lo strumento di tutela previsto è il giudizio di legittimità costituzionale innanzi alla Consulta. La Corte costituzionale non si esprime sulla durata dei singoli procedimenti e con portata limitata ad un singolo caso, ma si pronuncia su una disposizione normativa configurata dal legislatore che non sia in grado di assicurare nel complesso la ragionevole durata della giustizia penale, in quanto prevede delle soluzioni che comportano tempi irragionevolmente e irrazionalmente lunghi, ponendo formalità superflue, non giustificate da esigenze repressive o di tutela delle garanzie difensive oppure inutili passaggi di atti da un organo all'altro.
Infine, consente di propendere per la lettura più ampia del principio anche l'analisi del contesto in cui è stato modificato l'art. 111 della Costituzione. Negli anni a cavallo tra il XX e il XXI secolo si raggiunse l'apice del problema del numero delle condanne da parte della Corte di Strasburgo nei confronti dell'Italia per la violazione del diritto alla ragionevole durata sancito dall'art. 6 della Convenzione, manifestandosi quindi l'urgenza per il legislatore nazionale di intervenire per limitare l'endemica e patologica eccessiva durata dei processi penali mediante l'adozione di correttivi "di sistema", operando sulle regole processuali, così da essere in grado di anticipare e limitare all'origine il problema, risultando gli strumenti indennitari funzionali a mitigare gli effetti della patologia, analogamente ai farmaci sintomatici, ma non idonei a prevenire il fenomeno, per i quali sarebbe servito un "farmaco curativo".
È in quest'ottica che deve essere letta la scelta di formulare il secondo periodo del comma secondo dell'art. 111 Cost. valorizzando anche la struttura di criterio oggettivo che deve guidare l'attività del legislatore, il quale nel formulare le norme processuali penali dovrà optare tra le più soluzioni adottabili, nel bilanciamento con gli altri interessi costituzionalmente rilevanti, per quelle che consentono tempi più celeri e di evitare ingiustificati ritardi. In caso di mancato rispetto dell'"obbligo" costituzionale, sarà possibile l'intervento di ampia portata della Corte costituzionale.

1.2. Tale inquadramento del principio della ragionevole durata nel nostro sistema, che contempla anche una dimensione di garanzia oggettiva che deve essere garantita nel modello processuale astratto, porta delle rilevanti conseguenze.

---

e statistica applicata, Torino 2024, 74 ss.

[12] Ritiene tale lettura non condivisibile E. Amodio, *op. cit*, 797, per il quale è «evidente infatti che la locuzione "ne assicura" si riferisce al processo e alla garanzia del contraddittorio tra le parti, secondo quanto esplicitato dalla proposizione precedente. Di qui la conferma che destinatari dello "*speedy trial*" sono i soggetti che assumono la qualità di parte nella sede processuale. Altro modo di intendere la norma non c'è, se non si vuole cadere nella lettura banale e asfittica di un solenne impegno costituzionale per configurarlo come mero auspicio di buona organizzazione giudiziaria che assicuri la speditezza dei tempi processuali».

Al diritto soggettivo alla ragionevole durata di matrice sovranazionale, garantito a ogni individuo nel singolo processo, l'art. 111, comma secondo, ultimo periodo Cost. affianca una garanzia oggettiva e trasversale che deve influenzare il modello processuale e, quindi, ogni processo.
La previsione costituzionale indicata consente di considerare la valorizzazione della ragionevole durata come un'indicazione metodologica per il legislatore, il quale, nella formulazione di ogni norma processuale penale, deve considerare tale principio nel bilanciamento con gli altri valori costituzionalmente rilevanti. Nell'adozione di ogni scelta normativa, il legislatore, tra più modalità di regolamentazione astrattamente idonee ad assicurare la tutela delle garanzie fondamentali, deve prediligere l'opzione che comporta il minore impatto sui tempi processuali, così riducendo al minimo i tempi morti, il rischio di ingiustificati ritardi e di abusi.
La duplice valenza del principio ha rilevanza sia sul "sistema" dei rimedi in caso di violazione, ampliandone il novero, sia sotto il profilo delle autorità giudiziarie interessate.
Il diritto soggettivo alla ragionevole durata consente alla persona sottoposta al processo, che ritenga non rispettata tale garanzia, di esperire uno specifico strumento interno, previsto dalla c.d. "legge Pinto", e di attivare il rimedio del ricorso individuale alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di giudizi specifici e in concreto, volti a verificare se in un determinato procedimento penale sia stato superato il limite della ragionevole durata. Questi costituiscono dei rimedi successivi e compensatori, con efficacia limitata all'individuo e al singolo processo.
A dette soluzioni di impronta più tradizionale, la più ampia formulazione dell'art. 111 Cost. consente di affiancare la possibilità di sottoporre le norme, che appaiano contrastare con il dovere istituzionale di garantire la ragionevole durata dei processi, al vaglio della Corte costituzionale, così consentendo di attivare un giudizio incidentale di legittimità costituzionale, che è uno strumento generale e astratto.
Il principio della ragionevole durata si pone alla Consulta quale ulteriore parametro di valutazione, tra i diversi da considerare, nei giudizi di verifica della compatibilità costituzionale operati sulle disposizioni legislative, con la possibilità di addivenire a una dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme che causano ingiustificate dilatazioni dei tempi processuali.
In quest'ottica è da ricordare che la Corte costituzionale si è più volte espressa ricordando che la celerità non è un valore in sé e deve accompagnarsi all'adeguatezza delle garanzie difensive[13], trattandosi di un valore-risultato, strumentale ad assicurare la disponibilità di un periodo sufficiente, non eccessivo e idoneo per celebrare il giudizio, ma allo stesso tempo funzionale a non ledere altri diritti.
La compresenza di una copertura diretta del diritto "soggettivo" per l'individuo nel singolo processo – tutelata mediante la previsione di rimedi compensativi (quale il ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo e, ancor prima, il rimedio interno configurato dalla legge Pinto) – e di una garanzia "oggettiva" indiretta a livello ordinamentale e di modello processuale – tutelata attraverso il possibile intervento della Corte costituzionale per dichiarare l'illegittimità delle norme manifestamente e irragionevolmente causative di ingiustificate dilazioni dei tempi processuali – configura una "rete" di tutela integrata che dovrebbe garantire il rispetto del principio della ragionevole durata sia a livello di "modello" costituzionale del processo penale

[13] C. cost., 4.12.2009 n. 317 ha affermato che rileva «esclusivamente la durata del giusto processo, altrimenti si introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso articolo 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti». In questi termini anche C. cost., 10.6.2010 n. 205 e C. cost., 9.5.2022 n. 111 la quale afferma che «un processo non giusto, perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata».

sia nei casi, teoricamente eccezionali, in cui il singolo processo ecceda i limiti temporalmente accettabili.
In questo modo il sistema cerca di dare risposta alla necessità di poter intervenire sia a monte sia a valle del problema, poiché anche qualora il rito processuale penale fosse strutturato in modo tale da garantire al massimo la ragionevole durata, rimarrebbero fisiologicamente possibili situazioni specifiche in cui la durata potrebbe risultare eccessiva e, conseguentemente, meritevole di tutela "soggettiva".

2. Tale premessa sulla duplice natura del principio della ragionevole durata è funzionale anche a comprendere il diverso impatto del "diritto europeo" sulla sua configurazione all'interno dei confini nazionali.
Rispetto alla ragionevole durata intesa quale diritto soggettivo dell'individuo un ruolo primario nell'interpretazione e nella tutela di tale garanzia spetta al formante giurisprudenziale europeo e in specie, in modo quasi del tutto egemonico, alla Corte europea dei diritti dell'uomo.
Diversamente, rispetto alla ragionevole durata quale parametro oggettivo che deve caratterizzare il modello processuale, si registra un crescente interesse nel contesto della "piccola" Europa, con delle spinte di "armonizzazione" atipica ormai stabilmente presenti nell'agenda politica dell'Unione europea.

3. Pur trattandosi di un diritto soggettivo sancito in diverse fonti sovranazionali, è nel sistema delineato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa che la garanzia individuale della ragionevole durata del processo trova maggiore tutela.
La Corte europea dei diritti dell'uomo svolge storicamente un ruolo cruciale nell'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione, così definendo i caratteri fondamentali del diritto alla ragionevole durata del processo e determinando il livello minimo uniforme di protezione nello spazio giuridico della "grande" Europa.
Indirettamente, la Corte di Strasburgo si è resa protagonista anche di una forte influenza sulle corti nazionali, che ne hanno seguito i dettami nell'applicazione delle garanzie processuali nei diversi ordinamenti, come accaduto nella materia dei rimedi interni alla irragionevole durata.

3.1. La Corte di Strasburgo ha fornito un rilevantissimo contributo nell'applicazione di una tutela i cui confini, legati a un concetto mobile come quello di ragionevolezza, non appaiono di semplice e univoca interpretazione.
I principali ambiti di intervento della Corte sono relativi alla definizione dei parametri concreti per determinare la ragionevolezza della durata, all'individuazione dei criteri per la misurazione delle tempistiche processuali e alla verifica dell'effettività dei rimedi adottati.

3.1.1. La Corte europea dei diritti dell'uomo nel corso del tempo ha definito una serie di parametri legati al caso concreto che consentono di valutare la ragionevolezza della durata.
Il primo criterio individuato è quello della complessità della causa[14]. Quanto più la causa è complessa, tanto più risultano comprensibili tempi di definizione lunghi.

[14] Il parametro della complessità della causa è trattato in moltissime pronunce della Corte di Strasburgo, tra le quali C. eur., 27.7.1992, *Tomasi c. Francia*, § 125; C. eur., 7.12.1999, *Bouilly c. Francia*, § 19; C. eur. GC, 22.5.2012, *Idalov c. Russia*, § 188; C. eur. GC, 17.7.2014, *Svinarenko e Slyadnev c. Russia*, § 143; C. eur., 11.9.2018, *Cipolletta c. Italia*, § 42; C. eur., 28.5.2019, *Liblik e altri c. Estonia*, § 91; C. eur., 20.6.2019, *Chiarello c. Germania*, § 45; C. eur., 28.4.2022, *Verrascina c. Italia*, § 31; C. eur. GC, 3.11.2022, *Vegotex International S.A. c. Belgio*, § 151; C. eur., 23.5.2023, *Rodotou c. Cipro*, § 57; C. eur., 21.5.2026, *Lena Hakobyan e altri c. Armenia*, § 65. Per un ampio approfondimento sul tema si rimanda a F. Calvez, N. Regis, *Length of court proceedings in the member states of the Council of Europe based on the case law of the European Court of Human*

La complessità può essere ricavata da una serie di elementi oggettivi legati alla tipologia di attività o di accertamento che deve essere svolto.
In questo senso sono ragionevoli tempistiche più lunghe per la definizione di un procedimento penale che presenta un numero elevato di capi di imputazione oppure per reati il cui accertamento è per natura particolarmente complesso[15]. Ancora, appare ragionevole impiegare un lasso temporale maggiore nei casi in cui l'attività istruttoria si presenti particolarmente complicata o laboriosa, come nelle situazioni in cui è presente un numero elevato di testimoni da sentire o di accusati da interrogare[16], oppure quando c'è la necessità di esperire diversi accertamenti tecnici e peritali[17] ovvero occorra compiere attività di indagine all'estero rilevanti e difficili[18]. Un'altra ragione che può consentire di sopportare tempistiche più dilatate è legata all'ampiezza della documentazione da analizzare[19].
La complessità può anche essere strutturale[20], in quanto legata alla presenza di molte parti processuali, oppure una complessità "in diritto", presentando il caso in esame delle questioni di diritto particolarmente rilevanti che comportano la necessità di dirimere dei contrasti giurisprudenziali oppure legate alla scarsità di precedenti specifici o alla necessità di ottenere una pronuncia dalla Corte di giustizia dell'Unione europea oppure su questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione[21].

Rights, CEPEJ 2018, 15 ss. Utile la consultazione anche di M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona: Le singole garanzie*, II, Milano 1982, 212 s.; A. Ciglioni, *op. cit*., pp. 202-203; B. Nacar, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino 2012, 51 ss.; sia consentito il rinvio a T. Di Candia, *op. cit*., 82 ss.

[15] Con riferimento alla complessità del caso, si v. C. eur., 1.8.2000, *C.P. e altri c. Francia*, § 30, ove si afferma che «il caso era molto complesso poiché riguardava una frode su larga scala che coinvolgeva diverse società e consisteva in transazioni complesse mirate a eludere la vigilanza delle autorità inquirenti […]. Il giudice istruttore aveva dovuto districare una rete di società interconnesse e individuare l'esatta natura dei rapporti istituzionali, amministrativi e finanziari tra le stesse».

[16] Sul punto, v. C. eur., 6.2.1993, *Messina c. Italia*, § 28, nella quale si afferma che: «tenuto conto della natura delle accuse mosse al ricorrente, la Corte ammette che le autorità giudiziarie possano aver incontrato alcune difficoltà legate al numero delle persone da interrogare e al numero dei testimoni da ascoltare».

[17] In tema di accertamenti tecnici e peritali, cfr. C. eur. GC, 25.6.2019, *Nicolae Virgiliu Tănase c. Romania*, § 210: «La Corte osserva che l'indagine penale aperta sulle circostanze dell'incidente del ricorrente era di notevole complessità fattuale e comportava diverse possibilità che gli investigatori dovevano esplorare. Si rileva inoltre che la complessità procedurale del caso è aumentata a causa delle ripetute perizie forensi e tecniche necessarie per chiarire le circostanze dell'incidente». Con riferimento al nostro Paese si v. C. eur., 23.11.1993, *Scopelliti c. Italia*, § 23.

[18] In merito C. eur., 9.3.2021, *Arewa c. Lituania*, § 52: «Nel presente caso, si sono dovute svolgere indagini a Hong Kong, in Ungheria, Spagna, Danimarca e Stati Uniti. Tenuto conto di tali circostanze […] la Corte ammette che l'indagine era rilevante, lunga e difficile».

[19] Sul tema dell'ampiezza della documentazione da analizzare, cfr. C. eur., 27.6.1968, *Neumeister c. Austria*, § 21: «Non c'è dubbio che il caso Neumeister fosse di straordinaria complessità […]. Non è possibile, ad esempio, ritenere le autorità giudiziarie austriache responsabili delle difficoltà incontrate all'estero per ottenere l'esecuzione delle loro numerose rogatorie […]. La necessità di attendere le risposte spiega probabilmente il ritardo nella chiusura dell'indagine, nonostante in Austria non rimanessero ulteriori misure investigative da condurre […]. È evidente, infine, che i ritardi […] sono stati in gran parte causati dalla necessità di dare tempo ai legali delle parti e anche ai giudici di merito di prendere conoscenza degli atti della causa, che comprendevano ventuno volumi di circa cinquecento pagine ciascuno oltre a numerosi altri documenti».

[20] Si v. C. eur., 27.6.1968, *Neumeister c. Austria*, §§ 20 e 21.

[21] In punto di complessità "in diritto", con riferimento alla necessità di superare dei contrasti presenti nella giurisprudenza, v. C. eur., 27.10.1994, *Katte Klitsche de la Grange c. Italia*, §§ 55 e 62. Con riferimento alla complessità legata alla novità della vicenda e alla scarsità di precedenti specifici cfr. C. eur., 13.2.2024, *Ann-Zwicker e Jann c. Svizzera*, § 102, nonché C. eur. GC, 29.11.2016, *Lupeni Greek Catholic Parish e altri c. Romania*, § 150, in cui si è affermato, in termini più ampi, che: «Sebbene la fattispecie in sé non fosse particolarmente complessa, la mancanza di chiarezza e prevedibilità del diritto interno ha reso il suo esame difficile». La complessità potrebbe derivare anche dal dover passare per una decisione della Corte di Giustizia dell'Unione europea o dalla presenza di questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione europea. Sul

Un altro parametro da dover tenere in considerazione per valutare la ragionevolezza della durata processuale è quello dell'entità della posta in gioco, che funge da indice di urgenza della decisione[22]. Rispetto al soggetto che si trova in una posizione particolarmente vulnerabile, poiché sottoposto a una limitazione cautelare della libertà personale, occorre che il limbo della provvisorietà si limiti al tempo strettamente necessario all'accertamento. Pertanto, più la posta in gioco è elevata, in ragione di misure cautelari più invasive, meno sarà il tempo che dovrà essere impiegato per addivenire alla definizione del giudizio, poiché più si protrae lo *status* cautelare e maggiori saranno gli effetti negativi, soprattutto in caso di eventuale proscioglimento.
Un ulteriore indice che occorre valutare per determinare la ragionevolezza della durata del processo penale è quello del comportamento del ricorrente. Le dilazioni temporali legate a condotte scorrette dell'accusato o all'adozione di tattiche dilatorie che comportino un ritardo determinante permettono di dilatare la valutazione di ragionevolezza. In questo senso sono rilevanti le condotte che si concretizzano in abusi delle facoltà riconosciute dall'ordinamento, quali il reiterato avvicendamento dei difensori, la ripetuta presentazione di un numero non giustificato di istanze palesemente infondate e meramente dirette ad allungare i tempi processuali, nonché lo stato di latitanza, salvo sia provato dall'accusato che tale situazione non ha avuto alcun impatto pregiudizievole sulla durata del procedimento[23].

---

tema C. eur. GC, 27.6.2017, *Satakunnan Markkinapörssi Oy e Satamedia Oy c. Finlandia*, § 212, in cui si afferma che: «La Corte è del parere che il caso fosse effettivamente giuridicamente complesso, fatto dimostrato dalla scarsità della giurisprudenza a livello finlandese, dalla necessità di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea questioni relative all'interpretazione del diritto dell'UE e al fatto stesso che la causa sia stata deferita alla Grande Sezione di questa Corte».

[22] In termini generali si vedano C. eur. GC, 22.5.2012, *Idalov c. Russia*, §§ 157 e 186; C. eur., 25.6.2013, *Kaçiu e Kotorri c. Albania*, § 151. In quest'ultima pronuncia «La Corte ricorda che la ragionevolezza della durata del procedimento deve essere valutata alla luce delle circostanze del caso di specie e con riferimento ai seguenti criteri: la complessità del caso, il comportamento del ricorrente e delle autorità competenti e l'entità della posta in gioco per il ricorrente nella controversia». Più specifica è C. eur., 25.11.1992, *Abdoella c. Paesi Bassi*, § 24, in cui si evidenzia che «questa Corte ha più volte ritenuto […] che le persone detenute in attesa di giudizio hanno diritto ad una "speciale diligenza" da parte delle autorità competenti […]. La Corte conclude che, quando una persona è tenuta in detenzione in attesa della decisione di un'accusa penale a suo carico, il fatto della sua detenzione è un elemento da considerare per valutare se è soddisfatto il requisito di una decisione nel merito entro un termine ragionevole».

[23] Con riferimento alla valutazione della condotta dell'accusato si v. C. eur., 23.4.1987, *Erkner e Hofauer c. Austria*, § 68, nella quale ricorda che: «La Corte […] sottolinea, in primo luogo, la sua costante giurisprudenza secondo cui non si può imputare ai ricorrenti di aver fatto pieno uso dei mezzi di ricorso messi a loro disposizione dal diritto interno». Negli stessi termini anche C. eur., 2.9.2010, *Mincheva c. Bulgaria*, § 68; C. eur., 13.2.2024, *Ann-Zwicker e Jann c. Svizzera*, § 100. Sui doveri dell'imputato si v. C. eur., 7.7.1989, *Unión Alimentaría Sanders S.A. c. Spagna*, § 35, per la quale: «la Corte ritiene che l'interessato sia tenuto soltanto a dar prova di diligenza nello svolgimento degli atti procedurali che lo riguardano, ad astenersi da utilizzare tattiche dilatorie e di avvalersi delle possibilità offerte dal diritto interno per abbreviare il procedimento». Assume una posizione analoga anche in C. eur., 13.2.2024, *Ann-Zwicker e Jann c. Svizzera*, § 95. Tra i comportamenti stigmatizzati ci sono le iniziative frivole, vessatorie o che si caratterizzano per un abuso delle facoltà riconosciute dall'ordinamento, come chiarito da C. eur., 11.7.2013, *Aleksandr Novikov c. Russia*, § 67 e da C. eur., 20.2.1991, *Vernillo c. Francia*, §§ 34-35, in cui si chiarisce che «Nel caso di specie, tuttavia, le parti hanno mostrato scarsa solerzia nel depositare le loro conclusioni»; «Sembra quindi che le parti abbiano fatto molto per prolungare il procedimento». Vengono stigmatizzati dalla Corte anche i reiterati avvicendamenti dei difensori e la ripetuta presentazione di nuove prove in diverse fasi (C. eur., Plenaria, 26.6.1978, *König c. Germania*, § 103), il prolungamento del procedimento instaurandolo strumentalmente innanzi a tribunali non competenti (C. eur., 24.11.1994, *Beaumartin c. Francia*, § 33), la presentazione di un numero non giustificato di ricorsi, richieste di chiarimento e reclami palesemente infondati e meramente diretti ad allungare i tempi processuali (C. eur., 22.3.2016, *Pereira da Silva c. Portogallo*, § 76-79) e lo stato di latitanza (C. eur., 19.10.1999, *Gelli c. Italia*, § 38).

Per la Corte europea dei diritti dell'uomo anche il comportamento delle autorità giudiziarie competenti deve essere valutato al fine di calibrare il grado di ragionevolezza della durata processuale, poiché può essere ritenuta rilevante ai fini della violazione dell'art. 6 della Convenzione solo se imputabile allo Stato, che deve versare in uno stato di "colpa"[24].
È rilevante il ritardo derivante sia dal comportamento delle singole pubbliche autorità in uno specifico procedimento sia dalle carenze strutturali del sistema.
Con riferimento al primo profilo, sono imputabili allo Stato le inerzie o i tempi morti riconducibili all'incuria o alla negligenza dei singoli magistrati o alla disorganizzazione del singolo ufficio, che possono derivare da immotivati lunghi periodi di incuria delle indagini, da eccessi di zelo che portano alla ripetizione non giustificata di atti di indagine, da ripetuti e ingiustificati rinvii di udienza, dalle eccessive lungaggini nell'espletamento di una perizia, dalla presenza di tempi morti nel passaggio da una fase all'altra oppure dal ritardato deposito dei motivi della sentenza.
Quanto alle carenze strutturali nell'organizzazione giudiziaria nel suo complesso, sono rilevanti i ritardi legati ai difetti nella configurazione del modello processuale penale astratto che non consentono di soddisfare l'esigenza di non eccessiva durata. Con riferimento a questi aspetti lo Stato deve intervenire assicurando l'adozione di misure idonee, volte, ad esempio, ad accelerare l'esame delle cause pendenti evitandone l'allungamento sproporzionato e ad adottare strumenti per smaltire con ragionevole sollecitudine gli eventuali arretrati.
Quello della rimproverabilità del ritardo allo Stato è un indice particolarmente rilevante e incisivo, poiché qualora concorrano ritardi imputabili sia alla condotta dello Stato sia a quella della persona sottoposta al procedimento penale, la Corte valorizza maggiormente il primo, ritenendo che l'atteggiamento non corretto dell'accusato non esonera i giudici nazionali da assicurare la celerità nello svolgimento del processo richiesta dall'art. 6 della Convenzione[25].

3.1.2. La Corte del *Palais des droits de l'homme* ha anche definito quali sono le modalità di misurazione delle tempistiche processuali, individuando i criteri per identificare i momenti di inizio e di fine del giudizio rilevanti al fine della valutazione di ragionevolezza.
La determinazione del termine da cui inizia a decorrere il procedimento penale al fine della valutazione della durata da parte della Corte varia a seconda che il soggetto considerato sia l'accusato o la "vittima".
La «causa» penale ha inizio per l'accusato con la notifica ufficiale da parte dell'autorità competente dell'accusa di aver commesso un reato oppure dall'adozione di misure idonee a incidere in maniera sostanziale sulla posizione del sospettato, quali l'arresto in flagranza, l'esecuzione di un provvedimento cautelare o l'interrogatorio[26].

---

[24] In tema di rilevanza del comportamento dello Stato si v. C. eur. GC, 3.11.2022, *Vegotex International S.A. c. Belgio*, § 152. Tra i comportamenti rilevanti ai fini dell'imputabilità del ritardo la Corte indica gli immotivati lunghi periodi di incuria delle indagini (C. eur., 26.7.2012, *Petko Yordanov c. Bulgaria*, §§ 51-52), gli eccessi di zelo che portano alla ripetizione non giustificata di atti di indagine (C. eur., 20.3.2012, *Serrano Contreras c. Spagna*, § 59 e C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, § 106), i ripetuti rinvii di udienze (C. eur., 12.1.2012, *Borisenko c. Ucraina*, § 61), l'incapacità di predisporre gli strumenti necessari per registrare le udienze determinando numerose riprogrammazioni delle stesse (C. eur., 25.7.2013, *Kobernik c. Ucraina*, § 62), le eccessive lungaggini nell'espletamento di una perizia (C. eur., 25.6.1987, *Capuano c. Italia*, § 30), il permettere la presenza di tempi morti nel passaggio da una fase all'altra (C. eur., 10.12.1982, *Foti e altri c. Italia*, § 65), il rimandare l'acquisizione degli atti di un procedimento connesso (C. eur., Plenaria, 26.6.1978, *König c. Germania*; § 104), il ritardare l'estensione della motivazione di una sentenza e il relativo deposito (C. eur. 28.3.1990, *B. c. Austria*, § 52).
[25] Con riferimento a casi in cui assumono rilevanza sia condotte dello Stato sia dell'accusato, C. eur., 27.4.2000, *Storace c. Italia*, § 26 e C. eur., 30.10.2012, *Karpetas c. Grecia*, § 58.
[26] In termini generali, la Corte ritiene rilevanti per considerare iniziata la decorrenza della durata la «notifica

Appare evidente che il momento di inizio del periodo rilevante per il calcolo europeo della ragionevole durata ha una determinazione autonoma e non coincide necessariamente con il concetto nazionale di avvio della fase processuale in senso stretto, potendosi considerare la «causa» in corso ben prima dell'esercizio dell'azione penale, intesa come richiesta del pubblico ministero al giudice di decidere sull'imputazione.
Un termine diverso è previsto per l'indicazione della pendenza della causa con riferimento alla «vittima», che ha inizio con la costituzione di parte civile, poiché la Convenzione non conferisce un autonomo diritto in capo al terzo di far perseguire o condannare qualcuno per un reato, ma tutela il solo diritto all'esercizio da parte della vittima della facoltà di intentare un'azione civile nell'ordinamento interno. Pertanto, rileva la sola posizione del danneggiato, unico portatore nel nostro sistema dell'interesse civile nel processo penale. L'avvio del decorrere del periodo rilevante al fine della valutazione di ragionevolezza può essere anticipato rispetto alla formale costituzione se il danneggiato esercita in un momento anteriore dei diritti che sono espressione dell'interesse di carattere civile. Ne sono esempi l'esercizio del diritto di ricevere informazioni sull'esistenza e sulle modalità di esercizio dell'azione civile nel processo penale, la nomina di un rappresentante legale, la presentazione di memorie, l'indicazione di elementi di prova, l'espletamento di investigazioni difensive oppure la presentazione dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, condotte che saranno prodromiche alla successiva, necessaria ai fini del decorso di un tempo rilevante ai fini della Convenzione, costituzione di parte civile[27].
Come visto, nell'ottica della Corte di Strasburgo è possibile una differenziazione dei criteri di inizio della "causa" di portata soggettiva. Tale discrasia del termine rilevante per il decorrere della durata tra accusato e vittima ai fini della valutazione della ragionevole durata, si spiega poiché la garanzia prevista dall'art. 6, paragrafo 1 della Convenzione ha carattere soggettivo e quindi deve essere valutato da una prospettiva individuale.

---

ufficiale data ad un individuo dall'autorità competente dell'accusa di aver commesso un reato» oppure l'adozione di misure che «hanno inciso in maniera sostanziale sulla situazione» del sospettato, «che è stata sostanzialmente compromessa». Così, tra le altre, C. eur., 27.6.1968, *Neumeister c. Austria*, § 28; C. eur., 27.2.1980, *Deweer c. Belgio*, § 46; C. eur., 15.7.1982, *Eckle c. Germania*, § 73; C. eur. GC, 10.9.2010, *McFarlane c. Irlanda*, § 143; C. eur., 28.5.2019, *Liblik e altri c. Estonia*, § 94; C. eur. GC, 3.11.2022, *Vegotex International S.A. c. Belgio*, § 150. In riferimento a questo secondo profilo, i Giudici di Strasburgo hanno individuato quali condotte idonee a compromettere la situazione dell'accusato, quelle dell'arresto in flagranza, dell'esecuzione di un provvedimento cautelare, dell'interrogatorio o dell'esame del ricorrente in qualità di testimone sospettato di aver commesso un reato, della notifica dell'informazione di garanzia e della richiesta di autorizzazione a procedere. Sul punto cfr., rispettivamente, C. eur., 19.2.1991, *Maj c. Italia*, § 13; C. eur., 19.2.1991, *Ferraro c. Italia*, § 15; C. eur., 19.2.1991, *Mori c. Italia*, § 14; C. eur., 12.5.1999, *Ledonne (1) c. Italia*, § 19.

[27] L'inizio del decorrere del tempo rilevante al fine della valutazione della ragionevole durata con riferimento alla «parte lesa» è stato individuato in termini generali dalla Corte nel momento della costituzione di parte civile (cfr. C. eur. GC, 20.3.2009, *Gorou c. Grecia*, §§ 24-25; C. eur., 29.1.2013, *Borobar e altri c. Romania*, § 78). La ragione di tale determinazione è da rinvenire nel fatto che la Convenzione non conferisce alcun autonomo diritto in capo al terzo di far perseguire o condannare qualcuno per un reato; pertanto, occorre che esso sia legato all'esercizio da parte della vittima della facoltà di intentare un'azione civile nel procedimento penale (v. C. eur. GC, 12.2.2004, *Perez c. Francia*, § 70). È possibile anticipare il decorrere del termine della «causa» anche all'esercizio di diritti prodromici alla costituzione di parte civile. Con riferimento al sistema italiano, «La Corte ritiene che, alla luce delle considerazioni sopra esposte e delle particolarità del procedimento penale italiano, il periodo da considerare nell'ambito di un procedimento penale dal punto di vista del 'termine ragionevole' dell'articolo 6 § 1 inizi, per la persona che sostiene di essere stata lesa da un reato, nel momento in cui la stessa esercita uno dei diritti e delle facoltà che le sono espressamente riconosciuti dalla legge, dimostrando così l'interesse che la stessa attribuisce alla riparazione pecuniaria del danno subito o alla tutela del suo diritto di carattere civile» (cfr. C. eur., 7.12.2017, *Arnoldi c. Italia*, §§ 37, 40 e 47). Così anche C. eur., 18.3.2021, *Petrella c. Italia*, § 39.

Molto più semplice appare l'identificazione del parametro per l'individuazione del momento che pone termine della "causa" penale, che è costituito dall'emissione della sentenza definitiva oppure dalla chiusura del procedimento per altra causa, quale l'emissione del provvedimento di archiviazione per il decorso del termine prescrizionale[28].

3.1.3. Uno dei profili legati alla durata processuale a cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dedicato maggiore attenzione è quello della valutazione dell'effettività dei rimedi nazionali previsti in caso di violazione della garanzia della ragionevole durata.
Nell'originario impianto della Convenzione, il ricorso diretto del cittadino innanzi alla Corte di Strasburgo, previsto dall'art. 34 della stessa, era l'unico rimedio concesso per il mancato rispetto della ragionevolezza della durata e consisteva nello strumento, di carattere successivo e indennitario, volto a richiedere un conseguente ristoro economico.
Vista la rilevantissima mole di ricorsi e di violazioni accertate, che si stavano progressivamente accumulando, all'inizio del secolo corrente, risultando la pressione insostenibile e tale da rischiare di paralizzare le attività della Corte, la stessa decise di intervenire rispetto a una situazione che oramai si presentava quale grave carenza strutturale e non frutto di episodi isolati. La soluzione venne individuata nella necessità di adottare dei rimedi a livello nazionale, il cui esperimento fosse prodromico alla presentazione del ricorso davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo.
Utilizzando come base legale l'art. 13 della Convenzione, che sancisce il diritto dell'individuo a un ricorso effettivo davanti a un'autorità nazionale in caso di violazione delle libertà riconosciute allo stesso, i giudici di Strasburgo hanno imposto agli Stati di prevedere un rimedio domestico effettivo per prevenire o compensare l'eccessiva durata del procedimento[29].

---

[28] Su questa posizione C. eur., 27.6.1968, *Wemhoff c. Germania*, § 18-20; C. eur., 19.2.1991, *Mori c. Italia*, § 14. La Corte ha anche precisato che si ha definizione della causa con il passaggio in giudicato, così che sono rilevanti per la determinazione della ragionevolezza anche i periodi in cui è stata presentata impugnazione, fino alla definizione del relativo grado (cfr. C. eur., Plenaria, 26.6.1978, *König c. Germania*, § 98). Non consentono di ritenere concluso il "tempo" processuale anche l'eventuale giudizio incidentale di legittimità costituzionale (C. eur., Plenaria, 29.5.1986, *Deumeland c. Germania*, § 77) e il periodo intercorrente tra la lettura del dispositivo e il deposito dei motivi in caso di motivazione non contestuale (cfr. C. eur., 12.5.1999, *Ledonne (1) c. Italia*, § 19).
[29] Sul punto risulta di particolare interesse la pronuncia C. eur. GC, 26.10.2000, *Kudła c. Polonia*, §§ 151-152, 154, 156-157: «l'articolo 13 non è considerato inapplicabile, ma il suo requisito di un "ricorso effettivo" deve essere letto nel senso di "un rimedio il più efficace possibile, tenuto conto del limitato ambito di ricorso insito nel contesto particolare [...]. In virtù dell'articolo 1 (che prevede: 'le Parti Contraenti garantiscono a chiunque si trovi nella loro giurisdizione i diritti e le libertà definiti nella Sezione I della presente Convenzione'), la responsabilità primaria dell'attuazione e del rispetto dei diritti e delle libertà garantiti spetta alle autorità nazionali. Il meccanismo del ricorso alla Corte è quindi sussidiario rispetto ai sistemi nazionali di tutela dei diritti umani […]. L'oggetto dell'articolo 13, come emerge dai lavori preparatori [...], consiste nel fornire uno strumento attraverso il quale gli individui possono ottenere sollievo a livello nazionale per le violazioni dei loro diritti previsti dalla Convenzione prima di dover avviare il meccanismo internazionale di ricorso dinanzi alla Corte»; «gli Stati contraenti – come la Corte ha ritenuto in molte occasioni precedenti – dispongono di un certo potere discrezionale quanto alle modalità con cui fornire il rimedio richiesto dall'articolo 13 e in conformità con gli obblighi convenzionali assunti in ragione di tale previsione»; «alla luce delle considerazioni che precedono, la Corte ritiene che la corretta interpretazione dell'articolo 13 sia che tale disposizione garantisca un ricorso effettivo dinanzi a un'autorità nazionale nel caso di una presunta violazione dell'obbligo di cui all'articolo 6 § 1»; «Come la Corte ha più volte affermato, l'articolo 13 della Convenzione garantisce la disponibilità a livello nazionale di un rimedio per far valere in modo sostanziale i diritti e le libertà previsti dalla Convenzione [...]. La portata degli obblighi degli Stati contraenti ai sensi dell'articolo 13 varia a seconda della natura del reclamo del richiedente; tuttavia, il rimedio richiesto dall'articolo 13 deve essere "effettivo" sia in teoria sia in pratica. L'"efficacia" di un "rimedio" ai sensi dell'articolo 13 non dipende dalla certezza di un esito favorevole per il richiedente. Neppure l'"autorità" prevista da tale disposizione deve necessariamente essere un'autorità giudiziaria; ma in caso contrario, i poteri e le garanzie che offre sono rilevanti per determinare se il ricorso di cui è investita sia effettivo. Inoltre, anche se un singolo rimedio non soddisfa di per sé interamente i requisiti dell'articolo 13, l'insieme dei rimedi previsti dal diritto

La Corte ha individuato una serie di caratteristiche che i rimedi interni successivi devono rispettare al fine di poter ritenere soddisfatto il requisito dell'effettività dello strumento. Tra questi, il rimedio interno deve a sua volta garantire una durata ragionevole per accertare l'avvenuta violazione, l'indennizzo deve essere pagato rapidamente e, comunque, non oltre sei mesi dalla definitività della decisione e, in punto di quantificazione dell'indennizzo, il valore deve essere ragionevole e proporzionato con quello disposto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in casi simili[30].
Nell'ampia discrezionalità lasciata agli Stati per la configurazione dei rimedi indennitari, la compensazione prevista può essere non finanziaria, essendo possibile prevedere una riduzione di pena o dei costi processuali[31].

3.2. Il ruolo primario assunto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione e nella determinazione dei caratteri del diritto alla ragionevole durata, funzionale a garantire un livello minimo "europeo" di protezione di tale garanzia, ha comportato l'esercizio di una forte influenza sull'attività delle corti giurisdizionali interne ai singoli Stati nell'applicazione della stessa.
L'*acquis* strasburghese è spesso confluito, a volte con non poche difficoltà di adattamento, anche nei diversi tessuti normativi nazionali.
L'ambito più importante in cui si è verificata tale dinamica è quello dei rimedi interni, rispetto ai quali, nella cornice comune dei criteri minimi individuati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo sopra esposti, ogni Stato, contemperando tali indirizzi con la propria tradizione giuridica e sfruttando l'ampio margine di discrezionalità previsto dall'art. 13 della Convenzione, ha configurato strumenti tra loro talvolta molto diversi. Basti pensare alla profonda differenza, anche solo a livello di impostazione tipologica del rimedio, tra quelli aventi natura preventiva, diretti a velocizzare il processo prima che diventi irragionevolmente lungo, e quelli successivi, aventi lo scopo di indennizzare il danno derivante dalla violazione del diritto soggettivo.
Il ventaglio di soluzioni adottate è molto vario.
In Italia, con riferimento alla giustizia penale, sono previsti rimedi sia acceleratori sia successivi.
L'art. 1-*ter* co. 2 l. 89/2001 prevede che l'imputato e le altre parti del processo penale possono presentare un'istanza di accelerazione, con cui evidenziare l'imminente scadenza dei termini

interno può farlo». In merito all'efficacia dei rimedi nazionali si v. P. Hirvelä, S. Heikkilä, *Right to a Fair Trial. A practical Guide to the Article 6 Case-Law of the European Court of Human Rights*, Cambridge 2021, 186 s.
[30] Un puntuale elenco degli elementi utili per valutare l'efficacia dei rimedi interni è fornito da C. eur., 29.10.2015, *Valada Matos Das Neves c. Portogallo*, §§ 72 e 73: «Quando è in gioco il diritto a un processo entro un termine ragionevole, un rimedio è "efficace" se consente che la decisione dei tribunali nazionali venga presa prima o che al litigante venga fornito un adeguato risarcimento per i ritardi già subiti […]. Sebbene il primo tipo di rimedio sia preferibile in quanto di natura preventiva, una richiesta di risarcimento danni può essere considerata efficace quando la procedura si è già protratta eccessivamente a lungo e non esiste un rimedio preventivo»; «La Corte ha stabilito alcuni criteri essenziali per verificare l'effettiva ammissibilità delle richieste di risarcimento in caso di durata eccessiva dei procedimenti giudiziari […]. Tali criteri sono i seguenti: a) la richiesta di risarcimento deve essere decisa entro un termine ragionevole; b) il risarcimento deve essere pagato tempestivamente, in linea di principio entro e non oltre sei mesi dalla data in cui la decisione che concede la somma è divenuta esecutiva; c) le norme procedurali che disciplinano l'azione di risarcimento devono essere conformi ai principi di equità garantiti dall'articolo 6 della Convenzione; d) le norme relative alle spese processuali non devono imporre un onere eccessivo ai litiganti la cui azione è fondata; (e) l'importo del risarcimento non deve essere insufficiente rispetto alle somme liquidate dalla Corte in casi analoghi».
[31] La possibilità di ricorrere a soluzioni di questo tipo è vagliata positivamente dalla Corte con le pronunce C. eur., 9.12.2008, *Jussi Uoti c. Finlandia*; C. eur., 1.12.2008, *Danker c. Finlandia*; C. eur., 15.5.2012, *Rautonen c. Finlandia*.

indicati dalla legge Pinto (tre anni in primo grado, due anni in secondo grado, un anno nel giudizio di legittimità) e chiedere di velocizzare la definizione. Si tratta di uno strumento dalla portata pratica assai limitata e di dubbia efficienza[32].
Il rimedio nazionale che trova maggiore impiego è il c.d. procedimento Pinto, successivo, di carattere indennitario, disciplinato dagli artt. 2 e ss. della l. 89/2001.
Sulla scorta della disciplina della Convenzione, per come interpretata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, il procedimento Pinto deve essere esperito preliminarmente alla presentazione del ricorso alla Corte di Strasburgo.
La norma nazionale di riferimento consente al giudice di valutare l'eventuale violazione del diritto alla ragionevole durata sancito dall'art. 6 della Convenzione applicando i parametri previsti dalla stessa l. 89/2001, nel rispetto della Convenzione e della relativa elaborazione posta in essere dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo[33].
Si tratta di un ordinario processo civile di cognizione, proposto, ai sensi dell'art. 3 l. 89/2001 nei confronti del Ministro della giustizia e diretto al presidente della corte d'appello del distretto in cui ha sede il giudice di primo grado del processo presupposto.
Quanto ai possibili esiti, qualora venga accertata la violazione del diritto alla ragionevole durata del processo, il giudice quantifica l'ammontare del risarcimento sulla base dei criteri di misurazione dell'indennizzo previsti dall'art. 2-*bis* della l. 89/2001 e ordina all'amministrazione resistente di pagare la somma liquidata. Qualora l'esito del procedimento sia negativo, la richiesta può essere riproposta ed è possibile ricorrere alla Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di far rilevare alcuni vizi specifici. Il ricorrente può sindacare l'erronea applicazione dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo, può stigmatizzare che le conseguenze della violazione non sono state del tutto riparate dal rimedio interno (ed esempio, in punto di ammontare dell'indennizzo), può chiedere di verificare se la stessa procedura Pinto abbia rispettato la garanzia della ragionevole durata del procedimento.
L'ampiezza e l'eterogeneità delle soluzioni interne adottabili, pur nel rispetto delle indicazioni generali fornite dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per come interpretata dalla Corte di Strasburgo, è provata dalla varietà dei rimedi configurati dai diversi Paesi membri[34].

---

[32] In proposito la Corte costituzionale ha definito tale strumento come «privo di concreta efficacia acceleratoria del processo». Di questo avviso C. cost., 6.3.2019 n. 34, punto 6.2; C. cost., 10.7.2019 n. 169, punto 4.1; C. cost., 23.6.2020 n. 121, punti 3.1 e 3.2.

[33] A seguito di iniziali problemi di coordinamento, alcune decisioni giurisprudenziali hanno definito l'obbligo per il giudice del procedimento Pinto di applicare i criteri ivi previsti in modo conforme alla Convenzione e alla relativa interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; diversamente, configurandosi una possibile violazione dell'art. 1 della Convenzione stessa. In particolare, con riferimento alla giurisprudenza di legittimità si vedano Cass. (civile), S.U. 26.1.2004, n. 1338, in CEDCass, m. 569675; Cass. (civile), S.U. 26.1.2004, n. 1339, in CEDCass, m. 569677; Cass. (civile), S.U. 26.1.2004, n. 1340, in CEDCass, m. 569678; Cass. (civile), S.U. 26.1.2004, n. 1341, in CEDCass, m. 569679; nel contesto della Grande Europa il riferimento è alle sentenze C. eur., 29.7.2004, *Scordino c. Italia* e C. eur. GC, 29.3.2006, *Scordino c. Italia*; rilevanti per il tema sono anche le sentenze "gemelle" C. Cost., 19.10.2007 nn. 348 e 349 e la sentenza C. cost., 19.2.2016 n. 36.

[34] Particolarmente utili per approfondire il tema dei rimedi previsti nei singoli Stati avverso le violazioni del diritto alla ragionevole durata sono alcuni documenti elaborati in seno al Consiglio d'Europa. Il più risalente, ma comunque attuale nelle sue considerazioni di sistema, è il *Report on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings*, adottato dalla Commissione europea per la Democrazia attraverso il Diritto (anche nota come Commissione di Venezia) alla 69ª sessione plenaria del 15-16.12.2006, consultabile al seguente indirizzo: https://www.coe.int/en/web/venice-commission/-/CDL-AD(2006)036rev-e. Ulteriore strumento rilevante è il contributo fornito dalla Commissione per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa, F. Calvez, N. Regis, *op. cit.*, 68 ss. Si segnala, infine, il recente *Thematic factsheet on excessive length of proceedings* pubblicato dal Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, aggiornato a giugno 2026, e liberamente consultabile all'indirizzo: https://go.coe.int/A5oSH.

In alcuni Stati è previsto unicamente un rimedio di carattere preventivo. Ad esempio, in Austria è stato configurato uno strumento che consente di avanzare una richiesta al tribunale superiore chiedendo di fissare un termine ragionevole per l'esecuzione dell'atto processuale da parte del giudice procedente che è inadempiente. All'autorità giudiziaria è consentito adempiere in modo autonomo entro un mese, in caso contrario il giudice superiore provvederà alla fissazione di un termine perentorio[35].
Altri Stati hanno optato per prevedere un rimedio di carattere successivo. In Finlandia è possibile, in caso di violazione del diritto alla ragionevole durata di cui all'art. 6 della Convenzione, il riconoscimento di una mitigazione della sanzione attraverso la concessione di una riduzione della pena detentiva da scontare o di un'esenzione dal pagamento della pena pecuniaria[36].
Rimedi che contemplano una mitigazione della pena sono previsti anche in Estonia, Islanda, Paesi Bassi, Regno Unito e Svezia[37].
In altri Paesi è possibile tramite il rimedio successivo anche solo addivenire a una dichiarazione di colpevolezza senza o con sospensione dell'esecuzione della pena, come in Svizzera[38].
Il rimedio successivo può portare anche alla rinuncia alla prosecuzione del procedimento in casi eccezionali, come nei Paesi Bassi e nel Regno Unito[39].
In Francia è stato configurato un procedimento per valutare la responsabilità dello Stato in caso di seria negligenza o di diniego di giustizia, che, in caso di esito positivo, consente di addivenire a una compensazione economica[40].
Solamente rimedi di carattere compensativo sono previsti anche in Armenia, Irlanda, Lussemburgo, Norvegia, Turchia e a Malta[41].
Altri Stati, come il nostro, hanno adottato sia rimedi di carattere preventivo sia successivo.
In questa direzione si è mossa, ad esempio, la Croazia, che ha elaborato la possibilità di proporre ricorso alla Corte costituzionale al fine di ottenere la fissazione di un termine entro il quale deve concludersi il giudizio. È stato configurato anche un rimedio successivo, di carattere indennitario, che consente alla stessa Corte di accertare la violazione e stabilire l'importo dell'indennizzo[42].
Il Belgio ha adottato sia uno strumento acceleratorio, consistente nella possibilità di adire un'autorità superiore, sia uno successivo che consente di mitigare l'eventuale pena inflitta, potendo i giudici individuare la pena base anche sotto il minimo edittale oppure limitarsi a una dichiarazione di condanna senza arrivare a una punizione[43].

---

[35] In merito, rileva § 91 della Legge sull'organizzazione dei tribunali (*Gerichtsorganisationsgesetz*). Per un approfondimento si rimanda a F. Calvez, N. Regis, *op. cit.*, 68 e al *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 22 s.
[36] Tale previsione è contenuta all'articolo 6, § 3 del Codice penale finlandese. Sul punto cfr. F. Calvez, N. Regis, *op. cit.*, 69 e il *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 25.
[37] Con riferimento alle specificità dei rimedi successivi previsti in questi Stati si rimanda alla lettura del *Report on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings*, *op. cit*., 20 s. e del *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 20 e 29.
[38] Si veda pagina 21 del citato *Report on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings* della Commissione di Venezia.
[39] *Ibidem*.
[40] Tale previsione è contenuta nell'articolo 141-1 del Codice di organizzazione giudiziaria francese. In merito si veda, F. Calvez, N. Regis, *op. cit*., 69.
[41] Per un approfondimento relativo agli strumenti previsti in questi Paesi si rimanda a F. Calvez, N. Regis, *op. cit*., 70 e al *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 24.
[42] Il sistema croato di rimedi alla irragionevole durata processuale è affrontato da F. Calvez, N. Regis, *op. cit*., 70, nonché dal *Thematic factsheet on excessive length of proceedings* del Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, *op. cit*., 24.
[43] La relativa disciplina è prevista nell'art. 21*ter* del titolo preliminare del Codice di procedura penale del Regno

In Repubblica Ceca è consentito agire preventivamente per richiedere la fissazione di un termine per completamento di una determinata fase procedurale o di una specifica formalità e anche adoperarsi successivamente ricorrendo a un rimedio di carattere compensativo[44].
In Spagna sono previsti un rimedio preventivo consistente nel poter ricorrere al *recurso de amparo* per chiedere alla Corte costituzionale un'ordinanza per porre fine al periodo di inattività oppure l'annullamento della decisione che prolunga ingiustificatamente il procedimento e un rimedio successivo compensativo[45].
L'Ungheria ha previsto uno strumento interno di carattere preventivo, che consiste in un reclamo diretto ad ottenere tempi più celeri per il procedimento e, recentemente, poiché la Corte di Strasburgo ha ritenuto tale rimedio non sufficiente, ha introdotto anche uno strumento di carattere compensativo[46].
Anche Bulgaria, Danimarca, Germania, Grecia, Lituania, Moldavia, Polonia, Portogallo, San Marino, Serbia e Slovenia consentono il ricorso sia a rimedi preventivi acceleratori sia successivi con finalità di compensazione[47].
In alcuni Paesi sono stati adottati anche rimedi peculiari, ad esempio in Albania, oltre ai rimedi di carattere preventivo e compensativo, è prevista una particolare responsabilità disciplinare del magistrato[48].
Pur senza approfondire in questa sede l'efficacia di questi rimedi e le valutazioni espresse nel merito dalla Corte di Strasburgo[49], emerge chiaramente come nell'ambito degli strumenti interni previsti in caso di violazione del diritto alla ragionevole durata, i Giudici europei ricoprono un ruolo determinante sia nell'interpretazione delle caratteristiche minime che devono avere, così garantendo un livello comune di protezione, sia nell'influenzare l'applicazione concreta dei principi da parte degli Stati nel perimetro della propria autonomia, anche, come in questi casi, "suggerendo" modifiche dirette a garantire l'effettività del rimedio.
Alla luce di quanto fin qui espresso, appare evidente l'importanza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Strasburgo nel garantire la ragionevole durata quale diritto soggettivo.

4. Come sopra ricordato, la garanzia soggettiva della ragionevole durata della «causa» è riconosciuta in modo espresso anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[50].

---

del Belgio. Sul tema cfr. *Report on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings*, *op. cit*., 20 s. e *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 11.

[44] In merito v. F. Calvez, N. Regis, *op. cit*., 69 s. e *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 19.

[45] Con riferimento al rimedio spagnolo che consente l'indennizzo del danno patito questo è disciplinato dagli artt. 292 e ss. della Legge n. 6/1985 (c.d. *Ley Orgánica del Poder Judicial*). Per un approfondimento cfr. F. Calvez, N. Regis, *op. cit*., 69 s.

[46] Sul tema v. *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 20.

[47] Per maggiori informazioni sulle caratteristiche dei rimedi bulgari, danesi, tedeschi, greci, lituani, moldavi, polacchi, portoghesi, sammarinesi, serbi e sloveni si rimanda a *Report on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings*, *op. cit*., 20; F. Calvez, N. Regis, *op. cit*., 69 s.; *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 21 ss.

[48] Cfr. *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 22 ss.

[49] Analisi approfondite sul tema dell'efficacia dei rimedi alla violazione della garanzia alla ragionevole durata previsti negli ordinamenti nazionali, con riferimento alle valutazioni espresse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e alle conseguenti modifiche apportate dai singoli Paesi, sono esposte nel *Report on the Effectiveness of National Remedies in Respect of Excessive Length of Proceedings* della Commissione di Venezia, *op. cit*., 15 ss., in F. Calvez, N. Regis, *op. cit*., 63 ss. e nel *Thematic factsheet on excessive length of proceedings*, *op. cit*., 5 ss.

[50] Il riferimento è all'art. 47 par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (o Carta di Nizza), vedi *supra* par. 1.

Pur con le dovute differenze legate alle diverse modalità di ingresso nell'ordinamento nazionale dei diritti previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto dell'Unione europea, entrambi i sistemi riconoscono in punto di principio il diritto alla ragionevole durata. Molto diverso è, invece, il ruolo ricoperto dalle Corti proprie dei due sistemi.
Come visto, la Corte europea dei diritti dell'uomo svolge una funzione cruciale nell'interpretazione e nella tutela di tale diritto, influenzando in modo rilevante anche l'operato dei legislatori nazionali nell'elaborazione delle norme di diritto interno, nonché dei giudici nazionali nella applicazione delle stesse. Diversamente, la Corte di giustizia dell'Unione europea ad oggi ha avuto un ruolo molto minore nella tutela del diritto alla ragionevole durata, assumendo una parte ampiamente secondaria rispetto alla Corte di Strasburgo, con un impatto praticamente nullo sulla declinazione dello stesso in ambito penale.
Tanto è vero che la Corte di Lussemburgo – sulla base della clausola di equivalenza e di salvaguardia prevista dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che impone di attribuire ai diritti tutelati dall'Unione lo stesso significato e la stessa portata dati agli stessi dalla Convenzione e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo –, più che in una posizione di dialogo, si è posta in una di "recepimento" dei criteri e dei parametri emergenti dal "monologo" della Corte europea dei diritti dell'uomo. La Corte di giustizia si è limitata a fare propri i criteri ivi elaborati – quali quelli della complessità della causa, dell'entità della posta in gioco, della valutazione dei comportamenti tenuti dal ricorrente e dalle autorità competenti – al fine di verificare la ragionevolezza della durata dei propri procedimenti, prevedendo un apposito rimedio successivo di carattere indennitario[51].

5. La dimensione oggettiva del principio configurata dall'art. 111 della Costituzione, quale valore guida che deve orientare l'operato del legislatore penale nella configurazione del modello processuale astratto, non è sempre stata adeguatamente tenuta in considerazione nell'ordinamento nazionale.

[51] Esemplificative sono alcune sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Nella decisione C.G.UE, 13.12.2018, *Unione europea/Kendrion*, C-150/17, punto 76, si evidenzia che è possibile impiegare i principi elaborati dalla Corte di Strasburgo per precisare la portata e il senso del diritto alla ragionevole durata previsto all'articolo 47 co. 2 della Carta: «Orbene, per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, anche, se, alla luce dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta, i principi risultanti da tale giurisprudenza con riferimento al diritto di ogni persona a che la sua causa sia giudicata entro un termine ragionevole, previsto all'articolo 6, paragrafo 1, della CEDU, potrebbero essere presi in considerazione per precisare la portata e il senso del diritto corrispondente previsto all'articolo 47, secondo comma, della Carta, nondimeno, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 146 delle sue conclusioni, la Kendrion non ha citato alcuna sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo da cui emergerebbe che, nei procedimenti in materia di intese dinanzi al Tribunale, come quello di cui trattasi, una durata di 2 anni e 6 mesi dev'essere considerata ragionevole». In modo ancora più esplicito la più risalente C.G.UE, 17.12.1998, *Baustahlgewebe/Commissione*, C-185/1995, punti 21 e 29, che, benché precedente all'introduzione della Carta di Nizza, fa espresso riferimento ai criteri strasburghesi: «Il principio generale di diritto comunitario in forza del quale ogni persona ha diritto a un processo equo, che si ispira a tali diritti fondamentali [...] e in particolare il diritto a un processo entro un termine ragionevole, si applica nell'ambito di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione della Commissione che infligge ammende a un'impresa per violazione del diritto della concorrenza»; «occorre rilevare anzitutto che una durata del genere è, *prima facie*, notevole. Tuttavia, la ragionevolezza di tale durata dev'essere valutata alla luce delle circostanze proprie di ciascuna causa e, in particolare, della rilevanza della lite per l'interessato, della complessità della causa nonché del comportamento del ricorrente e di quello delle autorità competenti (v., per analogia, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze *Erkner* e *Hofauer* del 23 aprile 1987, serie A n. 117, paragrafo 66; *Kemmache* del 27 novembre 1991, serie A n. 218, paragrafo 60; *Phocas/Francia* del 23 aprile 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-11, pag. 546, paragrafo 71, e *Garyfallou AEBE/Grecia* del 27 settembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-V, pag. 1821, paragrafo 39)».

Negli ultimi anni la necessità di perseguire una durata processuale non eccessiva e, più in generale, la spinta ad aumentarne l'efficienza sono state al centro dell'agenda politica riguardante il giudizio penale. In tal senso la Riforma Cartabia iconicamente recava esplicito riferimento alla «efficienza del processo penale»[52].
Su tale impostazione di fondo, ma soprattutto sulla definizione degli obiettivi quantitativi da raggiungere al fine di ridurre le tempistiche processuali (e smaltire l'arretrato), ha svolto un ruolo cruciale l'Unione europea.
Nel periodo dell'emergenza pandemica da Covid-19, a fronte del repentino deteriorarsi delle risorse economiche e della temporanea riduzione della capacità degli Stati di garantire ai cittadini il "servizio" giustizia, si è assistito a un'inedita ed eccezionale spinta di "armonizzazione atipica" da parte dell'Unione europea. Tale impulso in alcuni Paesi ha portato a una rilevante pressione sui legislatori nazionali e alla parziale modifica della fisionomia della disciplina processuale penale.
Tale vento riformatore sospinto dall'agenda politica dell'Unione, volto alla riduzione dei tempi processuali, trova la sua ragion d'essere non tanto nel diminuire le tempistiche processuali nell'ottica di una migliore garanzia del diritto individuale sancito dall'art. 47, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quanto quale presupposto fondamentale per migliorare l'efficienza e, quindi, la competitività degli Stati membri, con evidenti positive ricadute di carattere economico per tutta l'Unione.
La leva per ottenere una posizione primaria nella "contrattazione" con gli Stati è stata quella di offrire l'opportunità di accedere a rilevanti risorse economiche a fronte di riforme degli ordinamenti interni volte al raggiungimento di migliori "prestazioni" del comparto giustizia.
Si tratta di un'armonizzazione che potrebbe essere definita come "atipica", in quanto non viene, come tradizionalmente accade, perseguito un avvicinamento delle legislazioni interne, ponendosi invece quale obiettivo quello di avvicinare le *performance*.
L'idea di fondo è sempre quella di creare una maggiore fiducia tra i Paesi membri, non basandola su una struttura processuale penale volta a garantire un simile livello di tutela, ma su prestazioni comparabili in termini di efficacia (o meglio di non disfunzionalità).
Nell'ottica di tale fenomeno di armonizzazione strutturale o "finalistica", a differenze delle classiche istanze di armonizzazione "normative", pur potendosi verificare un complessivo innalzamento degli standard di tutela dei diritti fondamentali, lo stesso viene considerato più un effetto "collaterale" auspicato che un obiettivo da perseguire.
Un Paese che ha sperimentato tale fenomeno di "finanziamento" delle riforme è stato il Nostro, che nel contesto del piano economico europeo *Next Generation EU* e del conseguente Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha concordato una serie di obiettivi quantitativamente misurabili con riferimento al processo penale.
I traguardi hanno riguardato la riduzione della durata, calcolata mediante il parametro del *disposition time*[53], e la riduzione del carico arretrato. Quanto al *target* del *disposition time* è

[52] Basti osservare che nel titolo della Legge 27.11.2021, n. 134, il riferimento all'efficienza è evidente "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari", così come in quello del Decreto legislativo 10.10.2022, n. 150 "Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari".
[53] Il *disposition time* è un indice, configurato in seno alla Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ), che consente di stimare la durata presumibilmente necessaria per definire i procedimenti, in questo caso penali, pendente a una certa data. Il sistema di calcolo assume che la capacità di smaltimento sia mantenuta inalterata nel corso del tempo e si basa sul confronto tra le pendenze rimanenti alla fine dell'anno e il numero di procedimenti definiti durante lo stesso. La formula di calcolo è: procedimenti pendenti finali (calcolati sottraendo al numero dei procedimenti iscritti il numero dei procedimenti definiti e sommando con l'eventuale arretrato) diviso per il numero di procedimenti definiti nell'anno, moltiplicato per 365 giorni. In modo più sintetico: pendenti

stata prevista una riduzione dell'indice relativo alla durata media dell'intero procedimento del 25% entro giugno 2026 rispetto al dato registrato nel 2019. Due sotto obiettivi sono stati individuati nella riduzione del parametro del 28% in primo grado e del 28% in appello.
A tal fine la Riforma Cartabia ha previsto una serie di interventi di carattere acceleratorio: l'introduzione, agli artt. 335, comma 1-*ter*, 335-*ter* e 335-*quater* Cpp, di una serie di strumenti posti a garanzia della tempestività dell'iscrizione della notizia di reato; la modifica del sistema dei termini di durata delle indagini e l'introduzione di rimedi all'eventuale successiva stasi agli artt. 415-*bis*, commi 5-*quater*, 5-*quinquies*, 5-*sexies* e 415-*ter* Cpp; l'ampliamento delle possibilità di accesso e l'aumento dei benefici connessi alla scelta di un rito alternativo; la previsione di un sistema di pre-calendarizzazione delle udienze *ex* art. 477, comma 1, Cpp; la modifica delle modalità di svolgimento dei giudizi di impugnazione, favorendo il rito cartolare in camera di consiglio; l'introduzione dell'istituto dell'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione, previsto dall'art. 344-*bis* Cpp; la modifica del sistema della sospensione del procedimento in caso di impossibilità di dichiarare l'assenza dell'imputato con la sentenza di non doversi procedere per mancata conoscenza della pendenza del processo da parte dell'imputato ai sensi dell'art. 420-*quater* Cpp; il forte ampliamento della procedibilità a querela. Queste soluzioni hanno consentito di avere un immediato impatto positivo in termini di riduzione di procedimenti pendenti e, conseguentemente, di durata media di definizione. A tali previsioni di carattere normativo si è affiancata anche l'introduzione di misure di carattere organizzativo, incentrate principalmente sull'implementazione del preesistente, ma poco impiegato, ufficio per il processo.
Nell'idea del legislatore nazionale e delle istituzioni dell'Unione queste riforme dovrebbero garantire l'avvicinamento delle prestazioni del sistema giustizia penale italiano a quello degli altri Paesi membri.
Allo stesso modo, interventi con struttura "*do ut des*", comunque volti a favorire delle riforme su particolari profili di criticità dei sistemi di giustizia penale nazionali in cambio di cospicui finanziamenti, si sono verificati con riferimento ad altri Stati membri.
Per l'Italia il profilo maggiormente attenzionato è stato quello dell'eccessiva durata, storicamente punto debole del nostro Paese[54], mentre per gli altri Stati membri l'erogazione è stata legata al superamento o al miglioramento di specifici profili di difficoltà oppure al generico potenziamento di alcuni aspetti del "servizio".

finali/definiti * 365. Se il risultato è un valore pari o inferiore a 365 l'ufficio giudiziario o l'entità di riferimento sarà presumibilmente in grado di definire entro il lasso temporale di un anno le pendenze sopraggiunte (o accumulate). In caso di valore superiore a 365, presumibilmente non sarà in grado di definire tutti i procedimenti sopraggiunti o precedentemente accumulati e, quindi, per definire i procedimenti pendenti in un dato momento sarà probabilmente necessario un tempo superiore all'anno. Per un approfondimento sul sistema di calcolo, l'origine storica e il confronto con altri indici sulla durata processuale si consenta di rinviare a DI CANDIA T., *op. cit.*, 128 s. e 150 s.

[54] Basti ricordare che l'Italia è il Paese membro del Consiglio d'Europa che dal 1959 ha riportato di gran lunga il maggior numero di condanne per la violazione del diritto previsto dall'art. 6.1 della Convenzione a essere giudicati entro un termine ragionevole. In particolare, l'Italia è stata condannata, fino al 2025, 1220 volte, conseguendo un numero quasi doppio rispetto al secondo Paese con il maggior numero di violazioni, ovvero la Turchia che ne registra, nello stesso periodo, 618. Tali cifre sono state elaborate a partire dai dati disponibili nella banca dati della Corte europea dei diritti dell'uomo, liberamente accessibili al seguente indirizzo: www.echr.coe.int/statistical-reports.

Per quanto riguarda l'Ungheria[55] e la Polonia[56] le "milestone" giudiziarie funzionali all'erogazione di prestazioni economiche sono state legale al rafforzamento dell'indipendenza della magistratura da raggiungere mediante una serie di riforme *ad-hoc*.
Per la Romania è stato previsto un programma più articolato, finalizzato a migliorare, oltre all'indipendenza della magistratura, anche l'accesso alla giustizia e la lotta alla corruzione e alla criminalità[57].
Gli obiettivi concordati dall'Unione europea con la Slovacchia nel contesto del *Next Generation EU* hanno riguardato il miglioramento delle strutture giudiziarie[58].
Per la maggior parte degli altri Paesi sono state finanziate iniziative diretta alla digitalizzazione della giustizia, in questo senso sono stati conclusi accordi con Belgio, Bulgaria, Croazia, Grecia, Malta, Paesi Bassi, Portogallo e Repubblica Ceca[59].
In merito al fenomeno dell'interesse alla riduzione della durata processuale da parte dell'Unione europea nel nostro Paese e al suo rapporto con il carattere oggettiva della ragionevole durata, quale indicatore per il legislatore nella formulazione delle norme processuali, occorre evidenziare che il parametro di riferimento individuato nel contesto del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) non è frutto di una valutazione oculata in punto di ragionevolezza, ma principalmente di una contrattazione politica tra Unione europea e Governo italiano.
Non si può nascondere che nel contesto di tale operazione, connotata da diversi effetti positivi per il sistema, alcuni profili di intervento sono collocabili quasi in prossimità dello sterile efficientismo, si pensi, ad esempio, alla circostanza che gli obiettivo non sono stati parametrati sul criterio della ragionevolezza della durata e che alcune norme non sono state adottate nell'ottica del bilanciamento della riduzione dei tempi processuali con il mantenimento di un

[55] Gli obiettivi di rafforzamento dell'indipendenza della magistratura sono individuati nella "Componente 9" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza dell'Ungheria, approvato il 15.12.2022, al fine di aumentare i poteri del Consiglio Nazionale della Magistratura, modificare il funzionamento della Corte Suprema per proteggerla dai rischi di influenza politica, eliminando il ruolo della Corte Costituzionale nel riesame delle decisioni definitive dei giudici su richiesta delle autorità pubbliche e salvaguardando la possibilità per i tribunali nazionali di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte di giustizia dell'Unione europea. All'analisi degli obiettivi del Piano ungherese e dell'attuazione degli stessi è dedicata un'apposita pagina del sito della Commissione europea, raggiungibile al seguente link: https://reforms-investments.ec.europa.eu/recovery-and-resilience-facility-1/country-pages/hungarys-recovery-and-resilience-plan_en?prefLang=it.
[56] Gli obiettivi concordati con la Polonia in tema di rafforzamento dell'indipendenza e dell'imparzialità della magistratura sono espressi nella "Componente F" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza della Polonia, approvato il 17.6.2022. Numerosa documentazione inerente al Piano e alla sua implementazione, anche con riferimento al tema giustizia, è reperibile sulla relativa pagina del sito internet della Commissione europea: https://reforms-investments.ec.europa.eu/recovery-and-resilience-facility-1/country-pages/polands-recovery-and-resilience-plan_en#documents.
[57] Tali obiettivi sono indicati nel "Quinto pilastro" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza della Romania, approvato il 29.10.2021. Per un'analisi dettagliata del Piano e dell'andamento della sua attuazione si rinvia alla pagina dedicata sul sito della Commissione europea, raggiungibile al seguente link: https://reforms-investments.ec.europa.eu/recovery-and-resilience-facility-1/country-pages/romanias-recovery-and-resilience-plan_en#economic-and-social-resilience.
[58] Il riferimento è alla "Area 5" del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza slovacco, approvato il 6.07.2021. Per un approfondimento si veda la pagina dedicata sul sito della Commissione europea, raggiungibile al seguente indirizzo: https://reforms-investments.ec.europa.eu/recovery-and-resilience-facility-1/country-pages/slovakias-recovery-and-resilience-plan_en.
[59] Per una indicazione dettagliata delle riforme adottate nei singoli Paesi nel contesto del programma Next Generation EU attraverso i diversi Piani Nazionale di Ripresa e Resilienza si consiglia l'analisi della documentazione contenuta nella sezione del sito internet della Commissione europea e, in particolare, alla pagina che consente di esaminare in modo dettagliato la posizione di ogni Paese, raggiungibile al seguente indirizzo: https://reforms-investments.ec.europa.eu/recovery-and-resilience-facility-1/country-pages_en.

livello di parità di tutele, così rischiando di esercitare una pressione significativa sul modello processuale prescindendo dalla complessità delle garanzie che lo sorreggono.
Ciononostante, pur essendo stata perseguita la riduzione dei tempi processuali nell'ottica di una spinta verso la competitività economica (e non in quella di un rafforzamento dei diritti dei cittadini) e l'adozione di alcune scelte non del tutto felici per il mantenimento di un elevato livello di tutela complessivo, il modello di intervento dell'Unione europea mediante l'armonizzazione atipica ha portato a dei benefici indiretti sotto il profilo della tutela della ragionevole durata. Tale azione ha spinto il legislatore italiano a riformare il modello processuale astratto introducendo norme dirette a ridurre le fasi di stasi e alcuni ritardi strutturali non giustificabili e, in questo modo, a valorizzare l'approccio metodologico sotteso alla disposizione di cui all'art. 111 co. 2 secondo periodo della Costituzione.
Il che, ci si auspica, possa essere la prima sperimentazione di un nuovo approccio metodologico di lavoro per il legislatore che, si spera, non venga del tutto e frettolosamente dimenticato, ma, anzi, possa costituire la base di un processo di evoluzione e perfezionamento.

6. In ragione di quanto emerso, il principio della ragionevole durata del processo penale appare di assai complicata lettura stante la doppia anima che lo caratterizza nel nostro ordinamento. La contemporanea struttura di diritto soggettivo dell'individuo nel singolo processo e di criterio oggettivo che deve essere valorizzato dal legislatore nella creazione del modello processuale penale astratto richiede il raggiungimento di un problematico, ma necessario, equilibrio tra queste due dimensioni.
Ad aumentare la complessità della già difficile sfida di raggiungere un'armonia tra diritto soggettivo e parametro oggettivo si aggiunge la non coordinata azione su tali due leve dell'Unione europea e del Consiglio d'Europa.
Detto disallineamento trova la sua origine, in primo luogo, nella diversità di approccio. Nel contesto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e nell'attività della relativa Corte europea dei diritti dell'uomo) l'ottica adottata è quella di definire e tutelare nel modo più ampio possibile il diritto soggettivo alla ragionevole durata, mentre nell'agenda politica dell'Unione europea, al di là della formale dichiarazione del diritto alla ragionevole durata contenuta nella Carta di Nizza – che trova allo stato applicazione nei soli procedimenti giurisdizionali interni al sistema unionale – la finalità perseguita è la riduzione dei tempi processuali in un'ottica di efficienza e rapidità di sistema, volta a favorire la competitività economica dei propri Stati membri, tradendo ancora in parte la diversa genetica concezione che aveva dato origine all'Europa dei diritti e all'Europa dei mercati.
Il non coordinamento nelle spinte provenienti dalla "grande" e dalla "piccola" Europa è legato anche alle diverse strutture e modalità di azione; infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo interviene attraverso puntuali pronunce dichiarative delle violazioni verificatesi in un singolo procedimento, con valenza tendenzialmente limitata allo stesso; al contrario, le istituzioni dell'Unione europea favoriscono attraverso la mediazione politica l'armonizzazione, anche atipica, dei sistemi processuali penali, incidendo sul modello processuale astratto.
Tale mancato allineamento potrebbe incidere in modo molto negativo sul già difficile raggiungimento di un equilibrio tra i due profili della ragionevole durata, così ampliando il rischio che eventuali spinte europee "opposte" – soprattutto con riferimento alla marcata ricerca di efficienza dell'Unione europea – possano incidere negativamente, portando a un bilanciamento non ottimale tra le esigenze di efficienza e la tutela dei diritti umani.
Ne deriva che emerge in modo sempre maggiore l'esigenza cruciale di instaurare un rapporto "collaborativo" tra legislatori nazionali, giudici nazionali, istituzioni europee e corti europee per raggiungere un livello uniforme di tutela del diritto a una ragionevole durata del processo nello spazio giudiziario europeo.

LA PRESUNZIONE DI INNOCENZA TRA TUTELA NORMATIVA E PRASSI

di Elisabetta Gianquinto (Dottoranda di ricerca in Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali, Università degli Studi di Palermo)

Il contributo esamina la tutela della presunzione di innocenza nell'ordinamento italiano alla luce del d.lgs. n. 188/2021 – attuativo della direttiva (UE) 2016/343 – soffermandosi sui limiti applicativi dell'art. 115-*bis* Cpp e sul rapporto con il rimedio dell'abnormità. L'analisi si estende alla dimensione extraprocessuale del principio, con particolare attenzione al processo mediatico, alla diffusione di immagini lesive della dignità della persona e ai rischi derivanti dall'impiego dell'intelligenza artificiale, evidenziando la persistente inadeguatezza degli strumenti di tutela e la necessità di un intervento normativo più efficace.
The paper examines the protection of the presumption of innocence in the Italian legal system in light of the transposition of Directive (EU) 2016/343 through Legislative Decree No. 188/2021, focusing on the practical limitations of Article 115-*bis* of the Italian Code of Criminal Procedure and its relationship with the previous remedy of *abnormità* (procedural abnormality). The analysis further extends to the extra-procedural dimension of the principle, with particular attention to trial by media, the dissemination of images infringing upon personal dignity, and the risks arising from the use of artificial intelligence, highlighting the persistent inadequacy of the existing protective instruments and the need for more effective legislative intervention.

presunzione di innocenza; art. 115-*bis* Cpp.; immagini lesive della dignità umana
presumption of innocence; Article 115-*bis* of the Italian Code of Criminal Procedure; images infringing upon human dignity

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il recepimento della direttiva attraverso il d.lgs. 188/2021: la «garanzia della presunzione di innocenza» è effettiva? – 3. Il rapporto tra l'art. 115-*bis* c.p.p. e il ricorso per abnormità: dalla supplenza giurisprudenziale al rimedio tipico. – 4. Dalle immagini dei soggetti ammanettati ai contenuti sintetici: minacce alla presunzione di innocenza. – 4.1. La pubblicazione di immagini di persone *in vinculis* tra disciplina interna e *standard* europei. – 5. Riflessioni conclusive sulle prospettive di effettiva tutela della presunzione di innocenza.

1. La presunzione di innocenza costituisce uno dei principi cardine dello Stato di diritto e, dalla prospettiva del processo penale, è stata definita quale "pietra angolare" del diritto al *fair trial*[1]. Questa formula, all'apparenza di immediata percezione, esprime valori non soltanto giuridici, ma anche politici, ideologici e morali, al punto da essere considerata patrimonio condiviso della cultura giuridica contemporanea[2]. Tuttavia, nonostante il suo riconoscimento normativo, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale, continua a incontrare significative difficoltà applicative negli ordinamenti dei diversi Stati e, in particolare, nel sistema italiano, dove sempre più frequentemente emergono tensioni tra l'esercizio del diritto di cronaca – che non

[1] N. Pascucci, *Il* dies ad quem *della presunzione di innocenza in caso di condanna: "accertamento legale della colpevolezza" e "definitività della sentenza" tra atti sopranazionali e costituzione italiana,* in *LP* 15.12.2023, 1.
[2] D. Vigoni, *La fisionomia tridimensionale della presunzione d'innocenza: profili di sviluppo della disciplina codicistica*, in *PPG* 2023, 223.

di rado sfocia in forme di rappresentazione mediatica del processo penale – e la tutela effettiva della persona sottoposta a indagini o imputata.
Il principio affonda le sue radici nella proclamazione contenuta nell'art. 9 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789, a partire dalla quale si è progressivamente consolidato un articolato sistema di fonti internazionali ed europee. Tra queste, l'art. 6, par. 2, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ne offre l'enunciazione più nota, stabilendo che ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata. Un tenore sostanzialmente analogo caratterizza l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, l'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti umani, l'art. 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 66 dello Statuto della Corte penale internazionale, a testimonianza di una convergenza normativa che attraversa i diversi livelli dell'ordinamento internazionale[3].
Nel contesto dell'Unione europea, particolare rilievo assume il Libro verde sulla presunzione di non colpevolezza, presentato dalla Commissione europea il 26 aprile 2006, che ha rappresentato uno dei primi tentativi di armonizzazione delle garanzie processuali negli Stati membri. A tale percorso si è successivamente affiancato il decisivo impulso proveniente dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha progressivamente ampliato la portata applicativa del principio, valorizzandone non soltanto la dimensione probatoria, ma anche quella comunicativa e simbolica[4].
Un ulteriore e significativo avanzamento è stato compiuto con la Direttiva (UE) 2016/343[5], relativa al rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di partecipare al processo nei procedimenti penali[6], la quale, coerentemente con l'approccio delle cd. "Direttive di Stoccolma", ha introdotto *standard* minimi di tutela della persona sottoposta ad indagini e dell'imputato. Nello specifico, il legislatore europeo, con detto provvedimento, ha inteso soffermarsi su profili particolarmente delicati quali: il divieto per le autorità pubbliche di rilasciare dichiarazioni dalle quali emerga, in via anticipata, un giudizio di colpevolezza a carico dell'imputato (art. 4); il divieto di presentare pubblicamente l'indagato o l'imputato come colpevole (art. 5); l'onere della prova della colpevolezza in capo alla pubblica accusa (art. 6); il diritto al silenzio e il privilegio contro l'autoincriminazione (art. 7)[7].

---

[3] A. Zampini, *Precetti, rimedi e sanzioni: la presunzione di innocenza dal d.lgs. n. 188 del 2021 alle "riforme Nordio",* in *DPenCont* 2024, 152 ss.
[4] La Corte di Strasburgo ha costantemente affermato che la presunzione di innocenza deve essere «concreta ed effettiva», precisando che ove le garanzie del processo equo sancite dall'art. 6, par. 2, CEDU non trovassero concreta applicazione, il principio rischierebbe di ridursi a mera enunciazione «teorica e illusoria». C. eur., 19.12.2024, *Episcopo e Bassani c. Italia*; C. eur. GC, 11.6.2024, *Nealon e Hallam c. Regno Unito*; C. eur., 20.10.2020, *Pasquini c. San Marino*; C. eur. GC, 12.7.2013, *Allen c. Regno Unito*.
[5] *Direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, pubblicata in G.U.U.E.*, 11.3.2016, L 65/1 ss.
[6] La direttiva è stata commentata in dottrina, tra gli altri, da L. Camaldo, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 23.3.2016; N. Canestrini, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza*, in *CP* 2016, 2224; M. Caterini, *Presunzione di elementi della fattispecie versus presunzione di non colpevolezza*, in *IP* 2016, 468; A. De Caro, *La recente direttiva europea sulla presunzione di innocenza e sul diritto alla partecipazione al processo*, in *www.quotidianogiuridico.it*, 23.2.2016; J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *RIDPP* 2016, 1836; S. Lonati, *Informazione giudiziaria e presunzione di innocenza: lo stato di attuazione della direttiva (UE) 2016/343 nei diversi ordinamenti europei*, in *Media Laws*, 21.6.2022; C. Valentini, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE:* per aspera ad astra, in *PPG* 2016, 193.
[7] Si tratta di tematiche di estrema rilevanza. Nel presente contributo, tuttavia, ci si soffermerà soltanto su alcuni specifici profili della direttiva, in ragione dei recenti sviluppi registratisi sul versante interno, e segnatamente: i

Sul piano interno, la presunzione di non colpevolezza[8] era già sancita dall'art. 27, comma 2, Cost.[9], e ha trovato un nuovo vigore con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, adottato in attuazione della suddetta direttiva. Il recepimento è avvenuto con significativo ritardo rispetto al termine fissato al 1° aprile 2018, originariamente giustificato dalla convinzione che l'ordinamento nazionale fosse già conforme agli *standard* europei[10]. Soltanto successivamente, anche alla luce delle criticità evidenziate dalla Commissione europea e della giurisprudenza sovranazionale, il legislatore italiano è intervenuto dando seguito alla delega contenuta nella l. 22 aprile 2021, n. 53[11], anche al fine di scongiurare l'avvio di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TrFUE[12].

La novella legislativa introduce, da un lato, rimedi volti a rendere concretamente effettiva la garanzia della presunzione di innocenza: disciplina le modalità con cui le autorità pubbliche comunicano all'esterno, attraverso gli organi di informazione, le notizie relative a procedimenti penali in corso, e interviene sul registro linguistico adoperato in taluni atti endoprocedimentali, prevedendo apposite conseguenze nell'ipotesi in cui il lessico maggiormente rispettoso della garanzia non venga osservato. Dall'altro lato, tuttavia, il decreto lascia privi di adeguata tutela ambiti di particolare delicatezza e, tra questi, quello delle violazioni sistematicamente perpetrate dagli organi di stampa, rispetto alle quali non viene apprestato alcun rimedio specifico.

Proprio questa lacuna è stata al centro della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia mediante la lettera di costituzione in mora del 18 giugno 2025,

---

riferimenti pubblici alla colpevolezza contenuti in provvedimenti diversi da quelli deputati all'accertamento della responsabilità penale, nonché la pubblicazione di immagini ritraenti soggetti sottoposti a misure di coercizione fisica.

[8] Il principio fu espressamente ripudiato dal legislatore del codice Rocco. Emblematica, al riguardo, è l'affermazione contenuta nella Relazione sul progetto preliminare del codice di procedura penale, secondo cui esso costituiva «una stravaganza, derivante da quei vieti concetti, germogliati dai principi della rivoluzione francese, per cui si portano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali». Si veda, *Relazione sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, 1929, 22.

[9] Occorre evidenziare come tale principio venga declinato secondo due formule distinte: "presunzione di innocenza" e "principio di non colpevolezza". In dottrina, alcune voci autorevoli considerano sostanzialmente equivalenti le locuzioni. Sul punto si veda F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2001, 463, ritiene si tratti di «pura questione d'enfasi: "innocente" equivale a "non colpevole"». In termini analoghi, v. A. De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli 2000, 204 ss.; P. P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009, 57; D. Vigoni, *La fisionomia tridimensionale della presunzione di innocenza*, in *PPG*, 2023, p. 232. Nello stesso senso, V. Garofoli, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *RIDPP* 1998, 1195 ss., secondo cui l'espressione "non colpevole" è sinonimo di "innocente" e non ne «inficia l'intimo significato»; «ne attenua semplicemente l'enfasi, senza alcuna implicazione concreta». Tuttavia, potrebbe ritenersi che la differenza tra due locuzioni non si riduca ad uno mero sinonimo, trattandosi di una dicotomia che riflette prospettive diametralmente opposte. La scelta dell'una o dell'altra formula non è neutra, ma reca con sé una diversa impostazione concettuale: "presunto innocente" e "presunto non colpevole" muovono da premesse differenti, poiché mutano il punto di vista e il presupposto logico da cui origina il giudizio. Non si tratta, dunque, di una questione meramente terminologica o di una scelta stilistica, giacché l'adozione dell'una o dell'altra locuzione può risultare suscettibile di determinare ricadute applicative differenti. In tal senso si veda, A. Zampini, *op. cit*., 153 ss. Per un'analisi dei lavori dell'Assemblea costituente, A. Ghiara, *Presunzione di innocenza, presunzione di non colpevolezza e formula dubitativa anche alla luce degli interventi della Corte costituzionale*, in *RIDPP* 1974, 72 ss.

[10] A. Malacarne, *La presunzione di non colpevolezza nell'ambito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188: breve sguardo d'insieme,* in *SP* 17.1.2022.

[11] Sul punto G. Spangher, *Presunzione di innocenza: la Dir. UE 343/2016 limita alla stretta necessità le informazioni delle Procure alla stampa*, in www.quotidianogiuridico.it, 28.4.2021.

[12] Aspetto segnalato dal Centro studi di Senato e Camera al Dossier n. 429, atto del governo n. 285 relativo Adeguamento alla Dir. 2016/343/UE, in tema di presunzione di innocenza, 3.

dove si contesta il non corretto recepimento della Direttiva 2016/343/UE, evidenziando significative carenze dell'ordinamento interno con riguardo all'impiego di misure coercitive fisiche in pubblico, al diritto al silenzio e al divieto di autoincriminazione, alla disciplina dei processi celebrati *in absentia*, nonché alla mancanza di rimedi effettivi avverso la violazione di tali diritti.

2. Il recepimento della direttiva da parte del legislatore italiano è avvenuto mediante un intervento normativo molto contenuto, ma dalla portata comunque innovativa[13]. Il d.lgs. n. 188/2021 si compone di soli sei articoli e, tra questi, la disposizione di maggiore rilievo è senz'altro rappresentata dall'art. 4 del decreto – con il quale è stato trasposto nell'ordinamento interno il contenuto dell'art. 4 della direttiva (UE) 2016/343 – che ha introdotto l'art. 115 *bis* Cpp rubricato «Garanzia della presunzione di innocenza»[14].
L'obiettivo perseguito dal legislatore delegato è quello di contrastare il fenomeno dei c.d. provvedimenti giudiziari "colpevolisti", mediante la previsione di uno specifico rimedio volto a consentire la correzione di atti contenenti affermazioni o valutazioni suscettibili di pregiudicare la presunzione di innocenza della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato, anche quando tali atti siano privi di contenuto decisorio.
Nello specifico, la disposizione di cui all'art. 115 *bis* Cpp si articola in quattro commi. I primi due individuano le categorie di provvedimenti rispetto ai quali opera il divieto di indicare come colpevole la persona sottoposta alle indagini o l'imputato prima dell'accertamento definitivo della responsabilità penale. Il terzo e il quarto comma disciplinano, invece, il procedimento per la "riparazione" dell'eventuale violazione.
Orbene, i provvedimenti contemplati dalla norma – e segnatamente nei primi due commi – possono essere ricondotti a due distinte categorie[15]. La prima ricomprende i «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato», rispetto ai quali indagati e imputati non possono in alcun caso essere indicati come colpevoli fino al passaggio in giudicato della sentenza. Si tratta, nella sostanza, di atti privi di contenuto decisorio in ordine alla colpevolezza e, pertanto, inidonei a definire il giudizio. Ne costituiscono un esempio i provvedimenti di archiviazione, nei quali eventuali affermazioni che attribuiscano all'indagato la responsabilità del fatto si porrebbero in evidente contrasto con la funzione e la natura stessa dell'istituto. Restano, invece, esclusi dall'ambito applicativo della norma gli «atti del pubblico ministero volti a dimostrare la colpevolezza della persona sottoposta a indagini o dell'imputato» (è il caso, ad esempio, degli atti con cui viene formulata l'imputazione).
La seconda categoria è costituita dai «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato, che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza[16]», nei quali, l'autorità giudiziaria, a differenza di quanto previsto dal comma 1, dovrà attenersi a limitare i riferimenti alla colpevolezza «alle

[13] In dottrina, la portata dell'intervento è stata definita "etica": così G. Canzio, *Il modello 'Cartabia'. organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *Diritto, morale, politica del diritto* a cura di G. Arena, A. Barbano, F. Campana, D. Curir, Genova 2024, 30.
[14] Tra i primi commentatori si segnalano M. Bontempelli, *Presunzione d'innocenza e riforma della giustizia penale*, in *Media Laws* 21.6.2022, 34 ss.; G. Caneschi, *Processo penale mediatico e presunzione di innocenza: verso un'estensione della garanzia?,* in *AP* 2021; G. Giostra, *Un catechismo per atei. Una prima lettura del d.lgs. n. 188 del 2021*, in *Media Laws* 4.2.2022; N. Rombi, *Riflessioni a prima lettura sul d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188: un timido restyling della disciplina a tutela della presunzione di innocenza*, in *PPG* 2022, 587 ss.
[15] Sul punto v. A. Malacarne, *op.cit*., nonché G. M. Baccari, *Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato*, in *DPP* 2022, 166.
[16] Quanto agli indizi di colpevolezza, si tratta di una categoria che non dovrebbe essere considerata alla stregua delle altre, poiché rappresenta l'esito di una valutazione.

sole condizioni necessarie a soddisfare i presupposti, i requisiti e le altre condizioni richieste dalla legge richiede per l'adozione del provvedimento»[17]. In questa diposizione, di non agevole delimitazione[18], possono farsi rientrare atti come i provvedimenti autorizzativi del giudice in materia di intercettazioni e di misure cautelari, reali o personali, e, più in generale, quelli del pubblico ministero concernenti i mezzi di ricerca della prova, quali i decreti di ispezione, perquisizione, sequestro probatorio[19].

Ebbene, la novella in esame ha suscitato, fin dalla sua entrata in vigore, ulteriori perplessità, riconducibili in larga misura alla scarsa chiarezza espositiva che ne caratterizza la formulazione, profilo questo che si riflette sui margini entro i quali è possibile attivare il rimedio[20].

In particolare, una prima questione attiene all'esatta individuazione dei provvedimenti suscettibili di emenda. Il comma 1 della disposizione, come accennato, circoscrive espressamente l'ambito applicativo ai «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale», ponendo il problema del trattamento da riservare a quelli che, invece, entrano nel merito della responsabilità penale dell'imputato.

Ad una prima lettura, potrebbe sembrare che i provvedimenti destinati a statuire sulla responsabilità penale dell'imputato coincidano solamente con le sentenze di condanna, nelle quali il riferimento alla colpevolezza è imprescindibilmente legato all'esito del giudizio di responsabilità penale. In realtà, occorre considerare che non solo le sentenze di condanna si pronunciano nel merito della responsabilità penale, ma, volendo accogliere la classificazione corderiana suggerita dalla dottrina[21], anche quelle di proscioglimento, pur pervenendo a una conclusione di segno opposto. Nello specifico, si tratta delle sentenze di assoluzione (art. 530 Cpp) e di quelle di non doversi procedere (art. 529 Cpp). Ora, se nelle prime risulta difficile rinvenire affermazioni anticipatorie della colpevolezza – residuando, in ogni caso, il rimedio del ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. e), Cpp – nelle seconde, questa eventualità appare tutt'altro che remota. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui il giudice pronunci una sentenza di non doversi procedere per difetto di una condizione di procedibilità ovvero per intervenuta prescrizione, corredando la declaratoria con considerazioni idonee a presentare l'imputato come colpevole. Analoga questione si pone con riferimento alle sentenze di non luogo a procedere, pronunciate ai sensi dell'art. 425 Cpp nell'udienza preliminare[22].

---

[17] P. Ferrua, *op. cit.*, evidenzia come la Direttiva, nel vietare le imprudenti affermazioni di colpevolezza prima della condanna, ponga essenzialmente un problema di educazione linguistica.

[18] N. Rombi, *op. cit.*, 588, segnala «le difficoltà di delimitare l'ambito applicativo delle due previsioni che tendono in parte a sovrapporsi».

[19] Per questa esemplificazione v. G. M. Baccari, *op. cit.*, 167.

[20] Per l'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, l'oscurità della norma deriva dal fatto che il legislatore si è limitato ad un «recepimento puro e semplice della formulazione dell'art.4, par. 1, della direttiva improntata tuttavia ad un tipico linguaggio internazionalistico in funzione armonizzatrice, senza un minimo di adattamento terminologico, che, alla luce delle note peculiarità dell'ordinamento processuale italiano, avrebbe certamente giovato ad una migliore determinazione degli atti e dei concetti involti». V. Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa*, Decreto legislativo 8 novembre 2021, n. 188, recante: «Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali», n. 6, 18.1.2022, 42.

[21] Così V. Aiuti, *Correzioni "estetiche" delle sentenze*, in *Le nuove frontiere della presunzione di innocenza*, a cura di F. Cassibba, J. Della Torre, E. N. La Rocca, F. Zacchè, Milano 2024, 250 ss., il quale *sub* nota 3 richiama F. Cordero, *Merito (diritto processuale)*, in *NssDI*, vol X, Torino 1964, 578, spec. 580.

[22] Di recente si è pronunciata la Corte di Cassazione stabilendo che «Il diritto alla presunzione di innocenza, riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e da quella convenzionale è da intendersi come diritto dell'assolto e del prosciolto a non essere indicato come colpevole nella decisione di proscioglimento, è tutelabile con gli

Orbene, è dubbio se in tali evenienze sia esperibile il rimedio previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 115-*bis* Cpp – di cui si dirà più avanti – ovvero se le violazioni della presunzione di innocenza contenute in detti provvedimenti siano destinate a restare prive di tutela, salva l'esperibilità dei mezzi di impugnazione ordinari. Un'alternativa, in un'ottica orientata all'effettiva salvaguardia della presunzione di innocenza, potrebbe essere quella di leggere l'inciso «provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale» come riferito ai "provvedimenti diversi da quelli di condanna"[23].
A non volere condividere il precedente ragionamento, solo le sentenze di non doversi procedere – per la natura processuale che le contraddistingue[24] – si collocherebbero al di fuori dell'alveo dei provvedimenti definiti "di merito": in conseguenza, l'art. 115-*bis* Cpp potrebbe trovare applicazione avverso questo tipo di decisione, laddove si veicolassero affermazioni lesive della presunzione di innocenza[25].
Un secondo profilo problematico concerne l'individuazione dei soggetti i cui atti ricadono nell'ambito applicativo della disposizione. L'inciso relativo agli atti «diversi da quelli volti alla decisione in merito alla responsabilità penale dell'imputato» potrebbe essere inteso nel senso di abbracciare tutti gli atti provenienti dai soggetti pubblici del procedimento penale, includendo, pertanto, non soltanto quelli dell'autorità giudiziaria, ma anche quelli della polizia giudiziaria. Questo nodo è stato sciolto dalla Corte Cassazione che ha fornito un'interpretazione restrittiva della norma, chiarendo che gli unici atti suscettibili di emenda ai sensi dell'art. 115-*bis* c.p.p. sono quelli di natura giudiziaria. Dunque, secondo questo orientamento, la richiesta di correzione non può riguardare atti della polizia giudiziaria né, tantomeno, articoli di stampa, ma soltanto atti provenienti dal giudice e dal pubblico ministero[26].

Delineati i contorni del rimedio, è opportuno soffermarsi sulla disciplina procedimentale contenuta nei commi 3 e 4 dell'art. 115-*bis* Cpp. In particolare, il comma 3 stabilisce che, in caso di «violazione delle disposizioni di cui al comma 1», l'interessato può, a pena di decadenza, nei dieci giorni successivi alla conoscenza del provvedimento, richiederne la correzione «quando è necessario per salvaguardare la presunzione di innocenza nel processo»[27].

---

ordinari mezzi di impugnazione nel caso in cui risulti violato mediante l'uso, nell'indicata pronunzia, di un linguaggio giudiziario che esprima valutazioni di "sostanziale" colpevolezza». Cass., 25.3.2025, n. 18658, in *CP* 2026, 499.

[23] V. Aiuti, *op. cit*., 251.

[24] Parte della dottrina, infatti, suole effettuare una distinzione tra pronunce di merito (sentenze di condanna e di assoluzione), e pronunce «meramente processuali», tra le quali si annovera la sentenza di non doversi procedere. Sul punto si veda R. Fonti, *Le sentenze conclusive del dibattimento*, in R. Adorno, R. Del Coco, C. Fiorio, R. Fonti, V. Maffeo, A. Mangiaracina, M. Montagna, L. Parlato, *Corso di Diritto processuale penale*, Firenze 2025; G. Garuti, *Il Giudizio ordinario*, in O. Dominioni, P. Corso, A. Gaito, G. Spangher, N. Galatini, L. Filippi, G. Garuti, O. Mazza, G. Varraso, F.R. Dinacci, E.M. Mancuso, C. Iasevoli, *Procedura Penale*, Torino 2025, 659; P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, Milano 2025, p.837; La distinzione, tuttavia, non assume carattere assoluto, come rileva F. Siracusano, *Gli atti successivi al dibattimento*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, a cura di G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, Milano 2025, 739.

[25] Ove si accolga questa impostazione, si pone tuttavia un ulteriore interrogativo, di non secondario rilievo sistematico. Occorre, infatti, stabilire se l'attivazione del rimedio *ex* art. 115-*bis* Cpp sia destinata a precludere il contestuale ricorso ai mezzi di impugnazione ordinari, oppure se i due strumenti siano tra loro cumulabili. Ai fini di una possibile soluzione, potrebbero soccorrere i principi affermati dalla sentenza della Corte di Cassazione del 6.11.2024, n. 1276 che individua – come si avrà modo di illustrare *infra* – nel rimedio rubricato «garanzia della presunzione di innocenza» l'unico strumento esperibile avverso i provvedimenti di archiviazione dal contenuto "colpevolista".

[26] Così Cass., 27.4.2022, n. 19543, in *CEDCass.*, n. 283217.

[27] Nulla è, invece, previsto per il caso di violazione della prescrizione contenuta nel comma 2 del medesimo articolo.

Il comma 4, invece, regola lo svolgimento del relativo procedimento, stabilendo che «sull'istanza di correzione il giudice che procede provvede, con decreto motivato, entro quarantotto ore dal suo deposito. Nel corso delle indagini preliminari è competente il giudice per le indagini preliminari. Il decreto è notificato all'interessato e alle altre parti e comunicato al pubblico ministero: questi soggetti, a pena di decadenza, nei dieci giorni successivi, possono proporre opposizione al presidente del tribunale o della corte, il quale decide con decreto senza formalità di procedura. Quando l'opposizione riguarda un provvedimento emesso dal presidente del tribunale o dalla corte di appello si applicano le disposizioni di cui all'articolo 36, comma 4».

Anche con riferimento al procedimento di correzione si registrano talune criticità che meritano di essere esaminate.

In via preliminare, occorre rilevare che il meccanismo di correzione è espressamente circoscritto alle violazioni del solo comma 1 dell'art. 115-*bis* Cpp. Ne consegue che il rimedio è esperibile unicamente avverso valutazioni di sostanziale colpevolezza contenute nei provvedimenti diversi da quelli volti alla decisione nel merito della responsabilità penale, restando, invece, esclusi dall'ambito applicativo del comma 3 i provvedimenti di cui al comma 2. Rimane, pertanto, incerta la natura prescrittiva delle indicazioni contenute in quest'ultimo comma, poiché pare che il legislatore abbia inteso dettare mere "indicazioni redazionali", invitando l'autorità giudiziaria – nei provvedimenti che presuppongono la valutazione di prove, elementi di prova o indizi di colpevolezza – a contenere i riferimenti alla responsabilità entro i limiti strettamente necessari per soddisfare i requisiti di legge, senza tuttavia apprestare alcun rimedio per il caso di inosservanza.

La conseguenza pratica di tale assetto normativo è di non poco momento. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui il giudice per le indagini preliminari, nell'adottare un'ordinanza applicativa di misura cautelare, si avvalga di formulazioni che travalicano i margini funzionalmente necessari all'adozione del provvedimento, addentrandosi in affermazioni "colpevoliste" non strettamente pertinenti. In tale evenienza, il comma 3 non consentirebbe di richiedere la correzione del provvedimento mediante il rimedio in esame, evidenziando un'evidente lacuna di tutela.

Ora, volendo entrare nel merito del meccanismo correttivo, un ulteriore profilo di criticità attiene alla scelta legislativa di attribuire la decisione sull'istanza di correzione allo stesso giudice che ha redatto il provvedimento ritenuto lesivo della presunzione di innocenza. Appare, invero, difficile attendersi che il medesimo magistrato proceda, nel termine estremamente ristretto[28] di quarantotto ore[29], a una revisione integrale dell'impostazione argomentativa di un atto da lui stesso elaborato, esprimendosi in termini radicalmente diversi da quelli usati precedentemente, tanto più quando si tratti di provvedimenti particolarmente ampi e articolati[30]. Dunque, i dubbi circa l'effettività del rimedio non si fondano, esclusivamente, su

[28] Non a caso, il Consiglio Superiore della Magistratura ha evidenziato l'eccessiva brevità dei termini che il giudice è tenuto a rispettare per procedere alla correzione del provvedimento. Cfr. Pratica n. 38/PA/2021, *Parere del CSM sullo schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *csm.it* 3 novembre 2021, 19.

[29] Infatti, applicando i canoni generali, il termine dovrebbe avere natura ordinatoria, non essendo prevista alcuna sanzione processuale in caso di sua inosservanza. Tale conclusione appare, tuttavia, difficilmente conciliabile con la Relazione illustrativa, che lo qualifica espressamente come «termine perentorio», così palesando una discrasia tra l'intento dichiarato del legislatore e la formulazione della disposizione. Se, da un lato, un termine perentorio di quarantotto ore avrebbe rappresentato per il giudice un onere eccessivamente gravoso, dall'altro la natura ordinatoria non garantisce la tempestività della correzione.

[30] Basti pensare, a titolo esemplificativo, il carico di lavoro gravante sui giudici per le indagini preliminari, chiamati quotidianamente ad adottare numerosi provvedimenti caratterizzati da particolare urgenza. In tale

considerazioni di carattere pratico, bensì su un limite di natura strutturale, riconducibile alla fisiologica difficoltà per il decidente di prendere le distanze dalle proprie valutazioni già formulate in un provvedimento giurisdizionale.
Sarebbe stato probabilmente più coerente con le finalità della norma prevedere che sull'istanza di correzione si pronunciasse un giudice diverso, ancorché appartenente al medesimo ufficio, prevedendo al contempo un termine più congruo, idoneo a consentire un effettivo riesame del provvedimento.
Un altro profilo critico investe le garanzie procedimentali apprestate dal rimedio. Il legislatore ha modellato il meccanismo di correzione sul paradigma della correzione di errore materiale, *ex* art. 130 Cpp, mutuandone la struttura semplificata e i termini acceleratori. Tale scelta appare, tuttavia, difficilmente giustificabile alla luce della natura e della portata degli interessi in gioco: non si tratta, infatti, di emendare una mera svista redazionale, bensì di intervenire su valutazioni di merito già cristallizzate in un atto giurisdizionale, ridefinendo quelle parti e quei passaggi argomentativi dai quali emergono profili pregiudizievoli per la posizione dell'indagato o dell'imputato. La complessità dell'operazione – che si avvicina più a una riscrittura parziale del provvedimento che a una sua semplice rettifica – avrebbe richiesto un quadro di garanzie più robusto.
Sul punto, colpisce anzitutto l'assenza di qualsivoglia forma di contraddittorio: l'interessato si limita a presentare l'istanza, senza che sia prevista la possibilità di interloquire con il giudice procedente prima che questi assuma la propria decisione, né tantomeno di confrontarsi con le altre parti del procedimento. Se, da un lato, tale impostazione risponde a un'esigenza di celerità – consentendo una risposta in tempi assai rapidi –, dall'altro, essa sacrifica le garanzie partecipative che normalmente presidiano le decisioni incidenti sulla posizione processuale dell'imputato, riducendo il procedimento a una sequenza unilaterale priva degli strumenti dialettici tipici del giusto processo[31].
Dunque, in una prospettiva *de iure condendo*, si potrebbe immaginare un procedimento capace di offrire maggiori tutele; si pensi, ad esempio, alla procedura di cui all'art. 127 Cpp che, pur configurandosi come un procedimento semplificato e privo delle solennità tipiche dei riti a partecipazione necessaria, è in grado di assicurare un contraddittorio sia pure "minimo" tra le parti[32].
Un'ultima perplessità attiene al regime impugnatorio applicabile al decreto con cui il giudice si pronuncia sull'istanza di correzione. Il comma 4 dell'art. 115-*bis* Cpp prevede la possibilità di proporre opposizione avverso il decreto motivato emesso dal giudice procedente, senza, tuttavia, precisare se tale rimedio sia esperibile esclusivamente nell'ipotesi di accoglimento – al fine di contestare l'adeguatezza della correzione operata – ovvero anche nell'ipotesi di rigetto, allorché il giudice ritenga il provvedimento originario immune da espressioni incompatibili con la presunzione di innocenza. Il silenzio del legislatore su questo punto costituisce una lacuna di non trascurabile rilievo sistematico: ove si interpretasse la norma nel senso di precludere l'opposizione in caso di rigetto, l'interessato si troverebbe sprovvisto di

contesto, l'ulteriore onere di riesaminare e riformulare, entro quarantotto ore, un provvedimento già adottato al fine di eliminare dichiarazioni lesive della presunzione di innocenza rischia di rivelarsi difficilmente sostenibile.
[31] La soluzione accolta dal legislatore recepisce le osservazioni formulate nel corso dell'*iter* parlamentare, ove era stato evidenziato come la previsione di una camera di consiglio partecipata per tale procedimento incidentale determinasse un appesantimento ingiustificato del relativo *iter*. In tal senso si è espressa la Commissione Giustizia del Senato nel parere favorevole con condizioni del 20 ottobre 2021, con il quale è stata sollecitata l'introduzione di un procedimento più snello per la correzione delle dichiarazioni lesive della presunzione di innocenza, in www.senato.it.
[32] N. Rombi, *op. cit.*, 589.

qualsiasi strumento di reazione avverso una decisione che, per definizione, lascia intatto il contenuto pregiudizievole del provvedimento.
Le ricadute pratiche di questa incertezza si rivelano tanto più gravi ove si consideri che la mancata correzione – indipendentemente dalla causa che la determini, sia essa il rigetto dell'istanza, l'inadeguatezza della revisione operata dal giudice o l'inerzia di quest'ultimo – comporta la conservazione di un atto recante affermazioni anticipatrici della colpevolezza, nonostante la relativa responsabilità penale non abbia formato oggetto di accertamento giudiziale.
Una simile situazione si pone in aperto contrasto con la presunzione di innocenza nelle sue molteplici declinazioni: tanto in quella di matrice tradizionale, volta a presidiare l'equità complessiva del processo, quanto in quella di più recente elaborazione giurisprudenziale, delineata dalla Corte di Strasburgo nel caso Allen c. Regno Unito[33], che estende l'operatività del principio alla tutela della sfera reputazionale della persona sottoposta a procedimento, garantendole protezione al di là del perimetro strettamente processuale[34].
In definitiva, la formulazione dell'art. 115-*bis* Cpp rivela una tensione irrisolta tra l'ambizione di una tutela ampia – perseguita attraverso una tecnica normativa per sottrazione, che assoggetta al divieto tutti i provvedimenti non espressamente esclusi – e la contestuale incapacità di offrire criteri sufficientemente determinati per distinguere con chiarezza i provvedimenti ricompresi nell'ambito applicativo da quelli che ne restano esclusi. Ne risulta una previsione di difficile interpretazione e ancor più difficile applicazione, attesa l'assenza di indicazioni legislative sufficientemente chiare, capaci di scongiurare il rischio di prassi applicative disomogenee e, di conseguenza, di una tutela non sempre effettiva del principio di non colpevolezza. Appare, pertanto, auspicabile un intervento correttivo, volto a delimitare con maggiore precisione gli ambiti applicativi della disposizione, il contenuto degli effetti correttivi e le garanzie procedimentali spettanti all'interessato.

3. Nonostante le criticità evidenziate, il rimedio introdotto dall'art. 115-*bis* Cpp ha il merito di avere colmato, seppure solo parzialmente, una lacuna normativa alla quale, fino all'intervento del legislatore, aveva sopperito la giurisprudenza. Quest'ultima aveva, infatti, individuato nel ricorso per cassazione avverso i provvedimenti abnormi[35], ai sensi dell'art. 111 Cost. [36], lo strumento idoneo a ripristinare la neutralità degli atti lesivi del principio di non colpevolezza. Ciò consentiva di poter censurare in sede di legittimità – in deroga al principio di tassatività delle impugnazioni – tutti quei provvedimenti affetti da vizi molto gravi per i quali il legislatore non aveva previsto alcun rimedio[37].

---

[33] C. eur. GC, 12.7.2013, *Allen c. Regno Unito,* cit.
[34] T. Mucci, *L'effettività dell'art. 115* bis *c.p.p. a tutela presunzione di innocenza, tra dimensione processuale ed extra processuale: il recente approdo della Cassazione*, in *PDP* 25 giugno 2025.
[35] A. Capone, *L'invalidità nel processo penale. Tra teoria e dogmatica*, Milano 2012, 229 ss.; E. M. Catalano, *Giurisprudenza creativa nel processo penale italiano e nella common law: abnormità, inesistenza e* plain error rule, in *RIDPP* 1996, 299 ss.; V. Maffeo, *L'abnormità,* in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura A. Marandola, Milano 2015, 235 ss.
[36] Cass. pen., 18.3.1999 n. 1560, in *ANPP* 1999, 272, in cui i giudici di legittimità hanno dichiarato «abnorme, e pertanto ricorribile per cassazione da parte dell'indagato, il provvedimento di archiviazione adottato per la ritenuta presenza di una causa estintiva del reato ipotizzato, nella cui motivazione, in contrasto con la sua natura meramente dichiarativa e delibativa, e nell'erroneo presupposto che anche in sede di archiviazione trovi applicazione la disciplina dettata dall'art. 129 c.p.p., si dia ampia dimostrazione della ritenuta configurabilità del reato anzidetto a carico del medesimo indagato, così indebitamente operando uno specifico accertamento "*in malam partem*" nei confronti di soggetto a carico del quale non è stata esercitata azione penale; e ciò indipendentemente dalla correttezza o infondatezza della motivazione in questione».
[37] T. Mucci, *op. cit*.

L'introduzione della disposizione in esame ha inevitabilmente posto il problema del coordinamento tra il nuovo rimedio tipico e quello, di origine pretoria, fondato sulla categoria dell'abnormità. Ci si è interrogati, in particolare, se i due strumenti fossero destinati a convivere, potendo essere esperiti alternativamente o cumulativamente, ovvero se il procedimento di correzione avesse integralmente sostituito il precedente rimedio del ricorso per cassazione per abnormità dell'atto.

A dirimere tale questione è intervenuta la Suprema Corte[38] che ha definito il rapporto tra i due istituti in termini di esclusività. Nello specifico, la questione traeva origine dalla presentazione di un'istanza di correzione *ex* art. 115-*bis* Cpp avverso un decreto di archiviazione ritenuto lesivo del principio di non colpevolezza sancito dall'art. 27, comma 2, Cost. Il ricorrente, destinatario di un provvedimento di archiviazione dal tenore "colpevolista", aveva dapprima presentato istanza di correzione, dichiarata inammissibile dal G.i.p.; aveva poi proposto opposizione, rigettata con ordinanza dal Presidente del medesimo Tribunale; infine, aveva adito la Corte di Cassazione, denunciando l'abnormità del decreto e chiedendone l'annullamento. È proprio in tale contesto che quest'ultima ha avuto modo di pronunciarsi sul riparto tra i due rimedi, definendone la fisionomia.

La pronuncia si colloca nel solco tracciato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 41 del 2024[39], che aveva rimesso alla giurisprudenza di legittimità il compito di individuare il rimedio appropriato nelle ipotesi di provvedimenti di archiviazione recanti indebite valutazioni sulla responsabilità dell'indagato. Il Giudice delle leggi, in quella sede, aveva chiarito che richieste e decreti di archiviazione i quali, anziché limitarsi a ricostruire il fatto nei termini strettamente necessari, si spingano ad esprimere giudizi sulla colpevolezza dell'interessato, violano in modo eclatante tanto la presunzione di non colpevolezza quanto il diritto di difesa dell'indagato, risultando concretamente idonei a produrre – ove vengano a conoscenza di terzi – gravi pregiudizi alla reputazione e alla vita privata, familiare, sociale e professionale della persona coinvolta.

La Consulta aveva, altresì, sottolineato che l'art. 115-*bis* Cpp, attribuisce alla persona sottoposta a indagini un diritto immediatamente azionabile alla correzione dei provvedimenti lesivi della presunzione di innocenza.

Recependo tale sollecitazione, la Corte di Cassazione ha escluso la cumulabilità e l'alternatività dei due strumenti, affermando che l'introduzione dell'art. 115-*bis* Cpp ha determinato il definitivo superamento del ricorso per abnormità nelle ipotesi di provvedimenti lesivi della presunzione di innocenza. Dunque, secondo i giudici di piazza Cavour, il procedimento di correzione di cui all'art. 115-*bis* Cpp, costituisce oggi il rimedio tipico predisposto dall'ordinamento e, in quanto tale, assorbe integralmente quello di origine giurisprudenziale, il quale conserva carattere esclusivamente residuale.

L'approdo interpretativo cui è pervenuta la Suprema Corte, pur dotato di coerenza sistematica, non è esente da rilievi critici sotto il profilo dell'effettività della tutela. La sostituzione del ricorso straordinario per abnormità con il procedimento di correzione disciplinato dall'art. 115-*bis* Cpp determina, infatti, un evidente ridimensionamento delle garanzie riconosciute all'indagato[40]. Il controllo non è più affidato a un giudice superiore e terzo rispetto a quello che

[38] Cass. 6.11.2024 n. 1276, con nota di G. Filippelli, *L'efficacia del rimedio della presunzione di non colpevolezza ex art. 115-bis c.p.p.*, in *DPP* 2025, 1051 ss.; P. Pepe, *Davvero effettiva la tutela endoprocedimentale a salvaguardia della presunzione di innocenza?*, in *PPG* 2025, 926 ss.; S. Piergiovanni, *Le potenzialità lesive dell'archiviazione: tra neutralità perduta e rimedi ineffettivi*, in *CP* 2025, 2792.

[39] C. cost., 11.03.2024 n. 41 in *GD 2024, 12* con nota di A. Marandola, *Archiviazione per prescrizione con affermazioni di responsabilità: esclusa la sua contestabilità processuale*, in *GC* 2024, 515C.

[40] Per converso, il nuovo rimedio presenta, rispetto al previgente ricorso per abnormità, un profilo di maggiore ampiezza applicativa: l'istanza di correzione di cui all'art. 115-*bis* Cpp è, infatti, esperibile anche avverso gli atti

ha emesso il provvedimento censurato, bensì allo stesso magistrato autore dell'atto; inoltre, il nuovo rimedio non produce effetti caducatori, limitandosi a consentire una correzione del provvedimento senza incidere sulla sua validità né prevedere un controllo esterno sull'adeguatezza dell'intervento.
Sotto questo profilo, la conclusione della Corte di Cassazione sembra fondarsi sull'implicita equiparazione tra due rimedi che, sul piano strutturale e funzionale, presentano caratteristiche profondamente differenti. Il ricorso per abnormità assicurava un controllo di legittimità esercitato da un organo terzo e poteva condurre all'annullamento del provvedimento, con effetti demolitori immediati. Il procedimento disciplinato dall'art. 115-*bis* Cpp, al contrario, attribuisce il potere correttivo allo stesso giudice autore dell'atto e si conclude con un intervento meramente emendativo, privo di effetti caducatori. Ne consegue che il nuovo rimedio, pur avendo il pregio di colmare il precedente vuoto normativo, non appare funzionalmente equivalente a quello che ha sostituito e offre una tutela strutturalmente meno incisiva della presunzione di innocenza.

4. L'insoddisfazione che, nel complesso, suscita il d.lgs. 188/2021 è destinata ad accentuarsi ove si consideri anche la dimensione mediatica che caratterizza sempre più frequentemente taluni procedimenti penali.
Se, infatti, sul piano strettamente processuale il legislatore italiano ha tentato – sia pure attraverso uno strumento non esente da ambiguità e suscettibile delle critiche già evidenziate – di rafforzare la tutela della presunzione di innocenza mediante l'introduzione del suddetto rimedio, ben diverso appare il quadro sul versante extraprocessuale.
Sotto questo profilo il legislatore è intervenuto mediante l'art. 3 del d.lgs. 188/2021 disciplinando la comunicazione istituzionale delle notizie giudiziarie agli organi di stampa[41], prevedendo che la stessa debba avvenire ad opera del Procuratore della Repubblica o di un magistrato da esso designato, rispettando alcuni requisiti necessari a tutelare la presunzione di innocenza[42]. Si tratta, tuttavia, di una disciplina che, pur apprezzabile nelle finalità perseguite, affronta soltanto uno dei possibili canali attraverso i quali la presunzione di innocenza può essere compromessa, lasciando sostanzialmente irrisolto il problema ben più ampio della costruzione mediatica della colpevolezza, nonostante l'art. 5 della Direttiva (UE) 2016/343 imponga agli Stati membri di adottare «misure appropriate per garantire che gli indagati e imputati non siano presentati come colpevoli, in tribunale o in pubblico, attraverso il ricorso a misure di coercizione fisica».
L'ordinamento interno continua, pertanto, a registrare un evidente *deficit* di tutela, poiché nessun intervento riformatore è sinora riuscito a realizzare un effettivo bilanciamento tra il diritto di cronaca giudiziaria e il rispetto della presunzione di innocenza, intesa non soltanto quale garanzia processuale, ma anche come forma di presidio della dignità della persona.
La tensione tra questi valori non è, certo, fenomeno recente, ma ha assunto dimensioni qualitativamente nuove per effetto della proliferazione degli strumenti di diffusione

del pubblico ministero lesivi della presunzione di innocenza, con competenza del giudice per le indagini preliminari. L'istituto consente, pertanto, di censurare, fatte salve le categorie di provvedimenti espressamente escluse dalla norma, non soltanto gli atti emessi dall'organo giudicante, ma anche quelli del pubblico ministero. Così T. Mucci, *op. cit.*

[41] Oltre al d.lgs. 188/2021, la materia è stata trattata dall'art.5 d.lgs. 106/2006 e dalla risoluzione del CSM dell'11 luglio 2018 (contenente le linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale), aggiornata con delibera del 10 giugno 2026, in *csm.it.*

[42] Sul punto G. Caneschi, *op. cit.*, 15, sottolinea come la prospettiva di una tutela effettiva della presunzione di innocenza sembri solo illusoria, in quanto ritiene che l'attribuzione al Procuratore della Repubblica del potere esclusivo di informare la stampa sia finalizzata a salvaguardare l'immagine della Procura, non quella dell'imputato.

dell'informazione. I *social network*, in particolare, hanno radicalmente alterato le coordinate temporali e semantiche del giornalismo giudiziario[43]: la velocità di diffusione si è moltiplicata, mentre la qualità dell'informazione ha subìto un progressivo deterioramento[44]. Il criterio che governa tali strumenti non è orientato tanto alla tutela del diritto all'informazione quanto, piuttosto, alla massimizzazione delle visualizzazioni e delle condivisioni, secondo la logica di quella che è stata efficacemente definita come la «tirannia dell'*audience*»[45].
È proprio all'interno di questo mutato scenario comunicativo che trova terreno fertile il c.d. *processo mediatico*[46]: un rito parallelo e spesso anticipato rispetto a quello che si svolge nelle aule di giustizia, che ne riproduce i simboli e il linguaggio senza tuttavia rispettarne le garanzie procedurali. Un fenomeno che, lungi dall'esaurirsi nello spazio dell'informazione, può incidere concretamente sul procedimento penale, giungendo talvolta a influenzare, sia pure indirettamente, la stessa valutazione giudiziale[47].
Così, l'avvio di un procedimento penale diviene il fulcro di una vera e propria spettacolarizzazione della giustizia. L'attenzione della stampa e dell'opinione pubblica non si concentra sulla fase dibattimentale – per sua natura lenta, tecnica e scarsamente spettacolare – bensì su quella delle indagini preliminari[48], privilegiando i momenti di maggior impatto emotivo, ovvero quelli immediatamente successivi all'emersione di un fatto di reato, quali l'arresto, la perquisizione, la divulgazione di intercettazioni. Proprio nella fase in cui le ipotesi investigative sono ancora in via di formazione e le garanzie difensive non hanno ancora potuto dispiegare pienamente i propri effetti, le ipotesi investigative vengono presentate come verità apparentemente incontestabili: la ricostruzione mediatica dei fatti viene proposta in forma semplificata e spesso deformata, fino a generare nella collettività una percezione anticipata di colpevolezza che non di rado si cristallizza irreversibilmente prima ancora che il procedimento abbia preso avvio nella sede propria[49].
Un ruolo determinante in questo processo è svolto dal profondo divario linguistico che separa i due piani della comunicazione. Il processo penale si esprime attraverso un registro freddo, tecnico, talora volutamente laconico, ancorato a regole logico-giuridiche rigorose che impongono cautela nell'attribuzione della responsabilità e che si sottraggono alla

[43] Sempre più spesso le notizie vengono fatte circolare sui *social network* da soggetti neppure appartenenti agli albi professionali dei giornalisti, come evidenzia G. Caneschi, *op. cit.*, 4. In argomento si veda anche E. Scaroina, *Giustizia penale e comunicazione nell'era di Twitter tra controllo democratico e tutela dell'onore*, in *AP* 2019.
[44] Si tratta di un fenomeno che assume dimensioni globali: per un'analisi comparatistica con Francia, Spagna e Germania, si rinvia a N. Recchia, *Giustizia penale e informazione giudiziaria: spunti comparatistici per il dibattito italiano*, in *DPenCont* 2017, 129 ss.; P. Sammarco, *La presunzione di innocenza. Un nuovo diritto della personalità*, Milano 2022, 80 ss.; S. Turchetti, *Cronaca giudiziaria e responsabilità penale del giornalista*, Roma 2014.
[45] E. Amodio, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media e fiction*, Milano 2016, 127.
[46] La fenomenologia del c.d. "processo penale mediatico" è oggetto di numerosi contributi: v., *ex multis*, E. Amodio, *op. cit*.; G. Canzio, *La presunzione di innocenza fra rito mediatico e populismo penale. Una questione (anche) di linguaggio e comunicazione istituzionale*, in *Giust. Ins.*, 7.5.2026.
G. Giostra, voce *Processo penale mediatico*, in *ED*, Annali, X, 2017, 646 ss.; V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali e sul giusto processo*, Bologna 2022.
[47] M. Colamussi, *Il libero convincimento del giudice tra divieto di pubblicazione degli atti e diritto all'informazione,* in *PPG* 2021, 279ss.; G. Giostra, voce *Processo penale mediatico*, cit., 646 ss.; G. Giostra, *L'opinione pubblica in tribunale e il tribunale dell'opinione pubblica*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento (Atti del convegno, Foggia, 5-6 maggio 2006)*, a cura di M. N. Miletti, Milano 2006, 529; V. Manes, *op. cit.* Da ultimo questo aspetto è stato evidenziato da E. Lupo, *Recensione a V. Manes, L'imparzialità del giudice nel turbine della "giustizia mediatica", Editoriale scientifica, 2025***,** in SP, 12.1.2026.

[48] E. Amodio, *op. cit.*, 131 ss.
[49] G. Giostra, *La giustizia penale nello specchio deformante della cronaca giudiziaria*, in *Media laws* 2018, 23 ss.

semplificazione[50]. Il racconto mediatico, per converso, fa ricorso a un linguaggio calibrato sull'obiettivo di veicolare l'apparenza come certezza, costruito per esasperare i toni e per rispondere alle attese emotive del pubblico, in netta antitesi con le cadenze proprie della giurisdizione. È in questo scarto – tra la cautela che caratterizza la fase processuale e la perentorietà retorica del racconto mediatico – che si annida il meccanismo attraverso il quale la presunzione di innocenza viene sistematicamente erosa prima ancora che il giudice abbia avuto modo di pronunciarsi.

Da questo squilibrio deriva un'ulteriore conseguenza, tanto frequente quanto problematica: la frammentazione della narrazione giudiziaria. L'attenzione informativa si concentra quasi esclusivamente sul momento dell'arresto, mentre gli sviluppi successivi del procedimento raramente ricevono analoga visibilità, neppure quando si concludano con una pronuncia assolutoria. In tal modo, anche chi venga successivamente riconosciuto innocente continua spesso a essere percepito come colpevole dall'opinione pubblica. La logica dell'*audience*, infatti, privilegia la notizia dell'accusa rispetto a quella dell'assoluzione, poiché quest'ultima difficilmente soddisfa quella diffusa domanda di punizione che alimenta l'interesse mediatico. Il risultato è una sostanziale vanificazione delle garanzie processuali, con l'indagato che, come icasticamente si è detto, viene immolato «sull'altare sacrificale della responsabilità»[51].

Tra le manifestazioni più gravi e, per certi versi, più insidiose di questo fenomeno si colloca la pubblicazione di immagini che ritraggono soggetti – indagati o imputati – la cui libertà personale è ristretta mediante l'utilizzo di strumenti di coercizione fisica, quali ad esempio l'utilizzo delle manette. Il soggetto ritratto in stato di arresto, ammanettato, spesso in posizioni di evidente prostrazione fisica o psicologica, viene consegnato all'opinione pubblica già insignito del marchio della colpevolezza, in una rappresentazione simbolica che anticipa e pregiudica irreversibilmente qualsiasi futura valutazione giurisdizionale[52] e che devasta la vita personale di chi si trova a dover fronteggiare non soltanto l'esperienza processuale, ma anche il trauma dell'esposizione mediatica.

Tali episodi[53] non costituiscono affatto eccezioni isolate, ma rappresentano la manifestazione di una prassi consolidata e sistematicamente reiterata, che l'ordinamento interno non è ancora riuscito né a prevenire efficacemente né a contenere in misura adeguata. La loro persistente diffusione dimostra come la tutela della presunzione di innocenza continui a scontrarsi con

[50] C. Cupelli, *Il bilanciamento tra diritto di cronaca e dignità della persona: la dis-informazione giudiziaria e l'ingiustizia mediatica*, in *Danno resp.* 2024, 414.

[51] E. Amodio, *op. cit*., 135

[52] Sul problema della tutela dell'immagine dell'imputato *in vinculis* v. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009, 173 ss.

[53] La concretezza di tale pregiudizio è attestata da episodi ormai emblematici. Si pensi alla diffusione del video che ritraeva soggetti arrestati a Bari, ammanettati e ripresi contro un muro o accasciati a terra, mentre venivano loro applicate e rimosse barbe e baffi adesivi, in un contesto di evidente deumanizzazione; alle fotografie del presunto responsabile dell'omicidio del vicebrigadiere Mario Cerciello Rega, ritratto bendato e ammanettato all'interno di una caserma e reso pubblico prima di qualsiasi accertamento definitivo; alle immagini dei presunti responsabili dell'omicidio di Luca Sacchi, ritratti ammanettati o stretti tra due carabinieri. Se si volge lo sguardo più indietro nel tempo, il riferimento non può che andare alle drammatiche immagini scattate durante i fatti del G8 di Genova, uno degli episodi più gravi di sospensione dei diritti fondamentali verificatisi in Italia dal secondo dopoguerra ad oggi. Proprio in quel contesto, la diffusione di fotografie e riprese contribuì a veicolare, nell'immaginario collettivo, l'immagine di numerosi soggetti – manifestanti e semplici passanti – come autori di condotte illecite o violente, ben prima di qualsiasi verifica giudiziaria. Se quest'ultimo caso rappresenta probabilmente il punto più estremo del fenomeno, esso rende particolarmente evidente la capacità delle immagini di anticipare e condizionare il giudizio sociale sulla persona coinvolta nel procedimento penale, sovrapponendo la percezione della colpevolezza all'accertamento processuale.

modalità comunicative idonee a veicolare giudizi anticipati di responsabilità, destinati spesso a radicarsi nell'opinione pubblica ben prima dell'accertamento giudiziale[54].
Questa anticipazione non è priva di conseguenze concrete sul piano delle scelte processuali: il discredito pubblico che si consolida attorno alla figura del soggetto ritratto *in vinculis* ne indebolisce la capacità di difesa e può orientarlo verso condotte processuali – quali la rinuncia al diritto al silenzio o il rilascio di dichiarazioni non pienamente libere – che non avrebbe adottato in assenza di quella pressione reputazionale esterna. Si tratta, in definitiva, di un'interferenza indiretta, ma per ciò non meno grave, sulle garanzie difensive, che si aggiunge alle lesioni già descritte e che contribuisce a delineare il quadro complessivo di inadeguatezza del sistema interno rispetto agli *standard* imposti dalla direttiva 2016/343/UE[55].
A questo quadro, già intriso di notevoli aspetti critici, si aggiunge una sfida ulteriore, destinata ad assumere un rilievo sempre maggiore: la diffusione di immagini generate mediante strumenti di intelligenza artificiale. Le nuove tecnologie consentono, infatti, di creare contenuti visivi estremamente realistici raffiguranti individui in situazioni di arresto, detenzione o comunque di restrizione della libertà personale, indipendentemente dall'effettivo verificarsi di tali circostanze. Ne deriva il rischio che soggetti sottoposti a indagini – o persino del tutto estranei a procedimenti penali – vengano rappresentati con manette ai polsi o in altri contesti fortemente evocativi della colpevolezza, attraverso immagini "sintetiche"[56] idonee a generare nell'osservatore la convinzione della loro responsabilità.
Il pericolo risulta particolarmente insidioso in ragione dell'elevato grado di verosimiglianza raggiunto dai sistemi di intelligenza artificiale generativa. La distinzione tra contenuto autentico e contenuto artificiale diviene sempre più difficile, se non impossibile, per il destinatario medio dell'informazione, con la conseguenza che la diffusione di immagini false potrebbe produrre effetti sulla reputazione immediati e potenzialmente irreversibili. In questa prospettiva, l'intelligenza artificiale non si limita ad amplificare i rischi già connessi alla divulgazione di immagini reali di persone private della libertà, ma introduce una dimensione ulteriore del problema, consentendo di «costruire» artificialmente una rappresentazione della coercizione personale anche quando nessuna immagine reale esista[57].
La lesione della presunzione di innocenza e della dignità della persona assume così una portata ancora più allarmante: non soltanto perché il pregiudizio si diffonde con rapidità e capillarità attraverso le piattaforme digitali, ma anche perché gli strumenti giuridici tradizionali, concepiti per reagire alla diffusione di contenuti autentici, appaiono oggi largamente inadeguati a fronteggiare la circolazione di immagini sintetiche, la cui origine e falsità risultano spesso

[54] Sull'anticipazione del giudizio di colpevolezza generato dalla pubblicazione di notizie da parte degli organi di stampa si veda L. Camaldo, *La pubblicazione degli atti processuali tra giusto processo e libertà di stampa*, Milano 2012, 8 ss.; C. De Martini, *Cronaca giudiziaria e presunzione di innocenza, in Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1997, 195.
[55] L. Camaldo, *La tutela delle persone* in vinculis, in *Informazione e giustizia penale. Dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico*, a cura di N. Triggiani, Bari 2022, 367.
[56] S. Quattrocolo, *Nuove sfide per la giustizia penale: la rilevanza processuale di immagini e suoni sintetici*, in *Giudizio penale e intelligenza artificiale. Una riflessione sistemica*, a cura di A. Incampo e N. Triggiani, Bari 2026, 279 ss.
[57] Particolarmente significativo è il caso delle immagini generate dall'intelligenza artificiale che ritraggono Vladimir Putin e Donald Trump in stato di arresto o comunque sottoposti a forme di coercizione personale. Tali contenuti, poi smentiti, hanno dimostrato il livello di realismo ormai raggiunto dagli strumenti di intelligenza artificiale generativa. Se la rapida identificazione della falsità è stata favorita dall'eccezionale notorietà dei soggetti coinvolti, non altrettanto può dirsi per le persone comuni, rispetto alle quali la verifica dell'autenticità dell'immagine potrebbe rivelarsi assai più problematica, amplificando il rischio di lesioni irreparabili alla reputazione, alla dignità personale e alla stessa presunzione di innocenza.

difficilmente accertabili e, una volta diffuse, pressoché impossibili da eliminare integralmente dallo spazio "mediatico".

4.1. A fronte delle insidie sin qui descritte, il sistema processuale penale si rivela sprovvisto di strumenti efficaci idonei ad arginare il fenomeno in questione. Gli interventi normativi succedutisi nel tempo, anche in attuazione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, hanno infatti inciso soltanto su profili circoscritti, dando luogo a una tutela frammentaria e priva di un'effettiva capacità dissuasiva.
Il presidio normativo attualmente vigente in materia è rinvenibile nell'art. 114 Cpp, e segnatamente nel comma 6-*bis*, introdotto ad opera dell'art. 14 della l. 16 dicembre 1999, n. 479[58], che vieta espressamente la ripresa e la diffusione di immagini di soggetti sottoposti all'uso di manette ai polsi ovvero ad altro mezzo di coercizione fisica[59], e nel comma 6-*ter*[60], aggiunto nell'art. 114 c.p.p. con d.lgs. 10 dicembre 2024, n. 198, il quale vieta la pubblicazione delle ordinanze applicative di misure cautelari personali fino alla conclusione delle indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare[61].
Volendo soffermarsi sul divieto di pubblicazione di immagini, bisogna evidenziare che il comma 6-*bis* dell'art. 114 Cpp costituisce l'unico presidio normativo specificamente dedicato a tale profilo. La disposizione si prefigge lo scopo di «porre freno alle forme di spettacolarizzazione della giustizia da tempo invalse nella cronaca giudiziaria»[62], vietando la diffusione, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, dell'immagine del soggetto in una condizione particolarmente umiliante, quale quella di chi si trova ammanettato o comunque sottoposto ad altro mezzo di coercizione fisica[63].
La disposizione, tuttavia, sconta un evidente limite strutturale, poiché il divieto non è assistito da alcuna sanzione specifica. L'unica conseguenza è contenuta nell'art. 115, comma 1, Cpp, il

[58] In data 23 dicembre del 2024 è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale il d.lgs., 10 dicembre 2024, n. 198 recante «Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali».

[59] A. Massaro, *Il divieto di pubblicazione di atti e di immagi*ni, in *Le recenti modifiche al codice di procedura penale, I, Le innovazioni in tema di indagini e di udienza preliminare* a cura di L. Kalb, Milano, 2000, 221; A. Presutti, *Libertà d'informazione e tutela dell'immagine nel contesto della novella del 1999*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 232; G. Spangher, *Divieto di pubblicazione dei soggetti* in vinculis, in *DPP*, 2000, 181.

[60] Le restanti disposizioni dell'articolo sono infatti prevalentemente finalizzate alla tutela della segretezza delle indagini e del corretto svolgimento del procedimento, perseguendo interessi che solo indirettamente si riflettono sulla salvaguardia della dignità, della reputazione e della riservatezza della persona sottoposta a procedimento penale.

[61] L'esame delle problematiche connesse al nuovo divieto di pubblicazione delle ordinanze applicative di misure cautelari personali meriterebbe una trattazione autonoma, che esula dai limiti del presente contributo. Sul tema, tra i tanti, M. Dinapoli, *Prime riflessioni sul decreto legislativo n. 198 del 10 dicembre 2024*, in *Dir. giust*. cost., 16 gennaio 2025; L. Giordano, *Il divieto di pubblicazione delle ordinanze che applicano misure cautelari personali in G.U.*, in *Quot. Giur.*, 24 dicembre 2024; G. Giostra, *Vietare la pubblicazione dell'ordinanza di custodia cautelare: una proposta funzionalmente e sistematicamente in difficoltà di senso*, in *SP* 7 ottobre 2024; F. Porcu, *Il divieto di pubblicazione delle ordinanze applicative di misure cautelari personali: il nuovo art. 114 c.p.p. fra* restyling *e restaurazione*, in DPP 2025, 569 ss.; A. Zampini, *Divieto di pubblicazione delle ordinanze che applicano misure cautelari personali: una scelta politica censurabile e costituzionalmente reprensibile*, in *QuestG*, 13 dicembre 2024.

[62] N. Triggiani, *Segreto processuale e divieto di pubblicazione* (diritto processuale penale), *cit.*, 1086.

[63] È interessante segnalare che la pubblicazione delle immagini ritraenti il soggetto ammanettato, oltre ad essere lesiva della dignità della persona coinvolta nel procedimento penale, si rivela spesso assolutamente non necessaria sul piano dell'informazione. Sul punto A. Presutti, *Libertà di informazione e tutela dell'immagine nel contesto della novella del 1999*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 231.

quale configura un illecito disciplinare soltanto quando il fatto sia «commesso da impiegati dello Stato o di altri enti pubblici ovvero da persone esercenti una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato».
L'ambito applicativo della sanzione risulta, dunque, circoscritto a categorie determinate di soggetti[64], con la conseguenza che restano privi di qualsivoglia risposta sanzionatoria proprio coloro che maggiormente traggono vantaggio dalla violazione del divieto – gli editori di periodici, i titolari di emittenti radiotelevisive – nonché, più in generale, chiunque operi al di fuori dei circuiti professionali regolamentati e che è in grado di assicurare una diffusione più ampia e immediata, come avviene tipicamente per coloro che svolgono la propria attività nell'ambito dei *social network*. La norma, quindi, risulta priva di effettività, finendo per legittimare implicitamente, nella prassi, le condotte che formalmente intende vietare.
A tale disposizione si affianca, sul piano deontologico, il Testo unico dei doveri del giornalista[65], che impone il rispetto della presunzione di non colpevolezza e vieta la pubblicazione di immagini lesive della dignità della persona, riconoscendo una tutela specifica ai soggetti che si trovano in stato di detenzione. Anche questo sistema, tuttavia, mostra evidenti limiti applicativi, poiché le sanzioni disciplinari[66] risultano scarsamente applicate e, comunque, inidonee a esercitare un'effettiva funzione preventiva. Va inoltre rilevato che, sebbene l'art. 115 Cpp faccia salve le sanzioni previste dalla legge penale – ammettendo in astratto il concorso tra sanzione disciplinare e sanzione penale –, nell'ipotesi di violazione del divieto di pubblicazione dell'immagine del soggetto in manette non risulta applicabile né la fattispecie di cui all'art. 684 Cp, che fa espresso riferimento ad atti e documenti del procedimento penale, né quella contenuta all'art. 615-*bis*, comma 2, Cp, la quale presuppone l'illecita captazione di immagini attinenti alla vita privata mediante accesso ai luoghi di privata dimora. Ne consegue che la ripresa e la diffusione dell'immagine del soggetto ammanettato non integrano, di regola, alcuna fattispecie criminosa, con conseguente carenza, allo stato, di un presidio sanzionatorio per la condotta in esame[67].
Sul versante civilistico permane la possibilità di ricorrere all'art. 10 c.c., ottenendo l'inibitoria e il risarcimento del danno per pubblicazione dell'immagine fuori dai casi consentiti dalla

[64] Nella *Relazione al progetto preliminare del codice di procedure penale*, in *G.U.*, 24 ottobre 1988, 97, vengono indicati come possibili autori della violazione: magistrati, personale giudiziario ausiliario, personale della polizia giudiziaria, avvocati, procuratori e professionisti in genere, periti e consulenti tecnici, giornalisti e pubblicisti, ecc.
[65] Il Testo unico dei doveri del giornalista, all'art. 8, dedicato alla "Cronaca giudiziaria e processi in tv", dispone che «Il giornalista: a) rispetta sempre e comunque il diritto alla presunzione di non colpevolezza. In caso di assoluzione o proscioglimento, ne dà notizia sempre con appropriato rilievo e aggiorna quanto pubblicato precedentemente, in special modo per quanto riguarda le testate online; b) osserva la massima cautela nel diffondere nomi e immagini di persone incriminate per reati minori o condannate a pene lievissime, salvo i casi di particolare rilevanza sociale; c) evita, nel riportare il contenuto di qualunque atto processuale o d'indagine, di citare persone il cui ruolo non sia essenziale per la comprensione dei fatti; d) nelle trasmissioni televisive rispetta il principio del contraddittorio delle tesi, assicurando la presenza e la pari opportunità nel confronto dialettico tra i soggetti che le sostengono – comunque diversi dalle parti che si confrontano nel processo – garantendo il principio di buona fede e continenza nella corretta ricostruzione degli avvenimenti; e) cura che risultino chiare le differenze fra documentazione e rappresentazione, fra cronaca e commento, fra indagato, imputato e condannato, fra pubblico ministero e giudice, fra accusa e difesa, fra carattere non definitivo e definitivo dei provvedimenti e delle decisioni nell'evoluzione delle fasi e dei gradi dei procedimenti e dei giudizi».
[66] Le sanzioni disciplinari applicabili ai giornalisti sono regolate dall'art. 13 della l. 3 febbraio 1963, n. 69, che le articola in quattro tipologie graduate per gravità: avvertimento, censura, sospensione e radiazione. Tali misure sono irrogabili esclusivamente nei confronti dei soggetti iscritti all'albo dei giornalisti, negli elenchi o nel registro dei praticanti. Sul piano procedimentale, l'accertamento delle violazioni del Testo unico dei doveri del giornalista e l'adozione delle eventuali misure correttive sono riservati alla competenza di un apposito Comitato costituito presso l'AGCOM, ferma restando la competenza esclusiva dell'Ordine dei Giornalisti quanto all'irrogazione delle sanzioni disciplinari nei confronti dei propri iscritti. L. Camaldo, *La tutela delle persone* in vinculis, cit., 373.
[67] L. Camaldo, *La tutela delle persone* in vinculis, cit., 374.

legge; si tratta, tuttavia, di una tutela necessariamente successiva alla diffusione del contenuto e, pertanto, incapace di impedire che il pregiudizio si produca e si diffonda.
In questa materia è intervenuto anche il Garante per la protezione dei dati personali, il quale ha precisato che il giornalista, nel diffondere immagini documentanti operazioni di arresto, deve conformarsi sia ai parametri generali in materia di trattamento dei dati – tra cui quello che impone di acquisire le informazioni in modo lecito e corretto e di diffonderle previa valutazione della loro essenzialità rispetto alla notizia riferita – sia al principio specifico posto a tutela della dignità dei soggetti sottoposti ad arresto, principio che è alla base delle limitazioni sancite dall'art. 114, comma 6-*bis*, Cpp[68]. Dopo qualche anno, il Garante è tornato a pronunciarsi sulla questione, affermando che la pubblicazione di immagini di persone con manette ai polsi è illecito anche se le immagini sono state diffuse tramite un video pubblicato dall'Arma dei carabinieri, precisando che la sola pixellatura delle manette e dei polsi delle persone arrestate, i cui volti risultano invece chiaramente visibili, non è sufficiente ad assicurare il rispetto, da parte del titolare del trattamento dei divieti[69].
È, dunque, evidente come il complesso degli strumenti sin qui esaminati – disciplinari, penali e civilistici – non sia idoneo, né singolarmente né nella loro combinazione, ad arginare efficacemente le prassi distorte descritte.
In questo quadro merita, infine, attenzione il profilo relativo alle immagini generate mediante strumenti di intelligenza artificiale che, come anticipato, rappresenta la nuova frontiera della potenziale violazione della presunzione di innocenza. La diffusione di tali immagini sintetiche potrebbe in astratto essere ricondotta alla fattispecie di cui all'art. 612-*quater* Cp, rubricato «Illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale»[70] che punisce chiunque cagiona un danno ingiusto ad una persona, pubblicando o altrimenti diffondendo, senza il suo consenso, immagini alterate mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale. Tuttavia, l'applicazione di tale disposizione presuppone la previa verifica della natura sintetica del contenuto diffuso, operazione che – come si è già osservato – si rivela, nella prassi, particolarmente complessa e, per un comune utente, talvolta persino impossibile. Ove detto accertamento risulti praticabile, la condotta di diffusione di immagini sintetiche lesive della presunzione di innocenza troverebbe una risposta sanzionatoria significativamente più incisiva rispetto ai meri divieti disciplinari sin qui analizzati; ma si tratta di un percorso applicativo ancora incerto e tutt'altro che consolidato.
Proprio questa perdurante inadeguatezza del sistema interno – incapace di arginare la prassi dello *show* dell'arresto nelle sue forme tradizionali e ancor più in quelle emergenti – non è

[68] Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, 18 maggio 2012, n. 1900914, in wwww.garanteprivacy.it. Nel caso di specie, erano state diffuse le immagini dell'arresto di soggetti indagati, effettuato dai Carabinieri nell'ambito di un'operazione antimafia. Il Garante ha rilevato che la diffusione in chiaro delle immagini relative all'arresto – comprendenti riprese in primo piano di soggetti anche semisvestiti all'interno della propria abitazione privata, nel momento dell'irruzione delle forze dell'ordine – fosse incompatibile con il quadro normativo vigente e con il rispetto della dignità umana.
[69] Provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali, 25 febbraio 2021, n. 85, in wwww.garanteprivacy.it.
[70] Art. 612 *quater* Cp - Illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale: «1. Chiunque cagiona un danno ingiusto ad una persona, cedendo, pubblicando o altrimenti diffondendo, senza il suo consenso, immagini, video o voci falsificati o alterati mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale e idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. 2. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio ovvero se è commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità, o di una pubblica autorità a causa delle funzioni esercitate». Per un'analisi sul nuovo reato v. B. Fragasso, *Profili penalistici dell'intelligenza artificiale: osservazioni a prima lettura*, in *SP* 2025, n. 10, 157 ss.; A. Milione, *Il diritto penale alla prova dell'intelligenza artificiale: alcune riflessioni intorno all'art. 612*-quater *c.p.*, in *GP* 15 maggio 2026. Per una prospettiva processul-penalistica si veda S. Quattrocolo, *op. cit.*, 290 ss.

rimasta inosservata a livello europeo. Non sorprende, pertanto, che la Commissione europea abbia avviato una procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia, denunciando l'insufficienza dei meccanismi previsti dal diritto interno a garantire un rispetto effettivo della presunzione di innocenza così come delineata dalla direttiva 2016/343/UE. In particolare, sul versante specifico della comunicazione mediatica, il recepimento italiano della direttiva si è rivelato sostanzialmente monco: nessun intervento organico ha accompagnato la disciplina del divieto di pubblicazione di immagini coercitive, né è stata introdotta alcuna forma di tutela realmente dissuasiva. Ciò nonostante, il legislatore nazionale non sembra aver ancora tratto le conseguenze necessarie da tale rilievo, con il risultato che i rilievi posti a fondamento della procedura d'infrazione rischiano di restare – almeno nel breve periodo – privi di riscontro.

5. Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti inducono a interrogarsi sull'effettiva capacità dell'ordinamento di garantire una tutela adeguata alla presunzione di innocenza e, conseguentemente, sulle possibili direttrici di un futuro intervento riformatore.
Occorre anzitutto riconoscere che nessuna modifica normativa è in grado, da sola, di assicurare il pieno rispetto di tale principio. La presunzione di innocenza costituisce, infatti, non soltanto una regola giuridica, ma anche un valore culturale che richiede una diffusa consapevolezza sociale del significato e della funzione che essa svolge all'interno dello Stato di diritto. In assenza di tale consapevolezza, qualsiasi intervento legislativo rischia di rimanere confinato ad una dimensione puramente formale.
Ciò nondimeno, l'esistenza di un problema culturale non può tradursi in un argomento volto a giustificare l'inazione del legislatore. Al contrario, proprio le criticità emerse negli ultimi anni dimostrano la necessità di rafforzare gli strumenti di tutela attualmente disponibili.
Sotto questo profilo, deve essere certamente apprezzato lo sforzo compiuto dal legislatore con l'introduzione dell'art. 115-*bis* Cpp, rubricato «Garanzia della presunzione di innocenza». Tuttavia, al di là del titolo – certamente evocativo – dal punto di vista pratico lo strumento non registra un impatto apprezzabile, come emerge dalle criticità già evidenziate nei paragrafi precedenti.
La norma rischia così di assumere i tratti di una mera proclamazione di principio, più vicina a un manifesto celebrativo che a un presidio effettivamente operativo[71], configurandosi, nei fatti, come una trasposizione pedissequa del contenuto della direttiva 2016/343/UE, priva di quel minimo sforzo interpretativo che sarebbe stato necessario per adattarne i contenuti alle peculiarità del sistema processuale interno. A ciò si aggiunge l'oscurità della disciplina, che avrebbe richiesto quanto meno una relazione illustrativa più chiara e dettagliata, capace di orientarne l'applicazione.
Rimane aperta, dunque, la questione se la scelta del legislatore sia stata dettata dalla sola necessità di scongiurare una procedura di infrazione ovvero da un più meditato intento di rendere effettivo il principio in questione. In ogni caso, l'auspicio è che le criticità emerse in sede applicativa costituiscano il presupposto per un intervento correttivo capace di chiarire i punti più controversi della disciplina in esame, dotando, al contempo, il sistema di strumenti realmente efficaci. In questa prospettiva, potrebbe prendersi in considerazione, tra l'altro, un coordinamento tra il rimedio di cui all'art. 115-*bis* Cpp e il ricorso per cassazione per abnormità – oggi precluso alla luce degli sviluppi giurisprudenziali sopra esaminati – il quale, a differenza del nuovo strumento di correzione, consentiva di ottenere l'annullamento senza rinvio dell'atto

[71] M. Cazzaniga, *Teoria e prassi della presunzione di non colpevolezza: la Corte costituzionale tra divieto di rinuncia alla prescrizione per l'indagato e neutralità delle indagini preliminari*, in *RIDPP*, 1.9.2024, 1209 ss., definisce tale rimedio un mero "palliativo", a causa della mancata interiorizzazione del principio della presunzione di innocenza. In questo senso si veda anche G. Caneschi, op. cit., 891 ss.; G. Varano, *Un garante dei diritti delle persone sottoposte ad indagine e processo*, in *Dir. Dif.*, 1.12.2021, 779 ss.

lesivo della presunzione di innocenza, con la conseguente restituzione degli atti al pubblico ministero o al giudice competente[72].
Sul versante extraprocessuale, il problema si presenta di natura strutturalmente diversa e di assai più difficile soluzione. Come sopra evidenziato, l'attenzione del legislatore si è limitata alla fase processuale, lasciando del tutto scoperta la dimensione extraprocedimentale e, in particolare, quella preprocessuale, ove il pregiudizio alla presunzione di innocenza si manifesta con maggiore frequenza e con conseguenze spesso irreversibili. Qui non si tratta di migliorare un istituto già esistente, ma di elaborare rimedi *ex novo*, atteso che quelli attualmente disponibili si rivelano strutturalmente inidonei allo scopo.
La prassi distorta della pubblicazione di immagini che ritraggono persone private della libertà personale mediante l'utilizzo di mezzi di coercizione fisica, e più in generale del c.d. "processo mediatico", si fonda su dinamiche economiche e comunicative consolidate, dalle quali trae vantaggio una fetta crescente del giornalismo, o "paragiornalismo", contemporaneo. A questa logica contribuisce una pluralità eterogenea di soggetti – giornalisti, editori, opinionisti, divulgatori e "esperti mediatici" di varia provenienza[73] – ciascuno dei quali, per parte propria, concorre a lacerare quel "velo" di protezione che la presunzione di innocenza dovrebbe garantire all'indagato e all'imputato.
Si impone, pertanto, un intervento normativo urgente. Pur nella piena consapevolezza che il diritto penale non può costituire la risposta a qualsiasi condotta socialmente dannosa, non può ignorarsi che i meri divieti privi di sanzione – come quello contenuto nell'art. 114, comma 6-*bis*, Cpp – si rivelano del tutto inefficaci, anche laddove la loro violazione sia formalmente qualificata come illecito disciplinare. Dunque, sarebbe necessario introdurre una disciplina che preveda conseguenze specifiche per la violazione del divieto di pubblicazione di immagini lesive della dignità umana, estesa a tutti i soggetti coinvolti nel circuito della diffusione dell'informazione, indipendentemente dalla loro appartenenza a categorie professionali regolamentate o dalla loro qualità di dipendenti pubblici[74].
Sotto il profilo riparatorio, potrebbe essere previsto un meccanismo di rettifica qualificata e di rimozione immediata dei contenuti pregiudizievoli, accompagnato dall'obbligo di risarcire il danno arrecato, in aggiunta alle sanzioni pecuniarie che il Garante per la protezione dei dati personali ha già irrogato, in talune circostanze, nei confronti di testate giornalistiche.
Merita, infine, particolare attenzione la prospettiva di un rimedio di natura compensativa, costruito sul principio della pubblicità speculare: l'obbligo, per le testate e le emittenti che abbiano violato la presunzione di innocenza, di pubblicare le condanne penali, le sentenze civili di risarcimento, le sanzioni disciplinari e i provvedimenti del Garante adottati nei loro confronti, con una visibilità comparabile a quella originariamente attribuita alla notizia lesiva. Una simile misura – che potrebbe tradursi, per la stampa, in una pagina periodica

[72] T. Mucci, *op. cit.*
[73] La questione è stata sollevata di recente anche dall'associazione dei criminologi, costretta a pubblicare una nota di stigmatizzazione nei confronti di coloro che, all'interno della categoria, alimentano il circuito del processo mediatico; si tratta di una presa di posizione che testimonia la gravità del fenomeno. Cfr. Comunicato stampa della Società Italiana di Criminologia (SIC) dal titolo *I "criminologi mediatici" non sono criminologi,* del 31 marzo 2026, *SP* 9.4.2026.
[74] Tra le possibili direttrici di riforma meriterebbe attenzione l'introduzione di una disciplina specificamente dedicata alla diffusione di immagini lesive della presunzione di innocenza. In particolare, potrebbe essere prevista una fattispecie sanzionatoria applicabile a chiunque diffonda immagini raffiguranti persone sottoposte a misure di coercizione fisica limitative della libertà personale, corredata da un trattamento sanzionatorio proporzionato e realmente dissuasivo. Una simile soluzione consentirebbe di superare gli attuali limiti dell'art. 114, comma 6-*bis*, Cpp, estendendo la tutela non soltanto ai rapporti con gli operatori professionali dell'informazione, ma anche alle condotte poste in essere da privati attraverso i *social network* e le piattaforme digitali, oggi tra i principali veicoli di diffusione di contenuti suscettibili di compromettere la presunzione di innocenza.

espressamente dedicata e, per la televisione, in uno spazio specifico all'interno dei telegiornali o dei principali programmi informativi – avrebbe il merito di incidere realmente sulla reputazione dell'organo di informazione sanzionato, ristabilendo un equilibrio effettivo rispetto alla violazione originaria. Sarebbe, in altri termini, non già una rettifica marginale sepolta tra le pagine interne, ma uno strumento di riequilibrio simbolico capace di restituire, almeno in parte, la dignità compromessa del soggetto ingiustamente presentato come colpevole[75].

In conclusione, l'avvio della procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia non costituisce soltanto un monito istituzionale, ma rappresenta un'occasione che il legislatore non dovrebbe lasciarsi sfuggire. Le deficienze strutturali nella trasposizione della direttiva 2016/343/UE – sul piano della tutela sia endoprocedimentale, sia, e soprattutto, extraprocessuale – non sono emendabili in via interpretativa, né colmabili attraverso il solo strumento giurisprudenziale: esse richiedono una risposta normativa organica, consapevole della complessità dei beni in gioco.

La presunzione di innocenza non è una garanzia tecnica destinata ad operare esclusivamente entro i confini del processo. Essa esprime, più profondamente, una scelta di civiltà giuridica: quella di non trattare l'individuo come colpevole prima che la sua responsabilità sia stata accertata con sentenza irrevocabile. Quando tale garanzia viene sistematicamente erosa nella sfera pubblica – attraverso il processo mediatico, la diffusione di immagini lesive della dignità personale, la costruzione narrativa della colpevolezza prima ancora dell'esercizio dell'azione penale – il pregiudizio che ne deriva non è soltanto individuale, ma investe la credibilità stessa dell'ordinamento e la fiducia dei consociati nelle istituzioni della giustizia.

È, dunque, auspicabile che le criticità emerse in sede applicativa e le sollecitazioni provenienti dall'ordinamento eurounitario inducano il legislatore a intervenire nuovamente su tali profili con l'attenzione e il rigore che la posta in gioco inequivocabilmente esige: la dignità della persona, l'effettività dei diritti fondamentali e la tenuta dello Stato di diritto.

[75] Sul punto merita di essere segnalata la recente approvazione, in prima lettura, da parte della Camera dei deputati – nella seduta del 28 maggio 2026 – della proposta di legge A.C. 632-A, recante «Pubblicità delle sentenze di assoluzione o proscioglimento», la quale introduce l'articolo 144-*ter* nel Codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al d.lgs. 196/2003. Il testo prevede che «su richiesta dell'imputato assolto con sentenza divenuta irrevocabile o dell'indagato prosciolto, il direttore o il responsabile della testata giornalistica, radiofonica, televisiva oppure online, che abbia dato notizia» del procedimento penale o di informazioni oggetto del procedimento stesso, «è tenuto a dare pubblicità ai provvedimenti favorevoli con rilievo adeguato allo spazio già riservato al relativo procedimento penale, senza oneri per l'interessato». In caso di inadempimento, questi potrà rivolgere una segnalazione al Garante per la protezione dei dati personali, il quale deciderà entro i cinque giorni successivi, potendo ordinare la pubblicazione della notizia del provvedimento. Atto del Senato n. 1919, consultabile in senato.it.

LOGICA DELL'ACCERTAMENTO E CONCETTO DI VERITÀ NEL PROCESSO PENALE. OSSERVAZIONI A PARTIRE DALL'OPERA DI ENRICO MARZADURI

di Francesco Bartolo Morelli (Professore associato di Diritto processuale penale, Università di Messina)

La ricostruzione del significato della presunzione di innocenza nell'opera di Enrico Marzaduri porta a una concezione rigorosa della logica dell'accertamento, coerente con la tutela massima che la Costituzione deve apprestare ai diritti fondamentali della persona imputata. La condanna deve dunque imporsi come esito «categorico». Ciò offre l'occasione per ragionare attorno al concetto di verità nel processo penale, ripudiando la concezione probabilistica fatta propria dalla Corte di cassazione, per accedere a una nozione di verità esclusiva, non probabilistica e necessaria, seppure alle condizioni poste dal processo e nella porzione di mondo che esso ritaglia.
Reconstructing the meaning of the presumption of innocence in the work of Enrico Marzaduri leads to a rigorous conception of the logic of fact-finding, consistent with the highest level of protection that the Constitution must afford to the fundamental rights of the accused. A conviction must therefore emerge as a "categorical" outcome. This provides an opportunity to reflect on the concept of truth in criminal proceedings, rejecting the probabilistic conception embraced by the Court of Cassation in favor of a notion of truth that is exclusive, non-probabilistic, and necessary, albeit within the conditions imposed by the trial process and within the portion of reality that it delineates.

Presunzione di innocenza, accertamento del fatto, ragionevole dubbio
Presumption of innocence, fact-finding, reasonable doubt

Sommario: 1. Etica e logica dell'accertamento. — 2. Necessità di un concetto di verità esclusiva utile per il processo penale. — 3. Le aporie della verità probabilistica. — 4. La verità esclusiva per il processo penale. — 5. Dubbio ragionevole. — 6. Alcune ricadute pratiche di una concezione logicamente esclusiva del concetto di verità nel processo.

1. Se si volesse indulgere a una sorta di tentativo riduzionista nella materia del processo penale dovremmo ammettere che occorrerebbe partire dalla riduzione dell'intero procedimento all'accertamento del fatto. Non si allude, certo, alla circostanza per cui l'investigazione e il giudizio tutto possono purché s'accerti il fatto descritto nell'imputazione; all'opposto, si vuole significare che, data la potenza invasiva esercitata da ogni segmento processuale sull'individuo con lo scopo di accertare, ogni regola processuale si deve incaricare della protezione della persona sottoposta a tale inevitabile pressione.
Sta forse qui quella che si potrebbe chiamare l'*etica dell'accertamento* che ci restituisce l'opera di Enrico Marzaduri, in ogni sua frazione, ma in modo particolare nella sua analisi della regola di giudizio, così che ne emerge un'*etica del ragionevole dubbio* che scaturisce direttamente da una rigorosa fondazione tecnica, la quale va molto oltre la sua necessaria base, ossia la presunzione d'innocenza.
Quella regola si giustifica perché è indispensabile per reggere un dibattimento il cui obiettivo è l'accertamento, che assicuri la, e sia sempre coerente con, tutta la protezione che la Costituzione offre all'imputato.

Ne discende insomma un sistema complesso in cui ogni diritto dell'imputato cospira a plasmare la fisionomia logica dell'accertamento e, quindi, la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio codificata dall'art. 533 Cpp.
Si riconosce, a partire dall'art. 27 comma 2 Cost., l'esistenza di un «principio più ampio volto ad evitare…qualsiasi trattamento dell'imputato che lo porti in qualche modo ad essere considerato alla stregua di un soggetto di cui è stata riconosciuta definitivamente la colpevolezza». E ciò in ragione del «riferimento normativo e concettuale all'inviolabilità dei diritti fondamentali della persona»[1]. La linea del ragionamento è chiara e svela ogni passaggio dell'inevitabilità di una presunzione di innocenza che non si limiti a distribuire il carico probatorio, né a attestare che «il giudizio sulla responsabilità penale è sospeso durante l'intero arco procedimentale»[2]. Invece, l'art. 27 comma 2 Cost. è un argine invalicabile a protezione, quantomeno, del nucleo fondamentale dei diritti e in tanto ciò può essere in quanto esso esplichi due funzioni specifiche: quella derivante dal suo essere "presunzione", e quella derivante dal suo essere "d'innocenza".
Se si racchiude il tema all'accertamento finale, cui la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio si applica, mettendo da parte la — pur rilevantissima — tematica cautelare e della compressione dei diritti fondamentali in chiave probatoria o investigativa, è evidente che tale accezione della presunzione di innocenza quale garanzia irrinunciabile per il valore della persona imputata, in quanto titolare di diritti, reclami una accezione di accertamento specifica, molto solida e logicamente determinata.
Se, cioè, il diritto qualificato come involabile in sede costituzionale può essere attinto dall'autorità in funzione punitiva solo a seguito dell'accertamento definitivo dell'imputazione, allora esso deve restituire margini di sicurezza amplissimi per giustificare la soccombenza delle posizioni soggettive legate alla vita della persona, a cominciare dalla libertà[3], così che la sua compressione sia possibile «solo in presenza di situazioni probatorie che consentano di apprezzarne l'inderogabile necessità»[4]. Parola pensante, necessità, ma non pare un concetto evocato a caso.
Questa linea di pensiero radicata nella Costituzione, e nella Costituzione dei diritti, fonda una tecnica e un'etica, come detto, dell'accertamento, per cui l'interpretazione dell'oltre ogni ragionevole dubbio dovrà risentirne, come anche dovranno adeguarvisi la struttura logica dell'accertamento e, volendo andare al fondo, la concezione stessa della verità nel processo. Da qui pare nasca l'uso di quel termine, "necessità" che ci conduce all'esame della verità nel processo secondo l'impostazione in cui Enrico Marzaduri inscrive il ragionevole dubbio nell'unica concezione cognitivamente funzionale (e eticamente accettabile) della presunzione di innocenza.
Al fondo, la concezione di Enrico Marzaduri della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, come ogni teorizzazione di una regola di giudizio, reclama un concetto di verità, e non può non farlo. Non ci indica quale sia quella verità, ma più semplicemente come debba essere, ossia compatibile con il limite funzionale alla compressione continua dei diritti che il processo comporta.
Il tentativo riduzionista, del processo all'accertamento, serve qui a formulare un concetto di verità che regga tutto il senso garantistico del rito penale.

---

[1] E. Marzaduri, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2, Cost.: regola di trattamento e regola di giudizio*, in *Processo penale e Costituzione*, a cura di F.R. Dinacci, Milano 2010, 316-317.
[2] E. Marzaduri, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma* 2, cit., 315.
[3] E. Marzaduri, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma 2*, cit., 328, il quale ribadisce quanto espresso in E. Marzaduri, *sub art. 4 l. 20.2.2006*, n. 46, in *LP* 2007, 98.
[4] E. Marzaduri, *Considerazioni sul significato dell'art. 27, comma* 2, cit., 328.

Partendo da questa impostazione si tenterà di svolgere qualche osservazione minima sul concetto di verità che s'adatta al processo inteso quale luogo di accertamento e protezione di diritti, e su quello che invece spesso lo domina.

2. Si potrebbe partire da assunti che paiono allo stesso tempo incontestabili ed assurdi, con l'intento di fare i conti con tali paradossi che, credo, ci accompagnano silenziosi da molto tempo.
La verità che nasce da un accertamento che superi ogni ragionevole dubbio, per avere quella funzione cognitiva e garantista che la Costituzione le assegna, necessita di essere unica e esclusiva come il fatto materiale descritto dall'imputazione che, nella realtà, è quello e non un altro. Al contempo, la verità è oramai ritenuta universalmente probabilistica, e non solo nel processo, e tale visione parrebbe confermata dal fatto che il dubbio che ferma l'accertamento deve essere ragionevole, nulla di più, potendosi accettare ogni dubbio privo di "ragionevolezza".
L'esigenza garantistica di una verità granitica[5] sembrerebbe smentita dall'impossibilità di ottenerla con gli strumenti cognitivi disponibili al processo (o all'umanità) o — ma ciò apre questioni di una inaffrontabile complessità — dalla sua semplice inesistenza, assoluta o quale oggetto accessibile all'intelletto.
Questa dimensione paradossale della verità nel processo penale è spesso elemento sottaciuto ma presentissimo di ogni ricostruzione, e forse, per questo, conviene addentrarvisi per un momento.
Occorrerà dunque capire se la nozione di verità epistemica che il diritto adotta sia compatibile con l'etica che supporta la regola dell'accertamento o se ci sia una nozione di verità che soddisfi queste condizioni o ancora se il diritto processuale sia legittimato a darsi una definizione sua di verità, senza mutuarla da scienze diverse intuitivamente più adatte al compito (la filosofia o la fisica, ad esempio).

3. Oggi la verità è intesa indiscutibilmente quale verità ottenuta per via induttiva e necessariamente probabilistica, essendo quest'ultima, però, verità ossimorica, contraddizione in termini, in un certo modo. Una decisione può essere resa sulla base di una valutazione probabilistica, certamente, ma la verità non può avere questa sostanza.
Da qui segue che "ragionevole dubbio" è locuzione logicamente ambigua, e quindi il diritto processuale deve occuparsi di dare un significato a quelle parole non solo secondo il suo sistema linguistico ma prima ancora secondo la logica che il processo deve esprimere nell'accertamento. Quel sintagma, nato probabilmente per rendere originariamente la direttiva comprensibile ai giurati, non restituisce, in effetti, un concetto adatto, perché evoca l'analogia con l'ipotesi meramente probabile[6]. Chi di noi non converrebbe che è ragionevole non ciò che è strettamente logico, ma ciò che è probabile? Un dubbio logico è non per questo probabile, e un dubbio logico, ma improbabile, non è ragionevole, perché non è ragionevole adottare ipotesi improbabili, per quanto logicamente accettabili.

[5] Sentita, farà bene notarlo, talvolta dall'imputato più che dal giurista: «Se prima mi sono affidato, volente o nolente, ma anche volente in un certo qual modo, al meccanismo della giustizia, ho sempre riconosciuto il giudizio e il giudice, il processo come un momento importantissimo di verifica, oggi invece pretendo la verità storica e quindi indipendentemente da quello che un tribunale mi può dare o quello che un giudizio mi può dare. Io oggi voglio la verità, pretendo la verità, sono certo che prima o dopo la verità verrà fuori. L'unica cosa che mi auguro è di essere vivo il giorno in cui questo accadrà». Queste le parole di Salvatore Ferraro in C. Lalli-C. Sala, *Polvere*, Milano 2021, 82.
[6] Sulla questione del significato del lemma, E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione. Alle radici del giusnaturalismo processuale*, Milano 2016, 9 ss.

La ragionevolezza del dubbio evoca anche l'accettabilità sociale della decisione, la sua adesione al senso comune, in una parola la sua base consensuale[7]. E ciò è ampiamente coerente con la concezione probabilistica e la derivazione induttiva della verità, e pesa più di quel che non si dica[8]. La ragionevolezza che, apparentemente, il codice esigerebbe per l'accertamento[9] ha molto a che vedere con una verità ottenuta con procedimento induttivo, per questo probabilistica e quindi generalmente accettata.
È esattamente il ragionamento che contraddistingue l'induzione guidata da massime di esperienza, a ben guardare.
La massima di esperienza, la quale si fonda sull'esame di eventi non osservabili in campioni controllabili, trasmette una conoscenza non logica ma, piuttosto, di natura convenzionale. La massima non può realmente fondarsi sull'*id quod plerumque accidit*[10] poiché non v'è modo di controllare la frequenza del ricorrere degli eventi selezionati[11], ma si fonda su una convenzione tacita secondo cui si accetta comunemente che determinate asserzioni si assumano come "probabili" o "generalmente vere", ma nessuno ha potuto controllare che in effetti lo siano. Fondare un'affermazione sul fatto di cui a processo usando tali massime è semplicemente comodo, poiché in questo modo si "imita" una conoscenza che tali massime non potranno mai offrire, ma la bontà di tale imitazione generalmente si accetta per convenzione, sicché la motivazione potrà procedere senza incontrare troppe obiezioni nel giustificare le affermazioni che pone. Non è forse questo l'effetto prodotto dalla riproduzione delle stesse massime d'esperienza nelle decisioni della Suprema Corte? Nella concezione degli addetti ai lavori sono strumenti epistemologici consolidati, quando ad un esame logico-analitico non producono alcuna trasmissione di conoscenza.
Scavare a fondo alla ricerca della tenuta logica della massima d'esperienza è attività destinata a produrre cocenti delusioni. Tanto la dimostrazione del fatto non può scaturire dall'induzione[12], quanto una qualunque evidenza non può originare da una generalizzazione di frequenza statistica, soprattutto ove non sorretta dalla selezione dei casi da osservare e da un calcolo matematico delle probabilità. Non si nega che la massima di esperienza trasmetta una qualche conoscenza, ma si tratta di una conoscenza fumosa sulla generalità di una classe di eventi, e mai su o di un evento singolo[13]. Alla condanna, a ben vedere, la massima di esperienza non può servire mai se quella decisione deve produrre un accertamento così solido da rendere la punizione tollerabile alla luce dei diritti che comprime.

---

[7] E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della* decisione, cit., 10.
[8] E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della* decisione, cit., 27.
[9] Si può convenire sul fatto che ove esso sia scevro da dubbi ragionevoli, sia a sua volta ragionevole.
[10] Espressione in cui — sia detto per inciso — quantomeno "*plerumque*" pare corrispondere a un dubbio ragionevole.
[11] Peraltro, aggiunge P.F. Strawson, *Introduzione alla teoria logica*, Torino 1961, 306, «non esiste un numero privilegiato di casi favorevoli da assumere come decisivo nello stabilire una generalizzazione».
[12] Si tratta della asserzione che muove tutta l'elaborazione del metodo falsificazionista da parte di K. Popper, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere autocorrettivo della scienza*, Torino 1970 (ed. originale 1934), 7 ss., 273 ss. (a proposito della logica induttiva intesa quale «*logica della probabilità*»). E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 90, identifica il falsificazionismo con «il metodo ipotetico-deduttivo di matrice popperiana». Da qui segue una conclamata incoerenza nel predicare — cosa molto diffusa — che il ragionamento del giudice nel processo penale si svolga rigorosamente su base induttiva (o abduttiva) e sia, ad un tempo, di stampo falsificazionista in senso popperiano.
[13] F. Stella, *Il giudice corpuscolariano. La cultura delle prove*, Milano 2005, 125: se la massima di esperienza «non ha come presupposto tacito un enunciato scientifico, o se la generalizzazione del senso comune, adottata a sostegno della singola asserzione causale, non può essere considerata espressione di una legge scientifica – vuoi perché quest'ultima non esiste, vuoi perché l'indeterminatezza del linguaggio ordinario non consente di individuarla e di renderla esplicita – vengono a mancare le condizioni per la spiegazione dell'evento penalmente rilevante».

Lo stesso identico ragionamento sembra valere in radice per l'uso della categoria della probabilità nell'accertamento, tanto che essa appare spesso l'elemento caratterizzante della definizione di verità, senza che sia mai calcolata, o senza che mai s'accenni al problema del calcolo in sede giurisprudenziale[14]. Si precisa spesso anzi, in letteratura o nelle massime della Suprema Corte[15], che la decisione probabilistica non implica affatto che della probabilità occorra dare un valore numerico. E tuttavia, non si capisce come mai si possa usare la probabilità senza che venga calcolata. S'aggiunga che gli studi più profondi del passato e del presente mettono persino in dubbio che la categoria della probabilità, evocata in contesti estranei alle c.d. "scienze dure", si riferisca a un'entità matematica effettivamente esistente, potendosi forse con più fondamento parlare di un uso allegorico del concetto, come tantissime volte avviene anche nell'ambito giuridico[16]. Si vuole intendere che il calcolo della probabilità non è indipendente dal giudizio soggettivo e dall'aspettativa dell'accadimento dell'evento, necessariamente legati alle ragioni per cui si opera attraverso il calcolo statistico. Da qui segue che si tratta di uno strumento utile per decidere, bensì inservibile per accertare.

Ma la particolarità del processo penale sta proprio nella bizzarra necessità di doversi limitare a decidere circa l'accertamento di un fatto: esso non va assunto quale base di una qualsiasi azione futura, accettando il rischio di valutazioni che si dovessero poi rivelare sbagliate, cosa che fa ogni scienza. Nel processo, il fatto va dimostrato perché possa essere attribuito a un soggetto e lì si esaurisce la funzione dell'accertamento. Non vi è, quale obiettivo ultimo, alcuna azione sociale, politica, strategica, che necessiti di essere comunque portata a termine, pur con margini di rischio[17]: l'accertamento, in un certo senso e per quel che ci interessa, è il capolinea. Esso rappresenta una funzione, quindi, scarsamente compatibile con il concetto stesso di probabilità[18].

Eppure, la probabilità è la vera sostanza cognitiva di ogni sentenza, l'unica qualificazione della verità ammissibile, poiché se la verità non è probabilistica pare bandita dal discorso processuale — non tanto per le perversioni del passato che una verità "oggettiva" evoca[19] — quanto per la

[14] Diversamente, in dottrina, E.M. Catalano, *Logica della prova*, statistical evidence *e applicazione della teoria delle probabilità nel processo penale*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2013; v. anche F. Taroni, S. Bozza, J. Viulle, *La probabilità come strumento per una coerente valutazione della prova scientifica*, a cura di L. Lupària Donati-G. Canzio, *Prova scientifica e processo penale*[2], Milano 2022, 21 ss.

[15] Appare «inadeguato esprimere il grado di corroborazione dell'*explanandum* e il risultato della stima probabilistica mediante cristallizzati coefficienti numerici, piuttosto che enunciare gli stessi in termini quantitativi»: Cass. S.U. 10.7.2002, Franzese, in *CP*, 2002, 3643 ss.

[16] Il recente saggio di D. Spiegelhalter, *Why probability doesn't exist (but it is useful to act like it does)*, in *nature.com*, 16 dicembre 2024 compendia le idee di fondo di studi ben più approfonditi dell'autore, lungo la linea tracciata da Frank Ramsey, Alan Turing e Bruno De Finetti, secondo le quali, sia per la previsione di eventi futuri sia per la ricostruzione di eventi passati, la probabilità non offre strumenti per accertare alcunché ma per decidere come operare nel mondo (secondo un *pragmatic approach*; in termini analoghi P.F. Strawson, *op. cit.*, 320, si esprimeva intorno all'induzione, quale strumento non di accertamento o dimostrazione, ma di pura azione: «l'evidenza è una attività intrapresa primariamente non per suo proprio conto, ma allo scopo di decidere e agire praticamente»).

[17] La vicenda esecutiva, ovviamente, ma non appartiene al processo di cognizione, anzi lo presuppone concluso.

[18] Proprio la presunzione di innocenza, e ogni posizione soggettiva che essa tutela, impedisce di porre l'accertamento quale base funzionale dell'azione punitiva, poiché se così fosse, da un punto di vista, diremo, euristico, l'accertamento assumerebbe delle caratteristiche tali da farlo pendere preferibilmente verso la soluzione della condanna, ossia prenderebbe una posa funzionale al suo obiettivo. A quel punto se ne giustificherebbe una configurazione probabilistica, ma esso non rappresenterebbe più la funzione unica del processo, il suo risultato ultimo, ma solo un fattore utile all'ottenimento dell'ulteriore risultato della punizione. Non si può escludere che la scelta di definire in modo così perentorio l'accertamento quale necessariamente "probabilistico" nasconda una opzione precisa, ideologica si può dire, sulla funzione del processo, diretto a punire piuttosto che ad accertare.

[19] La «ricerca della verità» art. 299 Cpp 1930 che animava non direttamente il metodo cognitivo per la decisione, ma il metodo onnivoro dell'istruzione, non ha mai trovato una corrispondenza teorica forte che proclamasse

convinzione che sia impossibile reperirla fuori da un insieme di opzioni di cui nessuna s'impone con esclusività.
Tappe di questo percorso sono senz'altro gli approdi della Corte di cassazione che, da un lato, hanno portato da «coefficienti di probabilità indeterminati, mutevoli, manipolabili dall'interprete, talora attestati su standard davvero esigui», all'«alto o elevato grado di credibilità razionale, o probabilità logica», o «certezza processuale»[20].
Si noterà, tuttavia, che queste sentenze, una volta scartata la necessità di ricorrere a spiegazioni che riposano sul calcolo, contengono ben pochi criteri logici innovativi, limitandosi piuttosto a ampie rassicurazioni verbali. Comunque si voglia circoscrivere il concetto di probabilità applicabile nel processo, una circostanza permane, resa inevitabile dal concetto stesso. Se la probabilità è sempre pluralità di fatti possibili, la verità, diremo, "processuale", racchiude — o, più radicalmente, si compone di — non un fatto, ma un *set*, un insieme di affermazioni fattuali che possono tutte corrispondere all'unico fatto che è esistito.
Una concezione probabilistica della verità, per quanto nella versione della sua *probabilità logica*, apparentemente adesa al fatto singolo (ma ciò sembrerebbe infine ridursi all'inveterata necessità di escludere decorsi causali alternativi, fatta passare poi per una nuova e più moderna concezione di probabilità) consegna al processo l'idea che l'accertamento si riduca ad un *ventaglio di possibilità* sul fatto, per quanto assai circoscritto ed anzi ridotto al massimo, *nel quale si colloca* ciò che in realtà il fatto è (per alcuni, è stato) e che rappresenta, però, un *quid* la cui conoscenza è e resta inattingibile, e dunque non serve che il processo la persegua.
Il contenuto della sentenza sarà così *una scelta del giudice*, tra versioni del fatto tutte logicamente sostenibili, e tale scelta non potrà a sua volta che rappresentare esercizio potere più che di cognizione.
È indubbio che questa scelta possa essere o meno ragionevole. E quindi specularmente possiamo dire che un dubbio, una smentita di quella scelta possa essere, a sua volta, ragionevole o meno. Ma stiamo *scegliendo* se privilegiare l'ipotesi o la sua smentita, poiché stanno entrambe in un ventaglio di possibilità tutte più o meno probabili. Non c'è accertamento quando si attribuisce credibilità "privilegiata" ad una ipotesi, ma scelta, ossia atto di volontà[21].

---

l'esistenza di una verità che descrivesse con pretese di esclusività porzioni di mondo materiale. Se la verità unica si è imposta in quel contesto non lo ha fatto perché era la verità del reale, ma del potere. Sicché, non deve destare alcuna ansia, circa il ritorno di quegli atteggiamenti, la critica alla verità probabilistica o meramente processuale né la manifestazione dell'esigenza di una verità che si emancipi da una logica debole. Sul punto R. Orlandi, *Itinerari processuali sulle vie della verità. Qualche spunto di riflessione*, in *Criminalia* 2024, 177.

[20] Cass. S.U. 10.7.2002, Franzese, cit. Analogamente, «non un dato numerico ma un apprezzamento conclusivo, un giudizio dotato di particolare affidabilità, di credibilità razionale», Cass. 17.9.2010, Cozzini, in *CEDCass*, *m.* 248943-01.

[21] Ci pare innegabile che sia così alla luce di due osservazioni contenute nella stessa giurisprudenza di cassazione: dalla prima emerge il valore politico-criminale (altro che cognitivo) della concezione probabilistica della verità nel processo, che svela una tensione punitiva: «ove…si pretendesse comunque una spiegazione causale di tipo deterministico e nomologico-deduttivo, secondo criteri di utopistica "*certezza assoluta*" si finirebbe col frustrare gli scopi preventivo-repressivi del diritto e del processo penale in settori nevralgici per la tutela di beni primari» (Cass. S.U. 10.7.2002, Franzese, cit.). Dalla seconda emerge invece una postura non immediatamente propensa all'accertamento, quella cioè per cui si cerca la «teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed attendibili informazioni idonee a sorreggere l'argomentazione probatoria inerente allo specifico caso esaminato» (Cass. 17.9.2010, Cozzini, cit.). I termini sono rovesciati: qui l'"argomentazione probatoria" sta prima del reperimento della "teoria sufficientemente affidabile", mentre dovrebbe essere esattamente il contrario: rintracciata la teoria che spiega la realtà, la si usa per elaborare l'"argomentazione probatoria". Sul piano filosofico, E. Severino, *Legge e caso*, Milano 2020, 14: «Se il sogno della verità è finito, allora la parola "verità" non può significare altro che capacità di dominio, potenza, e la parola "errore" impotenza. La "verità" di una teoria è decisa dallo scontro pratico con l'avversario».

A conferma dell'attualità di questo inconveniente sta l'ammissione, autorevolmente sostenuta, del fatto che in certi casi estremi, o "difficili", esistano quadri probatori che rendono possibile sia la decisione di condanna che quella di assoluzione, potendosi motivare fondatamente entrambe. Conseguenza del fatto che «l'apporto più significativo dell'attributo "ragionevole", [*è*] che ci autorizza a considerare "provata" una proposizione anche quando, in senso puramente logico, si può dubitare di essa»[22].
Ora, è arduo negare che davanti a casi "difficili", nel senso specifico di "ambivalenti" si para limpido lo scenario dell'assoluzione motivata dal dubbio. E ciò può essere vero a prescindere dalla precisa individuazione del tipo di accertamento che si persegue dal punto di vista epistemologico o filosofico. Come appare anche chiaro che adottare una decisione dai contenuti di cui si dubita attraverso un buon esercizio logico, non sembra ragionevole. Affermare il contrario significa anteporre l'obiettivo pratico di riservarsi la possibilità che talune condanne (ché solo a questo serve superare il dubbio) possano essere emesse *nonostante* il dubbio.
Se ciò accade, prima che s'avverta lo stridore con la presunzione di innocenza — e vieppiù con quella sua accezione di strumento di tutela generale dei diritti come insegna Enrico Marzaduri — s'avverte il sospetto che questa accezione di verità, che ciò consente, non possa strutturalmente recare in sé alcun accertamento del fatto serio.
Al contrario, quella presunzione pretende un accertamento, quindi una verità, che il processo deve costruire per sé, non potendo né rinunciarvi né prenderla a prestito da altri ambienti. È questo un assunto filosoficamente fondato ove l'oggetto della ricerca non sia la verità universale, ma una verità sulle porzioni del reale[23]. In sintesi, il processo deve definire il suo concetto di verità, non potendo sperare che altre discipline glielo offrano in comodato: la verità della scienza, probabilistica e ideata sulla necessità di procurarsi asserti veri non per accertare alcunché ma per proseguire una ricerca strutturalmente senza fine, non porta a compimento un giudizio basato sulla presunzione d'innocenza perché la ricerca nel processo e quella nella scienza non condividono la stessa struttura.
Se l'idea non è quella — tutta politica — di avere legittimo accesso a canoni di accertamento indeterminati e quindi manipolabili, il giudice, ove condanni, ha bisogno di una verità che riesca a imporsi per via di necessità e non di probabilità, quand'anche alta, elevata o logica. Perché solo dalla *necessità* che il fatto dell'imputazione sia accaduto e sia attribuibile all'accusato sotto tutte le condizioni stabilite dalla legge può seguire la *necessità* che egli sia privato dei suoi più preziosi diritti.

4. L'intento qui non è quello di abbandonare del tutto il modello dell'induzione[24] e la categoria della probabilità[25], ma quello di gettare dei dubbi sulla convinzione unanime per cui il

[22] P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino 2017, 96-97.
[23] M. Dummett, *La verità e altri enigmi*, Milano 1978, 71, richiamato da S. Veca, *Dell'incertezza*, Milano 2021, 15: «finché non si è dato conto della finalità generale della classificazione in vero e falso, non sappiamo che interesse abbia dire di certi asserti che essi non sono né veri né falsi».
[24] Non si vuole ostracizzare l'induzione, in quanto inferenza utile al processo, ma l'induttivismo radicale che sfocia nella credenza che ogni evidenza, poiché non deduttivamente ottenuta, sia sempre e solo probabile: questa posizione è frutto della confusione, che emerge «nell'asserzione, fatta talvolta, che le conclusioni di argomentazioni induttive sono come tali, soltanto probabili, forse molto, molto probabili, ma mai certe, giacché non sono conseguenze logicamente necessarie dei loro fondamenti. Ciò significa fare l'errore di pensare che implicanza e suffragio siano competitori nello stesso campo» (P.F. Strawson, *op.cit.*, 306).
[25] I modelli di ragionamento servono tutti, come è dimostrato da G. Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, Torino 2022, 138 e più ampiamente in Id., *La prima inferenza. L'abduzione di C. S. Pierce tra scienza e diritto*, Torino 2006, e Id., *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Roma 2010. In sintesi: «La sola abduzione (in quanto inferenza ipotetica) non basta a giustificare un esito processuale, ma la sua combinazione con altre inferenze deduttive o induttive potrebbe farlo».

ragionamento probatorio sia esclusivamente induttivo e porti esclusivamente a evidenze di tipo probabilistico.
Di certo nell'accertamento vanno usate leggi di copertura probabilistiche, poiché sono quelle che usa la scienza quando interpellata dal processo, ma non è consentito esprimersi in termini probabilistici sull'accadimento circoscritto del reale contenuto nell'imputazione[26]. Per condannare, occorre invece una affermazione vera ed esclusiva (ossia che escluda la possibilità logica della sua negazione) secondo cui, a partire da una acquisizione probabilistica, il fatto dapprima ipotizzato si colloca esattamente nella quota percentuale in cui si verifica l'evento[27].
Dunque, partendo sì da una legge probabilistica, ma poi appurando in quale sottoinsieme di eventi sta quello che ci riguarda, potendo esso ben esistere sia ove collocato nel sottoinsieme degli eventi maggiormente ricorrenti alle condizioni date, sia in quello più ridotto degli eventi ricorrenti con minore frequenza.
Detto in altri termini, l'esistenza stessa della probabilità (pur minima, infinitesima) che le cose possano essere andate diversamente, rappresenta sempre un ragionevole dubbio e la sua ragionevolezza sta proprio nel ragionamento probabilistico: la possibilità che le cose possano aver seguito un percorso diverso da quello maggiormente probabile è insita nell'esistenza stessa di un percorso dotato di minore probabilità, nondimeno possibile e contemplato.
Quando diciamo che il nostro evento sta in un sottoinsieme o in un altro, non possiamo dirlo in forza di un ragionamento probabilistico, sebbene possiamo legittimamente partire da esso per arrivare all'affermazione finale. La probabilità distribuisce soltanto la frequenza dell'accadimento del fatto, non accerta che si sia verificato un episodio specifico in un singolo spaccato di mondo reale.
Quindi, occorre affermare che la verità che il processo restituisce nel momento della condanna (l'assoluzione, come noto non dipende necessariamente da affermazioni di verità positive) debba essere, per disposto costituzionale e codicistico, una verità *esclusiva*, *non probabilistica* e *necessaria*[28], pur alla luce dei dati disponibili e nel contesto di conoscenza di riferimento, ossia il processo penale.
La pretesa di aderire ad una siffatta, altissima (qualcuno direbbe, irreale) accezione della verità è ridimensionata da una circostanza di grande significato nel discorso attorno all'accertamento del fatto nel processo: esso è relativo ad un *insieme di fatti circoscritto*, in sostanza si parla di una frazione davvero minima dello spazio-tempo, quella ritagliata dall'imputazione, ed è vincolato all'uso esclusivo degli elementi legittimamente acquisiti nel processo. È in questo recinto ristretto che si intende adottare una concezione rigidissima della verità, intesa quale affermazione sull'esistenza di un fatto singolare, ed è solo a queste condizioni che questo impianto teorico può essere sostenuto. Non ci si potrebbe esprimere sempre in questi termini circa la *verità universale*, quindi circa i fatti dell'universo, circa la meccanica quantistica, circa la verità scientifica o filosofica.

[26] Sebbene affermando la inevitabile sostanza probabilistica della verità nel processo, F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, in *Rivista Brasileira de Dereito Processual Penal*, 2017, 317 ss. anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 608 ss. spende preziose argomentazioni nel dimostrare che essa non è affatto meno significativa di qualsiasi verità che altri contesti possano dire sui fatti.
[27] Va ammesso che questa tensione, a tratti, s'avverte in Cass. S.U. 10.7.2002, Franzese, cit. ma non è mai concettualizzata in modo netto perché — è chiaro — sarebbe in contrasto con la direttiva di politica criminale che la stessa Cassazione si dà, ossia tutelare gli interessi della collettività attraverso lo strumento punitivo. Questa richiede una verità fatta di possibilità multiple, di modo che non sia mai estromessa dal panorama la scelta del giudice sull'opzione ricostruttiva da adottare al di là dell'accertamento logico.
[28] L'ipotesi accusatoria deve «imporsi in termini categorici», secondo E. Marzaduri, *sub art. 4 l. 20.2.2006*, n. 46, cit., 98.

La consapevolezza dell'inattingibilità di una verità assoluta[29] non può avere la conseguenza del «diluvio scettico»[30] o, peggio, dell'«*estetismo dell'incertezza*»[31], che porta ad accontentarsi di decisioni di condanna su base probabilistica, quantunque circondata dalle più promettenti professioni di cautela, circospezione e precisione. Ciò che strutturalmente è assente non s'aggiunge a mo' d'accessorio.
Sono molti gli elementi che permettono al processo di ambire ad una verità esclusiva sul fatto. La ricerca non deve tenere conto di tutti i dati materiali o, più in generale cognitivi, astrattamente esistenti poiché il presidio della legalità probatoria (così riassumiamo tutto l'apparato di regole in materia di prova) ha la funzione di selezionarli in ragione del loro metodo di formazione e del loro canale di ammissione.
La ricerca è, al contrario di ogni altra, circoscritta in limiti temporali finiti, tanto che non è ammessa l'apertura alla conoscenza dei dati futuri[32], cosa invece scontata per il progresso della conoscenza scientifica.
Né può impedire il raggiungimento di una verità esclusiva il fatto che l'approvvigionamento dei dati cognitivi per il processo sia guidato da specifiche regole di formazione e finanche di esclusione motivate da esigenze di metodo e da esigenze di tutela di diritti fondamentali della persona, diremo, sostanziali e processuali.
Infatti, questa circostanza non allontana affatto la prospettiva di ottenere una affermazione di verità esclusiva sul fatto, tutt'altro. Non si può pensare che le regole probatorie siano limiti all'accertamento o ostacoli all'accertamento della realtà materiale semplicemente perché qualsiasi verità scaturisce dall'applicazione di regole di metodo e premesse cognitive prestabilite. In quale ambito della conoscenza ci si fiderebbe di una conclusione raggiunta con un metodo indeterminato, non compiutamente descrivibile, né prestabilito? Non c'è nessuna conoscenza comunicabile se non si riesce a rendere conto della sua provenienza o di come sia stata raggiunta. Siccome l'accertamento di un fatto specifico inerente all'imputazione è rilevante nel processo, quella conoscenza dovrà essersi formata con le regole del processo, perché sia accettabile.
Per questa ragione specifica la verità del processo è e non è, al contempo, "processuale". Lo è perché è la verità del processo, che lì nasce e lì serve. Non lo è perché non è una verità dimidiata, minore, in quanto processuale, rispetto ad altri tipi ipotizzabili di verità che si

[29] Certezze assolute sono invece del tutto acquisibili, ma del tutto inutili secondo il lapidario avvertimento di K. Popper, *Congetture e confutazioni*, Bologna 2021 (ed. orig. 1969), X-XI: «La certezza non è un obiettivo degno di essere perseguito. La verità sì. La verità oggettiva, vale a dire la corrispondenza tra la nostra asserzione e la realtà, è stata molto calunniata. Negare che esista qualcosa come la verità oggettiva è una forma di malessere del nostro tempo, una delle forme di malessere derivanti dal fatto che gli intellettuali non sono sempre impegnati o motivati da un alto senso di responsabilità intellettuale».
[30] E. Husserl, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano 2015 (I ed. 1959), 50.
[31] N. Irti, *Il tessitore di Goethe (per la decisione robotica)*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2019, 18.
[32] Ovviamente, per via del giudicato e con l'eccezione del giudizio di revisione.

porrebbero come conoscenza che trascende ogni metodo[33], "assoluta", "oggettiva", "materiale" o, peggio, pre-processuale, e quindi diversa dalla verità prodotta dal giudizio penale[34].
Quella qui propugnata è una accezione della verità che si lega inesorabilmente alla compressione dei diritti che la condanna riduce e al loro supremo valore. Se il processo condanna sulla base dell'esistenza di un fatto, in quel momento e a quelle condizioni, quel *fatto è* (qualcuno direbbe *è stato*) *e non può non essere*: ossia è una *necessità del reale*.
Verità, qualunque cosa significhi, implica che è consentito condannare solo quando la ricostruzione dei fatti contenuta nell'accusa escluda ogni possibile alternativa in via logica, pur nel ristretto contesto che si è autorizzati a considerare: non il mondo, quindi, ma ciò che del mondo ha assunto rilevanza nel processo.
L'ipotesi dell'imputazione potrà dirsi vera quando sarà logicamente impedito considerare vera l'innocenza, ossia la negazione del fatto d'accusa. La condanna sarà fondata sull'impossibilità pratica e logica della negazione dei fatti contenuti nell'imputazione.

5. Il dubbio ragionevole, dunque, dovrebbe essere solo quello che permette di negare esclusività logica all'affermazione di condanna.
E ciò implica, conseguentemente, come il raggiungimento di una verità esclusiva sia appannaggio di un processo condotto secondo la regola del contraddittorio nella formazione della prova. L'eliminazione del dubbio, anzi di ogni dubbio, è possibile solo a fronte dell'attivazione del metodo che massimizza la produzione di dubbi: la partecipazione paritaria delle parti contrapposte nella genesi dei dati cognitivi.
Del resto, l'applicazione della regola dell'"oltre ogni ragionevole dubbio" non ha alcun significato se non si è preventivamente stabilita la sostanza del metodo di conoscenza. Si può chiedere al giudicante di superare ogni dubbio ragionevole senza neppure permettergli alcuna attività istruttoria, o permettendogliene di volta in volta di molto diverse tra loro. Come si è detto ogni verità ha il suo metodo, ma ogni verità è diversa in relazione al metodo prescelto. Il

[33] Come fosse un dato di fatto che sta prima dell'applicazione di ogni metodo. Certo che il fatto sta nel mondo del tutto a prescindere dalla sua scoperta, affermazione, ricostruzione, descrizione. Ma qui parliamo della verità, cosa del tutto umana, che non sta nel mondo, ma sta nell'intelletto che il mondo descrive. E questa non può essere pre-metodologica in alcun modo perché, oltre che enunciata, la verità deve essere dimostrata. A mo' di sfida si prendano in considerazione le parole di P. Fayerabend, *Contro il metodo. Abbozzo di una teoria anarchica della conoscenza*, Milano 2022 (ed. originale 1975), il quale sostiene che «l'esperienza ha origine *assieme* ad assunti teorici, non *prima* di essi e un'esperienza senza teoria è altrettanto incomprensibile come (si presume sia) una teoria senza esperienza» (p. 137); là dove consideriamo la legge processuale e il diritto probatorio come la *teoria* di fronte all'esperienza della *prova*. Analogamente, non va dimenticato che la legge processuale ha anche la funzione di rendere accettabile a tutti, se non l'esito del giudizio, almeno le regole con cui si è formato, di modo che i suoi effetti possano essere imposti autoritativamente (dinamica, questa, tipica della giurisdizione democratica e spesso dimenticata). Dunque, anche P. Fayerabend, *Contro il metodo*, 252, asserendo che è «il *voto* di *tutte le persone interessate* a decidere…la verità di convinzioni di base usate come teoria», ammette contemporaneamente che la partecipazione alla formazione della conoscenza delle persone interessate implica asserti condivisi su una qualche base. Tale base, nel processo, deve essere l'applicazione delle regole probatorie, anche se non si vuole vederle come un metodo. Si sorvola qui sulla funzione di tutela dei diritti individuali che il diritto probatorio svolge, in quanto la sua importanza appare scontata. Una giusta critica alla sottovalutazione dei problemi di metodo, questa volta logico prima che giuridico, traspare dalle parole di E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 90 sull'«c.d. approccio stocastico alla decisione», caratterizzato dalla «distribuzione di più possibili giudizi causali nei diversi momenti della decisione».
[34] In questi termini F. Caprioli, *Verità e giustificazione nel processo penale*, cit. e O. Mazza, voce *Verità reale verità processuale*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VIII, 2014, 713, il quale però adotta una nozione di verità probabilistica e una accezione del ragionevole dubbio come fondazione normativa dell'induzione «*eliminatoria*, inglobante esigenze di tipo falsificazionista» (724). Il punto da approfondire, tuttavia, sarebbe quello inerente alla seguente obiezione: se una conoscenza probabilistica si consolida con l'eliminazione di ogni alternativa possibile, allora non è più probabilistica, ma assurge a rango di affermazione logicamente necessaria, esclusiva.

confronto paritario nella formazione della prova di parti su fronti contrapposti è il metodo che consente in massima misura la genesi di dubbi su ogni aspetto del fatto e su ogni elemento di conoscenza; quindi, pare il metodo d'elezione per chi voglia sconfiggere *ogni* ragionevole dubbio.

La parola chiave dell'espressione «oltre ogni ragionevole dubbio», difatti, non è «ragionevole», ma «ogni». I dubbi devono essere superati tutti, perché si possa condannare. E come potrà non essere una conclusione esclusiva (ossia che esclude ogni alternativa) e invece probabilistica (che per definizione non lo fa) quella che abbia eliminato ogni dubbio ragionevole? E se dessimo all'attributo «ragionevole» il potere invece di condannare in presenza di dubbi, etichettandoli come irragionevoli, non avremmo ottenuto forse di disinnescare la funzione di tutela dei diritti che quella regola ha nell'accertamento penale? Ossia non avremmo affatto ottenuto la funzione di comprimere beni fondamentali solo quando ciò sia necessario, necessità data, giustappunto, dalla verità del presupposto della compressione (qui, la commissione del fatto da parte dell'imputato).

Dunque, la ragionevolezza del dubbio è una questione recessiva rispetto all'altra, quella ciò del numero dei dubbi che possono residuare: cioè nessuno, dovendo il giudice liberarsi di «ogni» dubbio. Potremmo allora partire col dire che nessuna accezione del «ragionevole» dubbio potrà scalfire la conta dei dubbi: non potrà residuarne alcuno.

Poco ci dice anche l'osservazione per cui a non essere ragionevole è il dubbio scettico[35], soggettivo o logico, poiché questa osservazione prende corpo solo quando si sia definita ognuna di tali qualificazioni[36].

Ciò che ci basta dire, forse, è proprio che il dubbio irragionevole è quello che pur evocato, non esista, ossia non abbia alcuna fondazione logica o empirica. Ma deve essere qualificato ragionevole il dubbio che non sia empiricamente emerso, e tuttavia abbia un suo statuto logico che rappresenti la possibilità concreta di una alternativa ricostruttiva[37]. Ossia non serve che il dubbio smentisca che le cose sono andate nel modo prospettato dall'accusa, offrendo la materialità del percorso alternativo; basta che esso ci indichi la possibilità logica che gli avvenimenti siano andati in modo diverso, anche senza alcun appiglio materiale[38]. Non è forse ragionevole un dubbio che nasca dalla corretta applicazione di regole logiche?

Sarà compito dell'accusa e dell'organo che la rappresenta, allora, provvedere a chiudere l'imputazione entro spazi che non contemplino alcuna possibilità logica alternativa. Si comprende bene che può apparire un obiettivo troppo difficile da raggiungere, simile a quello di attingere alla "verità reale universale". Ma ciò accade solo se si persiste nell'errore di ignorare il contesto conoscitivo necessariamente limitato del processo, fatto di dati selezionati

[35] Tale viene definito, da O. Mazza, voce *Verità reale*, cit., 722-723, «il dubbio che porta con sé la stessa nozione di probabilità logica». La distanza con quanto qui sostenuto emerge dal rigetto di ogni nozione probabilistica della verità da cui muoviamo. Certo che si può partire dall'affermazione del fatto in chiave probabilistica, ma quando si *accerta* che il fatto occorso esiste e si colloca nell'insieme dei fatti più probabili o in quello dei fatti meno probabili si è abbandonato quello schema per affermare invece la necessità logica che quel fatto specifico appartenga al reale, considerati gli elementi emersi. Dunque, «il dubbio che porta con sé la stessa nozione di probabilità logica» è forse il primo dubbio che occorre superare.

[36] Analogamente, E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 90.

[37] Senza voler qui approfondire molti altri temi legati alla gestione processuale del dubbio di cui rilevantissimo pare quello sollevato da E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 96 circa la tendenza a «desumere l'assenza di dubbi esterni dalla mancanza di dubbi interni».

[38] *Contra*, Cass. 9.10.2019, Mannile, in *CEDCass*, m. 278237 – 01: « è necessario che la ricostruzione dei fatti prospettata dall'imputato che intenda far valere l'esistenza di un ragionevole dubbio sulla sua colpevolezza, contrastante con il procedimento argomentativo seguito dal giudice, sia inconfutabile e non rappresentativa soltanto di una ipotesi alternativa a quella ritenuta nella sentenza impugnata, dovendo il dubbio sulla corretta ricostruzione del fatto-reato nei suoi elementi oggettivo e soggettivo fare riferimento ad elementi sostenibili, cioè desunti dai dati acquisiti al processo, e non meramente ipotetici o congetturali seppure plausibili».

e regole probatorie rigide. Quel limite non deve essere visto come un ostacolo al raggiungimento dell'accertamento obiettivamente "vero" essendo, al contrario, proprio ciò che lo consente. Solo limitando gli strumenti conoscitivi attraverso la legge processuale si può ambire ad un accertamento logicamente necessario, in quanto unico risultato possibile dell'elaborazione corretta di quei dati. È aprendo il ventaglio delle possibilità di approvvigionamento dei dati oltre (*id est,* in violazione della) legge processuale che l'accertamento perde la *chance* di imporsi quale necessità e, non essendo più regolato da una rigida disciplina di metodo, non può che affidarsi alternativamente alla incertezza probabilistica o alla decisione potestativa della autorità.

6. Muoversi verso una concezione logicamente esclusiva della verità nel processo significa, ovviamente, iniziare ad apprezzarne ogni possibile ricaduta sulla decisione in fatto e sulla relativa motivazione.
Si tratta, invero, dell'indicazione per ulteriori approfondimenti. Eppure, qui qualche accenno non può mancare, senza includere nessuno dei temi legati alla causalità, poiché è fin troppo scontato che lì si giochi la partita più dura e ci sia bisogno di ben altro spazio solo per aprire quel tema.
Ad esempio, una siffatta impostazione, e dell'accertamento e del dubbio, reclama una scansione della motivazione analitica e non narrativa: per dare conto dell'esistenza e del superamento di ogni dubbio, il giudice dovrà necessariamente valutare la forza dimostrativa di ogni elemento di prova legittimamente utilizzabile, e non calarli tutti in una narrazione in cui si dà prevalentemente conto del contesto disegnato dall'imputazione, che suggestivamente colora ogni dato[39].
Un altro tema da approfondire è quello dell'uso matematicamente corretto della probabilità[40], che non può sostenere l'affermazione finale di condanna ma è uno strumento indispensabile nel percorso dimostrativo, specie quando si usa la scienza nel processo. Quando una affermazione probabilistica viene introdotta nel processo deve essere necessariamente corredata dai suoi valori numerici, e in ogni caso è necessario distinguere i valori della probabilità *a priori* e quelli della probabilità *a posteriori*, se si vuole dare un senso euristico a simili dati.
Un altro tema capitale è quello delle prove indipendenti[41], ossia della necessità che il giudice, nella valutazione della prova, dia conto dell'indipendenza cognitiva del singolo elemento valutato rispetto alla "teoria" (qui l'imputazione o, talvolta, il movente ipotizzato) in cui si inscrive, di modo che esso spieghi una porzione di realtà *a prescindere* dalla chiave interpretativa offerta dall'imputazione (o dal movente). Se, tolta quella direzione esegetica, quell'elemento diventa insufficiente a spiegare l'evento, significa che è inservibile dal punto di vista euristico. In direzione completamente opposta, come visto, si muove la Corte di cassazione, quando prima *decide* quale «argomentazione probatoria» intende sostenere, e poi cerca quella «teoria sufficientemente affidabile ed in grado di fornire concrete, significative ed

[39] Sul punto, E.M. Catalano, *Ragionevole dubbio e logica della decisione*, cit., 93 ss. e, volendo, F.B. Morelli, *Approccio narrativo vs approccio analitico alla ricostruzione del fatto nella sentenza di primo grado di fronte alla fisionomia del nuovo appello*, in *Criminalia* 2022, 121.
[40] D. Kahneman, *Pensieri lenti e veloci*, Milano 2024, (ed. originale 2011), 145-261.
[41] Molto opportunamente sollevato da P. Ferrua, *La prova nel processo penale*, vol. I, *Struttura e procedimento*, Torino 2017, 307, il quale rimanda a P. Kosso, *Leggere il libro della natura*, Bologna 1992, 165: «Anche se tutto il materiale probatorio dev'essere spiegabile per mezzo della teoria, cioè è carico di teoria, si può però insistere sul fatto che il materiale probatorio sia spiegabile indipendentemente». E l'autore fa proprio l'esempio del processo penale quando intende dimostrare che «l'imposizione dello standard di indipendenza blocca la circolarità dell'uso del materiale probatorio per dimostrare la teoria e perciò impedisce l'auto-aiuto del fornirsi la propria dimostrazione» (p. 173)

attendibili informazioni idonee a sorreggere» quell'argomentazione[42]. Qui la Cassazione pare proprio teorizzare il concetto di prova dipendente.
L'impostazione teorica qui propugnata, inoltre, rende manifesta la necessità di identificare il *thema probandum* nei reati di pericolo. Se quest'ultimo si incarna in una probabilità (ciò che è giusto), occorre prudenza per non condannare in presenza di una del tutto insignificante "probabilità di una probabilità"[43], la quale è così fumosa che si può sostenere con successo attraverso qualche sapiente artificio retorico, ma non si fonda su alcun accertamento cognitivamente e logicamente significativo.
Le specificazioni di tale impostazione sono innumerevoli, ma si fondano tutte sulla certezza che solo il massimo della qualità logica della decisione di condanna, che arrivi a renderla una rappresentazione del reale con fondate pretese di esclusività, possa rendere tollerabile l'intervento coercitivo sui diritti della persona.
Del resto, dalla "verità" può solo scaturire la "necessità" e se si rifiuta che la compressione di diritti costituzionali possa essere una opzione equivalente a tante altre, il valore giudico dell'accertamento non può che portare ad una teorizzazione del concetto di verità nel processo penale che sia sì "relativa" a questo dominio — e non relativistica — e tuttavia esclusiva, ossia non ammetta ulteriori opzioni al di fuori di essa.
Solo questo obiettivo cognitivo può assicurare una tutela strutturale e non contingente ai diritti che il processo penale tocca e che la presunzione di innocenza tutela.

[42] Cass. 17.9.2010, Cozzini, cit.
[43] Si rimanda, anche per la relativa bibliografia, a F.B. Morelli, *La prova nei reati di pericolo,* in *Reati contro l'incolumità pubblica,* a cura di D. Castronuovo, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero, vol. XX, Torino 2024, 535 ss.

LA RILEVANZA PENALISTICA DEGLI ATTACCHI *RANSOMWARE*

di Andrea Federici (Dottorando di ricerca in "Diritto pubblico, giustizia penale e internazionale", Università di Pavia)

Il contributo esamina la rilevanza penalistica degli attacchi ransomware, muovendo dalla loro collocazione nel più ampio sistema dei reati informatici e dalla ricostruzione delle principali modalità tecnico-criminologiche attraverso cui il fenomeno si manifesta nella prassi. Dopo aver richiamato i dati empirici relativi alla diffusione delle estorsioni digitali, l'indagine si sofferma sulla qualificazione giuridica degli attacchi ransomware prima della l. 28 giugno 2024, n. 90, evidenziando l'assenza di un'elaborazione giurisprudenziale e il ruolo svolto dalla dottrina nell'inquadramento del fenomeno entro il paradigma dell'estorsione "comune", eventualmente in concorso con altri reati informatici. La seconda parte del lavoro è dedicata al nuovo delitto di "estorsione informatica" introdotto nel corpo dell'art. 629 c.p., del quale vengono analizzati, in particolare, struttura, tecnica di tipizzazione e trattamento sanzionatorio. L'articolo mette quindi in luce le possibili criticità dell'intervento legislativo, con particolare riguardo alla tecnica di tipizzazione della nuova fattispecie, alla razionalità del relativo trattamento sanzionatorio e ai rischi di tensione con i principi di sussidiarietà, necessarietà e proporzionalità, soffermandosi altresì su alcuni profili di coordinamento sistematico, concernenti il regime delle circostanze aggravanti e la disciplina della responsabilità degli enti ex d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231. Sono infine considerate alcune questioni collaterali, quali il divieto di pagamento del riscatto e la posizione del mediatore informatico nelle trattative con gli autori dell'attacco ransomware.
The paper examines the criminal law implications of ransomware attacks, starting from their place within the broader framework of cybercrimes and the main technical and criminological patterns through which the phenomenon manifests itself in practice. After considering empirical data on the spread of digital extortion, the article analyses the legal qualification of ransomware attacks prior to Law no. 90 of 28 June 2024, highlighting the absence of consolidated case law and the role played by legal scholarship in framing the phenomenon within the scope of ordinary extortion, possibly in connection with unlawful access to computer systems and computer damage offences. The second part focuses on the new offence of "cyber-extortion" introduced in Article 629 of the Italian Criminal Code, examining its structure, legislative technique and sanctioning framework. The article then highlights the possible critical issues raised by the legislative intervention, with particular regard to the drafting technique of the new offence, the rationality of its sanctioning framework, and the risks of tension with the principles of subsidiarity, necessity, and proportionality. It also examines certain issues of systematic coordination, concerning the regime of aggravating circumstances and the rules on corporate liability under Legislative Decree No. 231 of 8 June 2001. Finally, the article considers several complementary questions, such as the prohibition on paying the ransom and the position of the IT mediator in negotiations with the perpetrators of the ransomware attack.

Ransomware; estorsione informatica; reati informatici
Ransomware; cyber-extortion; cybercrime

Sommario: 1. Introduzione. I reati informatici e il *ransomware*. – 2. Gli attacchi *ransomware*: definizione e fenomenologia. – 3. *Segue*. Alcuni dati empirici sull'estensione del fenomeno criminoso. – 4. Qualificazione giuridica degli attacchi a mezzo *ransomware* prima della l. 28.6.2024 n. 90. – 4.1. L'assenza

di precedenti giurisprudenziali. – 4.2. Luci e ombre del tentativo dottrinale di inquadrare il *ransomware* entro il perimetro del delitto di estorsione. – 5. La l. 90/2024 e il nuovo delitto di "estorsione informatica". – 5.1. Genesi politico-criminale e struttura del delitto di "estorsione informatica". – 5.2. Tecnica di tipizzazione e razionalità del trattamento sanzionatorio. – 5.3. La scelta di incriminazione dell'estorsione informatica alla luce dei principi di sussidiarietà, necessarietà e proporzionalità. – 5.4. Criticità sistematiche: il sistema delle aggravanti e il coordinamento con la disciplina del d. lgs. 231/2001. – 6. Alcuni aspetti collaterali. – 6.1. Il d.d.l. 3.4.2025 n. 1441: dal divieto di pagamento del riscatto all'adozione di misure contro il modello RaaS. – 6.2. Il "mediatore informatico" nella *ransomware negotiation*: tra rischio di concorso nel reato ed esigenze operative. – 7. Conclusioni e prospettive *de jure condendo*.

1. Il continuo progresso tecnologico degli ultimi decenni ha innescato un processo di smaterializzazione della realtà, portando il giurista a confrontarsi con entità prive di consistenza materiale, appartenenti a una dimensione parallela, quella virtuale.
La diffusione delle tecnologie digitali e degli strumenti di elaborazione elettronica ha prodotto, insieme agli indubbi benefici sociali ed economici, anche un robusto sviluppo dell'utilizzo "patologico" dei sistemi di informatizzazione, a cui sono associate nuove e peculiari forme di devianza criminale[1].
Sono così emerse modalità delinquenziali inedite[2], il cui punto di svolta è rappresentato dall'apertura al pubblico, nei primi anni Novanta, di Internet, che ha esteso l'elaborazione elettronica dei dati a livello globale, fondata sull'interconnessione universale dei sistemi[3].
L'integrazione sempre più stretta tra telecomunicazioni e informatica ha quindi ampliato progressivamente i confini della categoria dei reati informatici, facendo emergere fenomenologie criminose eterogenee e sempre più sofisticate[4].
In tale quadro, la dottrina penalistica[5] ha cercato di razionalizzare la complessità del fenomeno, proponendo una classificazione volta a ordinare la multiforme realtà dei reati informatici e

[1] Sul punto si veda G. Ziccardi, *Diritti digitali. Informatica giuridica per le nuove professioni*, Milano 2022, 351 ss. L'Autore, dopo aver delineato i tratti più significativi dell'attuale contesto tecnologico e l'evoluzione delle nuove forme di criminalità informatica, pone in luce la centralità del "dato", osservando come il crimine informatico risulti ormai inscindibilmente connesso ad esso: non solo ai *data records*, ai *database* e agli archivi, ma anche al singolo dato riferibile all'utente, il quale, se correlato ad altri, può acquisire un autonomo e rilevante valore per l'attività criminosa, al punto da rendere plausibile una qualificazione del fenomeno in termini di *data crimes*.
[2] Sul punto si veda C. Sarzana, *Note sul diritto penale dell'informatica*, in *GP* 1/1984, 21 ss.; L. Picotti, *Problemi penalistici in tema di falsificazione di dati informatici*, in *DII* 1985, 939 ss.; G. Neri, *Criminologia e reati informatici. Profili di diritto penale dell'economia*, Napoli 2014, 1-2.
[3] Così L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, in *Cybercrime*[2], diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2023, 46 ss.
[4] Così L. Picotti, *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, Padova 2013, 35 ss.
[5] Per un approfondimento in ordine all'elaborazione dottrinale della distinzione tra reati informatici "in senso stretto" e "in senso ampio" (o anche, "in senso lato") si rinvia a G. D'Aiuto, L. Levita, *I reati informatici. Disciplina sostanziale e questioni processuali*, Milano 2012, 3 ss.; R. Flor, *Lotta alla "criminalità organizzata" e tutela di "tradizionali" e "nuovi" diritti fondamentali nell'era di internet*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.12.2012, 4; C. Pecorella, voce *Reati informatici*, in *ED, Annali X* 2017, 707. In proposito, merita altresì di essere richiamata la posizione di Fumo, il quale, pur condividendo sul piano sostanziale la distinzione tra le due categorie di reati informatici, propone una diversa impostazione classificatoria, articolata nella contrapposizione tra "reati informatici propri" e "reati informatici impropri", corrispondenti, rispettivamente, alle ipotesi comunemente ricondotte al senso stretto e al senso ampio (M. Fumo, *La condotta nei reati informatici*, in *AP* 3/2013, 777 ss.). Secondo Picotti, sarebbe possibile individuare anche una terza più ampia categoria, quella dei "reati cibernetici", nella quale rientrano tutte fattispecie che si commettono, o sono comunque suscettibili di essere

individuando due principali macrocategorie: i «reati informatici in senso stretto» e i «reati informatici in senso ampio».
Nella prima categoria si annoverano le fattispecie che «presentano almeno un elemento – essenziale o circostanziale – che richiama *espressamente* ed univocamente le TIC[6] nella descrizione delle modalità di condotta, ovvero dei mezzi, degli oggetti, dell'evento, o di altre condizioni del reato»[7]. Vi rientrano, ad esempio, l'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico (art. 615-*ter* Cp) e il danneggiamento di dati, informazioni e programmi informatici (art. 635-*bis* Cp), i quali rappresentano l'espressione normativa di fatti del tutto nuovi, generati dall'espansione tecnologica e non riconducibili alle figure incriminatrici tradizionali.
La seconda categoria, invece, comprende quelle condotte criminose che, pur non tipizzando specifici elementi informatici, si realizzano nel cyberspazio, costituendo semplici modalità esecutive di aggressione a beni già tutelati da altre norme incriminatrici, che si potrebbero definire "tradizionali". Si pensi, a titolo esemplificativo, al reato di minaccia, nell'ipotesi in cui il messaggio intimidatorio venga veicolato mediante un post pubblicato attraverso un *social network.*
A ben vedere la distinzione tra le due classi tipologiche di reati informatici non risponde a mere esigenze classificatorie, ma riflette differenze strutturali e sostanziali tra le fattispecie ricomprese nelle rispettive macrocategorie. Esse, infatti, tutelano beni giuridici differenti[8],

commesse, nel *Cyberspace*. L'Autore distingue, in primo luogo, le ipotesi nelle quali la formulazione legale della fattispecie incriminatrice contiene un espresso richiamo alla rete o all'ambiente telematico quale elemento essenziale o circostanziale del fatto tipico; in secondo luogo, quelle fattispecie la cui concreta realizzazione nel *Cyberspace* risulta invece desumibile solo in via implicita o attraverso un'operazione ermeneutica, in quanto la tipizzazione normativa non menziona direttamente la componente tecnologica. In questa prospettiva, la distinzione tra reati cibernetici e reati informatici è ricostruita secondo una logica a cerchi concentrici, nella quale la categoria dei primi presenta un'estensione più ampia rispetto a quella dei secondi. Entrambe le categorie risultano poi ulteriormente articolate al loro interno in funzione del ruolo assegnato alla dimensione tecnologica nella struttura della fattispecie, con la conseguenza che la distinzione appena richiamata incide sul piano della formulazione normativa, mentre la qualificazione del reato come cibernetico o informatico rileva prevalentemente in relazione alla dimensione spaziale della condotta criminosa (L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., 76-78). Secondo altro autorevole orientamento dottrinale, la categoria dei reati informatici non si esaurirebbe nella sola distinzione tra fattispecie in senso stretto e in senso lato, ma si articolerebbe, più precisamente, in una tripartizione: 1) norme penali eventualmente informatiche; 2) norme penali informatiche in senso ampio; 3) norme penali informatiche in senso stretto. Al primo gruppo si riconducono quelle disposizioni che, pur non tipizzando alcuna specifica modalità di condotta legata all'uso delle tecnologie, risultano tuttavia applicabili anche a fatti realizzati contro o mediante strumenti informatici. Le norme penali informatiche in senso ampio designerebbero, invece, quelle fattispecie che, pur richiamando espressamente nel fatto tipico elementi di carattere informatico, costituiscono in realtà un mero aggiornamento tecnologico di incriminazioni già esistenti (cfr. P. Galdieri, *Teoria e pratica nell'interpretazione del dato informatico*, Milano 1997, 95).

[6] Acronimo che sta per *Information and Communication Technologies* e si riferisce all'insieme di strumenti, sistemi e tecniche utilizzati per creare, elaborare o trasmettere dati e informazioni.

[7] L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., 76.

[8] Sul punto si veda L. Picotti, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in *Il diritto penale dell'informatica all'epoca di Internet*, a cura di L. Picotti, Padova 2004, 21 ss. Nella riflessione di Picotti, maturata nel contesto dei primi interventi normativi risalenti agli anni 2000 in materia di criminalità informatica, emerge con particolare chiarezza l'esigenza di sottrarre la proliferazione delle nuove fattispecie incriminatrici a una lettura frammentaria e meramente casistica. L'analisi delle singole incriminazioni informatiche è infatti orientata alla ricerca di una elaborazione dogmatica, capace di valorizzarne le connessioni strutturali, gli elementi comuni e i profili differenziali, così da ricondurre la materia entro coordinate sistematiche riconoscibili. In questa prospettiva, l'Autore individua nel bene giuridico tutelato il principale strumento concettuale di razionalizzazione del settore: un parametro che consente non solo di ordinare le diverse previsioni incriminatrici all'interno del sistema penale, ma anche di orientarne l'interpretazione ermeneutica e di fondare una successiva valutazione critica delle scelte legislative. Il riferimento al bene giuridico, inteso nella pluralità delle funzioni che tradizionalmente gli sono attribuite, diviene così il fulcro di un'impostazione volta a conferire

rispecchiano tratti criminologici eterogenei[9] e implicano differenti metodologie di tipizzazione delle norme incriminatrici[10].
Del resto, si può osservare che nei reati informatici in senso stretto l'oggetto immediato di tutela non è unicamente il bene tradizionale aggredito nella sua proiezione materiale, bensì l'integrità, la riservatezza e l'affidabilità dell'ecosistema informatico in quanto tale, inteso come insieme di sistemi, dati e processi di elaborazione.
Ciò spiega perché tali fattispecie siano spesso costruite come reati di mera condotta o di pericolo, talora addirittura presunto, con una marcata anticipazione della soglia di punibilità e una tipizzazione fortemente ancorata a elementi tecnico-funzionali[11] (accesso abusivo, detenzione di credenziali, diffusione di programmi nocivi), che prescindono dalla produzione di un danno finale.
Diversamente, nei reati informatici in senso ampio lo strumento digitale opera come mezzo attraverso cui si realizza l'offesa a beni giuridici già noti – onore, patrimonio, libertà personale – i quali conservano una fisionomia tradizionale: il disvalore penale si concentra prevalentemente sull'evento di danno o di lesione, mentre l'impiego delle tecnologie dell'informazione incide sulle modalità esecutive, amplificando la portata offensiva della condotta e modificandone i profili criminologici (anonimato, serialità, diffusività), senza tuttavia imporre, sul piano della tecnica normativa, un abbandono dei modelli classici di tipizzazione.
Ne risulta, dunque, una frattura non solo descrittiva, bensì strutturale: da un lato, fattispecie modellate secondo una logica funzionale-preventiva, sensibili alle dinamiche proprie dell'agire informatico; dall'altro, reati "tradizionali", che vengono "riletti" e adattati alla luce del nuovo contesto tecnologico[12], nei quali il mezzo informatico non ridefinisce il bene protetto, ma ne accentua le modalità e l'intensità lesiva.

---

coerenza dogmatica a un ambito segnato, sin dalle origini, da una forte eterogeneità fenomenica e normativa.

[9] In questa linea si colloca anche l'analisi di Vulpiani, il quale mette in evidenza come la criminalità che si sviluppa nel cyberspazio presenti una marcata varietà di forme, soggetti e dinamiche operative, difficilmente riconducibili a un modello unitario. Tale constatazione offre un solido supporto alla distinzione tra reati informatici in senso stretto e reati informatici in senso ampio: da un lato, le fattispecie in cui la tecnologia costituisce l'oggetto immediato dell'aggressione e incide direttamente sulla struttura del fatto tipico; dall'altro, le ipotesi in cui strumenti e ambienti digitali fungono da semplice veicolo o contesto di realizzazione di condotte già note all'ordinamento penale. La riflessione di Vulpiani consente così di leggere questa bipartizione non come una scelta meramente descrittiva, ma come il riflesso di differenze sostanziali sul piano criminologico, che incidono tanto sulle modalità di manifestazione del fenomeno quanto sulle strategie di prevenzione e contrasto (D. Vulpiani, *La nuova criminalità informatica. Evoluzione del fenomeno e strategie di contrasto*, in *RCVS* 1/2007, 49).

[10] Le due categorie non si distinguono soltanto sul piano descrittivo o fenomenologico, ma presentano una diversa struttura della fattispecie. Nei reati informatici in senso stretto, infatti, l'elemento tecnologico è assunto dal legislatore come componente costitutiva della norma incriminatrice, mediante la tipizzazione di condotte, strumenti o oggetti informatici che connotano in modo qualificato l'offesa; nei reati informatici in senso ampio, al contrario, il ricorso alle tecnologie digitali resta estraneo alla formulazione legale (L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., 60 ss.). Nello stesso senso G. De Francesco, *Una sfida da raccogliere: la codificazione delle fattispecie a tutela della persona*, in *Tutela penale della persona e nuove tecnologie*, a cura di L. Picotti, Padova 2013, 5 ss.

[11] Sul punto, M. Fumo, *op. cit.*, 777 ss. evidenzia come, nei reati informatici in senso proprio, il legislatore anticipi consapevolmente la soglia di punibilità mediante fattispecie di mera condotta o di pericolo, ancorate a elementi funzionali del sistema informatico, mentre nei reati comuni commessi attraverso la rete il mezzo tecnologico incide prevalentemente sulle modalità esecutive dell'offesa, senza mutare l'assetto assiologico dei beni giuridici tradizionali.

[12] In chiave criminologica e sistematica, con riferimento al diverso disvalore dell'uso delle ICT e alle ricadute sulla costruzione della fattispecie penale si veda T. Pietrella, *L'incidenza dello sviluppo tecnologico sulla tenuta di condotte offensive. Rilevanza giuridica della comunicazione degradante online nel reato di diffamazione*, in *www.sistemapenale.it*, 6.8.2023, 5 ss., il quale sottolinea come la distinzione tra *computer crimes* e *cybercrimes* rifletta non una mera classificazione descrittiva, ma differenti tratti criminologici dell'agire digitale e una diversa

Di conseguenza, il contrasto alle condotte illecite commesse attraverso l'utilizzo di tecnologie informatiche impone al legislatore di confrontarsi con modalità operative, oggetti e comportamenti di natura tecnica, che presuppongono processi algoritmici automatizzati[13] difficili da tradurre sul piano normativo.
Nell'esaminare la risposta che l'ordinamento appresta alle diverse forme di criminalità informatica, l'interprete deve tenere in considerazione il rischio che l'individuazione di specifiche modalità di condotta o di produzione dell'evento – cioè la tipizzazione normativa di fenomeni tecnico-informatici – si riveli inefficace a descrivere compiutamente il fenomeno che il legislatore intende perseguire. Peraltro, il continuo aggiornamento delle tecnologie e il rapido mutamento dei loro impieghi possono condurre a una rapida obsolescenza delle disposizioni penali di settore, le quali potrebbero rivelarsi incapaci di seguire l'evoluzione tecnologica.
È stato rilevato come il legislatore, per evitare questo rischio, abbia preferito adottare una tecnica di tipizzazione che, pur introducendo terminologie nuove, non si incentra sullo strumento tecnologico utilizzato, bensì sulle modalità della condotta, sugli scopi perseguiti e sugli eventi realizzati[14].
Si tratta di un apparato normativo che, in astratto, appare idoneo a garantire una costante attualità degli strumenti di qualificazione giuridica.
Tuttavia, una simile formulazione potrebbe finire per esporre l'ordinamento al rischio di una sovrapposizione tra fattispecie incriminatrici astratte, poiché l'ampiezza delle formulazioni penali consente che un medesimo fatto storico venga sussunto, senza chiari criteri di delimitazione, sotto una pluralità di figure delittuose.
Tale evenienza risulta oggi ancor più verosimile se si considera che le nuove disposizioni in materia di criminalità informatica non hanno sostituito le ipotesi di reato "tradizionali", ma si sono aggiunte, venendo così a convivere con esse, spesso in rapporto di concorrenza. Ne deriva un quadro normativo stratificato, nel quale la coesistenza di vecchie e nuove incriminazioni, pur ispirate alla medesima *ratio* di protezione, può generare rilevanti incertezze applicative.
È in questo quadro che si collocano le estorsioni informatiche, le quali assumono una valenza paradigmatica della tensione esistente tra esigenze di adeguamento normativo e rischi di ipertrofia punitiva.
Il panorama delle condotte estorsive in ambiente digitale si presenta, invero, eterogeneo: si passa dalle ipotesi in cui la rete funge da mero canale comunicativo attraverso cui si realizza la costrizione, fino a strategie più complesse, tra le quali si annoverano la *sextorsion*[15] e l'ipotesi, qui in esame, dell'estorsione a mezzo *ransomware*.

---

incidenza del mezzo informatico sulla struttura del fatto tipico e sulla tecnica di incriminazione.

[13] A questo proposito, si impone una distinzione preliminare tra il concetto di *"informatizzazione"*, attraverso il quale l'intervento umano viene progressivamente sostituito, in ambiti sempre più ampi e complessi dell'agire sociale, e il procedimento di "*automazione"* dei trattamenti o dei processi di elaborazione dei dati, inteso quale utilizzo di «programmi specifici, che consentano di pervenire, con l'esecuzione di appositi ed evoluti algoritmi, a risultati complessi e straordinariamente più precisi rispetto a quelli conseguibili con l'attività dell'uomo in carne e ossa» (L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: una visione d'insieme*, cit., 43 ss.).

[14] Sulla rilevanza degli elementi tecnico-informatici nella formulazione delle fattispecie penali si veda L. Picotti, *La tutela penale della persona e le nuove tecnologie dell'informazione*, cit., 53-57.

[15] Il termine *sextorsion* trae origine dalla contrazione dei termini *sex* ed *extorsion* e consiste in una modalità estorsiva che può manifestarsi secondo diversi schemi. Nell'ipotesi più comune l'agente minaccia la rivelazione di immagini della vittima aventi natura sessuale in modo tale da costringerla a porre in essere un comportamento patrimonialmente rilevante. Per un approfondimento sul tema si vedano A. Schiavon, *"Cat-fish", "Romance Fraud" e "Sextorsion": le nuove frontiere dell'adescamento nei social media*, in *ID* 1-2/2017, 177-200; V. Sellaroli, S. Lombardo, L. Ghirardi, *Pedopornografia e reati in ambito sessuale*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. Parodi, V. Sellaroli, Milano 2020, 314-330; A. Vergara, *L'estorsione online: "sex-torsion" e l'estorsione a mezzo ransomware*, in *RP* 9/2022, 657 ss.; M. Luberto, *"sex-*

Quest'ultima, in particolare, rappresenta il punto emergente di una devianza tecnologica altamente strutturata, la cui analisi non può che prendere le mosse da una contestualizzazione criminologica.
Si tratta di una forma di reato informatico posto al crocevia fra esigenze di tutela del patrimonio, sicurezza dei dati personali e, sempre più frequentemente, salvaguardia dell'operatività delle infrastrutture critiche nazionali[16].
Il *ransomware* è un *malware* concepito per impedire l'accesso a dati o sistemi informatici – mediante cifratura o blocco di dati o informazioni – al fine di costringere la vittima al pagamento di un riscatto, solitamente in criptovaluta, per ottenere il ripristino delle funzionalità o la restituzione di quanto compromesso[17].
La letteratura scientifica[18] indica le estorsioni a mezzo ransomware come una delle principali minacce contemporanee per le imprese, le amministrazioni pubbliche e le persone fisiche, con ripercussioni che travalicano la mera dimensione patrimoniale, giungendo ad investire, nei casi più gravi, la sicurezza nazionale.
A livello metodologico, pertanto, il *ransomware* è in grado di assurgere ad autonomo oggetto di studio e indagine, dal momento che si caratterizza per una complessa combinazione di fattori: tecniche di aggressione informatica, strategie di anonimizzazione dei flussi finanziari e una costante evoluzione delle concrete modalità esecutive. E quanto più elevato è il grado di sofisticazione tecnologica del fenomeno da reprimere, tanto più risulta imprescindibile una comprensione analitica delle sue materiali modalità di manifestazione.
Per questa ragione, nei paragrafi che seguono (in particolare nei § 2 e 3) l'attenzione sarà rivolta all'esame del fenomeno criminoso nelle sue concrete modalità di manifestazione, con

---

torsion" via web *e minaccia a mezzo ransomware*: *la nuova frontiera del delitto di estorsione*, in *Cybercrime*[2], A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2023, 766 ss.; R. De Paolis, *La sottile linea rossa tra corruzione e abuso sessuale: il fenomeno della sextortion*, in *www.archiviopenale.it*, 2.7.2024.

[16] Ai sensi dell'art. 2 d. lgs. 4.9.2024 n. 138 (ossia il c.d. Decreto NIS, 2 che recepisce l'omonima dir. 2022/2555 UE) si definisce come infrastruttura critica «un elemento, un impianto, un'attrezzatura, una rete o un sistema o una parte di essi necessari per la fornitura di un servizio essenziale»; laddove per servizio essenziale si intende, invece, «un servizio fondamentale per il mantenimento di funzioni vitali della società, di attività economiche, della salute e della sicurezza pubbliche o dell'ambiente». La crescente esposizione di tali infrastrutture agli attacchi *ransomware* si spiega alla luce di fattori strutturali che ne accrescono la vulnerabilità estorsiva: la funzione essenziale svolta rende particolarmente elevato il costo sociale e operativo dell'interruzione del servizio, accentuando la pressione verso un rapido ripristino; la complessità tecnica dei sistemi, la presenza di componenti *legacy* e l'interdipendenza tra infrastrutture digitali e operative ampliano la superficie di attacco e rendono più difficoltose le strategie di recupero autonomo (cfr. *Rapporto Clusit 2025 sulla cybersecurity in Italia e nel mondo*, disponibile all'URL *https://clusit.it.*).

[17] ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, disponibile all'URL: *https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-for-ransomware-attacks*). Ad onor del vero, il *ransomware* è stato impiegato anche in contesti riconducibili alla c.d. guerra cibernetica, assumendo la funzione di una vera e propria "arma" digitale. In tal senso è emblematico il caso *NotPetya*: una serie di operazioni informatiche (presumibilmente condotte dalla Russia), avviate a partire dal giugno 2017, che hanno colpito i sistemi informatici ucraini e, successivamente, quelli di numerosi altri Paesi. Sebbene *NotPetya* fosse tecnicamente qualificabile come *ransomware*, la finalità perseguita non era di natura estorsiva, bensì la distruzione irreversibile dei dati presenti sui sistemi infettati (A. Stiano, *Attacchi informatici e responsabilità internazionale dello Stato*, Napoli 2023, 226-228). Per tale ragione, l'attacco può essere accostato, sul piano funzionale, più a un'azione di tipo *denial of service* che a un attacco *ransomware* in senso stretto. Ad oggi, *NotPetya* è considerato l'attacco informatico con il maggiore impatto economico mai registrato, con danni stimati, secondo alcune valutazioni, in circa undici miliardi di dollari (E. Rosen, *Manufacturers Remain Slow to Recognize Cybersecurity Risks*, in *The New York Times*, 21.11.2018).

[18] In proposito Corasaniti ha evidenziato come «[n]egli ultimi anni l'Italia ha registrato un considerevole aumento degli attacchi *ransomware*, con gravi ripercussioni su aziende e istituzioni» (G. Corasaniti, *Strategie di contrasto al* ransomware *e nuove frontiere della criminalità informatica*, in *DII* 1/2025). Nello stesso senso anche A. Liska, T. Gallo, *Ransomware. Come difendersi dalle estorsioni digitali*, Milano 2017, 10 ss.

l'obiettivo di coglierne le varianti operative e le diverse declinazioni che può assumere nella prassi.
Successivamente (§ 4 e 5), la trattazione si soffermerà sul confronto tra la disciplina previgente e quella risultante dalla riforma attuata con la l. 28 giugno 2024, n. 90, la quale ha inserito nel corpo dell'art. 629 Cp il nuovo terzo comma, per l'appunto dedicato al delitto di estorsione informatica.
Si cercherà quindi non solo di ricostruire gli elementi costitutivi della nuova fattispecie incriminatrice, ma anche di mettere in luce le principali criticità ermeneutiche e applicative che ne potrebbero derivare, ponendo attenzione ai profili di tipicità, ai rischi di sovrapposizione con altre figure delittuose e alle possibili tensioni con i principi di sussidiarietà e proporzionalità.
Sarà infine riservato uno specifico approfondimento ad alcune questioni per così dire complementari del fenomeno, quali la responsabilità penale del "mediatore informatico" nelle operazioni di *ransomware negotiation* e le proposte, tuttora oggetto di dibattito, di introdurre un divieto generalizzato di pagamento del riscatto, con le possibili implicazioni che tale opzione potrebbe comportare sul piano sia della prevenzione che della repressione del fenomeno in esame.

2. Il termine *ransomware* – frutto della crasi tra le parole inglesi *malware* (*software* malevolo) e *ransom* (riscatto) – indica, secondo quanto indicato nel *report* del 2022 di ENISA[19], «a type of attack where threat actors take control of a target's assets and demand a ransom in exchange for the return of the asset's availability and confidentiality»[20]. Si individua così una forma di aggressione informatica che, a seconda delle sue varianti, può consistere nella cifratura, nell'occultamento ovvero nel rendere inaccessibili dati o informazioni (ossia degli *asset*[21]), ovvero limitare o impedire l'accesso al sistema informatico, con la finalità di costringere la vittima al pagamento di una somma di denaro per ottenere il ripristino dell'accesso o la restituzione delle informazioni illecitamente sottratte.
Questa definizione non dipende dall'azione compiuta, come "cifrare" o "sottrarre", né dal tipo di pretesa, monetaria o meno, ed è intrinsecamente generica. Definire i "tipi" di *ransomware* è difficile, poiché il concetto di *ransomware* è in continua evoluzione e le capacità tecniche sono simili a quelle di altri *malware*.

[19] ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, cit., p. 8. Una simile descrizione del fenomeno risulta, del resto, ampiamente accolta – sia pure con accenti e livelli di approfondimento non sempre coincidenti – anche da una parte significativa della dottrina internazionale T.J. Holt, A.M. Bossler, K.C. Seigfried-Spellar, *Cybercrime and Digital Forensics: An Introduction*[2], Abingdon 2017, 145 ss.; E. Willems, *Cyberdanger: Understanding and Guarding Against Cybercrime*, Cham 2019, 89 ss.; G.J. Ahn, A. Doupe, Z. Zhao, K. Liao, *Ransomware and cryptocurrency: Parterners in crime*, in *Cybercrime Through on Interdisciplinary Lens*, a cura di T.J. Holt, Abingdon 2019, 104-129; M. Ryan, *Ransomware Revolution: The Rise of a Prodigious Cyber Threat*, Cham 2021, 2 ss.
[20] Secondo tale definizione si potrebbe affermare che il *ransomware* (o meglio, "l'attacco *ransomware*") si sostanzi in "un tipo di attacco in cui soggetti ostili prendono il controllo delle risorse di un obiettivo e richiedono un riscatto in cambio del ripristino della disponibilità e della riservatezza delle risorse stesse". Ove non diversamente indicato, le traduzioni dall'inglese sono effettuate a cura dell'Autore.
[21] Nello specifico, per *asset* si intende tutto ciò che ha valore per un'impresa o un'organizzazione. Gli *asset* più comunemente colpiti dal *ransomware* sono *file* e cartelle. Poiché, nella maggior parte dei sistemi operativi, la maggior parte degli asset è tecnicamente un *file*, occorre distinguere – a titolo di esempio – tra un *ransomware* che cifra tutti i file di un bersaglio e un *ransomware* che cifra solo porzioni di un *file*, ad esempio il codice necessario all'esecuzione di un *web server*. Altri *assets* presi di mira dai cybercriminali possono includere anche *database*, servizi *web* o *content management system* (cfr. ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, cit., 9).

Prima di analizzare le differenti modalità di manifestazione degli attacchi *ransomware*, pare utile recuperare una distinzione concettuale, mutuata dalla dottrina in tema di riciclaggio informatico (il c.d. *cyberlaundering*[22]), ove si suole distinguere tra estorsione informatica «integrale» e «strumentale»[23]. La prima ricorre quando tutti gli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice – la minaccia o la violenza, l'atto di disposizione patrimoniale coartato, il conseguente profitto ingiusto con danno altrui – si realizzano integralmente mediante strumenti o modalità digitali. La seconda, invece, si configura laddove la tecnologia svolge un ruolo di supporto o facilitazione, incidendo solo su un segmento della condotta, come accade, ad esempio, quando la minaccia è veicolata tramite *chat* ma il pagamento avviene in contanti, o viceversa, quando la minaccia è verbale ma il trasferimento patrimoniale si realizza attraverso strumenti informatici.
In questo senso, l'estorsione perpetrata attraverso *ransomware* sarebbe qualificabile come estorsione informatica "integrale"[24], poiché tutte le fasi della sequenza criminosa – dall'inoculazione del *malware*, alla cifratura o all'occultamento dei dati, sino alla richiesta e all'eventuale riscossione del riscatto – si sviluppano esclusivamente per il tramite di strumenti e canali digitali.

[22] Per un approfondimento in ordine al *cyberlaundering* ed all'utilizzo illecito delle valute virtuali – quale, ad esempio, i *Bitcoin* – si rinvia a L. Lorenzetti, *Ecco come il web può aiutare i criminali: truffe e riciclaggio più facili su Internet*, in *D&G* 2004, 106; E. Simoncini, *Il cyberlaundering: la "nuova frontiera" del riciclaggio*, in *RTrimDPenEc* 4/2015, 897-915; L. Sturzo, *"Bitcoin" e riciclaggio 2.0*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 3.5.2018; L. Picotti, *Profili penali del "cyberlaundering": le nuove tecniche di riciclaggio*, in *RTrimDPenEc* 3-4/2018, 590-619; E. Davì, *"Bitcoin e cyber self-laundering": lo sguardo sospettoso della Cassazione sull'impiego di criptovaluta*, in *FI* 1/2023, 2, 15-20; R. Razzante, *Riciclaggio e reati connessi*, Milano 2023, 195-202; M. Antinucci, D. Scampoli, *Il sequestro e la confisca di bitcoin*, in *DPP* 8/2024, 1083-1092; M. Da Rold, *Strategia antiriciclaggio e rischio penale per gli intermediari di criptomonete*, *LP* 3/2024, 196-210; C. Crescioli, *Cybercrime e tutela penale del patrimonio. Un'indagine in prospettiva comparata*, Milano 2024, 194-204; J. Della Torre, *Spunti in tema di cripto-attività e procedimento penale*, *LP* 1/2025, 302-329.
[23] A ben vedere, tale tassonomia ricalca la distinzione, di origine dottrinale, tra le più ampie categorie dei "reati informatici in senso stretto" e dei "reati informatici in senso lato" già richiamata in precedenza (cfr. nota n. 5).
[24] Così M. Luberto, *op. cit.*, 769.

Fino alla metà degli anni 2010[25], il *ransomware* tendeva a concentrarsi su una o due azioni, ad esempio la cifratura o il blocco[26]. Ciò rendeva agevole raggruppare i *ransomware* in categorie semplici, come *Encryption Ransomware* o *Lock-Screen Ransomware*.
Oggi, invece, come rilevato da ENISA[27], il *ransomware* ha oltrepassato questi schemi classificatori, la cui rigidità non consente più di rappresentare in modo adeguato la complessità e la mutevolezza assunta dal fenomeno nelle sue più recenti evoluzioni.
Nonostante, come detto, si tratti di un reato cangiante nelle sue forme di manifestazione, è possibile individuare quattro azioni fondamentali che caratterizzano gli attacchi *ransomware*: il *lock* (bloccare), l'*encrypt* (cifrare), il *delete* (cancellare) e lo *steal* (sottrarre ovvero esfiltrare)[28].
Nello specifico, nel paradigma "LEDS", l'azione di bloccare un *asset* (schermo, applicazione, *hardware*) può assumere significati molto diversi: nel caso dei dispositivi mobili è sufficiente, ad esempio, modificare il PIN e rendere inaccessibile lo schermo; nel caso di un'applicazione o di un apparato, il blocco può consistere nel mutamento delle credenziali di accesso o nella loro sottrazione al legittimo titolare.
Non rientra invece nel "bloccare" l'*encrypt*, che ha autonoma fisionomia: per cifrare si impiega un algoritmo di cifratura che rende il contenuto di un file, di una cartella o di un testo disponibile solo a chi disponga della chiave (e, in generale, della corretta procedura di decifratura). Le varianti sono molteplici: cifratura parziale di *asset* (solo segmenti critici di un

[25] Secondo quanto osservato da Del Checco, le prime manifestazioni del fenomeno *ransomware* in Italia possono essere ricondotte al caso del cosiddetto "Virus della Polizia Postale" – noto anche, a seconda delle varianti, come "Virus della Polizia Penitenziaria" o "Virus dei Carabinieri" – diffusosi su larga scala anche a livello internazionale, pur con denominazioni differenti. Si trattava di un *malware* che, una volta installato nel sistema della vittima, impediva l'accesso al dispositivo mostrando una schermata che simulava una comunicazione ufficiale da parte delle forze di polizia. In tale schermata si affermava falsamente che erano state rilevate condotte illecite, come l'accesso a siti contenenti materiale pedopornografico, e si invitava l'utente a "regolarizzare" la propria posizione mediante il pagamento di una somma di denaro. Il versamento doveva avvenire attraverso canali non tracciabili, quali *Ukash*, *PaysafeCard* o *Western Union*, segnando così – sia sotto il profilo tecnico che sotto quello criminologico – l'inizio della stagione dei *ransomware* (P. Del Checco, *La protezione dal* malware, in *Tecnologia e diritto. Informatica Giuridica Avanzata. Sorveglianza, segreto, controllo, cybersecurity, crimini informatici, cyberterrorismo, guerra dell'informazione, odio online*, vol. III, a cura di G. Ziccardi, P. Perri, Milano 2019, 227). Ciò nonostante, per completezza di analisi, è opportuno segnalare che secondo altri autori il primo antecedente di attacco *ransomware* sarebbe stato sviluppato e diffuso da un medico, nel 1989, verosimilmente animato da risentimento per non essere stato selezionato per un incarico presso l'Organizzazione Mondiale della Sanità. In quel caso, il *malware* sarebbe stato fatto circolare sotto forma di *virus* su dischetto, distribuito fisicamente presso studi medici e strutture sanitarie. Una volta inserito il CD nel *computer* sarebbe partita automaticamente l'infezione del sistema. Il *malware* crittografava i file presenti sul disco fisso e visualizzava una richiesta di riscatto, da corrispondere in contanti spediti a una casella postale situata a Panama. All'avvenuta ricezione del denaro, il cybercriminale provvedeva a inviare alla vittima il *software* necessario per decriptare i dati. Questo meccanismo di diffusione, tuttavia, si rivelò estremamente lento e facilmente contrastabile dai primi *software antivirus*, tanto che l'infezione venne progressivamente contenuta e il fenomeno andò rapidamente spegnendosi. Il concetto stesso di *ransomware* rimase così in uno stato latente per diversi anni, fino a riemergere con forza intorno al 2011-2013, in concomitanza con la comparsa del già citato "*virus* della Polizia Postale". (F. Panada e H. Unterbrink, *Ransomware: un flagello che prende di mira privati e aziende*, in *Rapporto Clusit 2017 sulla sicurezza ICT in Italia*, disponibile all'URL *https://clusit.it*).
[26] La "cifratura" consiste nella codifica dei dati mediante algoritmi crittografici che ne rendono il contenuto inaccessibile senza la relativa chiave di decriptazione; il "blocco", invece, si realizza attraverso l'inibizione dell'accesso ai sistemi o ai servizi informatici (ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, cit., 10 ss.).
[27] ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, cit., 10 ss.
[28] Ci si riferisce a queste quattro azioni con l'acronimo "LEDS" (*Lock, Encrypt, Delete, Steal*) (ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, cit., 9).

file), impiego di diversi algoritmi e topologie operative che collocano la cifratura solo lato *client* oppure lato *client* e *server*.
La cancellazione allude poi all'ordine impartito al sistema operativo di eliminare un *file*, secondo due modalità: per via "ufficiale" (che, nei più diffusi OS, si limita a rimuovere il riferimento del file nella struttura di directory) oppure mediante riscrittura dei *byte* del *file*, con perdita definitiva; in un *database in-memory* la cancellazione è l'operazione richiesta al motore di base dati; nei contesti *cloud* può riguardare macchine virtuali eliminate tramite *dashboard* ufficiali, senza passare dall'OS dell'istanza. Va chiarito che l'eliminazione di un file non implica che esso sia stato cifrato o sottratto.
Per sottrarre (*steal*) si deve infatti trasferire l'*asset* nel dominio di controllo dell'aggressore sia mediante esfiltrazione verso l'esterno, sia copiandolo in una cartella locale occulta e ignota al titolare; e, specularmente, la sottrazione non implica né la cancellazione né la cifratura[29].
Nel caso degli attacchi a mezzo *ransomware* tutte le condotte informatiche appena descritte presentano un carattere strumentale in quanto sono finalizzate a costringere la vittima a compiere un atto dispositivo di natura patrimoniale: il pagamento di un riscatto, dal quale dipende – o meglio, dovrebbe dipendere – il ripristino del sistema ovvero la decriptazione dei dati cifrati.
Benché l'atto dispositivo patrimoniale più comune da parte della vittima consista nel pagamento di una somma di denaro, esistono casi in cui gli aggressori hanno preteso in cambio altre utilità, come una modifica della *policy* aziendale[30], l'introduzione di nuove funzionalità *software*, o persino che le vittime agevolassero la diffusione del *malware* verso la propria cerchia di contatti[31] (ad esempio verso i propri fornitori).
Alla luce di quanto sin qui osservato, può ora procedersi a una descrizione più puntuale delle caratteristiche comuni alle diverse tipologie di *ransomware*.
La condotta estorsiva posta in essere attraverso l'utilizzo di *ransomware* si configura generalmente secondo una struttura bifasica, in quanto, in una prima fase, si verifica l'aggressione informatica al sistema bersaglio, cui fa seguito una seconda fase di esplicita minaccia telematica, volta a determinare una coazione patrimoniale nei confronti della vittima[32].
Nello specifico, il *ransomware*, una volta inoculato all'interno di un sistema informatico, procede all'operazione di cifratura dei *files* memorizzati sui supporti di archiviazione (documenti di lavoro, archivi personali, immagini e altre risorse digitali), rendendoli inaccessibili e, in assenza di una specifica chiave di decrittazione, di fatto irrecuperabili. L'infezione può verificarsi attraverso una pluralità di vettori di attacco, accomunati dalla capacità di sfruttare vulnerabilità tecniche o comportamentali dell'utente per penetrare nei sistemi informativi bersaglio. Le modalità di veicolazione sono molteplici[33] e comprendono,

[29] Così ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, cit., 10.
[30] Così ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, cit., 8.
[31] Sul punto merita di essere richiamato il caso del c.d. *ransomware* denominato *"Popcorn Time"*: gli autori dell'attacco, dopo aver proceduto alla cifratura dei *files* delle vittime, affiancavano alla tradizionale richiesta di pagamento in Bitcoin un meccanismo alternativo di "liberazione" dei dati. In particolare, la chiave di decrittazione veniva promessa gratuitamente qualora la vittima fosse riuscita a indurre almeno due ulteriori soggetti a scaricare il medesimo *malware*, mediante un *link* appositamente fornito dagli aggressori, e tali soggetti avessero a loro volta corrisposto il riscatto richiesto. Tale schema realizza una peculiare declinazione della condotta estorsiva, incentrata sull'incentivazione alla propagazione dell'infezione secondo una logica di tipo "*referral*", piuttosto che sul pagamento diretto del corrispettivo economico (*New ransomware offers to restore your files for free - if you infect two friends – ExtremeTech*, disponibile all'URL *https://www.extremetech.com/internet/240933-new-ransomware-offers-restore-files-free-infect-two-friends*).
[32] Cfr. M. Luberto, *op. cit.*, 769.
[33] Per un ulteriore approfondimento sul punto si veda ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report*

tra le più ricorrenti, l'apertura di allegati infetti o il *click* su *link* malevoli contenuti in messaggi di posta elettronica (spesso strutturati secondo tecniche di *phishing* avanzato[34]), il mancato aggiornamento di sistemi operativi o applicazioni affetti da vulnerabilità, nonché la semplice navigazione in siti *web* compromessi, in grado di attivare *download* non intenzionali (c.d. *drive-by downloads*).

Completata questa prima fase di infezione e cifratura dei dati, sullo schermo del terminale compare un messaggio – comunemente denominato "*ransom note*" – recante la notifica dell'avvenuta infezione e la contestuale formulazione di una richiesta estorsiva, nella forma di un'intimazione perentoria al pagamento di una determinata somma di denaro entro un termine, quale condizione necessaria per ottenere il ripristino dell'accesso ai dati sottratti.

Accanto a questa modalità più "tradizionale", si è affermata anche la c.d. "doppia estorsione"[35], ove viene utilizzata la minaccia di rendere pubblica la rivendicazione dell'attacco tramite la pubblicazione su appositi *Data Leak Sites*[36] di informazioni dettagliate concernenti la natura dell'attacco stesso, le risorse digitali sottratte o cifrate, il nominativo della vittima e l'ammontare richiesto a titolo di riscatto.

Come già notato, l'effetto lesivo non si esaurisce nella sottrazione o nell'inaccessibilità dei dati, potendo altresì estendersi alla compromissione dell'intera operatività del sistema infetto: si pensi, ad esempio, alla generazione forzata di finestre che occupano integralmente il *desktop* dell'utente, impedendone l'utilizzo, o alla neutralizzazione dei meccanismi di riavvio del dispositivo, con conseguente paralisi delle funzionalità essenziali.

L'evoluzione del fenomeno ha condotto ad ampliare l'ambito semantico del termine "*ransomware*", adoperato ormai non solo per designare gli attacchi fondati sulla cifratura selettiva dei dati, ma anche per descrivere azioni finalizzate alla compromissione dei sistemi informativi nella loro funzionalità complessiva, ovvero alla violazione della riservatezza e della disponibilità delle informazioni custodite.

In numerosi casi l'estorsione a mezzo *ransomware* non è riconducibile a singoli attori isolati, bensì all'attività di strutture criminali organizzate, sovente identificate con le espressioni

2022, cit., 23-24.

[34] Tra cui si annoverano i c.d. *phishing kits*, ossia dei «veri e propri "pacchetti" preconfezionati e pronti all'uso che permettono a persone con conoscenze tecniche modeste di avviare attacchi di *phishing* personalizzati ed estremamente efficaci» (G. Ziccardi, *op. cit.*, 351). Per un ulteriore approfondimento sulle tecniche di *phishing* attualmente più diffuse si veda anche F. Radoniewicz, *Cybercrime and the law. An analysis of legal governance in Europe*, New York 2025, 12-13.

[35] Questa pratica criminale consiste nel cifrare prima i dati delle vittime e poi, se il riscatto non viene pagato, minacciare di «renderli pubblici, di pubblicarli su forum, di farli indicizzare dai motori di ricerca o, addirittura, di contattare direttamente giornalisti, dipendenti, clienti delle vittime e partner commerciali per informarli dell'accaduto» (G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 355). Per un ulteriore approfondimento sul tema si rinvia a T.S. Hyslip, G.W. Burruss, *Ransomware*, in *Handbook on Crime and Technology*, a cura di D. Hummer, J. Byrne, Cheltenham 2023, 86 ss.

[36] I *Data Leak Sites* sono delle speciali piattaforme utilizzate da gruppi di cybercriminali per pubblicare dati sensibili sottratti alle vittime.

«*cyber gang*»[37] o «*ransomware gang*»[38]. Questi gruppi operano secondo modalità sistematiche e professionali, talvolta assimilabili a veri e propri modelli aziendali, con ruoli interni specializzati (sviluppatori, negoziatori, operatori di *help desk*) e strutture logistiche articolate[39]. Il fenomeno rivela così una dimensione associativa, nella quale la collaborazione tra più soggetti consente una pianificazione più efficiente delle campagne di attacco, una gestione centralizzata dei *malware* (spesso offerti in modalità *Ransomware as a Service*[40]) e una maggiore efficacia nella pressione esercitata sulle vittime.

[37] La configurabilità del reato di associazione per delinquere nell'ambito della criminalità informatica è oggi pacificamente riconosciuta sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, purché emergano elementi sintomatici della stabilità organizzativa e della finalizzazione criminosa del sodalizio. In particolare, si ritiene necessario accertare l'esistenza di una pluralità di ruoli funzionali, una ripartizione sistematica dei proventi illeciti, nonché la presenza di regole interne di ammissione e cooperazione, ovvero di caratteristiche organizzative specifiche che denotino un assetto strutturato e durevole nel tempo (Cfr. L. Picarella, *Il "cybercrime" come nuova sfida definitoria al concetto di criminalità organizzata*, in *SQuestC* 1/2024, 105 ss.; F. Spiezia, *Cooperazione internazionale e tutela delle vittime nel "cyberspazio",* in *DPP* 2/2022, 1137; G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, Torino 2024, 149-152, 200-206). Secondo la giurisprudenza di legittimità risulta configurabile il reato di associazione per delinquere anche quando il fine perseguito consista nella commissione di accessi abusivi a sistemi informatici, anche qualora tali condotte siano poste in essere da un sodalizio criminoso operante esclusivamente in ambiente digitale e privo di una struttura verticistica formalmente identificabile. Ciò che rileva, infatti, è la sussistenza di un vincolo stabile tra più soggetti, orientato alla realizzazione di una pluralità indeterminata di delitti e connotato da una collaborazione sistematica, anche in assenza di un'organizzazione gerarchica esplicita (così Cass., 29.8.2013 n. 46156 e Cass., 12.9.2013 n. 50620, ossia le pronunce che si sono occupate di valutare, in sede cautelare, la posizione di alcuni attivisti appartenenti al movimento internazionale di *hacker* conosciuto come *"Anonymous"* che aveva posto in essere una serie di attacchi informatici nei confronti di diverse banche ed enti pubblici). La giurisprudenza di legittimità ha inoltre chiarito che, ai fini della configurazione del reato associativo, non è richiesta una manifestazione espressa della volontà di aderire al sodalizio, potendo la consapevolezza dell'associato essere desunta da comportamenti significativi, idonei a dimostrare una partecipazione attiva, consapevole e stabile all'organizzazione criminosa (cfr. Cass., 2.7.2020 n. 28868).

[38] Espressione utilizzata da F. Baiardi, *Ransomware: gang criminali, stati e possibili difese*, 2023, all'URL *https://www.mimit.gov.it/images/stories/digitale/Rivista/2023/Ransomware_gang_criminali_stati_e_possibili_difese.pdf*. Per un ulteriore approfondimento sulla dimensione associativa delle *ransomware gang* si veda anche C. Whelan, D. Bright, J. Martin, *Reconceptualising organised (cyber)crime: The case of ransomware*, in *Journal of Criminology*, 2024, 51 ss.

[39] Sul punto si veda F. Baiardi, *op. cit.*, 21 ss.

[40] Il fenomeno del *Ransomware as a Service* (RaaS) rappresenta una delle più pervasive evoluzioni della criminalità informatica contemporanea, poiché consente di democratizzare l'accesso a strumenti estorsivi altamente sofisticati, anche in favore di soggetti privi di specifiche competenze tecniche. Due sono i modelli principali attraverso i quali tale meccanismo si realizza. Nel primo, che costituisce la forma più diffusa, il RaaS si configura come un sistema di affiliazione: il soggetto interessato fornisce alla *gang ransomware* le informazioni sul bersaglio da colpire e sulle sue vulnerabilità, assumendo così il ruolo di vero e proprio mandante dell'attacco. In cambio, dietro il pagamento di una "quota di affiliazione" iniziale, egli ottiene l'accesso all'infrastruttura criminale e, in caso di successo dell'operazione, è tenuto a corrispondere una percentuale ulteriore – una sorta di premio – sull'ammontare del riscatto incassato. Il secondo modello, invece, si sostanzia nella commercializzazione di veri e propri "*kit ransomware*", ossia pacchetti preconfezionati comprensivi del *malware* e delle istruzioni necessarie al suo utilizzo. In questa ipotesi, il privato non agisce più come mandante ma come autore diretto dell'attacco, mentre la gang si limita a fornire la strumentazione tecnica indispensabile per la sua realizzazione. Tale duplice configurazione evidenzia come il RaaS non solo moltiplichi la platea dei potenziali attaccanti, ma introduca altresì una vera e propria logica di mercato che rende le estorsioni digitali più accessibili, frequenti e difficili da contrastare (ENISA, *Threat Landscape for Ransomware Attacks Report 2022*, cit., 16-17). Più in generale, invece, sul modello del *Cybercrime as a service* si veda D. Manky, *Cybercrime as a service: a very modern business*, in *CFS* 6/2013, 9 ss.; V. Sembera, M. Paquet-Clouston, S. Garcia, M. Erquiaga, *Cybercrime Specialization: An Expose of a Malicious Android Obfuscation-As-A-Service*, in *2021 IEEE European Symposium on Security and Privacy Workshops*, 2021, 213 ss.; M. Ryan, *op. cit.*, 144 ss.; N. Kshetri, V. Jeffrey, *Ransomware as a Business (RaaB)*, in *IT Professional*, 2022, vol. 24, n. 2, 83 ss.

In tale contesto le richieste di riscatto formulate possono risultare relativamente contenute, aggirandosi spesso su somme pari a poche centinaia di euro o dollari. Si tratta di una strategia criminale deliberata, che mira a massimizzare la probabilità di pagamento da parte della vittima, riducendo la soglia psicologica di resistenza e facendo apparire il versamento come l'opzione più rapida ed economicamente vantaggiosa rispetto al rischio concreto di una perdita definitiva dei dati[41].
I mezzi di pagamento privilegiati possono consistere in strumenti a elevata opacità transazionale, quali le criptovalute – in particolare *Bitcoin* – o altri strumenti di analoga natura, come voucher anonimi prepagati, selezionati per la loro difficile tracciabilità e per la possibilità di essere ulteriormente anonimizzati mediante operazioni successive di conversione o riciclaggio digitale[42]. Una volta effettuato il pagamento, la vittima riceve, nella maggior parte dei casi, un messaggio di posta elettronica con le istruzioni per procedere al *download* del *software* necessario alla decriptazione dei dati cifrati. Tuttavia, tale promessa non offre alcuna garanzia di effettivo ripristino[43]: sono documentati casi in cui i dati sono stati già cancellati in via definitiva dal *ransomware*[44], rendendo infruttuoso il pagamento effettuato e aggravando, *ex post*, il danno economico subìto dalla vittima[45].
La ricostruzione delle modalità attraverso cui gli attacchi *ransomware* si manifestano nella prassi necessita ora di essere completata dal riferimento ai dati statistici, che consentono di cogliere la reale incidenza e l'evoluzione del fenomeno.

3. La comprensione della reale portata del fenomeno *ransomware* non può prescindere da un'attenta analisi dei dati disponibili, i quali costituiscono oggi uno strumento imprescindibile per misurare tanto la frequenza quanto la gravità di siffatte aggressioni informatiche.
Le rilevazioni condotte da alcune delle principali agenzie internazionali specializzate in materia di cybersicurezza[46] permettono infatti di delineare un quadro complessivo della minaccia a livello globale, evidenziando le tendenze più ricorrenti e i settori maggiormente esposti[47]. A ciò si affiancano i dati nazionali, che consentono di cogliere le specificità del contesto italiano e di valutare in quale misura le dinamiche estere trovino riscontro nella realtà interna. In questa

[41] La leva estorsiva, dunque, si fonda su un calcolo costi-benefici percepiti, che mira a rendere agli occhi della vittima più avvincente l'idea di pagare il riscatto proprio in ragione dalla modestia dell'importo richiesto.
[42] Sul punto si rinvia alla nota n. 22 del presente scritto.
[43] Cfr. F. Panada, H. Unterbrink, *Ransomware: un flagello che prende di mira privati e aziende*, in *Rapporto Clusit 2017 sulla sicurezza ICT in Italia*, 211, disponibile all'URL *https://clusit.it*.
[44] Nello specifico, il *report* del 2025 di *Chainalysis* segnala numerosi episodi in cui, pur dopo il versamento del riscatto, i dati non vengono restituiti alla vittima, poiché già eliminati o corrotti da varianti cosiddette «*wiper-like*», ossia tipologie di *ransomware* caratterizzate dall'inclusione al loro interno di «*routine di wiping*» ossia di una sequenza di istruzioni deputata alla sovrascrittura irreversibile dei *files* infettati (*Chainalysis, Crypto Crime Report 2025*, cit., 20-22).
[45] Cfr. *Rapporto Clusit 2025 sulla cybersecurity in Italia e nel mondo*, cit., 211; *Chainalysis, Crypto Crime Report 2025*, cit., 20 ss.; Europol, *Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2025. Steal, deal and repeat – How cybercriminals trade and exploit your data*, disponibile all'URL *https://www.europol.europa.eu/publication-events/main-reports/steal-deal-and-repeat-how-cybercriminals-trade-and-exploit-your-data.*
[46] Ci si riferisce ad ENISA, Europol e *Chainalysis*.
[47] In proposito, corre l'obbligo di precisare che ENISA, Europol e *Chainalysis*, pur adottando metodologie differenti di rilevazione, convergono nel segnalare una crescita costante degli attacchi negli ultimi anni, nonché l'adozione, ad opera dei *cyber* criminali contemporanei, di tecniche sempre più raffinate (quali, ad esempio, i modelli di doppia e tripla estorsione). Le divergenze quantitative che possono eventualmente emergere tra i vari rapporti devono essere lette alla luce dei diversi parametri di osservazione presi in considerazione: ENISA si concentra sulle segnalazioni di incidenti di sicurezza provenienti dagli Stati membri dell'Unione europea; Europol valorizza le risultanze investigative e i dati provenienti dalle operazioni di cooperazione internazionale; *Chainalysis*, invece, prende in esame le movimentazioni in criptovalute associate a pagamenti di riscatti.

prospettiva, il presente paragrafo sarà dedicato all'esame di entrambe le dimensioni: dapprima quella internazionale e, successivamente, quella nazionale, con riferimento sia alle evidenze statistiche che ai casi più rilevanti registrati sul nostro territorio.

L'analisi dei dati internazionali conferma come il *ransomware* rappresenti, anche nell'ultimo biennio, una delle minacce più pervasive e destabilizzanti della criminalità informatica. Secondo il *Threat Landscape 2024*[48] di ENISA, gli attacchi *ransomware* costituiscono, insieme a quelli DoS/DDoS, oltre la metà degli eventi osservati a livello globale, con una prevalenza crescente delle tecniche di "doppia estorsione" e un impatto significativo su settori critici come quello manufatturiero (21,78% degli attacchi), ITC *services management* (9,18%) e sanitario (circa 9%)[49]. Parallelamente, Europol ha evidenziato come, nonostante le operazioni investigative internazionali abbiano disarticolato alcune delle più estese infrastrutture criminali[50] dedite alle estorsioni a mezzo *ransomware*, il fenomeno sia comunque in costante crescita. Nello stesso senso conclude anche il *Crypto Crime Report 2024*[51] di *Chainalysis*, il quale peraltro registra che, nel solo 2023, i proventi illeciti derivanti dal pagamento di riscatti *ransomware* hanno superato i 1,1 miliardi di dollari, segnando un ritorno ai massimi storici dopo una leggera flessione nel 2022.

Complessivamente i dati internazionali restituiscono l'immagine di un fenomeno estremamente remunerativo, diffuso e adattivo, che ha ormai abbandonato la dimensione episodica per assumere i tratti strutturali di un mercato criminale organizzato, capace di impattare in modo trasversale su economia e sicurezza di ciascuno Stato.

---

[48] Nello specifico, il *report* annovera, tra le principali *cyber* minacce, anche le compromissioni della *supply chain* – in significativo aumento, attesa la crescente strumentalizzazione dei fornitori come vettore di attacco per colpire obiettivi finali – e le criticità nella gestione delle vulnerabilità, evidenziando come solo il 37% degli Stati membri abbia adottato una politica nazionale di *Coordinated Vulnerability Disclosure* (CVD), prevista dalla norma ISO/IEC 29147, che disciplina le modalità di cooperazione tra *vendor* e ricercatori per individuare e correggere falle di sicurezza, con conseguenti ritardi nella distribuzione di patch e aggiornamenti critici. Il documento sottolinea, inoltre, come la crescente eterogeneità dei settori considerati "critici" – variabili per dimensioni e per livello di vulnerabilità – renda oggi più complessa non solo la supervisione, ma anche l'attuazione uniforme delle misure di *cybersecurity* a livello europeo (*ENISA Threat Landscape Report 2024*, 45-55, disponibile all'URL *https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-2024*).

[49] Sul punto, è opportuno osservare come *Threat Landscape Report 2023* di ENISA aveva già posto in evidenza come il *ransomware* costituisse una delle principali minacce nel panorama delle *cyber offensive*, segnalando sia l'evoluzione delle tecniche di attacco – con l'affermazione del modello della doppia estorsione, che combina la cifratura dei dati con la minaccia di diffusione pubblica in caso di mancato pagamento – sia il consolidarsi delle logiche di affiliazione *Ransomware as a Service* (RaaS), in grado di amplificare in modo esponenziale la capacità offensiva delle organizzazioni criminali (*ENISA Threat Landscape Report 2023*, 52-61, disponibile all'URL *https://www.enisa.europa.eu/publications/enisa-threat-landscape-2023*). Si può quindi affermare che i dati contenuti nel citato rapporto sono successivamente stati confermati dal *report* 2024.

[50] Ci si riferisce, in particolare, ad una vasta operazione internazionale di contrasto al *ransomware* conclusasi nel 2024, guidata da Europol in collaborazione con la *National Crime Agency* (Regno Unito), l'FBI e altre autorità di Paesi come Stati Uniti, Francia, Germania, tra gli altri. L'obiettivo della missione era smantellare LockBit, una delle *cyber gang ransomware* più note nel panorama criminale mondiale. Il gruppo LockBit, era attivo sin dal 2019 e, secondo Europol, era riuscito ad estorcere oltre 120 milioni di dollari colpendo migliaia di vittime tra cui, specialmente, istituzioni pubbliche ed infrastrutture critiche di vari Paesi (Europol, *Law enforcement disrupt world's biggest ransomware operation*, pubblicato in data 20.2.2024, disponibile all'URL *https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/law-enforcement-disrupt-worlds-biggest-ransomware-operation*).

[51] Cfr. *The 2024 Crypto Crime Report. The latest trends in ransomware, scams, hacking and more*, 10-21, disponibile all'URL *The 2024 Crypto Crime Report - Camera.it*.

Anche con riguardo al contesto italiano negli ultimi anni si è registrata una significativa intensificazione degli attacchi *ransomware*[52]. In particolare, dal *Rapporto Clusit 2024*[53] emergono alcuni dati interessanti: nel 2023 gli attacchi informatici effettuati tramite *malware* hanno rappresentato oltre il 51% delle aggressioni totali sul terreno nazionale, con un incremento rispetto agli anni precedenti che conferma la centralità di questa tecnica estorsiva nello scenario della criminalità informatica. Quanto ai soggetti colpiti, l'analisi del *Clusit* mostra come gli attacchi a mezzo *malware* non colpiscano in maniera uniforme, ma tenda a concentrarsi su specifici settori strategici. In particolare, l'ambito manufatturiero risulta il soggetto più bersagliato con il 19% degli attacchi, seguito dal comparto della difesa e dei trasporti (entrambi all'11%). È da segnalare la rapida ascesa che ha interessato il settore sanitario negli ultimi anni, che si è attualmente attestato attorno al 9%[54], confermandosi come uno dei comparti più vulnerabili in ragione della criticità dei servizi erogati e della particolare sensibilità dei dati trattati.
Tali dati trovano conferma anche da quanto riportato nella relazione annuale al Parlamento dell'Agenzia Nazionale per la Cybersicurezza ("ACN")[55], relativa al 2024, in cui si evidenzia che la minaccia *cyber* continua a crescere sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo. Infatti, anche nel 2024 l'Italia ha continuato a essere "vittima" sia di un'intensa attività DDoS sia di attacchi di tipo *ransomware*. In particolare, la maggior parte delle aggressioni informatiche ha interessato soggetti pubblici e privati operanti in settori strategici. Secondo i dati dell'ACN, il *ransomware* si è confermato nel 2024 una delle minacce cibernetiche più rilevanti, con 198 eventi registrati (+20% rispetto al 2023) e 192 vittime accertate. Tali numeri, tuttavia, rappresentano solo una frazione del fenomeno, inserendosi in una più ampia area di criminalità sommersa, poiché molti attacchi non vengono né denunciati né rivendicati dai gruppi criminali, riducendo sensibilmente la visibilità complessiva del fenomeno[56]. La maggior

[52] Dal 2020 si è registrata una crescente incidenza di estorsioni informatiche realizzate attraverso attacchi mirati contro imprese di rilevanza strategica, accompagnate da richieste di riscatto di ingente valore, in taluni casi pari a diversi milioni di euro. Contestualmente, anche gli enti pubblici hanno confermato la loro particolare esposizione, divenendo bersagli privilegiati di offensive *ransomware*. Emblematico, in tal senso, l'attacco che nell'estate del 2021 colpì la Regione Lazio, paralizzando sistemi informatici di primaria importanza, quali la piattaforma sanitaria regionale e il *database* delle vaccinazioni anti-Covid-19 e dei *green pass* (cfr. Provvedimenti G.P.D.P. 21.3.2024 nn. 194, 195 e 196). Analoga gravità ha assunto l'episodio verificatosi nel novembre 2020 ai danni del gruppo Campari, ove l'azione malevola determinò l'esfiltrazione di circa due terabyte di dati non crittografati – comprendenti contratti, documentazione interna, informazioni personali e dati contabili, segnatamente relativi alla consociata statunitense – accompagnata dalla minaccia di pubblicazione in assenza del pagamento del riscatto richiesto (Il Sole 24 Ore Radiocor Plus, *Campari: attacco informatico al gruppo, violati anche documenti riservati (RPT)*, disponibile all'URL *https://www.ilsole24ore.com/radiocor/nRC_04.12.2020_14.26_35610356*).
[53] Cfr. *Rapporto Clusit 2024. La sicurezza ICT in Italia*, disponibile all'URL *https://clusit.it*.
[54] In una recentissima intervista rilasciata a *l'Espresso*, la vice-direttrice dell'ACN, dottoressa Nunzia Ciardi, ha sottolineato come i dati sanitari rappresentino uno degli obiettivi privilegiati della criminalità informatica. Essi, infatti, riguardano la sfera più intima e sensibile della vita delle persone, circostanza che ne accresce enormemente il valore e li rende una leva particolarmente efficace per ottenere riscatti, bloccare servizi essenziali o rivendere le informazioni nel mercato nero. Si tratta di un settore che muove cifre ingenti, al punto da costituire una delle aree più redditizie per le organizzazioni criminali, in cui viene indirettamente richiamato, quale tecnica principale di aggressione, proprio il fenomeno del *ransomware* (*Dati sanitari nel mirino dei cyber-criminali. Intervista al Vice Direttore Nunzia Ciardi*, pubblicato il 3.8.2025 sul sito di ACN, disponibile all'URL *https://www.acn.gov.it/portale/w/dati-sanitari-nel-mirino-dei-cyber-criminali.-intervista-al-vice-direttore-nunzia-ciardi*).
[55] Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale, *Relazione annuale sulla cybersicurezza 2024*, Roma 2025, 41 ss., disponibile all'URL *https://www.acn.gov.it/portale/home*.
[56] A questo proposito viene in rilievo il concetto di *numero oscuro* o *cifra oscura* che designa, in criminologia, lo scarto tra la criminalità reale e quella che emerge dalle statistiche ufficiali, comprensive dei soli fatti denunciati, registrati o giunti all'attenzione delle autorità (G. Marotta, L. Cornacchia, *Criminologia. Storia, teorie, metodi*[3], Milano 2021, 77-82). In relazione all'elevata cifra oscura che connota i reati informatici, si è osservato come il

parte delle vittime appartiene al settore privato, in particolare alle piccole-medie imprese (75%), mentre soltanto il 5% ha riguardato soggetti a "massima criticità", segno di una concentrazione verso obiettivi meno strutturati e di una certa efficacia delle misure normative. Tra i comparti economici, il manifatturiero rimane quello più colpito, ma il settore sanitario[57], pur meno frequente, presenta impatti particolarmente gravi per la delicatezza dei dati coinvolti. Sul piano geografico, Roma e Milano risultano le aree più esposte. Si registra inoltre una crescita significativa delle organizzazioni criminali attive: nel 2024 sono stati censiti almeno 40 gruppi, il doppio rispetto all'anno precedente, spesso legati a modelli di affiliazione come il *Ransomware as a Service*, che consente di moltiplicare la capacità offensiva delle aggressioni attraverso la standardizzazione delle procedure e il riutilizzo sistematico di codice malevolo.
In definitiva, i dati sin qui analizzati confermano che il *ransomware* rappresenta oggi una delle minacce cibernetiche di maggiore diffusione e gravità, capace di colpire in maniera trasversale sia il settore pubblico che quello privato, con ricadute economiche e sociali di portata significativa.
Tuttavia, al di là della crescente rilevanza criminologica del fenomeno, l'esperienza maturata fino al 2024 ha mostrato come le condotte in questione non fossero facilmente inquadrabili all'interno degli schemi tipici previsti dal codice penale, ponendo delicati problemi di tipizzazione. La distanza tra l'evoluzione tecnologica degli attacchi e la rigidità delle fattispecie incriminatrici tradizionali ha infatti determinato incertezze interpretative e soluzioni non sempre omogenee, aprendo così il terreno alla riflessione sul piano strettamente giuridico, cui occorre ora dedicarsi.

4. Prima dell'entrata in vigore della l. 90/2024, l'ordinamento penale non contemplava una specifica fattispecie incriminatrice volta a reprimere le condotte estorsive realizzate mediante strumenti informatici o telematici. In assenza di una disposizione *ad hoc*, la reazione punitiva si poteva astrattamente fondare sulle fattispecie di reato già esistenti nel codice penale – spaziando dal delitto di estorsione ad alcuni reati informatici, quali, ad esempio, l'accesso abusivo a sistema informatico – con l'inevitabile rischio di creare incertezze applicative e sovrapposizioni tra norme.

---

legislatore abbia attribuito un disvalore particolarmente accentuato alle condotte incidenti su dati e sistemi informatici, valorizzandone la capacità di concentrare e trattare ingenti quantità di informazioni, spesso di rilevante valore economico e strategico, e, al contempo, approntando strumenti repressivi funzionali a favorire l'emersione di forme di criminalità strutturalmente sottratte alla conoscenza giudiziaria. Tale opzione politico-criminale risponde all'esigenza di contrastare la diffusa ritrosia delle vittime a ricorrere alla denuncia, sovente determinata dal timore di ricadute reputazionali negative connesse alla divulgazione di vulnerabilità e carenze di sicurezza dei sistemi tecnologici adottati (L. Picotti, *Studi di diritto penale dell'informatica*, Verona 1992, 70 ss.). Lo scarto tra criminalità reale e criminalità apparente risulta particolarmente marcato nei reati informatici più complessi, e segnatamente negli attacchi *ransomware*, ove l'emersione dell'illecito è ulteriormente ostacolata dall'esigenza di evitare conseguenze regolatorie o sanzionatorie, dalla sfiducia nell'efficacia dell'intervento repressivo, dal ricorso a modalità privatistiche di gestione dell'evento – incluso il pagamento del riscatto – nonché dalla frequente difficoltà di individuare gli autori o, in taluni casi, dalla stessa mancata percezione dell'attacco, con un conseguente e significativo ampliamento dell'area della criminalità sommersa.

[57] Emblematico è il recente attacco a *Synlab Italia*, risalente al 18.4.2024, condotto dal gruppo *Black Basta* mediante *ransomware* a doppia estorsione. L'azione ha comportato l'esfiltrazione di circa 1,5 terabyte di dati sensibili, comprendenti informazioni aziendali, documenti dei dipendenti, dati personali dei clienti e referti medici. Per dimostrare la violazione i criminali hanno diffuso sul *dark web* campioni di carte d'identità, passaporti e analisi cliniche, minacciando la pubblicazione integrale del materiale sottratto. La società, presente in oltre 30 Paesi con più di 500 laboratori, ha confermato la compromissione e dichiarato di collaborare con le autorità competenti, sottolineando i rischi futuri di diffusione dei dati. L'episodio mette in luce, ancora una volta, come il settore sanitario sia tra i più esposti agli attacchi *ransomware* (M. Castigli, *Attacco a Synlab Italia: è ransomware, possibile violazione dei dati dei pazienti*, disponibile all'URL *https://www.cybersecurity360.it/news/attacco-a-synlab-italia-possibile-violazione-dei-dati-dei-pazienti*).

Sul piano giurisprudenziale, tuttavia, il fenomeno non ha trovato riscontro: mancano pronunce, tanto di merito, quanto di legittimità, che abbiano affrontato il tema della qualificazione giuridica degli attacchi *ransomware*.
Le ragioni di tale assenza sono riconducibili, come si vedrà, alle oggettive difficoltà investigative e processuali che caratterizzano in generale i reati informatici e che, in questo caso, sono aggravate dalla particolare complessità tecnica del fenomeno.
In tale contesto l'analisi del *ransomware* è stata finora affrontata quasi esclusivamente dalla dottrina penalistica, che si è concentrata sull'individuazione delle fattispecie di reato potenzialmente applicabili, riconoscendo nel delitto di estorsione *ex* art. 629 Cp – eventualmente in concorso o in rapporto di assorbimento con altri reati informatici – il principale riferimento interpretativo.

4.1. Come anticipato, nella giurisprudenza nazionale i richiami al fenomeno delle estorsioni a mezzo *ransomware* sono pressoché inesistenti[58].
Tale circostanza non dovrebbe sorprendere, dal momento che già per i reati informatici in senso stretto le pronunce giudiziarie risultano numericamente modeste[59], soprattutto se rapportate al massiccio numero di segnalazioni che vengono effettuate presso le Forze dell'Ordine[60]. Questo avviene a causa delle difficoltà tecniche e procedurali che caratterizzano l'accertamento di questa tipologia di reati.
Tali criticità risultano amplificate nel caso degli attacchi *ransomware*, poiché la loro struttura, articolata in una pluralità di fasi e fondata su tecnologie di elevata sofisticazione, rende l'accertamento giudiziario ancor più complesso rispetto a quello di altre forme di criminalità

[58] Allo stato, le rarissime decisioni che menzionano il *ransomware* appartengono alla giurisprudenza amministrativa di merito (si veda, ad esempio, Tar Puglia, 14.4.2025 n. 514, Tar Lazio, 10.3.2025 n. 5005), nelle quali l'attacco *ransomware*, subito dall'amministrazione, viene in rilievo esclusivamente come dato fattuale, funzionale alla ricostruzione delle vicende, e risulta peraltro descritto in termini estremamente generici, tali da non consentire neppure di coglierne i tratti distintivi su un piano meramente descrittivo. Inoltre, pur non potendosi ancora parlare di una elaborazione giurisprudenziale in senso stretto, il fenomeno è stato affrontato anche, seppur con un grado di approfondimento limitato, in alcuni provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali. Ci si riferisce, nello specifico, ai provvedimenti nn. 194, 195 e 196 del 2024, tutti relativi a episodi di *data breach* causati da attacchi *ransomware* in danno di soggetti pubblici e privati, nei quali l'Autorità procedente ha sottolineato l'elevatissima frequenza con cui tali eventi si verificano e la loro particolare gravità in termini di impatto sui diritti e le libertà fondamentali degli interessati. In tali decisioni, il Garante ha posto in evidenza non solo la capacità di tali attacchi di paralizzare intere infrastrutture organizzative – con gravi ripercussioni sull'operatività dei servizi essenziali, ma anche il carattere sistemico del fenomeno (cfr. provvedimenti G.P.D.P. 21.3.2024 nn. 194, 195 e 196).
[59] Si pensi, ad esempio, ai reati di danneggiamento informatico che, insieme alle truffe informatiche, costituiscono le fattispecie più prossime alle estorsioni a mezzo *ransomware*, in quanto accomunate da analoghe modalità esecutive. Dal punto di vista criminologico, la casistica effettiva di tali condotte risulta particolarmente ampia, con un impatto sociale rilevante e in costante crescita. La dannosità che ne deriva non si esaurisce nei pregiudizi economici immediatamente conseguenti all'attacco, ma si estende a forme di lesione diffusa che colpiscono gli utenti di infrastrutture informatiche di rilevanza pubblica, divenute imprescindibili in ogni ambito dell'attività umana contemporanea e, proprio per questo, obiettivi privilegiati di tale criminalità. Le modalità aggressive, di natura immateriale e realizzate "a distanza", prive di riguardo per i confini territoriali e, in taluni casi, come nei *malware* autopropaganti, capaci di diffondersi autonomamente, si combinano con le note difficoltà investigative determinando un'elevatissima "cifra oscura" del fenomeno. Ne consegue che tali fatti, salvo rarissime eccezioni, rimangono ignoti all'autorità giudiziaria e che la giurisprudenza, in particolare quella di legittimità, si presenta estremamente esigua in materia (cfr. G. Neri, *op. cit.*; C. Serra, M. Strano, *Nuove frontiere della criminalità. La criminalità tecnologica*, Milano 1997; I. Salvadori, *Hacking, cracking e nuove forme di attacco ai sistemi d'informazione. Profili di diritto penale e prospettive de jure condendo*, in *CD* 3/2008, 338 ss.; più di recente si veda anche C. Crescioli, *op. cit.*, 59-63).
[60] Tale circostanza è confermata dai dati contenuti nel *report* annuale 2024 della Polizia postale e per la sicurezza cibernetica disponibile all'URL *https://www.interno.gov.it/sites/default/files/2025-01/2024-report-def.-sppsc.pdf*.

cibernetica. È quindi comprensibile come, pur a fronte di un'elevata diffusione, il fenomeno non abbia ancora trovato un effettivo riscontro giurisprudenziale.
Occorre ora approfondire le ragioni sottese a siffatte difficoltà di accertamento.
In primo luogo, la stessa struttura degli attacchi *ransomware* – articolata in più fasi, distribuite nel tempo e spesso realizzate da soggetti diversi – rende difficile individuare con precisione il *tempus* e il *locus commissi delicti*[61], parametri fondamentali per l'attribuzione della giurisdizione e per la competenza territoriale sia dell'organo inquirente che di quello giudicante[62].
A questo proposito, si consideri come, non di rado, gli attacchi possano originare da *server* collocati in giurisdizioni straniere[63], il che comporta rallentamenti e difficoltà sul piano investigativo e processuale, poiché, ad esempio, l'acquisizione delle prove digitali richiede la cooperazione giudiziaria internazionale e l'attivazione di complessi meccanismi di assistenza reciproca, spesso rallentati da differenti discipline in materia di *privacy*, protezione dei dati e segretezza delle comunicazioni. Ad aggravare il quadro generale si pone poi l'utilizzo, da parte dei cybercriminali, di strumenti di anonimizzazione – quali, ad esempio, le VPN[64] – e sistemi di comunicazione *chat end-to-end*[65], i quali servono per ostacolare tanto l'individuazione del soggetto agente quanto l'effettivo luogo di provenienza dell'aggressione.
Un ulteriore fattore che potrebbe determinare questo silenzio giurisprudenziale è costituito dalle difficoltà di accertamento tecnico. Infatti, come si è già avuto modo di vedere, gli attacchi

---

[61] Così R. Flor, *I limiti del principio di territorialità nel cyberspace. Rilievi critici alla luce del recente orientamento delle Sezioni Unite*, in *DPP* 10/2015, 1291 ss.; più specificamente con riguardo al delitto di estorsione si veda L. Rossi, *Il "locus commissi delicti" nell'estorsione mediante ricarica di una carta "postepay"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.2.2018.

[62] Uno dei profili storicamente più problematici sul piano processuale è rappresentato dalla c.d. "distrettualizzazione" dei reati informatici. Infatti, con specifico riguardo ai reati informatici, l'art. 11 l. 18.3.2008 n. 48 recante la "Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica" ha introdotto il co. 3-*quinquies* nel corpo dell'art. 51 Cpp attribuendo all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente le funzioni investigative e di rappresentanza nei procedimenti di primo grado. Come osservato da Cajani, l'attribuzione della competenza distrettuale ai procedimenti per reati informatici, introdotta dalla l. 48/2008, si è rivelata priva di reale utilità e foriera di criticità operative. La maggior parte delle Procure distrettuali, prive di magistrati già specializzati in materia di *cybercrime*, hanno dovuto costituire *ex novo* strutture dedicate, con conseguenti rallentamenti. L'obiettivo dichiarato di favorire concentrazione e coordinamento è stato, di fatto, vanificato dall'ingolfamento degli uffici competenti, gravati anche da procedimenti di minima rilevanza (quali malfunzionamenti di caselle di posta elettronica o episodi di *phishing* di modesta entità), con effetti negativi sull'efficienza dell'attività investigativa (cfr. F. Cajani, *Considerazioni sull'impatto della "distrettualizzazione" ex legge 48/2008 sul pool reati informatici della Procura di Milano*, in *IISFA Memberbook 2100 Digital Forensics*, a cura di G. Costabile, A. Attanasio, Forlì 2010).

[63] Sulla difficoltà nell'individuazione delle autorità competenti a perseguire e giudicare i reati informatici si veda C. Crescioli, *op. cit.*, 386-391.

[64] Sovente i criminali informatici ricorrono a strumenti quali VPN (acronimo che sta per *Virtual Private Network*), nodi Tor o altri *software*/sistemi di navigazione anonima simili che consentono di crittografare i dati che vengono inviati/ricevuti dal proprio dispositivo e, contestualmente, di nascondere l'indirizzo IP dei *server* attraverso i quali viene fatto passare il traffico dato (acronimo che sta per *Internet Protocol*) ostacolando così eventuali tentativi di individuare tanto la posizione fisica dalla quale il soggetto sta accedendo ad *internet*, quanto l'identità dell'agente (sul punto si veda C. Crescioli, *op. cit.*, 391 ss.).

[65] Sono protocolli di comunicazione che garantiscono la riservatezza dei dati scambiati tra mittente e destinatario, assicurando che solo questi ultimi possano accedere al contenuto dei messaggi. La cifratura avviene direttamente sul dispositivo dell'utente che invia il messaggio e la decifratura esclusivamente su quello del destinatario, mediante l'impiego di chiavi crittografiche uniche, non accessibili ai server intermedi o ai fornitori del servizio. In altri termini, il dato viaggia in forma cifrata lungo l'intera catena di trasmissione ("da un'estremità all'altra"), impedendo a terzi – inclusi operatori di rete e piattaforme di comunicazione – di intercettarne o leggerne il contenuto.

ransomware implicano l'utilizzo di strumenti di cifratura avanzata e di codici malevoli concepiti per cancellare le proprie tracce al termine dell'esecuzione, ostacolando così l'attività forense[66]. Anche quando la compromissione del sistema viene individuata, la ricostruzione della catena causale che collega l'azione dell'agente al verificarsi dell'evento lesivo è spesso complessa, poiché il *malware* agisce autonomamente una volta inoculato, eseguendo sequenze automatizzate che si sviluppano senza ulteriori interventi umani. Il nesso eziologico tende dunque a "confondersi" tra l'azione iniziale dell'agente e la successiva operatività automatizzata del codice, ponendo questioni inedite in tema di imputazione oggettiva dell'evento.

Altro elemento determinante è la reticenza delle vittime[67]: numerose indagini condotte sia a livello nazionale che europeo mostrano che solo una modesta quantità degli attacchi viene effettivamente denunciata alle autorità[68]. Le imprese, in particolare, tendono a privilegiare la gestione autonoma dell'incidente, spesso mediante il pagamento del riscatto o l'intervento di società private di *incident response*, al fine di contenere i danni reputazionali e ridurre i tempi di inattività. Questa prassi, benché comprensibile sul piano economico, contribuisce a mantenere il fenomeno in una "zona d'ombra"[69], sottraendolo al circuito giudiziario.

L'assenza di giurisprudenza consolidata non deve quindi essere considerata un sintomo di disinteresse, ma rappresenta piuttosto il riflesso delle difficoltà che il sistema penale incontra nell'intercettare e qualificare giuridicamente fenomeni illeciti che si sviluppano in un ambiente tecnicamente complesso, globalizzato e in continua evoluzione, com'è quello digitale. Essa testimonia, al contempo, la necessità di ripensamento degli strumenti concettuali e investigativi, affinché il diritto penale possa recuperare efficacia anche di fronte a forme di aggressione che sfuggono ai modelli tradizionali di azione e di responsabilità.

In tale contesto – come s'è anticipato in apertura – è stata finora la dottrina a farsi carico di studiare il fenomeno, tentando di individuare le figure incriminatrici più idonee a ricomprendere le condotte estorsive perpetrate tramite *ransomware*. Questo sforzo esegetico ha avuto come principale punto di riferimento la fattispecie generale di estorsione di cui all'art. 629 Cp, ritenuta in grado, almeno in parte, di assorbire le condotte tipiche dell'attacco a mezzo *ransomware* in virtù della coazione patrimoniale che ne costituisce l'elemento centrale. Tale impostazione, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, non ha tuttavia suscitato un consistente dibattito interpretativo, poiché la riflessione dottrinale sviluppatasi fino alla riforma del 2024, si era limitata a pochi contributi[70], accomunati dal riconoscimento delle difficoltà nel

---

[66] Con specifico riguardo ai profili processuali connessi alla volatilità del dato informatico ed ai rischi connessi alla sua raccolta e conservazione si vedano L. Marafioti, *Digital evidence e processo penale*, in *CP* 12/2011, 4509; R. Orlandi, *Questioni attuali in tema di processo ed informatica*, in *RDPr* 1/2009, 135).

[67] Per un approfondimento sul ruolo del soggetto passivo nei reati informatici e sulla tendenziale reticenza a non denunciare i fatti costituenti reato si rinvia a C. Crescioli, *op. cit.*, 59-60.

[68] Sul punto si veda *Rapporto Clusit 2025 sulla cybersecurity in Italia e nel mondo*, cit., 216; *Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale (ACN), Relazione annuale al Parlamento*, cit., 83; Europol, *Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA) 2025. Steal, deal and repeat – How cybercriminals trade and exploit your data*, cit., 13; *Chainalysis, Crypto Crime Report 2025*, cit., 17-18.

[69] Storicamente la "cifra oscura" (o, "numero oscuro") che caratterizza il mondo della criminalità informatica viene stimata in percentuali elevatissime, a causa di una molteplicità di fattori, tra cui spicca la «scarsa propensione delle vittime a rendere pubblici episodi criminali che hanno avuto come oggetto o come strumento il loro sistema informatico» (C. Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, Padova 2006, 378). Invece, per un approfondimento sui problemi e i limiti delle statistiche in ambito giudiziario e, in generale, sulla nozione di "numero oscuro" si veda G. Marotta, L. Cornacchia, *Criminologia. Storia, Teoria, Metodi*[4], Milano 2024, 77-83; S. Ambroset, G. Pisapia, *Numero oscuro della devianza e questione criminale*, Verona 1980.

[70] Cfr. A. Vergara, *L'estorsione online: sextorsion e l'estorsione a mezzo ransomware*, in *I nuovi reati informatici*, a cura di G. J. Sicignano, A. Di Maio, Piacenza 2022; M. Luberto, *op. cit.*; C. Crescioli, *op. cit.*, 151-156; G. Fiorinelli, *Il ransomware nel DDL Cybersicurezza: dalla fattispecie di estorsione "informatica" al*

tracciare confini netti tra il delitto di estorsione e le altre figure di reato informatico che ne rappresentano, di fatto, strumenti funzionali di realizzazione.

4.2. Come anticipato all'inizio del § 4, prima dell'introduzione del terzo comma dell'art. 629 Cp, il fenomeno degli attacchi *ransomware* veniva sussunto nell'alveo di talune fattispecie già presenti nel codice penale.
Questa operazione ermeneutica era stata effettuata da parte della dottrina[71], la quale aveva individuato nel delitto di estorsione, da un lato, e nei reati di cui agli artt. 615-*ter*, rubricato «[a]ccesso ad un sistema informatico o telematico», 615-*quinquies*, rubricato «d]etenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico»[72], 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies*, ossia i delitti inerenti ai danneggiamenti informatici, dall'altro lato, le fattispecie incriminatrici potenzialmente applicabili[73].
Più nello specifico, il ragionamento prendeva mosse dall'art. 629 co. 1 Cp; infatti, questi Autori[74] ritenevano che i segmenti della condotta che caratterizza l'attacco *ransomware* – ossia infezione, cifratura, richiesta di pagamento del riscatto e atto dispositivo – potessero essere ricondotti entro il paradigma del reato di estorsione.
Come noto, il delitto di estorsione punisce «[c]hiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno».
La fattispecie in esame è un reato di evento[75], le cui «modalità comportamentali sono costituite dalla violenza e dalla minaccia; gli eventi consistono [invece] nella costrizione psichica, dalla quale deve scaturire l'atto dispositivo che a sua volta cagiona il profitto e il danno»[76].
Sempre secondo tale orientamento[77], le condotte tipiche dell'attacco *ransomware* erano ricondotte, alternativamente o cumulativamente, tanto alla nozione di "violenza

coordinamento tra indagini e incident response, in *RIID* 1/2024, 35 ss.
[71] Così M. Luberto, *op. cit.*, 798-806.
[72] Questo reato è stato abrogato dall'art. 16 co. 1 lett. *d* l. 90/2024 e, per tale ragione, si ometterà nel presente contributo l'analisi svolta da Luberto in proposito (M. Luberto, *op. cit.*, 798-800).
[73] Ad onor del vero, Crescioli aveva posto il problema dell'individuazione della fattispecie con riferimento a quelle ipotesi di *ransomware* nelle quali, nella richiesta di riscatto, gli autori si presentano falsamente come appartenenti alle Forze dell'ordine. Si tratta, peraltro, di una prassi fenomenica piuttosto isolata, riconducibile soprattutto alle forme più risalenti di *ransomware* (c.d. *Virus della Polizia, si veda nota n. 25*). In tali casi, infatti, la falsa qualificazione soggettiva poteva astrattamente integrare un artificio o raggiro, con la conseguente 'possibilità di applicare l'art. 640-*ter* Cp. Tuttavia, secondo la stessa Crescioli, il timore così suscitato non si esaurisce nella dimensione dell'inganno, ma costituisce l'effetto di una vera e propria minaccia, incidendo direttamente sulla libertà di autodeterminazione del soggetto passivo. In queste ipotesi, infatti, la vittima non è indotta a compiere l'atto dispositivo in virtù di un errore, bensì vi è una coazione del volere che ne comprime la libertà, anche in ragione dell'impedimento all'utilizzo del dispositivo elettronico determinato dall'esecuzione del *ransomware* (C. Crescioli, *op. cit.*, 155-156).
[74] A. Vergara, *op. cit.*, 185-187; M. Luberto, *op. cit.*, 798-806; più di recente C. Crescioli, *op. cit.*, 155-156.
[75] Così R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*[4], Torino 2025, 394. Nello stesso senso F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*[15], Varese 2008, 419 ss.; C. Baccaredda Boy, S. Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, vol. VIII, Padova 2010, 491 ss.; A. Laurino, *L'estorsione*, in *Reati contro il patrimonio*, a cura di C. Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero, Torino 2022, 132 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. II, Tomo secondo, *I delitti contro il patrimonio*[7], Bologna 2023, 166 ss.
[76] Così R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 394. Nello stesso senso F. Antolisei, *op. cit.*, 420 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 166 ss.
[77] A. Vergara, *op. cit.*, 185 ss.; M. Luberto, *op. cit.*, 776-780.

informatica"[78] – intesa come specifica declinazione della violenza sulle cose (c.d. «violenza reale»[79]) – quanto a quella di minaccia, quale prospettazione di un male futuro e ingiusto[80]. Con riferimento alla prima categoria veniva in rilievo la clausola di equiparazione introdotta dalla l. 23.12.1993, n. 547, che, inserendo l'ultimo comma nell'art. 392 Cp, ha assimilato alla violenza sulle cose anche l'alterazione, la modifica o la cancellazione, totale o parziale, di programmi informatici, nonché l'impedimento o il turbamento del funzionamento di un sistema informatico o telematico[81]. Tale intervento, volto a estendere l'ambito applicativo della

[78] Sul punto merita senz'altro di essere segnalato un recente studio che affronta in chiave sistematica il tema della "violenza informatica" – più propriamente intesa come «violenza mediata dalla tecnologia» – ricostruendone l'evoluzione concettuale nell'ambito di quello che viene definito il «diritto penale delle tecnologie digitali». L'indagine muove dalla verifica delle forme giuridiche attraverso cui l'ordinamento ha tradotto il dato empirico della peculiare offensività della criminalità digitale nell'attuale contesto tecnologico, per poi valutarne la coerenza interna e la compatibilità con i principi fondamentali del sistema penale (G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie*, cit.).

[79] L' espressione è utilizzata in F. Macrì, *Estorsione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale, X, I delitti contro il patrimonio*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2011, 229.

[80] Altri autori invece affermano che non è necessario che la minaccia sia pure ingiusta: ciò che rileva sarebbe, piuttosto, la finalizzazione della minaccia all'ottenimento di un profitto ingiusto con altrui danno (G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 167).

[81] La l. 547/1993, recante modificazioni e integrazioni al codice penale e al codice di procedura penale in materia di criminalità informatica, ha introdotto il co. 3 dell'art. 392 Cp, ampliando la nozione di "violenza sulle cose" già delineata nel comma precedente, al fine di ricomprendervi anche i c.d. beni informatici, difficilmente riconducibili, sul piano ontologico, al tradizionale concetto di "cosa". Va peraltro ricordato come, già anteriormente a tale intervento normativo, la giurisprudenza avesse ritenuto sussumibili nella nozione di "violenza sulle cose" la cancellazione di un programma informatico (T. Torino 12.12.1983, in *GI* 1983, 352). La l. 547/1993 si pone in stretta correlazione con l'introduzione, ad opera della medesima legge, del delitto di danneggiamento di sistemi informatici o telematici di cui all'art. 635-*bis* Cp, segnando un primo adattamento delle categorie tradizionali alle peculiarità del fenomeno tecnologico. In tale prospettiva, la dottrina prevalente ritiene che integri anzitutto "violenza sulle cose" qualsiasi intervento su un programma informatico che ne comporti l'alterazione, la modifica o la cancellazione, totale o parziale, laddove per "programma informatico" deve intendersi quell'insieme ordinato di istruzioni che consente all'elaboratore di operare, indipendentemente dal fatto che esse siano memorizzate all'interno del sistema o su supporti esterni (C. Pecorella, *Il diritto penale dell'informatica*, cit., 76 ss.; V.S. Destito, G. Dezzani, C. Santoriello, *Il diritto penale delle nuove tecnologie*, Padova 2007, 110-111). Più precisamente, si ha alterazione quando vengono modificate le istruzioni che compongono il programma; modifica quando esso è reso, in tutto o in parte, diverso rispetto alla configurazione originaria; cancellazione quando le istruzioni sono soppresse, integralmente o parzialmente. Tali nozioni si raccordano con l'elaborazione sviluppata in relazione al delitto di cui all'art. 635-*bis* Cp, che costituisce il principale parametro sistematico di riferimento (C. Pecorella, *Il diritto penale dell'informatica*, cit., 179 ss.). La violenza sulle cose è inoltre ravvisabile nelle ipotesi in cui venga impedito o turbato il funzionamento di un sistema informatico o telematico. Per sistema informatico deve intendersi un sistema di trattamento automatizzato dei dati, caratterizzato dalla codificazione dell'informazione in una forma non direttamente percepibile dall'uomo, ma elaborabile dal computer (G. Pica, *Diritto penale delle tecnologie informatiche. Computer's crime e reati telematici*, Torino 1999, 22-25; C. Pecorella, *Il diritto penale dell'informatica*, cit., 70 ss.; C. Parodi, *I reati patrimoniali*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. Parodi, V. Sellaroli, Milano 2020, 157-159); esso assume la qualificazione di sistema telematico quando più elaboratori risultano collegati a distanza mediante reti di telecomunicazione (G. Pica, *op. cit.*, 23; C. Pecorella, *Il diritto penale dell'informatica*, cit., 72 ss.). In tale contesto, il funzionamento del sistema risulta impedito quando se ne determina il blocco, per cause sia *software* sia *hardware*; mentre si ha turbamento quando si realizza un'interferenza nelle operazioni logiche dell'apparato, nella linea di trasmissione dei dati, di segnali estranei che ne compromettono la "comprensibilità" (G. Pica, *op. cit.*, 85 ss.). Non è tuttavia mancato chi ha criticato la scelta legislativa di affiancare, accanto ai dati e ai programmi informatici, anche il riferimento alle informazioni. L'impiego di tale espressione, infatti, presterebbe il fianco un'eccessiva dilatazione dell'ambito applicativo della norma, la quale – pur concepita con riguardo ai sistemi informatici e telematici – rischierebbe di estendersi anche a ipotesi di mero danneggiamento di informazioni contenute su supporti cartacei e non ancora oggetto di trattamento mediante un sistema informatico (I. Salvadori, *Il microsistema normativo concernente i danneggiamenti informatici. Un bilancio molto poco esaltante*, in *RIDPP*

violenza reale a beni immateriali senza ricorrere all'analogia in *malam partem*, ha indotto parte della dottrina a ritenere coerente l'inquadramento dell'estorsione anche in presenza di una violenza di natura informatica[82].
In questa prospettiva, è stato osservato che la "violenza informatica" si sostanzierebbe in una compromissione della funzionalità del sistema della vittima: un'aggressione realizzata mediante *malware* che, pur priva di incidenza sulla materialità fisica del bene, ne lede in modo diretto l'operatività[83]. La cifratura dei dati o il blocco dell'accesso al sistema assumerebbero così il significato di un equivalente digitale della distruzione o dell'alterazione di una cosa, integrando una forma di violenza reale mediata dalla tecnologia.
Più agevole appariva, invece, la qualificazione della condotta minacciosa nell'ambito dell'estorsione mediante *ransomware*.
Essa poteva consistere tanto nella prospettazione del rifiuto di fornire il programma di decriptazione, quanto – nelle ipotesi di estorsione reiterata – nel prolungamento o nell'aggravamento degli effetti dell'attacco, ovvero nella minaccia di diffusione o commercializzazione dei dati illecitamente esfiltrati. In ogni caso, la minaccia rilevava a condizione che fosse concretamente idonea a costringere la vittima al compimento dell'atto di disposizione patrimoniale richiesto dalla fattispecie[84]. Ad esempio, la minaccia di cancellare definitivamente i dati cifrati, di diffondere o pubblicare informazioni riservate o, ancora, di reiterare nuove aggressioni.
Questo in ordine alla condotta tipica.
Come si è già avuto modo di anticipare, l'estorsione è qualificabile come «reato di eventi»[85] e, in quanto tale, ai fini della sua consumazione, richiede il verificarsi congiunto di tre distinti eventi, ossia: *i)* lo stato di coazione del soggetto passivo; *ii)* l'atto di disposizione patrimoniale; *iii)* l'ingiusto profitto con altrui danno.
In primo luogo, la condotta deve determinare, quale «evento intermedio»[86] tra la violenza o la minaccia e l'atto dispositivo, una condizione di coazione relativa che incide in modo determinante sulla libertà morale dell'offeso, senza tuttavia annullarne del tutto la capacità di

1/2012, 204 ss.).
[82] Così G. Pica, *op. cit.*, 28-31; C. Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 231-234; L. Cuomo, R. Razzante, *La nuova disciplina dei reati informatici*, Torino 2009, 217-219; più di recente A. Cappellini, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in *Cybercrime*[2], diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, 2023 Milano, 867-876).
[83] M. Luberto, *op. cit.*, 779 ss. Nello stesso senso, A. Vergara, *op. cit.*, 185 ss.
[84] A. Vergara, *op. cit.*, 185 ss.; M. Luberto, *op. cit.*, 779.
[85] Espressione utilizzata da Bartoli in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 394.
[86] F. Mantovani, voce *Estorsione*, in *EG Treccani*, Roma 1989, 2-4; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 169.

autodeterminazione[87]. Secondo Luberto[88], nell'estorsione a mezzo *ransomware*, il soggetto passivo verrebbe posto – attraverso violenza o minaccia – di fronte a un'alternativa coercitiva: corrispondere il riscatto oppure subire la perdita di dati e informazioni di rilevante valore personale, professionale o economico. Le conseguenze della protratta indisponibilità dei dati possono rivelarsi particolarmente gravi quando il sistema informatico aggredito appartenga a un'impresa o a un'infrastruttura critica, giacché, in tali ipotesi, l'evento pregiudizievole si estende sino a compromettere l'operatività aziendale o la continuità dei servizi erogati alla clientela e, nei casi più delicati, alla collettività.
In secondo luogo, nel delitto di estorsione, l'atto di disposizione patrimoniale rappresenta, a sua volta, il momento di intermediazione tra la coazione psichica e l'evento di danno: esso consiste in qualsiasi comportamento volontario del soggetto passivo che determini una diminuzione, attuale o potenziale, del suo patrimonio, in correlazione con un corrispondente vantaggio economico dell'agente[89]. Non è necessario che si tratti di un trasferimento formale di ricchezza o di un atto negoziale in senso stretto; è sufficiente che l'azione o l'omissione imposta comporti un sacrificio economicamente apprezzabile, purché causalmente connesso alla violenza o alla minaccia[90].
L'«ingiusto profitto con altrui danno», invece, designa l'effetto economico complessivo della condotta, che deve tradursi in un vantaggio patrimoniale privo di titolo giuridico per l'agente – o per un terzo – e in un corrispondente pregiudizio per la vittima. La nozione di «ingiustizia» va dunque intesa non solo in senso civilistico, come mancanza di causa giustificativa, ma anche in chiave penalistica[91], quale contrarietà all'ordinamento nel suo complesso[92].

---

[87] Sul punto, si segnala come risalente dottrina, seppur non recente, abbia individuato il bene giuridico tutelato dal delitto di estorsione nel grado di autonomia residua del soggetto passivo a seguito dell'aggressione, declinabile nelle sue molteplici manifestazioni – dalla libertà di coscienza e di pensiero, alla sfera affettiva, sino all'integrità psichica (G. Vassalli, *Il diritto alla libertà morale*, in *Scritti giuridici in onore di F. Vassalli*, 1960, II, 67 ss.). Altra più recente impostazione ha invece valorizzato una prospettiva più ampia, ponendo in relazione il bene protetto con l'attività imposta alla vittima – non necessariamente di natura patrimoniale, in analogia con quanto previsto dagli artt. 610, 611 e 612 Cp – e facendo riferimento, in termini generali, al diritto di autodeterminazione, inteso come capacità dell'individuo di orientare liberamente le proprie scelte secondo motivazioni interne, fino a ricomprendere ulteriori dimensioni della personalità, quali la capacità di intendere e di volere e la stessa tranquillità psichica (F. Mantovani, *Diritto penale, parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova 2002, 177). Un ulteriore approfondimento si rinviene in quella dottrina che, più che sull'autodeterminazione in sé, insiste sulla lesione della stessa, ponendo l'accento sulla peculiare condizione intrapsichica in cui versa la vittima di estorsione. In tale prospettiva, l'effetto motivante si identifica nel malessere, nel timore o nella paura derivanti dalla necessità di scegliere tra un'alternativa pregiudizievole – subire la violenza o quanto prospettato con la minaccia – e una seconda alternativa, tipicamente patrimoniale, la cui accettazione consente di interrompere gli effetti della prima. È questo il c.d. *metus*, riconducibile più in generale a un vizio del processo motivazionale, ossia a una riduzione della facoltà intellettiva e volitiva (G. Marini, *Lineamenti del sistema penale, parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, Torino 1999, 214). Sempre sul tema, si veda più di recente A. Mecca, *L'estorsione*, Padova 2007, 1-8; F. Antolisei, *op. cit.*, 420-421; C. Baccaredda Boy, S. Lalomia, *op. cit.*, 569 ss.; R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 393 ss.
[88] M. Luberto, *op. cit.*, 780-782. Nello stesso senso anche A. Vergara, *op. cit.*, 185 ss.
[89] F. Antolisei, *op. cit.*, 380 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 183 ss.; R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 394-395.
[90] Per un approfondimento sul ruolo della vittima nel delitto di estorsione e sulle possibili forme di reazione alla condotta coercitiva quali «azione dispositiva, omissione, tolleranza» si veda A. Mecca, *op. cit.*, 40 ss.
[91] Tale interpretazione ha trovato recente conferma nella sentenza Cass S.U. 28.3.2024 n. 30016, con la quale la Suprema Corte ha ritenuto che il concetto di "danno" – penalisticamente inteso – comprenda anche la perdita di *chance*, già riconosciuta nel diritto civile quale forma di danno patrimoniale. Nello stesso tempo, la Corte ha precisato che alla *chance* perduta deve essere attribuito un valore economico effettivo: solo la certezza dell'esistenza di una seria e concreta possibilità di conseguire un risultato utile consente di qualificare la diminuzione patrimoniale come danno attuale e concreto, e non come danno meramente futuro.
[92] R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 394-395.

Traslando tali concetti nel fenomeno del *ransomware*, l'atto di disposizione patrimoniale si concretizza nel pagamento del riscatto – di norma in criptovaluta – che la vittima esegue in risposta alla costrizione esercitata attraverso la minaccia telematica. Si tratta di un comportamento apparentemente volontario, ma in realtà determinato dallo stato di *metus* generato dall'aggressione informatica, nel quale la libertà decisionale dell'offeso è gravemente compressa[93]. Il profitto dell'agente, costituito dall'acquisizione della somma versata o di altra utilità, è "ingiusto" perché ottenuto mediante la violazione coattiva della libertà patrimoniale altrui, mentre il danno si manifesta nella perdita economica subita dalla vittima e, nei casi più gravi, nelle conseguenze ulteriori derivanti dalla compromissione dei dati o dall'interruzione dei servizi[94].

Tuttavia, essendo gli attacchi a mezzo *ransomware* dei fenomeni complessi che si caratterizzano per essere costituiti da una pluralità di condotte – potenzialmente dotate di autonoma rilevanza penale[95] – la sussunzione nel paradigma classico del delitto di estorsione – che era stato introdotto per punire condotte decisamente diverse da quelle in esame[96] – sollevava alcune questioni ermeneutiche circa il rapporto con gli altri reati informatici.

Le criticità sin qui esaminate nascevano dalla circostanza per cui il microsistema punitivo dei reati informatici contro il patrimonio ricomprende una pluralità di fattispecie che reprimono le diverse fasi di un attacco informatico. Ciò nonostante, sul piano naturalistico, risulta piuttosto complesso scindere le singole condotte e, conseguentemente, sussumere ciascuna in uno specifico reato. Questo perché il livello di automazione che caratterizza le moderne tecniche d'attacco digitale – come accade, ad esempio, nei casi di infezione e controllo remoto di sistemi tramite *malware* o *botnet*[97] – fa sì che l'azione umana si intrecci indissolubilmente con i processi informatici automatizzati, rendendo difficile isolare momenti di offesa distinti e riferirli a singole fattispecie incriminatrici[98].

---

[93] M. Luberto, *op. cit.*, 782.

[94] M. Luberto, *op. cit.*, 782-784.

[95] In particolare, considerando la descrizione degli attacchi a mezzo *ransomware* già svolta nel 2 §, si ritiene che le singole fasi dell'aggressione possano integrare le fattispecie di accesso abusivo a sistema informatico *ex* art. 615-*ter* Cp, di «detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico» *ex* art. 615-*quinquies* Cp ed alle varie ipotesi di danneggiamento informatico *ex* art. 635-*bis* Cp ss.

[96] Si pensi, ad esempio, alla richiesta di pagamento del "pizzo" da parte di mafiosi, ovvero alla costrizione, mediante violenza o minaccia, a stipulare un contratto, eventualmente a condizioni più svantaggiose (A. Mecca, *op., cit.*, 24-40).

[97] Con specifico riferimento all'utilizzo delle *botnet*, ossia reti di dispositivi informatici compromessi e controllati da remoto da un unico soggetto (c.d. *botmaster*), è stato osservato come tali fenomeni informatici presentino una marcata contiguità sul piano fattuale, tale da rendere particolarmente difficoltosa la distinzione tra le singole condotte: le diverse modalità di aggressione, infatti, condividono elementi comuni che tendono a prevalere sui profili differenziali, con la conseguenza di rendere incerta la delimitazione dei rispettivi ambiti applicativi (T. Pietrella, *Reati informatici e concorso di norme: come l'evoluzione tecnologica informa il diritto penale. Il caso delle Botnets*, in *www.discrimen.it*, 2.12.2021).

[98] In relazione al profilo qui considerato, la ricostruzione proposta in letteratura internazionale evidenzia come la scomposizione dell'attacco informatico in fasi successive risulti, sul piano empirico, tutt'altro che agevole. Invero, come osserva Radoniewicz, «[t]he process of carrying out an attack is often broken down into stages. It should be noted that in practice such a division is difficult. In addition, not all phases are always present (it depends, among others, on the type of attack and its success; all of which can in principle only occurr if successful)». Già prima dell'attacco, infatti, l'agente pone in essere una serie di attività preliminari – selezione dell'obiettivo, raccolta di informazioni, operazioni di ricognizione o di «passive search», spesso realizzate senza interazione diretta con il sistema bersaglio – cui possono affiancarsi ulteriori fasi preparatorie (quali *port scanning* o *target designation*), non sempre nettamente distinguibili dalle condotte esecutive, al punto che «sometimes the same activities are classified as both preparatory and preliminary activities (constituting part of the actual attack)». Ne consegue che, pur potendosi in via descrittiva individuare tre momenti principali – «1) preparatory activities […]; 2) "proper" attack; 3) final activities (modification of the system enabling the perpetrator to return, covering up traces, using

Come osserva parte della dottrina[99], l'attività dell'agente si riduce spesso all'avvio di una sequenza automatizzata, la quale continua a produrre effetti lesivi senza ulteriori interventi umani, cosicché la distinzione tra atti preparatori ed esecutivi tende a sfumare. Ne consegue che la pluralità delle norme applicabili non sempre riflette una reale pluralità di condotte, ma è piuttosto l'effetto della struttura frammentata del microsistema punitivo, il quale fatica a riprodurre sul piano giuridico l'unitarietà del fatto materiale[100].
Per questa ragione, la dottrina che si è occupata del tema ha concluso che, in generale, la maggior parte dei reati informatici possa essere inquadrata, con maggiori o minori difficoltà ermeneutiche, entro il perimetro del delitto di estorsione. Una simile conclusione, pure apprezzabile per la sua capacità di valorizzare i tratti comuni dei reati in esame, testimonia la difficoltà di isolare i singoli elementi costitutivi delle varie figure dei reati commessi con l'ausilio di strumenti altamente tecnologici[101].
È proprio su questo terreno che si collocano le differenti ricostruzioni dottrinali in tema di concorso apparente di norme e concorso di reati, le quali muovono dall'esigenza di individuare criteri di delimitazione tra fattispecie potenzialmente sovrapponibili[102].
Muovendo da tali considerazioni, l'attenzione può anzitutto essere rivolta al delitto di danneggiamento informatico, che costituiscono il primo e più immediato terreno di confronto tra le ricostruzioni dottrinali, in ragione della presenza, al loro interno, di clausole di riserva[103] destinate a operare come criteri di selezione tra fattispecie concorrenti.
Gli artt. 635-*bis*, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies* Cp, sotto il profilo della tecnica di tipizzazione[104], sono accomunati dalla previsione di quattro clausole di riserva «parzialmente

---

the effects of the attack)» –, tale articolazione mantiene un valore essenzialmente teorico, giacché nella prassi le diverse operazioni tendono a sovrapporsi e a compenetrarsi, rendendo difficoltosa una loro netta separazione sul piano giuridico. (F. Radoniewicz, *op. cit.*, 3-4). Una simile constatazione si pone in linea con quella più generale difficoltà, già evidenziata in altri ambiti, di tracciare confini rigorosi tra momenti di offesa che, pur logicamente distinguibili, risultano nella realtà fenomenica strettamente intrecciati, fino a dar luogo a sequenze unitarie difficilmente scomponibili in singole fattispecie incriminatrici (C. Easttom, J. Taylor, *Computer Crime, Investigation, and the Law*[1], Boston 2010, 422-425).

[99] T. Pietrella, *op. cit.*, 283 ss.

[100] Si pensi, ad esempio, al rapporto tra i delitti *ex* art. 617-*quinquies* Cp (detenzione, diffusione e installazione abusiva di apparecchiature e di altri mezzi atti a intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche) e 640-*ter* Cp (frode informatica). Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che il primo reato potesse ritenersi assorbito nel secondo poiché la condotta di installazione di apparecchiature tese ad intercettare comunicazioni telematiche rappresenterebbe solo una delle modalità per la realizzazione della condotta prevista per il reato di frode informatica (Cass. 7.09.2021 n. 42183).

[101] Sul rapporto tra le *cyber*-estorsioni e gli altri reati si veda M. Luberto, *op. cit.*, 791-806. Ad onor del vero, anche Vergara si è occupato di indagare il rapporto tra l'estorsione *online* ed altri reati – quale ad esempio, la fattispecie di cui all'art. 615-*quinquies* Cp – giungendo peraltro alle medesime conclusioni di Luberto (A. Vergara, *op. cit.*, 192-196).

[102] Si può rilevare come le ricostruzioni dottrinali di seguito esaminate tendano, pur senza esplicitarlo in termini teorici, a muoversi lungo una logica di tipo consuntivo, valorizzando l'assorbimento tra fattispecie. In questa prospettiva si collocherà anche la presente analisi, nella consapevolezza del più ampio dibattito relativo ai criteri di consunzione e di specialità reciproca ovvero bilaterale.

[103] Sulla specifica funzione delle clausole di riserva si veda G. De Francesco, *Lex specialis. Specialità ed interferenza nel concorso di norme nel diritto penale*, Milano 1980, 140 ss.

[104] Per alcuni spunti di riflessione in chiave critica dell'assetto dei reati di danneggiamento informatico si veda I. Salvadori, *Il microsistema normativo concernente i danneggiamenti informatici. Un bilancio molto poco esaltante*, cit., 204 ss.

determinate»[105], che subordinano l'applicazione dei reati di danneggiamento informatico alla condizione che «il fatto non costituisca più grave reato»[106].
Tali clausole assolvono alla funzione di rendere una fattispecie sussidiaria, rispetto ad altri reati eventualmente concorrenti con essa: nello specifico, la norma incriminatrice che le contiene trova applicazione soltanto quando il fatto non sia sussumibile in alcuna diversa figura di reato di maggiore gravità.
Nel confronto con il delitto di estorsione, emerge con immediatezza come quest'ultimo presenti un trattamento sanzionatorio significativamente più severo rispetto alle ipotesi di danneggiamento informatico[107], sì da potersi qualificare quale «reato più grave» in forza delle clausole di riserva sopra richiamate[108].
Tale considerazione consentirebbe, almeno sul piano formale, di risolvere agevolmente l'apparente concorso tra le diverse fattispecie. Tuttavia, affinché l'assorbimento sia giuridicamente fondato, occorre verificare che le condotte descritte nei reati di danneggiamento – distruzione, deterioramento, cancellazione, alterazione o soppressione di dati, informazioni o programmi informatici – possano effettivamente rientrare nella nozione di «violenza» richiesta dall'art. 629 Cp, nella sua declinazione tecnologica.
A questo proposito, Luberto opera una distinzione sulla base degli «effetti concreti prodotti dall'attacco»[109].
Nell'ipotesi in cui il *ransomware* abbia «pregiudicato l'utilizzo od il funzionamento del sistema nel suo complesso»[110] verrebbero in rilievo le fattispecie descritte dagli artt. 635-*quater* e 635-*quinquies* Cp. In questo caso, l'Autore ritiene che le condotte tipizzate dalle due norme ossia la distruzione o il danneggiamento o l'ostacolo al funzionamento di sistemi informatici o telematici effettuati mediante le condotte di cui all'art. 635-*bis* Cp, l'introduzione o la trasmissione di dati, informazioni o programmi, possano essere ricomprese nel concetto di violenza «violenza dell'art. 629 Cp, secondo la nozione di "violenza sulle cose" tracciata dall'art. 392 Cp»[111]. Per queste ragioni, il reato di estorsione assorbirebbe tanto la fattispecie di cui all'art. 635-*quater* quanto quella *ex* art. 635-*quinquies*.
Di converso, nel caso in cui il *malware* abbia «danneggiato i dati o le informazioni memorizzate, criptandole e rendendole così inaccessibili, definitivamente o temporaneamente»[112] verrebbero in rilievo i reati di cui agli artt. 635-*bis* e 635-*ter* Cp che

[105] Sulla nozione di «clausola di riserva parzialmente determinata» e, più in generale, sulla classificazione delle diverse tipologie di clausole di riserva si rinvia a M. Scoletta, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Torino 2024, 500. Sul punto si veda anche M. Scoletta, *Idem Crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Torino 2023, 84-85.
[106] Per un approfondimento sul punto si rinvia a C. Baccaredda Boy, S. Lalomia, *op. cit.*, 1108-1168; V. Attili, *I delitti di danneggiamento*, in *Reati contro il patrimonio*, a cura di C. Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero, Torino 2022, 250-266.
[107] Per il delitto di estorsione l'art. 629 prevede una pena edittale compresa tra un minimo di cinque e un massimo di dieci anni di reclusione. Prima dell'entrata in vigore della legge n. 90/2024 – che ha sensibilmente inasprito il trattamento sanzionatorio dei delitti di danneggiamento informatico – le pene previste per le ipotesi non aggravate risultavano notevolmente inferiori: l'art. 635-*bis* Cp puniva con la reclusione da sei mesi a tre anni; l'art. 635-*ter*, da uno a quattro anni; l'art. 635-*quater*, da uno a cinque anni; e l'art. 635-*quinquies*, da uno a quattro anni.
[108] Ad onor del vero, vi è chi sostiene che la portata applicativa delle clausole di riserva in esame debba essere circoscritta ai soli rapporti tra le fattispecie di danneggiamento informatico (A. Cappellini, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in *Cybercrime*[1], diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2019, 795). Seguendo tale tesi, il delitto di estorsione non sarebbe in grado di assorbire le fattispecie di danneggiamento informatico e, pertanto, si configurerebbe un concorso di reati.
[109] M. Luberto, *op. cit.*, 801.
[110] M. Luberto, *op. cit.*, 801.
[111] M. Luberto, *op. cit.*, 801.
[112] M. Luberto, *op. cit.*, 802.

hanno ad oggetto il danneggiamento di "informazioni, dati e programmi informatici" – distinguendosi tra di loro a seconda della natura pubblica o privata degli stessi. Sempre secondo Luberto, «le condotte-effetto degli artt. 635-*bis* e 635-*ter* Cp non possono considerarsi comprese nel concetto di violenza sulle cose, in quanto l'art. 392, ultimo comma, Cp menziona solo programmi e sistemi»[113]. Tuttavia, l'esclusione delle condotte-effetto di cui agli artt. 635-*bis* e 635-*ter* Cp dal concetto di violenza sulle cose non preclude, sul piano sistematico, la loro possibile attrazione nell'alveo del delitto di estorsione. Tale esito interpretativo può infatti fondarsi sulla stretta connessione strumentale[114] che lega il danneggiamento informatico alla condotta estorsiva, allorché l'alterazione o la compromissione dei dati costituisca il mezzo funzionale attraverso cui si realizza la coartazione della volontà della vittima[115]. In quest'ottica, il danneggiamento non assume rilievo autonomo, ma si atteggia a segmento esecutivo dell'unica sequenza criminosa finalizzata al conseguimento dell'ingiusto profitto, trovando ulteriore giustificazione nell'operatività delle clausole di riserva che presidiano le fattispecie di cui agli artt. 635-*bis* e 635-*ter* Cp, già richiamate in precedenza[116].
Analoghe considerazioni vengono estese, nella medesima ricostruzione, al delitto di accesso abusivo a sistema informatico o telematico di cui all'art. 615-*ter* Cp, ossia il reato di «accesso abusivo a sistema informatico o telematico», ritenuto astrattamente configurabile nelle ipotesi di aggressione condotta mediante *ransomware* nei confronti di sistemi protetti.
Come noto, l'art. 615-*ter* Cp punisce «[c]hiunque abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo». Uno degli elementi costitutivi della fattispecie è rappresentato dal superamento delle "misure di sicurezza" che sono state poste a protezione del sistema informatico o telematico. Le "misure di sicurezza" richieste per la configurabilità del reato comprendono strumenti fisici, organizzativi, dispositivi tecnici di identificazione e

[113] M. Luberto, *op. cit.*, 802.
[114] Il concetto di "connessione strumentale" tra danneggiamento informatico e condotta estorsiva cui fa cenno Luberto può essere letto alla luce dei criteri elaborati in tema di concorso apparente di norme, e segnatamente del criterio di consunzione (A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*[9], a cura di V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano 2020, *passim*; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, parte generale*[11], Milano 2022, 611 ss.; M. Scoletta, *Idem Crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 33-35). La consunzione postula che il concorso tra norme sia solo apparente quando una fattispecie costituisce il mezzo normalmente impiegato per la realizzazione di un'altra, secondo il c.d. "quadro normale di vita", ossia quando, in base all'*id quod plerumque accidit*, la prima risulta tipicamente implicata nella seconda (I. Giacona, *Concorso apparente di reati e istanze di ne bis in idem sostanziale*, Torino 2022, *passim*). In questa prospettiva, la strumentalità assume rilievo solo ove esprima una connessione tipica e statisticamente significativa, non essendo sufficiente un mero nesso causale. Con specifico riguardo al danneggiamento informatico, la dottrina ha evidenziato come le condotte di cancellazione, alterazione o soppressione dei dati comprendano qualsiasi attività idonea a incidere in modo apprezzabile sull'integrità o sull'utilizzabilità delle informazioni, anche quando l'effetto sia reversibile ma comporti un dispendio di tempo o risorse per il ripristino (I. Salvadori, *Il microsistema normativo concernente i danneggiamenti informatici. Un bilancio molto poco esaltante*, cit., 204 ss.); sicché, nei contesti di *ransomware*, la cifratura dei dati può porsi quale segmento funzionale della più ampia sequenza estorsiva, nei limiti in cui tale relazione si inscriva in un quadro normale di realizzazione del fatto.
[115] Di diverso avviso è Salvadori, il quale sostiene che «[n]ei casi, sempre più frequenti, in cui un criminale informatico, dopo aver reso inaccessibili i dati informatici mediante un *ransomware*, minacci la loro successiva eliminazione per indurre il titolare a farsi dare una somma di danaro si configurerà la più grave fattispecie di estorsione (art. 629 c.p.), che concorrerà con quella, meno grave, di danneggiamento di dati» (I. Salvadori, *I danneggiamenti informatici*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. Parodi, V. Sellaroli, 619). L'Autore, tuttavia, si limita a prospettare tale soluzione ricostruttiva senza sviluppare in modo approfondito il tema dei rapporti tra le fattispecie di danneggiamento informatico e il delitto di estorsione.
[116] M. Luberto, *op. cit.*, 802.

meccanismi logici idonei a impedire l'accesso a soggetti non autorizzati[117]. Secondo la già citata dottrina, nel caso di aggressione condotta tramite *ransomware* nei confronti di un sistema protetto si potrebbe integrare, in astratto, la condotta tipica delineata dall'art. 615-*ter* Cp: l'accesso abusivo si realizza già nel momento in cui, superate le misure di sicurezza, l'agente acquisisce la possibilità di conoscere direttamente dati, informazioni o programmi contenuti nel sistema, tanto più ove si consideri la portata delle operazioni eseguibili dal *malware*[118].
Con specifico riguardo al rapporto con il delitto di estorsione, negli attacchi *ransomware*, l'Autore opera una distinzione a seconda del fatto che il momento dell'intrusione abusiva sia – o meno – concomitante alla minaccia con richiesta di pagamento del riscatto.
Qualora le due condotte risultassero temporalmente contestuali, l'accesso abusivo potrebbe ritenersi assorbito nell'estorsione, poiché avrebbero ad oggetto il "medesimo fatto". Infatti, secondo la pronuncia della C. cost. 21.7.2016 n. 200, richiamata da Luberto in materia *ne bis in idem* processuale – per "medesimo fatto" deve intendersi l'accadimento storico concreto, individuato dalla triade condotta–nesso causale–evento naturalistico. Ne consegue che l'identità del fatto sussisterebbe ogniqualvolta vi sia corrispondenza storico-naturalistica nella struttura del reato, tenendo conto di tutti i suoi elementi costitutivi e delle circostanze di tempo, luogo e persona[119].
Pertanto, poiché le due fattispecie hanno ad oggetto il medesimo fatto, occorre valutare ulteriori profili volti, da un lato, a verificare se possa configurarsi un rapporto di assorbimento e, dall'altro, a individuare quale tra esse debba considerarsi prevalente[120].
Il primo criterio di analisi riguarda i beni giuridici tutelati: è necessario accertare l'esistenza di un'"omogeneità normativa", ovvero che una delle due norme protegga tutti i beni giuridici salvaguardati dall'altra (eventualmente insieme ad ulteriori interessi), così da potersi qualificare come norma speciale ai sensi dell'art. 15 Cp. Nel caso in esame, come osserva Luberto[121], i beni tutelati dalle due disposizioni risultano solo apparentemente eterogenei: sebbene collocato tra i reati contro il domicilio, l'art. 615-*ter* Cp tutela non soltanto la sfera personalissima dei dati informatici, ma anche i loro profili patrimoniali, l'integrità e la riservatezza dei sistemi. Nell'ipotesi di estorsione mediante *ransomware*, entrambe le figure delittuose ledono, in ultima analisi, la sicurezza informatica, intesa quale interesse di natura collettiva alla protezione dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici.
In secondo luogo, al fine di individuare la fattispecie prevalente, è necessario verificare l'esistenza di un rapporto di «funzionalità, strumentalità e prodromicità»[122] tra le due[123]. Nel

[117] Sul punto per tutti, si veda R. Flor, *Art. 615-ter c.p.: natura e funzioni delle misure di sicurezza, consumazione del reato e bene giuridico*, in *DPP* 1/2008, 106-112.
[118] M. Luberto, *op. cit.*, 803-804.
[119] L'argomentazione di Luberto sembrerebbe quindi porsi in linea con l'orientamento delle Sezioni Unite definito da parte della dottrina come «modello "strutturale-sincretista», al quale sarebbero «ascrivibili quelle pronunce che, pur muovendo dall'analisi e dal confronto di tipo logico-formale – ovvero da una comparazione strutturale tra fattispecie e tra elementi costitutivi delle stesse – non traggono da tale dato le conseguenze dirette in termini normativi/percettivi; il giudizio resta fondamentalmente ancorato alla unicità/medesimezza naturalistica dal fatto, ma risulta integrato da considerazioni teleologiche relative agli interessi giuridici rispettivamente coinvolti, alla coerenza punitiva dell'assorbimento punitivo (valutata in relazione alle cornici edittali di pena delle fattispecie concorrenti), alla valutazione sistematica degli obiettivi specificamente perseguiti dal legislatore, quindi calando le norme nel contesto ordinamentale nel quale si trovano inserite» (M. Scoletta, *Idem Crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 277-278).
[120] Per tutti M. Scoletta, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, cit., 454 ss.
[121] M. Luberto, *op. cit.*, 804.
[122] M. Luberto, *op. cit.*, 804.
[123] In proposito, va segnalato come non mancano rilievi critici nei confronti di tali impostazioni di matrice valoriale, in quanto potenzialmente espansive, evidenziandosi come l'allontanamento da criteri strettamente strutturali rischi di rimettere all'interprete valutazioni discrezionali difficilmente prevedibili, con conseguente

caso di specie, secondo l'*id quod plerumque accidit*, tale relazione appare evidente: l'introduzione abusiva nel sistema rappresenta il presupposto logico e operativo dell'azione estorsiva, configurandosi come momento necessario e, di regola, cronologicamente anteriore. Si delinea, pertanto, una progressione criminosa che muove dall'accesso al sistema sino alla successiva e più invasiva pretesa di pagamento del riscatto.
Ne deriva che, qualora le condotte di intrusione illecita e richiesta di pagamento siano collocate nel medesimo contesto spazio-temporale, l'accesso abusivo assume un ruolo meramente strumentale rispetto all'estorsione, la quale, racchiudendo in sé l'intero disvalore della sequenza criminosa, si configura come fattispecie prevalente e dunque in grado di assorbire le altre[124], sulla scia di quanto deciso dalla sentenza Cass. 14.1.2019 n. 21987 con la quale i giudici di legittimità hanno affermato il principio di diritto secondo cui il delitto di detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici (art. 615-*quater* Cp) non concorre, bensì resta assorbito nel più grave reato di accesso abusivo a sistema informatico o telematico (art. 615-*ter* Cp), del quale costituisce un antecedente necessario, purché quest'ultimo risulti contestato, procedibile e realizzato nel medesimo contesto spazio-temporale e in danno della stessa persona fisica[125].

---

tensione rispetto ai principi di legalità e determinatezza (A. Vallini, *Tracce di ne bis in idem sostanziale*, in *DPP* 4/2018, 525-538).

[124] Appare condivisibile la ricostruzione proposta da Luberto in ordine ai rapporti tra accesso abusivo e delitto di estorsione; può tuttavia osservarsi come l'Autore non si soffermi espressamente sul profilo della rilevanza statistica delle condotte, né sviluppi il ragionamento alla luce dei criteri elaborati dalla dottrina in tema di concorso apparente. L'analisi sembra infatti muovere prevalentemente da un confronto tra fattispecie condotto in termini strutturali, valorizzando la diversità degli elementi tipici e dei beni giuridici tutelati, senza esplicitare i criteri risolutivi sottesi. In questa prospettiva, pur potendosi cogliere un implicito richiamo alla teoria della consunzione (in proposito si veda A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*[9], a cura di V. Militello, M. Parodi Giusino, A. Spena, Milano 2020, *passim*; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte generale*[8], Bologna 2019 728 ss.; G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale, parte generale*[11], Milano 2022, 611 ss. Cfr. altresì B. Romano, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Milano 1996, 265 ss., dove tuttavia si utilizza la denominazione «continenza di valore»), esta sullo sfondo il riferimento al criterio dell'*id quod plerumque accidit*, che induce a verificare se una determinata condotta si inserisca nel "quadro normale di vita" del reato-fine, risultando già considerata nel relativo disvalore (I. Giacona, *op. cit.*, *passim*). Sotto tale angolo visuale, nei fenomeni *ransomware* più ricorrenti, l'accesso abusivo tende a porsi quale antecedente funzionalmente orientato alla successiva coartazione della volontà della vittima, collocandosi in una sequenza criminosa unitaria caratterizzata da una significativa regolarità empirica. In simili ipotesi, ove tale connessione presenti un adeguato grado di inferenza statistica e la condotta di accesso non esprima un disvalore autonomo eccedente rispetto alla funzione strumentale svolta, essa potrebbe ritenersi assorbita nella più ampia fattispecie estorsiva; fermo restando che, al di fuori di tale "quadro normale di vita", resta configurabile il concorso formale di reati.

[125] La sentenza riguarda una tipica ipotesi di *phishing*, articolata nella fraudolenta acquisizione delle credenziali bancarie, nell'accesso abusivo al sistema e nella successiva disposizione di operazioni patrimoniali. Sebbene tali condotte siano astrattamente riconducibili agli artt. 615-ter, 615-*quater* e 640-*ter* Cp, tra le fattispecie non sussiste un rapporto di necessaria implicazione. Tuttavia, nella prassi esse si presentano frequentemente come segmenti di una medesima sequenza criminosa, secondo l'*id quod plerumque accidit*: l'acquisizione delle credenziali è normalmente prodromica all'accesso, e quest'ultimo sfocia, di regola, in atti dispositivi. Ne consegue che l'intera vicenda deve essere ricondotta alla più grave fattispecie di frode informatica, evitando una indebita moltiplicazione sanzionatoria in violazione del principio del *ne bis in idem* (I. Giacona, *op. cit.*, 143-144). Sul punto, tuttavia, va segnalato come parte della dottrina, seppur in termini generali e senza riferirsi a questa specifica pronunzia, ritiene ammissibile il concorso formale tra il delitto di accesso abusivo e quello di frode informatica «atteso che l'azione di accesso abusivo fuoriesce dallo schema tipico della fattispecie delittuosa dell'art. 640-*ter* c.p., la quale si articola unicamente nella condotta di manipolazione del sistema informatico e telematico, elemento costitutivo non necessario per la consumazione del reato di accesso abusivo, il quale, invece, può essere commesso soltanto agendo su sistemi protetti, requisito non richiesto dalla figura delittuosa di frode informatica» (M. Belli, *I delitti di truffa e di frode informatica*, in *Reati contro il patrimonio*, a cura di C. Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero, Torino 2022, 365).

Diversa, invece, sarebbe la conclusione qualora le condotte illecite avvengano in due momenti distinti. In tale caso, venendo meno i presupposti sopra descritti, si sarebbe dovuto ammettere il concorso tra le due fattispecie, eventualmente unificate dal vincolo della continuazione, nella misura in cui l'estorsione avesse rappresentato l'apice della progressione criminosa, mentre l'accesso abusivo la fase iniziale[126].
L'analisi compiuta ha messo in luce come, pur a fronte di alcune difficoltà interpretative, il delitto di estorsione, applicato in via esclusiva in ragione dell'assorbimento delle altre fattispecie, oppure in concorso con ulteriori reati informatici, si rivelasse comunque idoneo a incriminare le condotte costitutive degli attacchi *ransomware*. Ciò nondimeno, la progressiva diffusione e la particolare gravità assunte da tali forme di aggressione informatica sembrano aver indotto, in un certo senso, il recente intervento legislativo, sfociato – per l'appunto – nell'introduzione di un'autonoma fattispecie di estorsione informatica, alla cui analisi è dedicato il paragrafo che segue.

5. Nella relazione illustrativa del d.d.l. 16.2.2024 n. 1717 la scelta di politica criminale sottesa all'introduzione del terzo comma dell'art. 629 Cp è motivata in termini estremamente sintetici, limitandosi a richiamare la «specifica gravità e frequenza dei ricatti realizzati attraverso la minaccia o l'attuazione di attacchi informatici»[127].
La relazione, dunque, chiarisce le ragioni per cui gli strumenti incriminatori già disponibili sarebbero inadeguati a fronteggiare il fenomeno, né consente di cogliere con chiarezza il valore aggiunto dell'innovazione normativa sul piano sistematico.
La nuova fattispecie sembrerebbe così rispondere, più che a un'esigenza di colmare un vuoto di tutela, all'intento di rafforzare in chiave simbolico-deterrente la reazione punitiva dell'ordinamento, nella convinzione che l'introduzione di una fattispecie *ad hoc* e di un trattamento sanzionatorio astrattamente più severo possa svolgere una maggiore funzione dissuasiva nei confronti degli autori di queste condotte.
Muovendo da queste premesse, l'analisi che segue intende soffermarsi sulla genesi politico-criminale e sulla struttura della nuova fattispecie, per poi esaminare, in prospettiva critica, la tenuta della scelta di criminalizzazione rispetto ai principi di sussidiarietà, necessarietà e proporzionalità, nonché ai principali profili di tensione sul piano sistematico e sanzionatorio.

---

[126] In questa prospettiva, il dato temporale potrebbe assumere un rilievo decisivo anche ai fini dell'applicazione del criterio del «quadro normale di vita» (I. Giacona, *op. cit.*, 149 ss.): la dilatazione cronologica tra le condotte potrebbe incidere infatti sul grado di inferenza statistica richiesto per ritenere che l'accesso abusivo costituisca segmento tipico della sequenza estorsiva. A differenza della fenomenologia *ransomware* più ricorrente, connotata da una marcata concentrazione temporale tra accesso, compromissione del sistema e richiesta di riscatto, la loro collocazione in momenti distinti incide negativamente sul grado di frequenza statistica richiesto dal criterio del «quadro normale di vita». In tali ipotesi, infatti, verrebbe meno quella tipica concatenazione delle condotte che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, consente di ritenere l'accesso abusivo normalmente implicato nella successiva sequenza estorsiva. La dilatazione temporale, rompendo la continuità fenomenologica dell'*iter criminis*, renderebbe meno plausibile qualificare l'accesso come segmento meramente strumentale e già assorbito nel disvalore del reato-fine. Una volta introdottosi nel sistema, infatti, l'agente ben potrebbe limitarsi a trattenervisi illecitamente, ovvero a porre in essere condotte ulteriori e diverse, quali il semplice danneggiamento o la sottrazione dei dati, senza che da ciò consegua, secondo una regolarità empiricamente apprezzabile, la successiva richiesta estorsiva. Proprio questa pluralità di possibili sviluppi della condotta successivi all'accesso riduce il grado di inferenza statistica richiesto dal criterio del "quadro normale di vita" e, con esso, la possibilità di ritenere l'accesso normalmente implicato nella sequenza tipica del *ransomware*. Ne consegue che, al di fuori di tale quadro, l'accesso abusivo tenderebbe a riacquistare una propria autonomia offensiva, rendendo preferibile la soluzione del concorso di reati, eventualmente unificati dal vincolo della continuazione in luogo dell'assorbimento nel delitto di estorsione.
[127] Relazione introduttiva al d.d.l. 16.2.2024 n. 1717, 3.

5.1. Il considerando n. 54 della direttiva NIS II[128] richiama l'attenzione sull'aumento esponenziale degli attacchi *ransomware*.
Più precisamente, la direttiva invita gli Stati membri a sviluppare, nell'ambito delle rispettive strategie nazionali di cybersicurezza, politiche orientate a contrastare tale minaccia. Tuttavia, essa non impone agli Stati membri alcuno specifico obbligo di incriminazione del fenomeno, lasciando loro piena autonomia nell'adozione delle misure di prevenzione e repressione ritenute più idonee.
È in questo contesto che si colloca la l. n. 90/2024, recante «[d]isposizioni in materia di rafforzamento della cybersicurezza nazionale e di reati informatici».
L'intervento legislativo in esame si è mosso lungo due direttrici distinte.
Da un lato, il legislatore è intervenuto sul versante della prevenzione, rafforzando il sistema di gestione delle minacce informatiche mediante l'introduzione di obblighi di notifica e di misure di sicurezza di carattere proattivo, volte ad accrescere la resilienza cibernetica complessiva. In tale prospettiva si colloca, in particolare, il potenziamento dei meccanismi di coordinamento tra le autorità competenti, finalizzati a una risposta integrata agli incidenti informatici[129].
Dall'altro lato, sono state apportate considerevoli modifiche alla disciplina penalistica della criminalità informatica[130], attraverso l'inasprimento del trattamento sanzionatorio di alcune fattispecie già previste dall'ordinamento e l'introduzione di un nuovo delitto: l'estorsione informatica[131].
Il nuovo terzo comma dell'art. 629 Cp prevede che «[c]hiunque, mediante le condotte di cui agli articoli 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quater* e 635-*quinquies* ovvero con la minaccia di compierle, costringe taluno a fare o ad omettere qualche cosa, procurando a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno, è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 5.000 a euro 10.000. La pena è della reclusione da otto a ventidue anni e della multa da euro 6.000 a euro 18.000, se concorre taluna delle circostanze indicate nel terzo comma dell'art. 628 nonché nel caso in cui il fatto sia commesso nei confronti di persona incapace per età o per infermità».
Il reato in esame presenta una tipizzazione autonoma dell'estorsione mediante strumenti informatici o telematici, recependo la dimensione tecnologica delle condotte estorsive, finora sussumibili solo in via mediata sotto il paradigma generale dell'art. 629 co. 1 Cp[132].

---

[128] Dir. n. 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio emanata in data 14.12.2022.
[129] A questo proposito si veda L. Previti, *La nuova legge sulla cybersicurezza, un passo avanti e due indietro*, in *GDA* 1/ 2025, 60-72, il quale, pur dando conto del rafforzamento degli obblighi informativi in materia di incidenti informatici e dell'ampliamento delle funzioni e dei poteri di coordinamento dell'Agenzia per la cybersicurezza nazionale, sottolinea in termini critici come tali interventi presentino un'efficacia complessiva limitata, anche in ragione delle incertezze applicative e della carenza di adeguati strumenti di attuazione.
[130] Per un puntuale commento al contenuto della riforma dei reati informatici dettata dalla l. 90/2024 si rinvia a G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, cit., 215-219, la quale osserva come, sebbene sia apprezzabile l'intento del legislatore di restituire una «rinnovata centralità» alla disciplina dei reati informatici, la riforma abbia nondimeno determinato evidenti criticità, tanto sul piano della coerenza interna delle singole fattispecie incriminatrici quanto su quello del coordinamento tra disciplina penalistica e normativa extrapenalistica in materia di cybersicurezza. Nello stesso senso si veda anche R. Flor, Prime riflessioni a margine della legge n. 90/2024. Cybercrime e tutela penale della cybersecurity: un'occasione persa?, in *Cybersicurezza*, a cura di G. Fiorinelli, M. Giannelli, S. Pietropaoli, Torino 2025, 39-48.
[131] Secondo Fiorinelli, l'introduzione di questa nuova fattispecie sarebbe sintomatica «della progressiva "autonomizzazione" delle scelte di incriminazione» nel diritto penale dell'informatica e costituirebbe una «ulteriore riconferma dell'attuale priorità politico-criminale attribuita dagli Stati al contrasto delle minacce ibride» (G. Fiorinelli, *La recente "disciplina penale" del cybercrime tra armonizzazione internazionale e interventi nazionali: convergenze parallele?*, in *RIID* 2/2025, 121).
[132] Sul punto, si rimanda a quanto già esposto nel precedente § 4.2.

Il legislatore ha così individuato un nucleo di condotte strumentali tipiche – precisamente quelle incriminate dagli artt. 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quater* e 635-*quinquies* Cp – le quali, se poste in essere per coartare la vittima a fare o omettere qualcosa procurando un ingiusto profitto con altrui danno, integrano il delitto in esame.
Dal punto di vista strutturale, l'estorsione informatica ricalca la struttura dell'ipotesi tradizionale di estorsione differendone ma ne differisce, da un lato, per l'individuazione di specifiche modalità costrittive e, dall'altro, per il trattamento sanzionatorio più severo.
Infatti, mentre nell'estorsione di cui al primo comma dell'art. 629 Cp sono previste, quali modalità comportamentali alternative, "violenza" o "minaccia", nell'estorsione informatica si rinvia espressamente alle condotte già tipizzate dagli artt. 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quater* e 635-*quinquies* Cp (compiute ovvero minacciate[133]).
Si delinea così un reato complesso[134], la cui base è costituita dai reati informatici sopracitati, la commissione dei quali si pone qui in funzione strumentale rispetto alla coartazione del soggetto passivo.
Permane, invece, la tripartizione di eventi che caratterizzano il delitto di estorsione *ex* art. 629 co. 1 Cp ossia: *i)* la costrizione psichica; *ii)* l'atto dispositivo; *iii)* il profitto e danno.
Del pari, anche l'ipotesi aggravata prevista dal secondo periodo del terzo comma dell'art. 629 Cp, al di là della cornice edittale più elevata, risulta sovrapponibile a quella prevista dal secondo comma dell'art. 629 Cp in relazione all'estorsione classica.
Pur dovendosi riconoscere al legislatore il merito di aver aggiornato il microsistema dei reati informatici, tentando di approntare strumenti più efficaci contro condotte ormai diffuse e pervasive, la formulazione del nuovo reato di estorsione informatica sembra nondimeno presentare taluni aspetti critici.
In particolare, si possono individuare tre principali profili critici, che attengono rispettivamente: *i)* alla tecnica di tipizzazione adottata; *ii)* alle valutazioni di politica criminale sottese alla scelta incriminatrice; *iii)* ai profili di coerenza e di coordinamento sistematico, tanto all'interno del codice penale quanto rispetto alla disciplina collaterale.

5.2. Riguardo alla tecnica di incriminazione utilizzata, si può anzitutto rilevare un certo grado di approssimazione nel lessico utilizzato.
A questo proposito, merita di essere evidenziata la scelta redazionale di invertire l'uso del gerundio e dell'indicativo rispetto alla fattispecie tradizionale di estorsione. Infatti, mentre l'art. 629 Cp prevede che «[c]hiunque, mediante violenza o minaccia, costringendo taluno a fare o ad omettere qualcosa, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno», nel nuovo terzo comma si legge, al contrario, che l'agente «costringe taluno a fare o ad omettere qualcosa procurando a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno».

[133] La norma valorizza la funzione strumentale o intimidatoria delle condotte informatiche, non solo quando vengano effettivamente realizzate, ma anche laddove la minaccia di compierle basti a determinare la coazione. La formula "ovvero con la minaccia di compierle" estende l'area applicativa alla forma "minacciata" dell'offesa, rispondendo alla prassi criminale del *ransomware*, in cui la cifratura dei dati o la loro esfiltrazione si accompagna alla minaccia di distruzione o diffusione in caso di mancato pagamento del riscatto (cfr. § 2).
[134] Per un approfondimento sull'istituto del reato complesso si veda M. Siniscalco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano 1961, 162 ss.; G. Neppi Modona, *Inscindibilità del reato complesso e ne bis in idem sostanziale*, in *RIDPP* 1966, 207; R. Frosali, *Concorso di norme e concorso di reati*, Milano 1971, 405 ss. Più di recente F.R. Fantuzzi, *Sequestro di persona a scopo di estorsione: configurabilità del reato complesso rispetto al concorso dei reati-base, in CP 4/2004, 1211-1217;* L. Bin, *Unità e pluralità nel concorso di reati*, Torino 2022, 430 ss.; A. Vallini, *Lo "stalking" finito in tragedia e il reato complesso: un'altra "prova tecnica" di "ne bis in idem" sostanziale*, in *GI* 5/2022, 1218 ss.; C. Cantisani, *Il reato complesso come forma di tipicità unitaria originaria*, in *LP* 1/2025, 35 ss.; L. Maldonato, *Il reato progressivo: attività delittuosa dinamica e rischi di "oversanctioning" nel prisma del reato complesso, in DPenCont 3/2025, 14-30.*

Questa scelta linguistica, che a prima vista potrebbe apparire di scarso rilievo, cela in realtà un'imprecisione concettuale: risulta, infatti, invertito lo schema logico alla base dell'estorsione tradizionale, dove il profitto si «procura costringendo» (con l'uso del gerundio teso a indicare la funzione strumentale della condotta).
Nel nuovo reato, invece, la vittima «si costringe procurando» (uso dell'indicativo presente), con il rischio di alterare la corretta scansione tra la modalità della condotta e gli eventi.
La formulazione adottata finisce, così, per indebolire la coerenza sistematica del precetto, sacrificando la chiarezza tipica della fattispecie originaria.
Più in generale sotto il profilo della tipizzazione, la scelta del legislatore di introdurre una figura autonoma di "estorsione informatica" potrebbe, inoltre, comportare il rischio, non trascurabile, di irrigidire il quadro normativo, ancorandolo a schemi descrittivi suscettibili di rapida obsolescenza.
A ben vedere, si è già avuto modo di notare che le tecniche estorsive basate sul *ransomware* siano in costante evoluzione: dalla semplice cifratura dei dati si è passati al modello della doppia e poi della tripla estorsione[135], nelle quali si combinano condotte tra loro eterogenee quali, ad esempio, l'esfiltrazione di dati e la minaccia di diffusione del materiale sottratto.
Una formulazione troppo vincolata a una specifica modalità di attacco rischia di lasciare scoperte future declinazioni tecnologiche del fenomeno, le quali potrebbero sfuggire all'ambito descritto dalla nuova norma ed essere recuperate soltanto attraverso il ricorso a diverse fattispecie incriminatrici, applicabili solo attraverso complessi percorsi ermeneutici.
In effetti, la nuova fattispecie richiede, ai fini della consumazione, che la costrizione della vittima si realizzi mediante la commissione – o la minaccia di commissione – delle condotte tipizzate dagli artt. 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quater* e 635-*quinquies* Cp.
Ne consegue che l'ambito applicativo dell'incriminazione risulta definito in riferimento a un catalogo determinato di modalità operative, la cui perdurante adeguatezza dipende inevitabilmente connessa dallo stato delle tecnologie e delle strategie criminali considerate dal legislatore al momento dell'intervento normativo. In altri termini, non si può escludere che l'evoluzione tecnologica o l'elaborazione di nuove modalità di aggressione consenta, in futuro, la realizzazione di forme di costrizione patrimoniale in ambiente digitale non riconducibili alle condotte espressamente richiamate dalla disposizione.
Ecco allora che la tipizzazione autonoma adottata con il nuovo terzo comma dell'art. 629 Cp appare meno flessibile rispetto all'impianto previgente, ove il delitto di estorsione – in concorso o in regime di assorbimento con altre figure di reato – consentiva un adattamento migliore in relazione a mutevoli strategie criminali[136].

5.3. L'estorsione informatica solleva diversi interrogativi di coerenza con i principi di sussidiarietà e di necessarietà, nonché con il canone di proporzionalità[137].

---

[135] Sulla descrizione di queste modalità estorsive si rinvia al § 3 del presente contributo.
[136] In tale prospettiva, si segnala come parte della dottrina abbia proposto di valorizzare una funzione regolativa del *ne bis in idem* sostanziale, inteso quale criterio capace di ricondurre ad unità ipotesi di tipicità plurima e di evitare duplicazioni punitive rispetto a uno stesso fatto concreto, attraverso una lettura sistematica e costituzionalmente orientata dell'art. 15 c.p. così da offrire una chiave di lettura idonea a governare, in termini di ragionevolezza e proporzione, le interferenze applicative tra fattispecie incriminatrici (A. Vallini, *Concorso di norme e di reati – Concorso apparente di norme: lo stato dell'arte, in Cassazione, nell'anno trascorso, in GI 4/2025, 873).*
[137] L'analisi della scelta di criminalizzazione effettuata dal legislatore con specifico riguardo all'estorsione informatica è stata condotta secondo la scansione logico-valutativa dei principi di sussidiarietà, necessarietà e proporzionalità proposta da Paliero, che impone di verificare, in sequenza, la legittimità, l'indispensabilità e l'equilibrio della scelta punitiva rispetto ai beni giuridici effettivamente coinvolti (C.E. Paliero, *I caratteri generali del diritto penale*, in *Il sistema penale*, a cura di C.E. Paliero, Torino 2024, 52 ss.).

Sotto il primo profilo, la scelta di introdurre un'autonoma figura di reato appare difficilmente giustificabile, ove si consideri che le condotte di *ransomware* risultavano già integralmente sussumibili nell'art. 629 Cp, eventualmente in concorso con i delitti di accesso abusivo o danneggiamento informatico. Detto altrimenti, non sembra che la nuova fattispecie abbia apportato un'estensione della tutela penale a classi di fatti che, prima di allora, ne erano sfornite[138], ma sembra piuttosto rispondere a esigenze di rafforzamento del consenso sociale in chiave politica[139].

A ben vedere, l'ordinamento disponeva di strumenti repressivi già sufficientemente adeguati a fronteggiare il *ransomware*.

Il nodo problematico, semmai, risiedeva – e questo aspetto non è cambiato in seguito all'intervento legislativo – nelle difficoltà di accertamento giudiziale delle *cyber*-estorsioni. Difficoltà che, come si è osservato nel paragrafo precedente[140], derivano principalmente dalla riluttanza delle vittime a denunciare, dal carattere transnazionale e tecnicamente sofisticato degli attacchi, nonché dalla volatilità delle tracce digitali.

Si tratta, dunque, di criticità di ordine investigativo e probatorio, più che di problemi legati alla qualificazione giuridica del fenomeno.

Ne deriva una possibile tensione con la logica di residualità e di gradualità che informa il principio di sussidiarietà[141], dal momento che il legislatore sembra aver optato per l'uso del "mezzo più gravoso", senza aver previamente verificato la tenuta e l'efficacia degli strumenti già disponibili.

Anche alla luce del principio di necessarietà[142], la scelta incriminatrice appare carente di comprovata indispensabilità: non vi è evidenza empirica che il sistema penale nel suo precedente assetto fosse incapace di offrire una risposta adeguata al fenomeno, né che l'aggiunta di una nuova fattispecie fosse l'unico rimedio possibile. Il legislatore sembra così essersi sottratto a tale verifica, senza che risulti sufficientemente argomentata la reale necessità di ricorrere all'introduzione di un nuovo e autonomo reato[143].

---

[138] Si potrebbe persino affermare che l'estorsione informatica sia qualificabile come «fattispecie-doppione», ossia una fattispecie che, sebbene ostentata come «imprescindibile» dal legislatore, si limita in realtà a intervenire su un ambito già integralmente presidiato da disposizioni preesistenti, senza introdurre elementi di reale novità sul piano della tipicità o dell'offensività. In tale prospettiva, l'intervento normativo finisce per sovrapporsi a schemi già consolidati, senza determinare un effettivo incremento della tutela penale, risolvendosi in una mera manifestazione simbolica (S. Bonini, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli 2018, 109 ss.).

[139] L'utilizzo del diritto penale da parte del legislatore in funzione di governo dei fenomeni sociali non costituisce affatto una novità, potendosi ormai considerare un tratto stabilizzato della politica criminale degli ultimi decenni; in tale prospettiva, assume particolare rilievo la ricerca sulla produzione normativa condotta da Cornelli e Rossi, volta a individuare gli interventi legislativi incidenti sull'area della "punitività", tanto in senso ampliativo, mediante l'incremento dell'afflittività del sistema, quanto in senso restrittivo. Dall'indagine emerge con chiarezza come, nell'attuale panorama nazionale, «si assiste […] a una tendenza sempre più marcata all'utilizzo della legislazione penale e della sicurezza come strumento di governo di fenomeni sociali eterogenei, spesso privi di una reale matrice penalmente rilevante», tendenza che, negli ultimi trent'anni, si è tradotta anche in un progressivo aumento delle fattispecie incriminatrici, frequentemente intervenute su ambiti già presidiati da tutela penale, piuttosto che su aree originariamente prive di rilevanza penalistica (R. Cornelli, L. Silvana Rossi, *La deriva punitiva della politica criminale in Italia. Analisi empirica della legislazione penale e della sicurezza degli ultimi trent'anni*, in *DPenCont* 3/2025, 89-115).

[140] Si rinvia all'analisi delle possibili cause che hanno determinato la mancanza di casistica giurisprudenziale in relazione a questo fenomeno criminale svolta nel § 4.2. del presente contributo.

[141] Sulla diade di significati di "residualità" e "gradualità" attribuibili al termine "sussidiarietà" si veda C.E. Paliero, *op. cit.*, 53.

[142] Più in generale, sul principio di necessità ovvero di necessarietà si rinvia a C.E. Paliero, *op. cit.*, 54-55.

[143] Come si è visto all'inizio del § 5, anche dalla relazione illustrativa al disegno di legge da cui è scaturita la legge n. 90/2024, si ricavano pochissimi elementi di giustificazione della scelta legislativa, nessuno dei quali consente

A completamento dell'analisi della scelta di criminalizzazione, occorre ora verificare la compatibilità della nuova incriminazione con il principio di proporzionalità, che – secondo autorevole dottrina[144] – non solo misura la congruità della risposta sanzionatoria rispetto all'offesa arrecata, ma svolge anche una funzione di contro-prova, idonea a testare la correttezza delle valutazioni operate nei passaggi precedenti di sussidiarietà e necessarietà.
Già da una prima lettura, ci si avvede della particolare gravità del trattamento sanzionatorio, soprattutto se paragonato con quello dell'estorsione classica. Tralasciando i profili connessi alla comminatoria della pena pecuniaria, il delitto di estorsione tradizionale è infatti punito con la pena della reclusione da cinque a dieci anni nella sua versione base e da sette a venti anni nell'ipotesi aggravata qualora concorrano talune circostanze previste dal terzo comma dell'art. 628 Cp. Per l'estorsione informatica, invece, è prevista la pena della reclusione da sei a dodici anni nell'ipotesi base e da otto a ventidue anni per quella aggravata «se concorre taluna delle circostanze indicate nel terzo comma dell'articolo 628 nonché nel caso in cui il fatto sia commesso nei confronti di persona incapace per età o per infermità».
Va subito evidenziato come per entrambi i reati si tratti di un trattamento sanzionatorio particolarmente severo, il che potrebbe essere astrattamente giustificato dalla necessità di approntare una forte tutela a fenomeni che suscitano un grave allarme sociale. Tuttavia, desta perplessità la scelta del legislatore di prevedere una cornice edittale più elevata per l'estorsione informatica rispetto a quella classica.
In realtà, questa scelta di politica criminale non dovrebbe sorprendere, in quanto si inserisce in una tendenza ormai consolidata del legislatore penale degli ultimi anni, incline a introdurre nuove figure di reato accompagnandole da una pena elevata di natura "prevalentemente" simbolica[145].
In tale prospettiva, sorgono dubbi in ordine alla compatibilità costituzionale dell'estorsione informatica con il principio di proporzionalità[146], posto che il disvalore effettivo delle condotte

di cogliere le ragioni sottese all'opzione per un'autonoma fattispecie incriminatrice.
[144] C.E. Paliero, *op. cit.*, 56.
[145] Tale approccio, lungi dal garantire un più efficace contrasto al fenomeno, si pone nella medesima scia delle riforme – in materia penale – degli ultimi anni. Si rischia così di incorrere nell'ennesima deriva populista che indebolisce ulteriormente la funzione garantista dell'ordinamento: il diritto penale verrebbe così utilizzato come mero strumento di consenso politico più che di effettiva tutela dei beni giuridici, con l'effetto di accrescere la disfunzionalità del sistema e di comprimere le libertà fondamentali. Più in generale, un diritto penale di matrice simbolica genera inflazione normativa, disorientamento interpretativo e perdita di proporzione nella risposta sanzionatoria; moltiplicando le incriminazioni e irrigidendo le pene, esso finisce per saturare il sistema repressivo, indebolire la selettività del diritto penale e spostare l'attenzione dalla prevenzione effettiva alla mera rappresentazione politica della sicurezza (R. Bartoli, *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, in *Jus* 1/2024). Tra gli altri Autori che di recente si sono confrontati con il tema, tornato al centro della riflessione penalistica soprattutto con l. 2.12.2025 n. 181, che ha introdotto il reato di femminicidio, e con il d.l. 11.4.2025 n. 48, convertito nella l. 9.6.2025 n. 80 (c.d. decreto sicurezza), vi sono coloro che hanno evidenziato, in particolare, come il crescente ricorso al diritto penale – in aperto contrasto con il principio di *extrema ratio* – tenda a configurarsi quale strumento privilegiato di governo dei fenomeni sociali per l'acquisizione di consenso in chiave politico-elettorale (G.L. Gatta, *Il pacchetto sicurezza e gli insegnamenti, dimenticati, di Cesare Beccaria*, in *www.sistemapenale.it*, 7.11.2024; G. Fiandaca, *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in *www.sistemapenale.it*, 22.3.2025; A. Puggiotto, *La mimosa all'occhiello del populismo penale (prima parte)*, in *www.sistemapenale.it*, 2.4.2025; A. Puggiotto, *Il virus panpenalista: vaccini e rimedi cercansi (seconda parte)*, in *www.sistemapenale.it*, 11.4.2025; G. Balbi, *Il "decreto sicurezza" e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, *LP* 3.1/2025, 28-64; R. Cornelli, L.S. Rossi, *op. cit.*, 89 ss.). Perfettamente rappresentativa di questa tendenza è la celebre espressione «governing through crime» elaborata da Simon (J. Simon, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford 2007).
[146] Secondo una parte della dottrina, che fonda la propria ricostruzione sulla distinzione tra norma di condotta e norma sanzionatoria, il giudizio di proporzionalità in ambito penale si articolerebbe in più fasi, in ragione della

di *cyber*-estorsione non appare, di per sé, necessariamente superiore a quello delle tradizionali forme di estorsione "reale"[147], soprattutto se considerato in relazione alla tipologia di beni giuridici tutelati.

Al fine di verificare la proporzionalità della scelta sanzionatoria – o meglio, la sua non «manifesta sproporzionalità»[148] – occorre dunque effettuare un duplice controllo. In primo luogo, è necessario valutare la presenza di eventuali «aporie all'interno del sistema»[149] penale attraverso un'analisi 'comparativa' tra il delitto di estorsione informatica ed altri reati già esistenti[150], volta a stabilire se, a parità di gravità, il legislatore abbia previsto un trattamento sanzionatorio 'omogeneo' ovvero se, in presenza di un diverso disvalore, siano state comminate pene quantitativamente (o qualitativamente) diverse. In un secondo momento, invece, si dovrà vagliare «il rapporto diretto tra il singolo reato e la pena da esso prevista, soppesando le sofferenze provocate dalla pena al condannato e l'entità del danno (o del pericolo) provocato dal reato stesso agli interessi tutelati dall'incriminazione»[151], tendendo in

scindibilità di ciascuna fattispecie incriminatrice in due distinte norme: da un lato, la «norma sostanziale» che enuncia il divieto o l'obbligo cui il consociato è tenuto a conformarsi; dall'altro, la «norma formale» che legittima l'intervento punitivo, autorizzando gli organi statali a ricollegare una sanzione alla violazione di quel precetto. In tale prospettiva, il controllo di proporzionalità potrebbe suddividere in tre distinti giudizi: un primo, riferito alla norma di condotta, e due ulteriori, più direttamente inerenti alla dimensione sanzionatoria. In particolare, occorrerebbe verificare, in via preliminare, la proporzionalità del divieto o dell'obbligo rispetto agli eventuali diritti fondamentali incisi; successivamente, la legittimità della scelta di ricorrere allo strumento penale per la repressione della condotta; infine, la proporzionalità in senso stretto della pena prevista, ossia la congruità della cornice edittale rispetto al disvalore del fatto (N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino 2020, 122-123). Muovendo da tali premesse, e fermo quanto già osservato in ordine ai principi di sussidiarietà e necessarietà, nel caso di specie il profilo più problematico sembra riguardare principalmente la dimensione sanzionatoria: ci si trova, infatti, di fronte a una norma di condotta di per sé legittima e a un impiego non irragionevole della sanzione penale quale strumento di tutela, sicché i profili di maggiore tensione con il principio di proporzionalità riguarderebbero non l'*an* della scelta di criminalizzazione, bensì il *quantum* della pena comminata (N. Recchia, *op. cit.*, 231 ss.).

[147] In questo specifico caso, l'aggettivo "reale" deve essere inteso unicamente nel suo significato di opposto a "virtuale" – e dunque come riferito a ciò che si manifesta nella realtà materiale ed empirica – non già nel senso tecnico di "reale" quale azione esercitata mediante violenza sulla *res*.

[148] F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino 2021, 260.

[149] Si parla, a tal riguardo, di «proporzionalità ordinale» (F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 261).

[150] Il delitto di estorsione è già stato oggetto, in passato, di diverse pronunce della Corte costituzionale – tra le quali si ricordano, in particolare, C. cost. 24.7.1995 n. 368, in *GCos* 1997, 6, 4040, e C. cost. 30.12.1997 n. 460 e, da ultimo, C. Cost. 15.6.2023 n. 120 – le quali si collocano lungo la scia di un orientamento ormai consolidato, caratterizzato da un atteggiamento di marcato *self-restraint* nel sindacato sul trattamento sanzionatorio. In tale prospettiva, la Corte ha costantemente affermato di riservarsi l'intervento soltanto in presenza di scelte legislative connotate da manifesta irrazionalità o irragionevolezza. La Consulta, infatti, nel ribadire che la determinazione della pena rientra nell'ambito della discrezionalità del legislatore, ha più volte chiarito come il controllo di costituzionalità sul trattamento sanzionatorio possa essere esercitato esclusivamente sotto il profilo della manifesta irragionevolezza (*ex multis* C. cost. 12.7.2021 n. 150; C. cost. 23.3.2012 n. 68; C. cost. 23.11.2006 n. 394). In questa cornice, l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale presuppone l'individuazione, all'interno del sistema penale, di una norma strutturalmente analoga – il c.d. *tertium comparationis* – che, a fronte di una fattispecie comparabile, preveda un trattamento sanzionatorio conforme ai canoni di ragionevolezza, così da rendere evidente la sproporzione della disciplina oggetto di scrutinio. Per approfondimento sul tema si rinvia a F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e di diritto costituzionale*, cit., *passim*; V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *GCos* 2016, 2105; E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *RIDPP* 4/2016, 1956-1974; R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in *DPenCont* 2/2019, 139 ss.; R. Bartoli, *Costituzionalismo e trasformazioni del diritto penale*, in *DPP* 6/2021, 705.

[151] Si parla, a questo proposito, di «proporzionalità cardinale» (F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, cit., 266).

debita considerazione anche le nuove circostanze attenuanti introdotte sempre dalla l. 90/2024 nel corpo dell'art. 639-*ter* Cp.
Per quanto concerne valutazione 'comparativa', si è scelto di utilizzare quale *tertium comparationis*[152] il delitto di estorsione classica in quanto, come si è già visto nei precedenti paragrafi, presenta una struttura in larga parte sovrapponibile a quello in esame.
Il giudizio comparativo qui svolto presuppone la determinazione della gravità relativa delle fattispecie poste a confronto, valutazione che, in quanto intrinsecamente valoriale, può essere condotta attraverso l'analisi dei beni giuridici tutelati, quali emergono dalla struttura stessa delle norme incriminatrici. A questo proposito, si ritiene che i reati in esame – estorsione classica ed estorsione informatica – tutelano beni giuridici tra loro parzialmente diversi.
La dottrina prevalente[153] qualifica l'estorsione tradizionale come un delitto plurioffensivo posto a presidio della libertà di autodeterminazione e del patrimonio. Nello specifico, ritiene «tutelato il patrimonio attraverso la tutela della libertà personale», dove «il danno al patrimonio passa attraverso l'offesa alla libertà di autodeterminazione mediante condotte costrittive»[154].
Un elemento centrale della fattispecie, su cui è opportuno concentrare l'attenzione, è rappresentato dalla «violenza» e, in particolare, nella sua declinazione di «violenza sulla persona». Infatti, secondo autorevole dottrina[155] in tutti i reati che prevedono come modalità comportamentale l'elemento della «violenza» nella sua accezione di aggressione alla persona «il disvalore della condotta viene a radicarsi in un'offesa di interessi primariamente individuali […] genericamente individuabili nella dimensione corporea della persona […] distinti e ulteriori rispetto all'autodeterminazione individuale – nella cui lesione si radica il peculiare disvalore d'evento dei reati che presuppongono […] l'avvenuta 'costrizione' della vittima»[156].
In tale ottica, si prospetterebbe un progressivo distacco concettuale tra la nozione di «violenza» e quella di «coazione», tale da consentire di attribuire alla prima un'autonoma valenza offensiva, distinta rispetto all'aggressione alla libertà di autodeterminazione che connota la seconda[157]. In altri termini, nei reati come l'estorsione classica, in cui la «violenza» figura tra gli elementi qualificanti la condotta, la tutela non si esaurirebbe nella salvaguardia della libertà di autodeterminazione, ma si estenderebbe, seppure in via mediata, ai beni della vita e dell'integrità fisica, vale a dire a quegli interessi che attengono più direttamente alla dimensione corporea della persona[158]. Ecco allora che, nell'estorsione tradizionale, accanto alla libertà di autodeterminazione ed al patrimonio si affiancherebbero due ulteriori beni giuridici

[152] In ordine all'individuazione del *tertium comparationis* cui ancorare la determinazione di una cornice edittale sostitutiva di quella dichiarata costituzionalmente illegittima, sembra registrarsi, nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale, un significativo mutamento di prospettiva. La Corte pare infatti aver progressivamente abbandonato il tradizionale riferimento al paradigma delle c.d. "rime obbligate" – inteso quale necessaria esistenza, nell'ordinamento, di un'unica soluzione normativamente predeterminata per l'intervento sostitutivo – per approdare a un modello più flessibile, che ammette la possibilità di selezionare, tra più opzioni disponibili, quella ritenuta maggiormente aderente al dettato costituzionale (*ex multis*, C. Cost., 10 novembre 2016, n. 236). Sul punto si veda la ricostruzione del dibattito dottrinale svolta da N. Recchia, *op. cit.*, 236 ss.
[153] F. Antolisei, *op. cit.*, 380 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 183 ss.; R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 393; C. Baccaredda Boy, S. Lalomia, *I delitti contro il patrimonio mediante violenza*, in *Trattato di diritto penale parte speciale*, diretto da G. Marinucci, E. Dolcini, vol. VIII, Padova 2010, 497-499; A. Laurino, *L'estorsione*, in *Reati contro il patrimonio*, a cura di C. Piergallini, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero, Torino 2022, 131-132.
[154] F. Antolisei, *op. cit.*, 380 ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 183 ss.; R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 393.
[155] F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, Milano 2002, 257.
[156] F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, cit., 257.
[157] F. Viganò, *La tutela penale della libertà individuale. L'offesa mediante violenza*, cit., 258.
[158] Un esempio di «violenza sulla persona» è rappresentato dall'ipotesi in cui l'autore del reato sferri uno schiaffo in volto al soggetto passivo per costringerlo a consegnare una somma di denaro (T. Pescara 8.7.2024 n. 1217).

ossia l'integrità fisica e la vita, quest'ultima intesa come espressione estrema dell'offesa alla prima.
Prima facie, si potrebbe essere indotti a ritenere che, attesa la notevole somiglianza strutturale tra i due delitti in esame, l'estorsione informatica tuteli i medesimi beni giuridici di quella tradizionale.
Tuttavia, la conclusione non pare così scontata.
Il terzo comma dell'art. 629 Cp, con specifico riguardo alla condotta, prevede che la coazione debba necessariamente avvenire «mediante le condotte di cui agli articoli 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quater* e 635-*quinquies* ovvero con la minaccia di compierle», difettando quindi dell'elemento della «violenza».
Non v'è dubbio che il nuovo delitto, richiamando le condotte tipizzate negli artt. 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quater* e 635-*quinquies*, preveda una serie di modalità costrittive le quali, almeno nella loro dimensione tangibile e ultima, si concretano unicamente in una forma di violenza reale (le conseguenze dell'attacco a un sistema informatico, descritte nei paragrafi che precedono). Ciò nonostante, l'assenza del requisito della «violenza» non consente di includere entro il perimetro della fattispecie anche le ipotesi «violenza sulla persona» che, invece, caratterizza l'estorsione classica la quale, come si già anticipato, si può consumare attraverso «violenza o minaccia» dirette sia ad una *res*, che a una o più persone: è per questo che, nel delitto di estorsione inteso nella sua accezione classica, entrano solitamente in gioco anche i beni giuridici dell'integrità fisica del soggetto coartato ovvero di un terzo a lui legato.
Da tali considerazioni discende che l'estorsione informatica, pur condividendo con l'estorsione tradizionale la tutela della libertà di autodeterminazione e del patrimonio, non si estende alla protezione di beni giuridici ulteriori e fondamentali quali l'integrità fisica e la vita.
Per altro verso, il richiamo agli artt. 615-*ter*, 617-*quater*, 617-*sexies*, 635-*bis*, 635-*quater* e 635-*quinquies* potrebbe consentire di sostenere che il nuovo delitto tuteli anche di beni giuridici quali la "libertà delle comunicazioni" e la "riservatezza e la sicurezza informatica"[159]: beni che al contrario sfuggono dalla copertura dell'estorsione tradizionale.
I descritti profili di divergenza tra i beni giuridici tutelati dalle due fattispecie non paiono del tutto idonei a giustificare il ricorso a un trattamento sanzionatorio più severo per le *cyber*-estorsioni[160]. Ciò in quanto, almeno nell'originario assetto assiologico del codice penale, i beni integrità fisica e vita occupavano una posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto a beni quali la riservatezza e la sicurezza informatica, in quanto attenevano in via immediata e diretta alla tutela della persona nella sua dimensione corporea ed esistenziale, costituendo il presupposto stesso per l'esercizio e la 'fruizione' di ogni altro bene giuridico[161]. Naturalmente,

[159] Sull'esigenza di un ripensamento del diritto penale, volto a riconoscere autonoma rilevanza a beni giuridici quali la "sicurezza informatica" e la "riservatezza informatica", si veda L. Picotti, *Cybercrime e diritto penale*, in *Diritto penale dell'informatica. Reati della rete e sulla rete*, a cura di C. Parodi, V. Sellaroli, Milano 2020, 716 ss.
[160] Sul punto è stato recentemente osservato come le principali criticità suscitate dall'introduzione dell'estorsione informatica avrebbero proprio inciso sui rapporti con l'ipotesi di cui al primo comma dell'art. 629 Cp (R.M. Vadalà, *La fattispecie penale tra economia digitale e diritto europeo*, Torino 2025, 45).
[161] In tal senso, è noto come l'impianto originario del codice penale del 1930 fosse sorretto da una visione antropocentrica e personalistica della tutela penale, nella quale i delitti contro la vita e l'integrità fisica occupavano una posizione assiologicamente centrale, in quanto direttamente incidenti sull'esistenza corporea ed esistenziale della persona, presupposto indefettibile per l'esercizio di ogni altro diritto. La collocazione topografica dei delitti contro la persona all'interno della parte speciale rifletteva, in questa prospettiva, una precisa gerarchia dei valori protetti, fondata sull'idea che la persona costituisse il destinatario esclusivo e primario della protezione penale, mentre la tutela di interessi diversi – pur rilevanti – si atteggiava in termini derivati o strumentali rispetto a quella dei beni vitali. Solo in epoca successiva, e sotto la spinta di trasformazioni culturali e normative, tale assetto

ciò era tanto più vero se si considera che, al momento della codificazione, beni quali la riservatezza, la sicurezza informatica o la libertà delle comunicazioni – nella fisionomia oggi assunta e nella centralità che l'ordinamento contemporaneo tende a riconoscere loro – erano sostanzialmente estranei all'orizzonte storico e culturale del legislatore, poiché presuppongono un contesto tecnologico e sociale formatosi solo in epoca recente. Ne discende che l'originario sistema di valori sotteso al codice non poteva che riflettere una gerarchia assiologica incentrata sui beni "classici" della persona, sicché la sola emersione (oggi) di interessi legati alla dimensione digitale non appare, di per sé, sufficiente a ribaltare quella scala di priorità fino a legittimare un inasprimento sanzionatorio rispetto alla figura tradizionale.

Chiarito il diverso perimetro dei beni giuridici tutelati dalle due fattispecie, l'analisi non può arrestarsi sul piano comparativo tra figure di reato. È opportuno, infatti, spostare l'attenzione sul rapporto diretto tra il singolo reato e la pena ad esso comminata, verificando se il trattamento sanzionatorio previsto per l'estorsione informatica risulti proporzionato alla concreta entità del disvalore espresso dalla fattispecie, avuto riguardo, da un lato, alla sofferenza imposta al condannato e, dall'altro, al danno (o al pericolo) arrecato ai beni tutelati dall'incriminazione[162].

Anche sotto questo ulteriore profilo, tuttavia, la scelta sanzionatoria non sembra trovare una convincente giustificazione[163]. La pena prevista per l'estorsione informatica appare, infatti, particolarmente incisiva sul piano afflittivo, pur a fronte di condotte che, nella loro dimensione tipica, si traducono in una coazione mediata e impersonale, priva di contatto diretto con la vittima e, soprattutto, sganciata da forme di aggressione alla sfera corporea o all'incolumità individuale. È ben vero che il fenomeno del *ransomware* presenta tratti estremamente eterogenei e che non possono escludersi ipotesi di particolare gravità – si pensi, ad esempio, agli attacchi diretti contro infrastrutture critiche o servizi essenziali – nelle quali l'impatto dell'offesa può assumere una dimensione sistemica tale da rendere comprensibile l'esigenza di una risposta sanzionatoria particolarmente severa. Tuttavia, tali scenari sembrano collocarsi su un piano qualitativamente e quantitativamente distinto rispetto alla generalità dei casi, nei quali l'offesa, pur certamente significativa sul versante patrimoniale e funzionale, non raggiunge livelli tali da giustificare, in via ordinaria, un trattamento punitivo così elevato.

Né va trascurato che l'ordinamento già dispone di strumenti idonei a intercettare e reprimere le ipotesi in cui l'attacco informatico assuma connotazioni ulteriori e più gravi: si pensi, ad esempio, alle fattispecie associative o di terrorismo, qualora l'azione sia riconducibile a gruppi organizzati o persegua finalità eversive, ovvero alle incriminazioni poste a tutela della pubblica amministrazione e della continuità dei servizi pubblici, nelle ipotesi in cui l'offesa si rivolga a

---

assiologico ha conosciuto progressive tensioni e ridefinizioni, che tuttavia non consentono di obliterare il significato sistematico originariamente attribuito ai beni della vita e dell'integrità fisica nel disegno codicistico (R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 3-8).

[162] Ossia cercando di effettuare un controllo di proporzionalità della pena «in senso cardinale» F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e di diritto costituzionale*, cit., 266 ss.

[163] A tale proposito, Bartoli, evidenziando come nell'ipotesi in cui «concorre taluna delle circostanze aggravanti indicate nel terzo comma dell'art. 628 nonché nel caso in cui il fatto sia commesso nei confronti di persona incapace per età o per infermità» il massimo edittale sarebbe superiore al minimo edittale previsto per l'omicidio volontario, parla di «assoluta irragionevolezza» del trattamento sanzionatorio previsto per l'estorsione informatica (R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 402). In termini meno netti rispetto alla posizione espressa da Bartoli, ma comunque orientati in senso critico, si colloca Fiorinelli, la quale evidenzia come «risulta tutt'altro che certo che al ricorso a un "mezzo informatico" corrisponda un maggior disvalore rispetto all'impiego di *violenza* o *minaccia* e che, dunque, l'estorsione *informatica* sia di per sé e in ogni caso *più grave* rispetto all'estorsione "comune", nella quale le modalità della condotta possono attingere anche l'integrità fisica della persona» (G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, cit., 222).

soggetti pubblici o determini l'interruzione di pubblico servizio. In tali casi, l'applicazione delle regole sul concorso di reati consente già di pervenire a esiti sanzionatori di estrema severità, senza che risulti necessario appesantire in via generalizzata la cornice edittale della fattispecie base di estorsione informatica. La sofferenza imposta al condannato dall'applicazione di una pena così elevata non sembra dunque trovare un corrispondente riscontro nella qualità e nell'intensità dell'offesa arrecata, che, sebbene potenzialmente rilevante sul piano patrimoniale, si colloca ordinariamente su un livello di disvalore diverso rispetto a quello proprio delle estorsioni caratterizzate dall'impiego di violenza sulla persona.
Neppure la considerazione dell'entità del danno prodotto pare consentire di colmare tale delta: è vero che gli attacchi *ransomware* possono determinare conseguenze economiche rilevanti e, in taluni contesti, incidere sull'operatività di servizi essenziali; tuttavia, la struttura della fattispecie non richiede, ai fini della consumazione, la produzione di un danno di eccezionale gravità, né pone in risalto situazioni di particolare vulnerabilità della vittima. La previsione di un trattamento sanzionatorio così elevato finisce per prescindere dalla concreta intensità dell'offesa, affidando l'eventuale riequilibrio a meccanismi correttivi successivi, quali le attenuanti, che operano solo *ex post* e in via eventuale.
In questa prospettiva, il rapporto tra pena ed offesa sembra risultare sbilanciato: la risposta punitiva appare costruita secondo una logica prevalentemente simbolico-deterrente, più che come esito di una ponderazione effettiva tra il sacrificio imposto al reo e il disvalore della condotta incriminata. Ne deriva che, anche sotto il profilo del rapporto diretto tra reato e pena, l'estorsione informatica solleva seri interrogativi sulla compatibilità con il principio di proporzionalità, inteso quale esigenza di adeguamento della sanzione alla reale gravità del fatto.
Ciò detto, è pur vero che, a fronte di un quadro sanzionatorio così aspro, il legislatore – come si è già anticipato – ha introdotto l'art. 639-*ter* Cp, prevedendo due circostanze attenuanti speciali. Nello specifico, tale disposizione prevede che «[l]e pene comminate per i delitti di cui agli articoli 629, terzo comma, 635-*ter*, 635-*quater* e 635-*quinquies* sono diminuite quando, per la natura, la specie, i mezzi, le modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la particolare tenuità del danno o del pericolo, il fatto risulti di lieve entità» mentre, al secondo comma, è previsto che «[l]e pene comminate per i delitti di cui al primo comma sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova o nel recupero dei proventi dei delitti o degli strumenti utilizzati per la commissione degli stessi».
A questo proposito, occorre distinguere la diversa natura delle due circostanze attenuanti introdotte dall'art. 639-*ter* Cp. La previsione di cui al primo comma integra una circostanza attenuante speciale ad effetto comune, destinata a operare nei casi in cui il fatto, avuto riguardo alle modalità dell'azione ovvero alla particolare tenuità del danno o del pericolo, risulti di lieve entità. Diversamente, la circostanza prevista dal secondo comma – comportando una diminuzione di pena dalla metà a due terzi – assume la fisionomia di un'attenuante ad effetto speciale, chiaramente orientata a valorizzare la collaborazione dei concorrenti nel reato, sia sul piano dell'interruzione delle conseguenze dannose, sia su quello dell'accertamento dei fatti e del recupero dei proventi o degli strumenti del delitto[164].

[164] Quest'ultima circostanza appare modellata sulla disciplina dettata in materia di sequestro di persona a scopo di estorsione dall'art. 630 c.p., e segnatamente sulla circostanza attenuante ad effetto speciale della c.d. "dissociazione", originariamente introdotta dall'art. 6 l. 14 ottobre 1974, n. 497. La somiglianza tra le due previsioni emerge in particolare con riguardo alla valorizzazione del comportamento successivo dell'agente, cui viene riconosciuta una funzione attenuante in ragione del contributo fornito alla cessazione o alla limitazione delle conseguenze del reato; nondimeno, esse si collocano entro contesti criminologici profondamente eterogenei (C.

Sotto questo profilo, la seconda attenuante appare astrattamente coerente con una razionalità politico-criminale, se si considerano le ben note difficoltà di identificazione degli autori e di accertamento probatorio che connotano i delitti informatici a struttura reticolare e transnazionale. L'incentivazione di condotte collaborative può dunque essere letta come uno strumento funzionale al rafforzamento dell'effettività della risposta punitiva.
Su un piano differente si colloca invece la previsione dell'attenuante di lieve entità di cui al primo comma dell'art. 639-*ter* Cp. Essa sembra infatti porsi in diretta continuità con il percorso tracciato dalla giurisprudenza costituzionale in relazione al delitto di estorsione nella sua configurazione tradizionale. Come noto, la Corte costituzionale, con la sentenza 15.6.2023 n. 120, ha dichiarato parzialmente illegittimo l'art. 629 Cp nella parte in cui non prevedeva una circostanza attenuante per i fatti di lieve entità, ravvisando una violazione del principio di proporzionalità della pena in rapporto alla concreta offensività della condotta[165]. In questa prospettiva, l'introduzione della diminuente di cui all'art. 639-*ter* co. 1 Cp potrebbe essere letta come una scelta di cautela del legislatore, volta a evitare che anche la nuova fattispecie estorsiva – caratterizzata da un impianto edittale particolarmente severo – risultasse esposta a rilievi di illegittimità costituzionale con riferimento alle ipotesi connotate da un disvalore concreto sensibilmente ridotto. Come dimostrato dall'intervento additivo operato dalla Corte costituzionale sull'art. 629 Cp, la mancata previsione di una specifica attenuante per i fatti di lieve entità può infatti impedire un adeguamento della risposta punitiva alla gravità effettiva della condotta, determinando una frizione con il principio di proporzionalità. La previsione di una diminuente espressa sembra dunque assolvere alla funzione di consentire al giudice una modulazione della pena coerente con il disvalore concreto del fatto, riducendo il rischio di un nuovo intervento correttivo del giudice delle leggi.
Ciò nonostante, la previsione delle attenuanti descritte non sembra sufficiente a riequilibrare la sproporzione insita nella cornice edittale di base, poiché entrambe le attenuanti operano solo *ex post*, previo accertamento giudiziale, senza incidere sull'assetto sanzionatorio *ex ante* che il controllo di proporzionalità pretende; a ciò si aggiunga che la loro configurazione in termini di circostanze attenuanti comporta l'assoggettamento al giudizio di bilanciamento *ex* art. 69 c.p.,

Baccaredda Boy, S. Lalomia, *op. cit.*, 669 ss.).

[165] Sul punto va segnalata la nota di Peccioli, la quale prende le mosse dalla constatazione che la Consulta è stata chiamata a riesaminare la proporzionalità del trattamento sanzionatorio dell'estorsione, in assenza di una previsione che consenta di valorizzare, nella fase di commisurazione della pena, i fatti di lieve entità. L'analisi si sviluppa dapprima ricostruendo le questioni sollevate dai giudici rimettenti, incentrate sulla sproporzione del minimo edittale, anche alla luce del raffronto con altre fattispecie, e richiamando i precedenti nei quali la Corte aveva mantenuto un atteggiamento di marcato *self-restraint*, limitando il proprio intervento ai soli casi di manifesta irragionevolezza. Su questo sfondo, l'Autrice evidenzia il mutamento di prospettiva segnato dalla decisione in commento, che si inserisce in una linea evolutiva più recente della giurisprudenza costituzionale. In particolare, la Corte abbandona l'impostazione tradizionale fondata esclusivamente sul confronto con un *tertium comparationis* strutturalmente omogeneo e valorizza invece un sindacato più incisivo, incentrato anche sulla proporzione intrinseca della pena e sulla sua coerenza con la funzione rieducativa. In tale contesto, il *tertium comparationis* non è più un parametro rigido, ma diviene uno strumento flessibile, utilizzato non tanto per fondare il giudizio di illegittimità, quanto per individuare soluzioni sanzionatorie idonee a riequilibrare il sistema. L'esito della pronuncia viene quindi valutato positivamente nella misura in cui introduce una circostanza attenuante per i fatti di lieve entità, consentendo al giudice di calibrare la pena al concreto disvalore della condotta, specie nei casi caratterizzati da modesta offensività. Tale soluzione è letta come funzionale a ristabilire un equilibrio tra severità della cornice edittale e esigenze di individualizzazione della pena. Al tempo stesso, Peccioli sottolinea come la decisione rappresenti un ulteriore passo nel superamento del modello delle cosiddette rime costituzionalmente obbligate, ampliando gli spazi di intervento della Corte anche in assenza di un preciso referente normativo già esistente. Ne deriva un rafforzamento del sindacato di costituzionalità sul trattamento sanzionatorio, con possibili sviluppi ulteriori, tra cui l'estensione di analoghe questioni ad altre fattispecie, come la rapina, caratterizzate da analoghi problemi di rigidità della cornice edittale (A. Peccioli, *La proporzionalità del minimo edittale dell'estorsione: una trasfigurazione del tertium comparationis*, in *DPP* 10/2023, 1323 ss.).

con la conseguenza che, specie nelle ipotesi di *ransomware*, caratterizzate non di rado dalla contestuale presenza di una pluralità di aggravanti, esse rischiano di risultare in concreto neutralizzate, perdendo così ogni effettiva incidenza sul trattamento sanzionatorio.
L'area applicativa della lieve entità, peraltro, sembrerebbe fisiologicamente ristretta negli attacchi *ransomware*, nei quali il pregiudizio sembra essere tutt'altro che bagatellare, mentre l'attenuante premiale per la collaborazione non è realisticamente accessibile in molte ipotesi, anche per la struttura transnazionale e anonima dei gruppi criminali.
Ne consegue che la "contro-prova" di proporzionalità dà esito negativo: il differenziale rispetto al *tertium comparationis* non risulta colmato, né sul piano del disvalore tipico, né su quello dell'intensità dell'offesa. Il rinvio ai meccanismi attenuativi, affidati alla discrezionalità giudiziale, non appare idoneo a colmare tale scarto, poiché sposta sul momento applicativo il riequilibrio di una scelta sanzionatoria che avrebbe dovuto essere operata già in sede di tipizzazione.

5.4. Un ulteriore profilo critico della nuova fattispecie riguarda il rinvio, operato dal secondo periodo del terzo comma dell'art. 629 Cp, alle aggravanti speciali previste per il delitto di rapina, che in questo caso pone questioni non tanto di proporzionalità della risposta sanzionatoria, quanto di coerenza rispetto al loro specifico oggetto applicativo[166].
Il terzo comma dell'art. 628 Cp prevede sette distinte circostanze aggravanti e, segnatamente «1) se la violenza o minaccia è commessa con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite; 2) se la violenza consiste nel porre taluno in stato d'incapacità di volere o di agire; 3) se la violenza o minaccia è posta in essere da persona che fa parte dell'associazione di cui all'articolo 416-*bis*; 3-*bis*) se il fatto è commesso nei luoghi di cui all'articolo 624-*bis* o in luoghi tali da ostacolare la pubblica o privata difesa; 3-*ter*) se il fatto è commesso all'interno di mezzi di pubblico trasporto; 3-*quater*) se il fatto è commesso nei confronti di persona che si trovi nell'atto di fruire ovvero che abbia appena fruito dei servizi di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro; 3-*quinquies*) se il fatto è commesso nei confronti di persona ultrasessantacinquenne».
Come si può agevolmente rilevare, la maggior parte di queste circostanze è strutturalmente radicata nella materialità delle condotte tipiche della rapina[167] e, al contrario, risultano del tutto estranee al contesto digitale[168] e, in particolare, alle estorsioni a mezzo *ransomware*. Si consideri, ad esempio, l'ipotesi della «persona travisata». Il travisamento è un comportamento che presuppone un contatto fisico o visivo tra autore e vittima: l'agente si "travisa" quando altera le proprie sembianze esteriori (con maschere, passamontagna, cappucci, etc.) per impedire di essere riconosciuto, accrescendo al contempo l'efficacia intimidatoria della condotta[169]. È, dunque, una circostanza che presuppone connotazione materiale, legata all'esperienza percettiva della vittima e alla dimensione corporea dell'offesa. Nell'estorsione

[166] Così anche G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, cit., 222-223.
[167] Si pensi, ad esempio, l'uso di armi, l'azione da parte di soggetti travisati, la commissione in luoghi di privata dimora o su mezzi di pubblico trasporto.
[168] Così G. Fiorinelli, *Il ransomware nel DDL Cybersicurezza: dalla fattispecie di estorsione "informatica" al coordinamento tra indagini e incident response*, cit., 35 ss.
[169] Quanto all'ipotesi circostanziale della "persona travisata", la giurisprudenza ha chiarito che deve ritenersi tale colui che occulti, mascheri o alteri i propri tratti, così da rendere impossibile o particolarmente difficoltoso il riconoscimento (Cass. 25.11.1960, *Sarno*, in *GP* 1961, II, 522). La circostanza, inoltre, è connotata da una peculiare efficacia intimidatoria, strettamente connessa alla concreta difficoltà di individuare l'autore della minaccia, di apprezzarne la gravità e, eventualmente, di approntare adeguate forme di difesa (G. Marini, voce *Estorsione*, in *DigDPen.*, IV 1990, 388; D. Brunelli, voce *Rapina*, in *DigDPen.*, XI 1996, 20; A. Mecca, *op. cit.*, 110; G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, 105).

ransomware, invece, l'interazione tra autore e vittima è mediata dal cyberspazio. L'agente può celare la propria identità (attraverso pseudonimi, indirizzi IP occultati, reti criptate o sistemi di pagamento anonimi), ma questo non integra un "travisamento" nel senso penalmente rilevante. Al contrario, si tratta di un mero tentativo di mantenere l'anonimato al fine di non essere riconosciuti e quindi perseguiti. Pertanto, non si produce alcun effetto percettivo e intimidatorio a differenza di quanto accade nel caso in cui si sia – fisicamente – in presenza di un soggetto travisato.
In definitiva, il rinvio alle aggravanti speciali della rapina si rivela, nella gran parte dei casi, intrinsecamente disallineato alla fenomenologia digitale delle estorsioni a mezzo *ransomware*, con il rischio di produrre forzature interpretative o, all'opposto, di non essere sostanzialmente mai applicate. Invero, una lettura costituzionalmente e sistematicamente orientata imporrebbe un'interpretazione restrittiva delle aggravanti ancorate alla materialità dell'azione, riservandone l'operatività ai soli casi in cui il fatto presenti concreti elementi di contiguità con le situazioni tipiche considerate dall'art. 629 co. 3, ovvero, *de jure condendo*, la sostituzione del rinvio con un catalogo calibrato su condotte e pericoli propri dell'ambiente digitale.
Resta infine da esaminare il coordinamento tra la nuova fattispecie e la disciplina della responsabilità degli enti di cui al d. lgs. n. 231/2001. A questo proposito, non può non rilevarsi l'incoerenza della scelta legislativa di inserire il nuovo delitto di estorsione informatica tra i reati-presupposto di cui all'art. 24-*bis* d. lgs. n. 231/2001. Una simile opzione normativa appare difficilmente conciliabile con la realtà criminologica degli attacchi *ransomware*[170], i quali, nella prassi, risultano riconducibili a sodalizi criminali transnazionali, altamente strutturati e privi di un formale radicamento in enti economici organizzati secondo le categorie aziendali destinatarie della disciplina sulla responsabilità da reato degli enti. Se, infatti, il d. lgs. 231/2001 è stato concepito per responsabilizzare le persone giuridiche in relazione a condotte criminose poste in essere nell'interesse o a vantaggio dell'ente, è arduo immaginare che le campagne di *ransomware*, condotte su larga scala e con logiche di criminalità organizzata, possano scaturire da un'impresa formalmente costituita[171]. Neppure i casi-limite che si potrebbero ipotizzare per giustificare l'inclusione della fattispecie nel catalogo dei reati-presupposto risultano, in realtà, convincenti. Si pensi all'ipotesi in cui un soggetto sottoposto o un apicale utilizzi un *ransomware* per colpire il sistema informatico di una società concorrente, pretendendo poi il pagamento di un riscatto per la restituzione dei dati o per il ripristino dell'operatività. Anche una simile costruzione presenta, però, evidenti incongruenze. Da un lato, il vantaggio per l'ente dovrebbe tradursi in un'utilità effettivamente riferibile a quest'ultimo, e non restare confinato nella sfera dell'autore materiale; dall'altro, una condotta del genere sembra piuttosto evocare, a seconda dei casi, ipotesi di danneggiamento o sabotaggio informatico, se non forme di aggressione funzionalmente più vicine alla logica del *denial of service*, ove l'obiettivo immediato sia soprattutto quello di paralizzare l'attività del concorrente. Non meno problematico è il caso in cui il *ransomware* venga impiegato per acquisire informazioni riservate, dati strategici o segreti industriali. In tale scenario, infatti, la componente estorsiva

[170] G. Fiorinelli, *Il ransomware nel DDL Cybersicurezza: dalla fattispecie di estorsione "informatica" al coordinamento tra indagini e incident response*, cit., 35 ss.
[171] Sul punto è opportuno rilevare come sia stato evidenziato in dottrina che, con specifico riguardo ai reati informatici, la responsabilità amministrativa degli enti *ex* d. lgs. 231/2001 storicamente abbia avuto «scarsa applicazione» (L. Picotti, *I delitti informatici previsti dal d.lgs. n. 231/2001*, in *Cybercrime e responsabilità da reato degli enti*, a cura di A. Monti, Milano 2022, 24). Ebbene, tale rilievo pare valere *a fortiori* con riferimento all'estorsione informatica, la quale, come si è già visto, costituisce una fattispecie di per sé peculiare e complessa, costruita sulla combinazione di segmenti offensivi riconducibili a più reati informatici. Proprio questa sua struttura composita rende ancora più arduo immaginare, in concreto, come essa possa trovare un significativo spazio applicativo nell'ambito della responsabilità dell'ente, soprattutto in rapporto ai consueti criteri dell'interesse o vantaggio di cui all'art. 5 d. lgs. 231/2001.

tende a "scolorire", poiché il nucleo offensivo del fatto non risiederebbe tanto nella costrizione patrimoniale della vittima, quanto piuttosto nell'acquisizione abusiva di un patrimonio informativo altrui. Anche qui, dunque, verrebbero più verosimilmente in rilievo altre fattispecie, quali l'accesso abusivo a sistema informatico o telematico, il danneggiamento informatico o le figure poste a tutela del segreto industriale e della concorrenza. Né va dimenticato che, ove il vantaggio perseguito non attribuibile direttamente all'ente, ma all'autore materiale ovvero a un terzo, opererebbe la causa di esclusione di cui all'art. 5 co. 2 d. lgs. 231/2001[172]. Il punto è allora che proprio i casi costruiti per rendere plausibile la scelta legislativa finiscono per metterne in luce la debolezza. Essi mostrano quanto sia difficile immaginare un attacco *ransomware* davvero riconducibile a un ente collettivo operante lecitamente sul mercato e, al tempo stesso, posto in essere nel suo interesse o vantaggio ai sensi del d. lgs. 231/2001.

In questo senso, il collegamento tra la nuova incriminazione e la responsabilità degli enti sembra più frutto dell'ennesima scelta legislativa simbolica, volta a dimostrare l'attenzione al fenomeno, che non di una effettiva valutazione della sua applicabilità concreta[173].

Sulla base dei rilievi sistematici da ultimo svolti, non sembra affatto pacifico che l'introduzione del delitto di estorsione informatica abbia effettivamente risolto i nodi problematici alla base dell'intervento legislativo ma, al contrario, pare che altri ne siano sorti – forse persino più complessi da risolvere.

Inoltre, permane il dubbio se fosse davvero necessario introdurre una nuova fattispecie incriminatrice, posto che – in ossequio al principio di sussidiarietà – l'estorsione "classica" appariva già idonea a ricomprendere il disvalore proprio degli attacchi *ransomware*, sia che operasse in via esclusiva, sia in concorso con altre figure delittuose.

Peraltro, se l'intento del legislatore fosse stato quello di punire più severamente tali condotte, la nuova incriminazione non ha necessariamente raggiunto l'obiettivo. A questo riguardo, occorre distinguere tra due diverse ipotesi: da un lato, nei casi in cui il delitto di estorsione assorbe tutti gli altri reati solo apparentemente concorrenti, la nuova fattispecie consente effettivamente – seppur in misura moderata – di inasprire la risposta sanzionatoria. Dall'altro lato qualora invece si fosse configurato un concorso tra reati, ad esempio tra estorsione ed

---

[172] In proposito, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito come il perseguimento di un interesse esclusivo dell'agente recida il rapporto di immedesimazione organica, con la conseguenza che il fatto commesso, pur traducendosi in un vantaggio per l'ente, non può essere ricondotto alla sua volontà. Si tratterebbe, in altri termini, di un vantaggio meramente "fortuito" e, come tale, non rimproverabile (Cass. 2.10.2006 n. 32626 e Cass. 29.10.2015 n. 43689).

[173] Sebbene non riguardi specificamente l'estorsione informatica e, in particolare, il fenomeno del *ransomware*, l'analisi proposta da Crescioli appare suscettibile di essere estesa anche alla modifica normativa in esame. L'estensione dei reati presupposto della responsabilità degli enti operata dalla l. 90/2024, con riferimento a larga parte dei reati informatici e cibernetici, appare in linea di principio condivisibile, in quanto idonea a rafforzare la tutela penale in un settore connotato da crescente rilevanza. Nondimeno, tale scelta normativa solleva talune perplessità sul piano applicativo. I reati cibernetici, infatti, solo raramente risultano commessi nell'interesse o a vantaggio di enti che esercitano attività economiche lecite, essendo più frequentemente riconducibili a contesti associativi di tipo criminale. È vero che l'ente, ai sensi dell'art. 16 co. 3 d. lgs. 231/2001, può essere stabilmente impiegato quale strumento per la commissione di reati; tuttavia, tali ipotesi non coincidono con le strutture associative tipiche della criminalità organizzata. Non mancano, peraltro, situazioni in cui condotte quali l'accesso abusivo a sistemi informatici o il danneggiamento degli stessi siano poste in essere nell'interesse di imprese concorrenti, ad esempio per acquisire dati sensibili o informazioni strategiche, ma si tratta di evenienze sostanzialmente marginali. Ancora più difficilmente, poi, fattispecie come le frodi informatiche o la falsificazione di strumenti di pagamento diversi dal contante appaiono funzionali all'interesse di un'impresa lecita. In questa prospettiva, risulta condivisibile l'osservazione secondo cui l'inclusione dei reati informatici e cibernetici contro il patrimonio, in senso lato, nel catalogo del d. lgs. 231/2001 non sembra destinata a incidere in modo significativo sulla loro repressione, come indirettamente confermato anche dalla limitata applicazione pratica delle relative disposizioni (C. Crescioli, *op. cit.*, 399-400).

accesso abusivo, l'applicazione delle norme generali in materia di concorso avrebbe potuto condurre a pene ben più elevate di quelle attualmente previste. Ne consegue che il risultato della riforma, lungi dal garantire un rafforzamento uniforme della tutela, appare disomogeneo e non sempre coerente con la *ratio* dichiarata.
La scelta legislativa di tipizzare un reato autonomo sembra dunque assumere un carattere eminentemente simbolico – peraltro in linea con la politica criminale che sta portando avanti l'attuale legislatura[174] –, tanto più se si considera che la giurisprudenza non aveva ancora avuto occasione di consolidare approdi interpretativi in materia.

6. L'analisi che segue è volta a fornire un quadro descrittivo complessivo della fenomenologia degli attacchi *ransomware* e delle relative strategie di contrasto e si pone quale ideale prosecuzione della contestualizzazione sistematica dell'istituto effettuata al termine del precedente paragrafo.
In questa prospettiva, il § 6.1 sarà dedicato al d.d.l. 3.4.2025 n. 1441 (di seguito anche "d.d.l. Basso"), che propone di introdurre un divieto di pagamento del riscatto e specifiche misure contro il modello del *Ransomware as a Service*, mentre il § 6.2 si soffermerà sulla figura del mediatore informatico nelle trattative di *ransomware negotiation*[175], affrontando le delicate implicazioni giuridiche in termini di un suo possibile concorso nel reato di estorsione a fronte delle esigenze operative di gestione dell'incidente.

6.1. È attualmente al vaglio del Senato il disegno di legge n. 1441, presentata dal senatore Lorenzo Basso recante «[d]elega al Governo per la definizione di una strategia nazionale per il contrasto degli attacchi informatici a scopo di estorsione».
Come suggerisce già la rubrica, l'iniziativa legislativa mira a fornire una delega al Governo per rafforzare la resilienza del Paese di fronte agli attacchi *ransomware*, mediante un articolato complesso di misure di prevenzione coordinate. Pertanto, si colloca nella medesima scia della Direttiva NIS II e della l. 90/2024, di cui si è parlato nel paragrafo che precede.
Di particolare interesse sono due punti del disegno di legge: i) l'istituzione di uno specifico divieto di pagamento del riscatto per enti pubblici o soggetti privati inseriti nel Perimetro di Sicurezza Nazionale Cibernetica; ii) l'introduzione di sanzioni specifiche e autonome nei confronti di soggetti che sviluppano, distribuiscono, promuovono o facilitano le piattaforme di *Ransomware as a Service*.
Procedendo con ordine, a mente dell'art. 1 co. 1 lett. *a* del disegno di legge, il Governo dovrebbe introdurre una norma che preveda uno specifico «divieto di pagamento riscatto a seguito delle condotte di cui all'articolo 629, comma 3, del codice penale per i soggetti pubblici e privati di cui all'articolo 1, comma 2-*bis*, del decreto-legge 21 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 novembre 2019, n. 133». Inoltre, «la violazione di tale divieto [comporterebbe] una sanzione amministrativa commisurata alla violazione». Questo divieto sarebbe derogabile unicamente «attraverso una specifica determinazione del

[174] A questo riguardo, senz'altro condivisibili sono le parole di Bartoli il quale afferma che con specifico riguardo al «penale sostanziale e, più precisamente, la configurazione dei reati, anzitutto, si deve mettere in evidenza il vero e proprio profluvio di nuove fattispecie nella sostanza simboliche perché relative a fatti già puniti e frutto prevalentemente della finalità di sbandierare una risposta ad episodi che in definitiva hanno avuto una ribalta *social* o massmediatica» (R. Bartoli, *Sulle recenti riforme in ambito penale tra populismo, garantismo e costituzionalismo*, cit.).
[175] Con l'espressione '*ransomware negotiation'* ci si riferisce al processo attraverso cui la vittima di un attacco *ransomware*, direttamente o tramite intermediari specializzati, interagisce con gli attaccanti al fine di negoziare il pagamento del riscatto.

Presidente del Consiglio dei ministri in presenza di un rischio grave ed imminente per la sicurezza nazionale connesso all'attacco *ransomware*».
Il primo aspetto che viene in rilievo attiene ai soggetti destinatari della sanzione amministrativa. Infatti, la norma non dovrebbe sanzionare tutti i pagamenti di riscatti ma esclusivamente quelli effettuati da specifici soggetti che, a mente dall'art. 1 co. 1 l. 21.9.2019 n. 105, sono individuati negli «enti ed operatori pubblici e privati aventi una sede nel territorio nazionale, da cui dipende l'esercizio di una funzione essenziale dello Stato, ovvero la prestazione di un servizio essenziale per il mantenimento di attività civili, sociali o economiche fondamentali per gli interessi dello Stato», ossia nei soggetti ricompresi entro il perimetro nazionale di sicurezza cibernetica.
Le ragioni che soggiacciono alla disposizione in esame si collocano sul duplice piano della prevenzione del fenomeno estorsivo informatico e del rafforzamento della resilienza degli enti strategici[176]. Sul primo versante, la misura sembra concepita come strumento di contrasto alla logica economico-criminale che alimenta gli attacchi *ransomware*: vietando il pagamento del riscatto, il legislatore sembra voler sottrarre alle organizzazioni criminali la certezza del profitto, minando così la sostenibilità del loro modello imprenditoriale.
Sul secondo versante, altro obbiettivo cui il legislatore sembrava tendere pare essere quello di stimolare un mutamento culturale nella gestione degli incidenti informatici, spingendo i destinatari della sanzione ad adottare, in luogo della mera risposta transattiva, misure strutturali di prevenzione, di ripristino dei dati e di cooperazione istituzionale.
Interessante è la previsione di una espressa possibilità di deroga al divieto di pagamento del riscatto: la stessa lettera *a* del primo comma dell'art. 1 del d.d.l. Basso contempla la possibilità che il Presidente del Consiglio dei ministri, in presenza di un rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale connesso all'attacco informatico, rilasci una specifica autorizzazione per procedere con il pagamento del riscatto. Tale clausola, pur rispondendo all'esigenza di garantire un margine di flessibilità nei casi in cui la rigidità della norma potrebbe compromettere la continuità di servizi essenziali, potrebbe sollevare delicate questioni di interpretative in ordine all'individuazione del perimetro applicativo della nozione di «rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale», al fine di evitare margini eccessivi di discrezionalità nel rilascio del provvedimento autorizzatorio.
Quanto al profilo sanzionatorio, la scelta di optare per una sanzione amministrativa – in luogo di una penale – potrebbe essere coerente con la finalità preventiva del divieto e con l'esigenza di responsabilizzare, sul piano organizzativo, i soggetti inclusi nel perimetro di sicurezza cibernetica nazionale, senza "criminalizzare" le condotte poste in essere nella fase emergenziale. In sede attuativa occorrerà, tuttavia, definire puntualmente gli elementi costitutivi dell'illecito ed il *quantum* della sanzione, se del caso individuando espressamente anche i relativi criteri di commisurazione.

[176] Secondo Fiorinelli la disciplina prospettata sarebbe «coerente con l'impostazione prevalente a livello internazionale» la quale prevede «di tracciare i pagamenti effettuati dagli attaccanti e, comunque, di vietarli ove destinatari della richiesta siano le istituzioni o enti statali» (G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, cit., 240). La disposizione in esame, pertanto, tenderebbe ad attribuire un rilievo immediato e diretto all'interesse e alla sicurezza nazionale nella gestione degli attacchi informatici, muovendo dal presupposto della crescente vulnerabilità del Paese nel contesto geopolitico mondiale e della conseguente esigenza di rafforzarne la resilienza; tale impostazione emergerebbe, in particolare, sia dalla previsione del divieto di pagamento del riscatto, derogabile mediante determinazione del Presidente del Consiglio dei Ministri in presenza di un rischio grave e imminente per la sicurezza nazionale, sia dalla correlata attribuzione al medesimo organo del potere di qualificare un attacco quale minaccia di rilievo nazionale, anche ai fini dell'eventuale attivazione di strumenti di intelligence in funzione di contrasto cibernetico (G. Fiorinelli, *La recente "disciplina penale" del cybercrime tra armonizzazione internazionale e interventi nazionali: convergenze parallele?*, cit., 121).

Tuttavia, l'introduzione di un simile divieto non è esente da possibili implicazioni potenzialmente problematiche.
In primo luogo, un divieto di pagamento dei riscatti potrebbe ridurre l'attrattiva economica degli attacchi, ma non eliminerebbe il rischio di pratiche elusive. Le vittime potrebbero infatti essere indotte a ricorrere a intermediari o consulenti, mascherando i pagamenti come spese di manutenzione o gestione di incidenti informatici, eventualmente frazionandoli per aumentarne la dissimulazione. In tali condizioni, una sanzione amministrativa rischierebbe pertanto di rivelarsi inefficace[177].
In questo senso, vi potrebbe essere il rischio di spingere le vittime verso la clandestinità ossia a non denunciare l'aggressione per paura di trovarsi "intrappolate" in un procedimento amministrativo ovvero giurisdizionale senza poter – al tempo stesso – ripristinare l'operatività del proprio sistema informatico. È così che, apparentemente, per la vittima potrebbe risultare più allettante l'idea di pagare il riscatto in segreto evitando così di essere sanzionata. Ciò determinerebbe una significativa perdita di trasparenza e di conoscenza di un fenomeno, che, come si è visto, è già caratterizzato da un'elevata cifra oscura. Al contrario, si sarebbe potuto valutare il ricorso a strumenti di "segno positivo", quali, ad esempio, l'istituzione di un fondo di solidarietà dedicato alle vittime, potenzialmente idoneo a favorire l'emersione del fenomeno e a sostenere, almeno in parte, la capacità di reazione dei soggetti colpiti[178].

[177] Sul punto si veda G. Corasaniti, *op. cit*.
[178] Non può nondimeno trascurarsi come ogni ipotesi di intervento di questo tipo si collocherebbe entro i limiti, strutturalmente stringenti, della copertura finanziaria, i quali costituiscono un fattore condizionante tanto la configurazione quanto l'effettiva operatività dello strumento. Entro tale cornice, si potrebbe allora ipotizzare l'istituzione di un Fondo destinato alle vittime di attacchi *ransomware*, il quale troverebbe un significativo antecedente nel «Fondo di solidarietà per le vittime di estorsione», istituito con il d.l. 31.12.1991 n. 419 successivamente convertito con modifiche dalla l. 18.2.1992 n. 172. Quest'ultimo, come noto, non si configurava quale meccanismo automatico di ristoro, bensì quale strumento selettivo, fondato su requisiti di accesso a carattere premiale e volto a rafforzare la «capacità di resistenza» delle vittime alle pretese estorsive, tutelandone le attività economiche e, al contempo, riducendo la sfera di influenza della criminalità organizzata attraverso l'incentivazione delle condotte di denuncia (C. Baccaredda Boy, S. Lalomia, *op. cit.*, 506-511; A. Giarda, *Legiferare non basta*, in *Il corriere giuridico* 4/1992, 379; P. Pisa, *Istituito il fondo di solidarietà per le vittime di richieste estorsive*, in *DPP* 3/1999, 283-284). Questo modello, pur maturato in un contesto fenomenologico profondamente diverso, potrebbe offrire spunti utili anche con riferimento agli attacchi *ransomware*, imponendo tuttavia una rimodulazione attenta alla ben maggiore diffusività e serialità di tale forma di aggressione. In questa prospettiva, l'eventuale Fondo potrebbe essere costruito secondo criteri simili a quelli originari, valorizzando, da un lato, la tempestività della denuncia e, dall'altro, l'adozione preventiva di adeguate misure di sicurezza informatica, così da escludere le ipotesi connotate da trascuratezza nella gestione del rischio. Una siffatta impostazione consentirebbe, infatti, di evitare che lo strumento solidaristico si traduca in un incentivo distorto, nella misura in cui l'esistenza di un meccanismo di sostegno pubblico potrebbe incidere sia sui comportamenti delle vittime sia, indirettamente, sulle strategie degli autori degli attacchi. Più precisamente, così come evidenziato nel dibattito in materia di cyberassicurazioni, la disponibilità di risorse destinate a fronteggiare le conseguenze economiche del *ransomware* – specie ove idonee a coprire, anche solo in parte, il costo del riscatto – potrebbe aumentare la probabilità che tale pagamento venga effettuato, attenuandone l'impatto economico immediato per il soggetto colpito (K.D. Logue, A.B. Shniderman, *The Case For Banning (And Mandating) Ransomware Insurance* disponibile all'URL *https://Ssrn.Com/Abstract=3907373*). Al contempo, proprio tale prevedibilità di risorse disponibili potrebbe rendere più conveniente l'attività estorsiva, incidendo tanto sulla selezione dei bersagli quanto sull'entità delle pretese avanzate, secondo una dinamica che tende a riprodurre un circuito cumulativo tra disponibilità di coperture e incremento degli attacchi (K.D. Logue, A.B. Shniderman, *op. cit.*). In questa prospettiva, la previsione di criteri di accesso rigorosamente selettivi si giustificherebbe non solo in funzione di contenimento della spesa, ma anche quale strumento volto a evitare che l'intervento pubblico finisca per produrre effetti analoghi a quelli già riscontrati nel mercato assicurativo, ove la copertura del rischio, pur funzionale alla sua gestione, può al contempo contribuire – se non adeguatamente regolata – al rafforzamento delle condizioni economiche che alimentano il fenomeno criminoso.

In secondo luogo, emerge il problema delle infrastrutture critiche: talune organizzazioni, specie nel settore pubblico o nei comparti strategici, potrebbero non essere in grado di garantire l'operatività senza il pagamento del riscatto. Lo scenario ora descritto rischia di porre in tensione l'esigenza di tutela legale con quella, non meno rilevante, di garantire la continuità dei servizi essenziali. In tale ottica, merita apprezzamento la previsione di un meccanismo di deroga, subordinato ad autorizzazione del Presidente del Consiglio dei Ministri; tuttavia, un giudizio compiuto sulla sua effettiva efficacia potrà formularsi solo alla luce della concreta disciplina attuativa che regolerà tale procedura.
L'ambito soggettivo così delineato, sotto il profilo dell'individuazione delle potenziali vittime, solleva due profili ulteriori di criticità. Anzitutto, il rischio che l'introduzione di specifici obblighi di sicurezza e di conformità possa indurre un mutamento nella selezione degli obiettivi (ovvero delle vittime) da parte degli autori degli attacchi *ransomware*, orientandoli verso soggetti non ricompresi nel perimetro di sicurezza nazionale, percepiti come più vulnerabili o meno controllati. In secondo luogo, si profila una possibile disparità di trattamento tra i privati estranei a tale perimetro e quelli che invece ne fanno parte: i primi resterebbero del tutto immuni da responsabilità, mentre i secondi sarebbero esposti a sanzioni amministrative in caso di omissione o inosservanza delle misure prescritte. Una simile asimmetria, se non adeguatamente motivata, rischierebbe di produrre effetti distorsivi sia sul piano della prevenzione, favorendo un "trasferimento del rischio" verso soggetti non protetti, sia su quello dell'eguaglianza sostanziale nella distribuzione degli oneri di sicurezza.
La tensione tra efficacia deterrente e tutela effettiva delle vittime rappresenta quindi il fulcro critico della proposta legislativa: si dovrà verificare se, una volta approvata, saranno adottati meccanismi attuativi calibrati per assicurare una reale efficacia pratica, senza creare eventuali ricadute distorsive.
In tale prospettiva, la recente esperienza britannica offre un osservatorio privilegiato per cogliere quali possano essere le diverse politiche di contrasto adottabili per disincentivare i pagamenti dei riscatti. Nello specifico, sono state avanzate diverse proposte di intervento[179]: in primo luogo, è stata oggetto di discussione l'introduzione di un divieto "assoluto" di pagamento, volto a impedire che i gruppi criminali traggano profitto dalle estorsioni, riducendo così gli incentivi economici alla prosecuzione di tali attività. Una seconda opzione considerata è quella di un divieto condizionato o parziale, che potrebbe limitarsi a determinati settori particolarmente sensibili (ad esempio sanità, energia, infrastrutture critiche) o subordinare l'eventuale pagamento all'autorizzazione preventiva delle competenti autorità giudiziarie. Ulteriore proposta è quella di una regolamentazione rafforzata delle assicurazioni *cyber*, vietando o restringendo la copertura dei pagamenti di riscatto da parte delle compagnie assicurative, che altrimenti rischiano di incentivare indirettamente la corresponsione delle somme richieste dai criminali.
Pur muovendo da finalità condivisibili, queste iniziative hanno suscitato un ampio dibattito in ordine alla loro effettiva capacità dissuasiva. Si è osservato, in particolare, che un divieto generalizzato di pagamento potrebbe risultare più simbolico che realmente efficace, finendo per spostare il fenomeno verso un'area di clandestinità: le vittime, timorose di sanzioni o di ripercussioni reputazionali, sarebbero indotte a occultare l'incidente e a procedere ugualmente al pagamento, eludendo ogni forma di cooperazione con le autorità. Il rischio, in altri termini,

[179] Si veda sul punto l'articolo *Ransomware legislative proposals: reducing payments to cyber criminals and increasing incident reporting*, pubblicato il 2.9.2025, disponibile all'URL *https://www.gov.uk/government/consultations/ransomware-proposals-to-increase-incident-reporting-and-reduce-payments-to-criminals/ransomware-legislative-proposals-reducing-payments-to-cyber-criminals-and-increasing-incident-reporting-accessible*.

è quello di trasformare una misura concepita come deterrente in un fattore di opacità, che ridurrebbe la tracciabilità dei flussi finanziari e la capacità investigativa complessiva del sistema.

Ne emerge un dato di fondo: la deterrenza economica, da sola, non basta a contenere un fenomeno che si fonda su dinamiche globali, reti decentralizzate e strumenti di anonimizzazione sofisticati. L'esperienza britannica dimostra come ogni intervento in materia di *ransomware* debba essere inserito in un più ampio ecosistema normativo e operativo, nel quale la prevenzione tecnica, la trasparenza informativa e la cooperazione pubblico-privata assumano un ruolo almeno pari, se non superiore, rispetto al mero divieto di pagamento.

Infine, non può passare inosservato come l'ipotesi sanzionatoria in esame possa, ad una prima lettura, presentare dei profili di affinità con le misure previste dal d.l. 15.1.1991, n. 8, in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione.

Il citato decreto legge, recante «[n]uove norme in materia di sequestri di persona a scopo di estorsione e per la protezione dei testimoni di giustizia, nonché per la protezione e il trattamento sanzionatorio di coloro che collaborano con la giustizia», successivamente convertito dalla l. 15.3.1991 n. 82 (in G.U. 16.3.1991 n. 64), prevedeva, al primo comma dell'art. 1 la facoltà del Pubblico Ministero di richiedere il sequestro di tutti i beni potenzialmente utilizzabili per far conseguire agli autori del delitto il prezzo del reato. Nello specifico, al primo comma dell'art. 1 del citato decreto è previsto che «[q]uando si procede per il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione, il pubblico ministero richiede ed il giudice dispone il sequestro dei beni appartenenti alla persona sequestrata, al coniuge e ai parenti e affini conviventi. Il pubblico ministero può altresì richiedere ed il giudice può disporre il sequestro dei beni appartenenti ad altre persone quando vi è fondato motivo di ritenere che tali beni possano essere utilizzati, direttamente o indirettamente, per far conseguire agli autori del delitto il prezzo della liberazione della vittima».

Questo peculiare meccanismo offre un interessante termine di paragone per comprendere la *ratio* e i potenziali limiti della politica criminale sottesa al d.d.l. Basso.

Il d.l. 8/1991 fu adottato in un contesto di emergenza nazionale[180] legato alla stagione dei sequestri di persona e perseguiva l'obiettivo di interrompere il flusso economico che alimentava i sequestri estorsivi, privando i gruppi criminali della certezza del profitto[181]. Lo

[180] Gli anni Novanta rappresentano un periodo storico in cui diversi gruppi criminali – come l'"Anonima sequestri" (nota anche come "Anonima sarda") ed altre organizzazioni di stampo mafioso quali la 'Ndrangheta – individuavano nel sequestro di persona la principale prassi per il conseguimento di profitti illeciti (D. Brunelli, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova 1995, 121).

[181] Attorno alla decisione di introdurre una misura specificamente volta a consentire il "blocco" patrimoniale si sviluppò un vivace dibattito dottrinale, nel quale si contrapposero due opposte impostazioni: la c.d. *linea dura* e la c.d. *linea morbida*. I sostenitori della prima ritenevano che il fenomeno dei sequestri potesse essere efficacemente contrastato solo privandolo della sua movente economico, ossia impedendo il pagamento del riscatto. A sostegno di tale impostazione si richiamava, da un lato, l'esperienza maturata nella contigua lotta al terrorismo, dove lo Stato – soggetto estorto in prima persona – non aveva mai ceduto alle pretese dei ricattatori; dall'altro, si osservava come il rischio di una soppressione dell'ostaggio quale reazione dei sequestratori fosse più teorico che reale, giacché l'esperienza aveva mostrato che l'uccisione della vittima poteva avvenire anche dopo il pagamento del riscatto, mentre in alcuni casi la liberazione era stata conseguita senza alcun corrispettivo (G. Conso, *Bloccare i capitali alle famiglie degli ostaggi?*, in *La Stampa*, 4.9.1975; P. L. Vigna, *Il sequestro di persona*, in *QuadG* 3/1981, 5 ss.). Di segno opposto si collocavano i fautori della c.d. *linea morbida*, i quali non solo mettevano in dubbio la legittimità stessa del blocco dei beni nella fase delle indagini, ma ne contestavano altresì il fondamento politico-criminale. Essi evidenziavano come l'alternativa posta dal sequestro non riguardasse soltanto il pagamento del riscatto, bensì la permanenza della privazione della libertà e, in ultima istanza, la vita stessa dell'ostaggio. Di fronte a tale dilemma, sostenevano, non sarebbe stato concepibile che un magistrato potesse anche solo indirettamente subordinare il bene della libertà personale – o, ancor più, della vita – al fine economico di impedire il pagamento del riscatto (P. Comucci, *Considerazioni sul sequestro preventivo delle*

strumento prescelto non fu un divieto diretto di pagamento, bensì una forma speciale di sequestro preventivo dei beni della vittima e dei suoi familiari, volto a impedire che tali risorse potessero essere utilizzate per la corresponsione del prezzo della liberazione. In tal modo si mirava, indirettamente, a disincentivare la negoziazione privata con i sequestratori, inducendo la vittima e la sua famiglia a cooperare con l'autorità giudiziaria.
Il modello si fondava su un equilibrio delicato: da un lato, la finalità di ordine pubblico di sottrarre alle organizzazioni criminali il vantaggio economico del reato; dall'altro, l'esigenza di non compromettere la tutela della vita e dell'incolumità del sequestrato. Per tale ragione, la misura si traduceva in un vincolo patrimoniale temporaneo, attivato dall'autorità giudiziaria sotto controllo del giudice, e non in un divieto generalizzato di pagamento.
L'apparente analogia con il divieto di riscatto nel d.d.l. Basso si presenta solo sul piano della *ratio* dissuasiva: in entrambi i casi, si tenta di neutralizzare l'incentivo economico che costituisce il motore dell'attività estorsiva. Tuttavia, la trasposizione di quel modello nel dominio cibernetico avrebbe incontrato limiti strutturali: mentre nel sequestro di persona il tempo della trattativa e l'intervento dell'autorità consentirebbero un controllo giudiziario effettivo, nel *ransomware* l'immediatezza dell'aggressione e la perentorietà dei termini imposti dagli autori renderebbero di fatto impossibile un intervento analogo.
Il richiamo al d.l. 8/1991 consente quindi di cogliere la diversa latitudine operativa delle due misure. Nel primo caso, il sequestro dei beni operava come misura cautelare reale, giustificata dalla necessità di salvaguardare la vita della vittima e di sottrarre risorse ai sequestratori; nel secondo, il divieto amministrativo proposto dal d.d.l. Basso incide su condotte *ex post*, sanzionando la scelta di pagare per ripristinare la funzionalità del sistema informatico.
Ne deriva che, mentre il primo provvedimento legislativo rappresentava una risposta emergenziale ma giurisdizionalmente controllata, il divieto di pagamento del riscatto nel contesto del *ransomware* introduce un meccanismo di responsabilità amministrativa di tipo deterrente, privo tuttavia di un corrispondente sistema di tutela immediata della "vittima digitale". Il confronto evidenzia dunque la necessità di adattare la logica dissuasiva alle peculiarità tecniche e temporali dell'aggressione informatica, evitando che l'obiettivo di contrastare il profitto criminale si traduca in un sacrificio sproporzionato dell'effettiva capacità di difesa e di resilienza delle strutture colpite.
Spostando ora l'attenzione su un ulteriore profilo di significativa novità del d.d.l. Basso, merita menzione – come già anticipato – la proposta di introdurre una disciplina sanzionatoria specificamente orientata al contrasto del fenomeno del *Ransomware as a Service*.
L'art. 1. co. 1 lett. *o* del citato disegno di legge in esame prevede «[l']introduzione di sanzioni specifiche e autonome nei confronti di soggetti che sviluppano, distribuiscono, promuovono o facilitano piattaforme di *Ransomware as a Service*, anche in assenza di un loro diretto coinvolgimento negli attacchi».
La proposta di legge mirerebbe ad introdurre specifiche sanzioni amministrative per colpire non gli autori materiali degli attacchi *ransomware*, ma coloro che «sviluppano, distribuiscono o facilitano l'uso di piattaforme ransomware as a service, anche quando non direttamente coinvolti in attacchi specifici».
In altre parole, si intende sanzionare il comportamento di quei soggetti che attraverso la predisposizione e la messa a disposizione di "infrastrutture malevole" (c.d. piattaforme RaaS), consentono a terzi di condurre operazioni estorsive in rete.

---

somme destinate ai riscatti, in *RP* 10/1978, 837; G. Ubertis, *Appunti sul sequestro dei riscatti (in margine ad un recente indirizzo operativo della procura milanese*, in *RP* 5/1976, 513 ss.) A ciò si aggiungevano infine le perplessità circa l'effettiva efficacia dei "blocchi", facilmente eludibili nella prassi (R. Bertoni, *I sequestri di persona tra normativa vigente e prospettive di riforma*, in *CP* 5/1984, 1041).

In continuità con la previsione del divieto di pagamento del riscatto precedentemente analizzato, la *ratio* dichiarata è quella di spezzare la filiera economico-criminale del *ransomware*, che trova nel modello "*as a service*"[182] il principale moltiplicatore della capacità offensiva dei gruppi criminali, che rende possibile l'accesso ad attacchi sofisticati anche da parte di soggetti privi di competenze tecniche avanzate[183].
La proposta è da accogliere con favore in quanto mette in luce la crescente rilevanza del fenomeno *ransomware* e, in particolare nella sua dimensione "*as a service*"[184]. Si tratta, dunque, di un segnale politico-normativo importante, che riconosce la necessità di colpire

[182] Secondo la ricostruzione offerta da Zucca, il modello del *crime-as-a-service* (CaaS) si afferma e si diffonde con particolare pervasività in ragione della sua piena adesione a logiche economico-imprenditoriali, che consentono di ridurre i costi di accesso al crimine e, al contempo, di massimizzare i profitti e contenere i rischi per i singoli attori. La "mercificazione" dell'attività illecita trasforma infatti il *cybercrime* in un mercato strutturato secondo dinamiche di domanda e offerta, caratterizzato da segmentazione, scalabilità e specializzazione funzionale, rendendo possibile anche a soggetti privi di elevate competenze tecniche di partecipare a operazioni criminali complesse. In tale prospettiva, la pervicacia del modello si spiega anche con la sua natura adattiva e con il radicamento in comunità digitali transnazionali, nelle quali il vincolo tra i partecipanti non è più di tipo territoriale o identitario, ma fondato su meccanismi reputazionali e su interessi economici condivisi. Sotto il profilo strutturale, il CaaS si configura come un'organizzazione "ibrida", che combina elementi reticolari e momenti di coordinamento verticale: accanto a dinamiche orizzontali, fondate sulla cooperazione tra attori altamente specializzati – quali sviluppatori di *malware*, *broker*, affiliati e gestori di *marketplace* – emergono figure centrali che svolgono funzioni di direzione, intermediazione o supervisione tecnica. Tale architettura riflette una marcata divisione del lavoro criminale, in cui i servizi sono offerti "*à la carte"* e coprono l'intera filiera dell'illecito. Accanto agli strumenti direttamente funzionali alla realizzazione degli attacchi, si collocano infatti attività di supporto, come il riciclaggio dei proventi, l'occultamento delle tracce, la fornitura di infrastrutture tecnologiche, nonché servizi di formazione e reclutamento, che garantiscono continuità e rinnovamento dell'ecosistema criminale. Sul piano economico, il modello si articola attraverso formule tipicamente imprenditoriali – abbonamenti, vendite singole e schemi di affiliazione con ripartizione dei profitti – che ne rafforzano ulteriormente la stabilità e l'attrattività. In questo quadro, il *ransomware as a service* rappresenta una delle principali declinazioni del fenomeno, configurandosi come *species* del più ampio *genus* CaaS, in quanto specificamente orientato alla fornitura di strumenti e infrastrutture per la realizzazione di attacchi *ransomware*. Quanto, infine, alle modalità di interazione tra fornitori e clienti, un ruolo centrale è svolto dalle piattaforme digitali – in particolare *forum* e *marketplace* del *cybercrime* – che costituiscono l'infrastruttura attraverso cui si sviluppano le trattative, si costruiscono relazioni di fiducia e si regolano gli scambi. In tali ambienti operano sistemi reputazionali, regole di condotta e meccanismi di enforcement che disciplinano i rapporti tra le parti e garantiscono l'affidabilità delle transazioni, sostituendo i tradizionali vincoli personali con forme di fiducia tecnicamente mediate. Ne deriva un ecosistema criminale altamente organizzato ma al contempo flessibile, in cui la dimensione digitale consente di strutturare veri e propri mercati illeciti globali, efficienti e difficilmente disarticolabili (M.V. Zucca, *Mappare il Crime-as-a-Service: analisi delle strutture, dei ruoli e dei servizi nell'offerta criminale digitale*, in *RIID* 2/2025, 159-169). Nello stesso senso si veda anche M. Ryan, *op. cit.*, 144 ss.; N. Kshetri, V. Jeffrey, *Ransomware as a Business (RaaB)*, cit., 83 ss.

[183] Per la descrizione dei profili principali caratterizzanti il fenomeno si veda nota n. 40. Mentre, per un ulteriore approfondimento sull'argomento, si veda anche A.A.M.A. Alwashali, N.A. Abd Rahman, N. Ismail, *A Survey of Ransomware-as-a-Service (Raas) and Methods to Mitigate the Attack*, in *Prooceeding of the 14th International Conference on Developments in eSystems Engineering (DeSE 2021)*, Piscataway, 2021; C. Karapapas, I. Pittaras, N. Fotiou, G.C. Polyzos, *Ransomware-as-a-Service economy within the darknet*, in *Computers&Security*, vol. 92, 2020.

[184] G. Ziccardi, *op. cit.*, 354, il quale ha evidenziato come negli ultimi anni la crescita del ricorso ai modelli di «*crime-as-a-service* e di offerte di *malware-as-a-service* – ossia della possibilità di "noleggiare" un criminale informatico o un malware proprio come se fosse uno chef a domicilio – ha permesso a persone anche non particolarmente esperte di attivare complesse azioni criminali e di pianificare attacchi, sfruttando servizi di comunicazione cifrata *end-to-end* e l'uso di criptovalute», determinando così una sorta di «democratizzazione del crimine» (espressione utilizzata da D.S. Wall, *The transformation of Crime in the Information Age*, Cambridge 2007, *passim*), consistente nell'estensione di pratiche criminose particolarmente sofisticate anche a soggetti privi delle necessarie competenze tecniche.

anche gli attori collaterali dell'"ecosistema" *ransomware*, senza ricorrere allo strumento penale[185]. Tuttavia, permangono concreti dubbi in ordine alla potenziale efficacia della misura. Sul piano oggettivo, vanno considerate le difficoltà di attribuzione del fatto criminoso: il modello RaaS è strutturato per frammentare ruoli e responsabilità – sviluppatori, *broker*, affiliati, operatori di pagamento –, ciò rende problematico ricostruire un rapporto diretto tra il titolare della piattaforma e un singolo attacco *ransomware*. Per questo motivo la norma dovrebbe indicare parametri chiari per l'imputazione della responsabilità: controllo effettivo sulla piattaforma, relazione economica diretta con gli affiliati, interventi tecnici volti a facilitare l'esecuzione degli attacchi, oppure la reiterata conoscenza dell'impiego criminoso senza aver adottato misure ragionevoli per impedirlo.
Per quanto concerne, invece, il piano soggettivo, pur trattandosi di un illecito amministrativo, una norma efficace dovrebbe ancorare la responsabilità a un elemento psicologico più che a una mera forma di responsabilità oggettiva: non sembra sufficiente che un soggetto abbia prodotto o reso disponibile un'infrastruttura che, solo in astratto, potrebbe essere usata per commettere reati; occorre invece dimostrare la consapevolezza e la volontà di agevolare condotte estorsive o, quanto meno, una condotta di «willful blindness»[186] rispetto al concreto uso criminoso della piattaforma. In termini pratici ciò implica che l'illecito amministrativo in esame dovrebbe richiedere la prova di un contributo attivo – sviluppo volto a potenziare funzionalità riconducibili all'uso estorsivo, fornitura di servizi di supporto agli affiliati, percezione di corrispettivi chiaramente collegabili a campagne criminali – ovvero di un lucro conseguente all'impiego della piattaforma per attacchi reali. Diversamente, si rischierebbe di punire soggetti che forniscono *software* generici o strumenti *dual-use* senza intenzione illecita[187].
A queste difficoltà si somma, infine, l'ostacolo di natura pratico-investigativa: molte piattaforme RaaS operano nel *dark web* e su infrastrutture "*bulletproof*"[188], con *host* e servizi

[185] Sul punto merita richiamare lo studio comparatistico condotto da Crescioli, la quale, analizzando la disciplina tedesca dei reati informatici, ha svolto un'approfondita disamina della «responsabilità penale dei gestori di piattaforme illegali di scambio», individuandone il fulcro nel § 127 StGB, che punisce, salvo che il fatto costituisca un reato più grave, il gestore di una piattaforma illegale di scambio su Internet costruita allo scopo di consentire o promuovere la commissione di atti illeciti, laddove per piattaforma di scambio si intende «qualsiasi infrastruttura virtuale su Internet ad accesso libero oppure ad accesso limitato da protezioni tecniche, che consente la possibilità di offerta e scambio tra persone, beni, servizi commerciali o contenuti» (C. Crescioli, *op. cit.*, 352). La previsione legislativa sarebbe orientata, in primo luogo, a reprimere lo scambio di oggetti e servizi illegali e/o di provenienza illecita su Internet e, in secondo luogo, a colmare una lacuna normativa presente nella disciplina tedesca in materia di concorso di persone nel reato. In tale prospettiva, la norma risulterebbe altresì funzionale a sanzionare in modo specifico il fenomeno dei *Cybercrime as a Service*, con particolare riguardo sia alla fornitura di software, sia alla fornitura o messa a disposizione dell'infrastruttura *hardware* necessaria al funzionamento di queste piattaforme illegali (C. Crescioli, *op. cit.*, 349-350). Tuttavia, secondo Crescioli, la previsione di una disposizione analoga nel nostro ordinamento penale rischierebbe «di dar vita ad un'ipotesi di reato che, senza alcuna giustificazione politico-criminale, verrebbe a costituire una duplicazione della disciplina generale sul concorso di persone nel reato. Verrebbe poi a configurarsi il rischio di un ingiustificato privilegio per i gestori delle piattaforme, mediante la previsione di un autonomo reato a soggettività ristretta, sanzionato con pena più lieve rispetto a quella che si dovrebbe applicare qualora il reo fosse chiamato a rispondere a titolo di concorso nei reati espressamente elencati nella norma» (C. Crescioli, *op. cit.*, 355).
[186] Per un approfondimento sul concetto di «willful blindness» si veda F. Rossi, *Un'introduzione al problema dell'"ignoranza deliberata" nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, in *LP* 3/2022, 372-408.
[187] Sulle problematiche connesse alla criminalizzazione dei *dual-use software* si veda I. Salvadori, *Criminalità informatica e tecniche di anticipazione della tutela penale. L'incriminazione dei "dual-use software"*, in *RIDPP* 2/2017, 747-788.
[188] Un'infrastruttura di tipo *"bulletproof hosting"* è un servizio di hosting web che si caratterizza per una elevata tolleranza verso attività illecite: infatti, tali fornitori offrono infrastrutture «a prova di proiettile» per criminali informatici, permettendo il caricamento, l'*hosting* e la distribuzione di contenuti – *malware, phishing, hosting* di

distribuiti in giurisdizioni che ostacolano il reperimento delle prove e l'esecuzione di provvedimenti restrittivi. Tale contesto accentua il rischio di impunità per gli autori, ma rende anche più scarno il materiale probatorio reperibile ed utilizzabile per sanzionare i titolari delle piattaforme.
Ciò che dovrebbe piuttosto essere oggetto di valorizzazione e potenziamento è l'apparato degli strumenti investigativi e di cooperazione internazionale, attraverso, ad esempio, l'implementazione di procedure semplificate per l'acquisizione dei *log* e di altri dati presenti su *server* stranieri, così da ridurre l'opacità del *dark web* ed evitare che l'intervento repressivo si risolva in una mera affermazione di principio, priva di concreta efficacia applicativa.

6.2. Sovente per la gestione degli attacchi *ransomware* le vittime si avvalgono di tecnici informatici ovvero di società di consulenza private specializzate nell'eseguire, al di là delle canoniche attività di manutenzione e bonifica del sistema informatico aggredito, anche attività di intermediazione con gli estorsori (la c.d. *ransomware negotiation*). Tale scelta risulta difatti obbligata alla luce dell'elevato tasso tecnico che caratterizza queste forme di aggressione[189].
Sorge dunque spontaneo interrogarsi sul ruolo che questi soggetti possano ricoprire all'interno della gestione dell'attacco informatico e se possano essere mandati esenti da responsabilità penale ovvero se possa essergli imputato il concorso nel delitto di estorsione (sia quella informatica che, eventualmente, quella tradizionale)[190].
Per rispondere all'interrogativo, è necessario ripercorrere brevemente gli approdi giurisprudenziali in materia di responsabilità dell'intermediario nei fatti di estorsione, ai quali la dottrina ha per lo più aderito, senza tuttavia sviluppare orientamenti autonomi significativamente divergenti.

---

domini abusivi (D. McCoy, Damon, X. Mi, L. Xianghang, P. Wang, X. Wang, F. Qian-R. Beyah, *Under the Shadow of Sunshine: Understanding and Detecting Bulletproof Hosting on Legitimate Service Provider Networks*, in *IEEE Symposium on Security and Privacy (SP)*, New York, 2017, 805-823).

[189] Si pensi, ad esempio, alla necessità di utilizzare degli specifici canali di comunicazione – attraverso il *dark web* o l'utilizzo di *chat* criptate – che sono ai più inaccessibili. A questo punto corre l'obbligo di effettuare una precisazione terminologica: con l'espressione *deep web* si fa riferimento, in senso proprio, a reti di telecomunicazione private, non indicizzate dai motori di ricerca e accessibili solo a soggetti autorizzati. Tali reti, pur non necessariamente anonime, presentano frequentemente sistemi di protezione della riservatezza che possono estendersi non solo ai contenuti, ma anche all'identità degli utenti (S. Lilli, *I dati come nuova valuta del cybercrime: mercati criminali, attori e responsabilità penale nell'economia digitale illecita (Analisi a partire dal report di EUROPOL, IOCTA 2025*, in *RIID* 2/2025, 127-138). Il *dark web* costituisce una particolare sotto-categoria del *deep web*, caratterizzata dalla compresenza di entrambe le condizioni: natura privata della rete e anonimato strutturale degli utilizzatori, garantito da specifici protocolli di comunicazione (B. Akhgar, M. Gercke, S. Vrochidis, H. Gibson, *Understanding the Dark Web*, Cham 2021, 3 ss.). L'attributo "*dark*" deriva dall'uso che di tali infrastrutture viene fatto, poiché le garanzie di anonimato e *privacy* risultano funzionali, in molti casi, alla commissione di attività illecite. Ciò nondimeno, il *deep web* in quanto tale non presenta una connotazione "criminogena", essendo ampiamente utilizzato anche da enti pubblici e grandi operatori economici per finalità del tutto lecite (V. Lagi, *Deep web, dark web e indagini informatiche. Una sintesi introduttiva*, in *Cybercrime*^{2}, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2023, 1969).

[190] Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, ai fini della configurabilità del concorso di persone nel reato di estorsione è sufficiente che il compartecipe tenga una condotta esteriore idonea a fornire un contributo apprezzabile alla realizzazione del fatto, sia attraverso il rafforzamento del proposito criminoso, sia – ed è questo l'aspetto di maggior rilievo nel caso di specie – mediante l'agevolazione dell'attività posta in essere dagli altri concorrenti, in modo tale che, per effetto della sua azione, risulti accresciuta la possibilità di verificazione dell'evento criminoso (*ex multis* Cass., 6.12.2016 n. 1986). In questo senso, quindi, l'attività di mediazione potrebbe essere intesa quale peculiare forma di agevolazione della condotta criminosa posta in essere dall'agente. Difatti, il mediatore nell'occuparsi delle trattative relative al pagamento del riscatto potrebbe agevolare il conseguimento del profitto da parte dell'estorsore ovvero di secondamento nell'esecuzione dell'*iter criminis*.

Nella prassi delle estorsioni "tradizionali" non è raro che un soggetto terzo si inserisca nella dinamica criminosa, presentandosi come colui che può interrompere la minaccia o neutralizzare le conseguenze della stessa, effettivamente o solo apparentemente proveniente da altri. Tale evenienza si registrava in particolare nei contesti caratterizzati da criminalità organizzata di stampo mafioso, oppure in occasione di trattative per la restituzione di beni sottratti. La questione che si poneva – e che veniva risolta attraverso la verifica dell'elemento soggettivo del delitto di estorsione – riguardava l'eventuale responsabilità dell'intermediario: se questi dovesse essere chiamato a rispondere in concorso con gli estorsori, ovvero se, e a quali condizioni, la sua condotta potesse essere impunita.
Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale[191], qualora dalle circostanze fattuali risultasse che l'intermediario abbia agito perseguendo un interesse personale ovvero in qualità di collaboratore degli estorsori, mirando dunque a conseguire un profitto proprio, si dovrebbe ritenersi integrata la fattispecie estorsiva. Emblematico, in tal senso, il caso in cui il mediatore abbia subordinato la cessazione di minacce anonime al versamento di una somma di denaro a titolo di pizzo e all'assunzione di un guardiano[192].
Si dovrebbe, invece, escludere la responsabilità penale dell'intermediario qualora questi non abbia agito con finalità di danno o di vantaggio personale, ma si fosse mosso unicamente nell'interesse della vittima – per ragioni di amicizia, conoscenza o, più in generale, di solidarietà[193]. In simili ipotesi difetterebbe, infatti, l'intento di conseguire un profitto, proprio o altrui, e, di conseguenza, verrebbe meno anche il nesso di causalità intrapsichica tra l'attività mediatoria e l'azione intimidatoria perpetrata da terzi[194].
Quanto alla prova delle intenzioni dell'intermediario, non vi è dubbio che queste possano essere desunte dall'insieme delle circostanze fattuali. Così, ad esempio, è stato chiarito che, in tema di concorso di persone nel reato, non integra condotta partecipativa – per difetto sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo – il comportamento di chi, su richiesta del destinatario di pretese estorsive interessato a trattare una dilazione dei pagamenti imposti da un'organizzazione criminale, si limiti ad accompagnare presso la vittima un esponente del sodalizio e ad assistere in silenzio al conseguente colloquio[195].
Analogo ragionamento può essere seguito nell'ipotesi dell'intermediario che si faccia promotore delle trattative per la restituzione di un bene sottratto. In tale evenienza la responsabilità per estorsione andrebbe riconosciuta ove emerga che l'intermediario abbia agito nel proprio interesse: ad esempio, quando risulti che fosse a conoscenza del furto e abbia sfruttato tale circostanza come leva di pressione morale sulla vittima[196]; oppure qualora sia provato che abbia ricevuto dall'autore del furto l'incarico di contattare il derubato[197]; o, ancora, quando risulti che, in base ad un accordo con gli autori materiali, abbia percepito una quota del profitto[198], lucrato direttamente una somma denaro[199], trattenuto una parte del riscatto[200].

[191] Cass. 4.11.2002 n. 9172.; Cass. 6.12.2003 n. 21; Cass. 19.6.2008 n. 26837; Cass. 27.1.2010 n. 7921; Cass. 21.10.2010 n. 41359. Tale orientamento è stato peraltro condiviso anche dalla dottrina *ex multis* R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit.*, 393 ss.
[192] Cass. 16.2.1995, *Martino*, in *CP* 1996, 1793.
[193] Cass. 7.06.2012 n. 40677. Più di recente, Cass. 18.01.2017 n. 6824; Cass. 28.3.2024 n. 13050. Tesi accolta anche da A. Laurino, *op. cit.*, 146-147.
[194] Cass. 24.4.2004, *Micheli*, in *GD* 2005, 80.
[195] Cass. 17.10.2002, *Emmanuello*, in *RP* 2004, 671.
[196] Cass. 27.4.1988, *Coruzzolo*, in *RP* 1990, 457.
[197] Cass. 18.10.1983, *Anzalone*, in *RP* 1995, 394.
[198] Cass. 28.05.1969, *Nicolao*, in *CP* 1971, 266.
[199] Cass. 8.4.1988, *Rizzi*, in *CP* 1989, 2001.
[200] Cass. 26.11.1987, *Urso*, in *RP* 1989, 415.

La responsabilità, per contro, potrebbe ritenersi esclusiva quando l'intermediario si sia attivato nei confronti degli autori del furto nell'esclusivo interesse della vittima, un interesse che non coincide necessariamente con la mera solidarietà o con l'atto gratuito in senso stretto. Non tutti i pagamenti effettuati a titolo di mediazione, infatti, assumono rilievo penale: lo sono certamente quelli di entità sproporzionata, poiché sarebbe contrario alla logica più elementare ritenere che chi ha subito il furto di un bene accetti di corrispondere una somma ingente per ottenere la restituzione di un bene già di sua proprietà[201]. Diversamente, i pagamenti di modesta entità, come un piccolo compenso riconosciuto spontaneamente dalla vittima, possono effettivamente inquadrarsi nella logica scriminante[202].
Resta, tuttavia, da approfondire quale possa essere ritenuto il *quantum* di disvalore insito nel fatto estorsivo e imputabile all'intermediario che agisca nell'interesse proprio.
Se è vero che in tale ipotesi egli risponde a titolo di estorsione, è altrettanto vero che la sua partecipazione può essere marginale, in quanto priva di minacce o violenza diretta, configurando dunque una collaborazione di "minima importanza" ai sensi del primo comma dell'art. 114 Cp[203]. Sul punto, tuttavia, la giurisprudenza di legittimità si mostra tendenzialmente restrittiva nell'ammettere l'attenuante: ad esempio, è stato ritenuto concorrere a pieno titolo nell'estorsione l'intermediario che, pur non essendo autore materiale della minaccia, aveva percepito una parte della somma estorta dichiarando di doverla consegnare ad altri ignoti compartecipi[204].
L'analisi congiunta di dottrina e giurisprudenza mostra come la responsabilità dell'intermediario nel delitto di estorsione sia stata ricondotta, di volta in volta, alla verifica del contributo causale e del fine perseguito: da un lato, la punibilità si afferma quando l'agente opera nell'interesse proprio o in quello degli estorsori, apportando un concreto ausilio alla realizzazione del fatto; dall'altro, essa viene esclusa qualora l'intervento sia ispirato da solidarietà o da un effettivo intento di tutela della vittima.
Tali coordinate interpretative, ormai consolidate, offrono un utile criterio di lettura anche per affrontare le più recenti declinazioni del fenomeno estorsivo, e in particolare per valutare la posizione del consulente informatico che, in occasione di un attacco *ransomware*, sia chiamato a gestire l'aggressione digitale.
L'attività del "mediatore informatico" negli attacchi *ransomware* si sostanzia, in via generale, nell'assistenza alla vittima durante le fasi di gestione della crisi: dall'analisi tecnica dell'infezione e della cifratura dei dati, al contatto con i gruppi criminali attraverso le piattaforme di comunicazione dedicate, sino alla eventuale negoziazione delle condizioni di riscatto e al supporto nell'esecuzione delle transazioni in criptovaluta. Si tratta, dunque, di un ruolo che, almeno nella forma, ricalca alcune dinamiche tipiche dell'intermediario "classico" nelle estorsioni tradizionali, ossia l'attività di interlocuzione tra vittima ed estorsore. Tuttavia, non mancano differenze rilevanti: mentre l'intermediario tradizionale opera per lo più in un contesto fisico, segnato da logiche di prossimità territoriale e talora di appartenenza mafiosa, il consulente informatico agisce in un ambiente digitale, altamente tecnicizzato e globalizzato, dove le competenze tecniche e la capacità di decifrare il linguaggio dei *cyber* criminali risultano determinanti. Ne emerge, pertanto, una figura ibrida che condivide con l'intermediario classico la funzione di "ponte" tra vittima ed estorsore, ma che si distingue per la specificità del contesto tecnologico e per l'apporto tecnico-specialistico che caratterizza la sua opera.

[201] Cass. 11.10.2000, *Delle Lenti*, in *CP* 2001, 2359.
[202] Cass. 2.10.1981, *De Feudis*, in *CP* 1983, 64; Cass. 20.11.2007 n. 1705, in *CEDCass*, m. 238358.
[203] Ove si prevede che «[i]l giudice, qualora ritenga che l'opera prestata da taluna delle persone che sono concorse nel reato a norma degli articoli 110 e 113 abbia avuto minima importanza nella preparazione o nell'esecuzione del reato, può diminuire la pena».
[204] Cass. 16.12.1985, *Spinola*, in *RP* 1986, 588.

A ciò si aggiunge un ulteriore profilo di distinzione: l'attività del mediatore informatico è, nella maggior parte dei casi, retribuita come prestazione professionale, spesso formalizzata attraverso veri e propri contratti di consulenza per la gestione dell'incidente, nei quali tuttavia non viene esplicitato l'effettivo contenuto delle operazioni eseguite. Questo elemento rischia di porsi in conflitto con i criteri elaborati dalla giurisprudenza, i quali fanno leva sulla mancanza di un interesse proprio e sul carattere solidaristico della mediazione per escludere la responsabilità penale: nel caso del consulente informatico, infatti, l'interesse economico personale, seppur formalmente giustificato come compenso professionale, potrebbe mettere in discussione tale ricostruzione.
Sotto il profilo applicativo, questa differenza non è priva di conseguenze: se, infatti, la giurisprudenza relativa agli intermediari "classici" tende a escludere la responsabilità penale quando la condotta sia ispirata a ragioni solidaristiche o di mera assistenza alla vittima, ben più complesso è il caso del mediatore informatico. Qui la previsione di un corrispettivo, formalmente legato all'attività di consulenza ma sostanzialmente connesso alla gestione della trattativa con i criminali, rischia di far emergere un interesse proprio, idoneo a incrinare la tesi che ne esclude una penale responsabilità. Non si tratta, ovviamente, di una conclusione automatica, ma di un nodo interpretativo rilevante: se il compenso costituisce solo un onorario per attività lecite (analisi del *malware*, rafforzamento dei sistemi, etc.), esso resta compatibile con un'azione nell'interesse della vittima. Viceversa, qualora la prestazione si concretizzi nella negoziazione con i cybercriminali e nel supporto al pagamento del riscatto, il pericolo di assimilazione alla figura dell'estorsore "mediato" diviene concreto. In tali ipotesi, infatti, il mediatore informatico, lungi dal limitarsi a un'attività neutra di assistenza tecnica, opera quale unico interlocutore in grado di instaurare e gestire il dialogo con l'autore della minaccia, collocandosi così in una posizione di snodo all'interno della dinamica estorsiva. Proprio questa centralità, unita alla remunerazione della prestazione, potrebbe far emergere un interesse autonomo alla prosecuzione della trattativa oltre il tempo strettamente necessario alla sua definizione, ovvero al conseguimento di un esito non perfettamente coincidente con quello più favorevole per la vittima – come, ad esempio, l'accettazione di condizioni economiche meno vantaggiose o la sollecitazione al pagamento anche in presenza di margini per soluzioni alternative – con il rischio che la sua attività non sia pienamente allineata a quella della vittima assistita. Né può trascurarsi come tale posizione privilegiata di intermediazione lo esponga a possibili forme di cooptazione o condizionamento da parte dell'estorsore, accentuando così il pericolo che la sua condotta finisca per inserirsi, sia pure in modo indiretto, nel perimetro tipico dell'estorsione.
Proprio alla luce delle specificità del contesto digitale, i criteri elaborati dalla giurisprudenza in tema di concorso nel delitto di estorsione potrebbero trovare rinnovata applicazione, imponendo una valutazione caso per caso volta a distinguere tra mera consulenza tecnica e forme, anche indirette, di partecipazione all'attività estorsiva, nonché un loro possibile ripensamento.

7. L'indagine svolta nel presente contributo ha consentito di mettere in luce come il *ransomware* rappresenti una forma di criminalità tecnologica ad elevata complessità e pervasività, in grado di incidere contestualmente sulla sicurezza informatica, sulla protezione del patrimonio e sulla riservatezza dei dati personali. Al contempo, il fenomeno rimane in larga misura estraneo alla concreta esperienza delle giurisdizioni nazionali.
A causa della sua natura reticolare e transnazionale, mette in crisi i tradizionali paradigmi di tipizzazione penale e impone un ripensamento delle categorie dogmatiche e degli strumenti di contrasto. In questa prospettiva, la scelta legislativa di introdurre con la l. 90/2024 una

autonoma fattispecie di estorsione si inscrive nel tentativo di riconoscere la specificità del fenomeno e di rafforzare la reazione punitiva dell'ordinamento.
Tuttavia, come si è cercato di mettere in luce, l'intervento normativo sopracitato non sembra rispondere a un disegno coerente di razionalizzazione del sistema, ma appare piuttosto il prodotto di una scelta contingente, fortemente orientata a finalità di 'visibilità' politico-criminale. Sotto il profilo dogmatico la nuova incriminazione introduce una marcata rigidità nello schema tipico dell'estorsione, incidendo su quell'elasticità applicativa che le categorie tradizionali avevano consentito di preservare. In quest'ottica, la decisione di configurare una fattispecie autonoma – anziché una specifica circostanza aggravante dell'estorsione tradizionale – potrebbe essere letta come funzionale a sottrarre la disciplina del nuovo reato al giudizio di bilanciamento delle circostanze, con un evidente rafforzamento autoritativo della risposta punitiva.
Sul piano sanzionatorio la previsione di una cornice edittale così severa sembra risolversi in una scelta di carattere eminentemente simbolico, non sorretta da una verificabile esigenza di differenziazione repressiva né da una puntuale valutazione dell'effettiva capacità della norma di incidere sui fenomeni criminosi che intende contrastare e quindi in aperto contrasto con i principi fondamentali che regolano (o meglio, che 'dovrebbero regolare') le politiche di criminalizzazione.
In una prospettiva di possibile razionalizzazione merita allora di essere almeno prospettata l'ipotesi di una diversa tecnica di incriminazione, incentrata sulla valorizzazione della componente finalistica della condotta costrittiva. In tal senso, muovendo dall'esigenza di configurare una fattispecie caratterizzata da una condotta meno vincolata rispetto all'attuale assetto dell'estorsione informatica e, al contempo, strutturalmente più prossima ai modelli tradizionali dell'estorsione e del sequestro a scopo di estorsione, potrebbe immaginarsi una fattispecie di "sequestro di dati, informazioni o sistemi informatici a scopo di estorsione"[205], configurata come reato a dolo specifico, nella quale l'evento intermedio rilevante sia costituito dalla indisponibilità dei dati o delle informazioni, intesa come sottrazione, anche solo temporanea, al potere di utilizzazione del titolare. Una simile soluzione consentirebbe di svincolare la tipizzazione da un catalogo rigido di condotte, assicurando maggiore flessibilità applicativa e una più adeguata adattabilità all'evoluzione delle tecniche offensive. Resta tuttavia aperto il problema della delimitazione concettuale del "sequestro" in ambito informatico, dovendosi chiarire se esso debba essere necessariamente temporaneo ovvero possa assumere carattere permanente, con il conseguente rischio, in questa seconda ipotesi, di una sovrapposizione con le figure del danneggiamento, della distruzione o dell'occultamento dei dati.

[205] In proposito, sebbene senza giungere a prospettare l'ipotesi di una autonoma fattispecie di "sequestro di dati, informazioni o sistemi informatici a scopo di estorsione", ma muovendo piuttosto verso un modello più generale di «reato commesso a scopo di estorsione», Fiorinelli propone una ricostruzione che valorizza la funzione del dolo specifico quale elemento qualificante della fattispecie, sganciando la consumazione del reato dall'effettivo conseguimento del profitto e, così, anticipando la soglia di rilevanza penale; in tale prospettiva «il delitto risulterebbe integrato a prescindere dall'avvenuto versamento del "prezzo della liberazione" dei sistemi informatici o dei dati (posto che il profitto costituirebbe soltanto l'oggetto del dolo specifico), mentre nell'estorsione il conseguimento del profitto ingiusto rappresenta un elemento costitutivo del reato, in assenza del quale può ritenersi tutt'al più integrata la fattispecie tentata. Anche in una prospettiva sistematica, peraltro, non va trascurato come in caso analoghi (essenzialmente, nel caso dei sequestri di persona), alla riforma del delitto di estorsione (mediante una specificazione dei mezzi con funzione aggravante) si sia preferita la creazione di varianti "a dolo specifico" di estorsione (punite più gravemente)» (G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, cit., 221-222).

Le medesime aporie emergono anche sul versante del coordinamento sistematico, come dimostrano, da un lato, il rinvio alle aggravanti proprie della rapina, difficilmente conciliabili con la dimensione immateriale e mediata delle condotte informatiche, e, dall'altro, l'estensione della responsabilità degli enti *ex* d. lgs. 231/2001 a forme di criminalità che, nella prassi, si sviluppano prevalentemente in contesti estranei al paradigma organizzativo dell'impresa lecita.
Le criticità sin qui evidenziate non si esauriscono sul piano della tipizzazione penale, ma si riflettono anche sugli strumenti collaterali di contrasto approntati dal legislatore. Analoga ambivalenza, infatti, caratterizza misure quali il divieto di pagamento dei riscatti e la previsione di sanzioni nei confronti dei titolari o degli operatori delle piattaforme di *Ransomware as a Service*. Pur muovendo da finalità in astratto condivisibili, tali interventi sollevano rilevanti questioni di legittimità ed effettività, che appaiono tanto più problematiche se collocate nel più ampio contesto di una fase storica segnata da un evidente sovraffollamento sanzionatorio[206] e da una crescente ipertrofia punitiva[207]. In particolare, l'operatività di queste piattaforme negli ambienti del *dark web*, unitamente alla frammentazione dei ruoli tra sviluppatori, affiliati e operatori di supporto, rende infatti estremamente complessa l'individuazione dei responsabili delle condotte illecite[208], alimentando il rischio di un progressivo scivolamento verso modelli di responsabilità oggettiva o para-oggettiva, in tensione con i principi di colpevolezza e di determinatezza della fattispecie penale. In tale scenario, il potenziamento apparente degli strumenti repressivi rischia di tradursi in un incremento puramente nominale della risposta sanzionatoria, incapace di incidere sull'effettiva impunità dei soggetti che, nella prassi, detengono il controllo delle infrastrutture criminali.
In una prospettiva *de iure condendo*, appare pertanto necessario orientare l'azione legislativa verso una strategia di contrasto realmente integrata[209], che non si esaurisca nell'ennesima (irragionevole[210]) estensione dell'arsenale punitivo, ma si fondi sulla cooperazione internazionale[211], sul rafforzamento delle capacità tecnico-investigative, sull'adozione di

[206] Quanto al carattere patologico di questo 'sovraffollamento' sanzionatorio, foriero delle problematiche ipotesi di c.d. tipicità doppia o plurima, esso non rappresenta certo una novità per il nostro codice, sul punto si veda F. Sgubbi, *Meccanismo di "aggiramento" della legalità e della tassatività nel codice Rocco*, in *QuestC* 2/1981, 319 ss.
[207] Sul punto si veda N. Recchia, *op. cit.*, 359-362.
[208] Infatti, come osservato da Crescioli «[i]l problema principale è dato piuttosto dalla difficoltà di reprimere e perseguire concretamente i fatti criminosi offensivi del patrimonio commessi sul *web*, luogo virtuale ove le indagini sono particolarmente difficoltose e complesse, data anche la possibilità dei criminali informatici di agire sotto anonimato, nonché da remoto da qualsiasi parte del mondo. Tali elementi di notevole complicazione e difficoltà operative, in mancanza di organizzazioni sovranazionali in grado di garantire il controllo della rete, che ha una struttura decentralizzata e possano intervenire per reprimere gli abusi, non devono portare a concludere che il *web* possa essere considerato una "zona franca" libera dal diritto, perché non possiede un territorio riferibile ad uno Stato con confini geografici definiti» (C. Crescioli, *op. cit.*, 381).
[209] Sul punto Fiorinelli evidenzia l'opportunità di privilegiare un modello integrato, a forte impronta preventiva, volto a governare le forme di violenza mediata dalla tecnologia mediante strumenti non esclusivamente penalistici, riservando l'intervento punitivo alle sole manifestazioni di maggiore gravità e offensività, in un'ottica di più equilibrato coordinamento tra diritto penale e regolazione extrapenale (G. Fiorinelli, *La violenza mediata dalla tecnologia. Dogmatica, profili politico-criminali e interpretazione della nozione di violenza nel diritto penale delle tecnologie digitali*, cit., 333 ss.).
[210] Emblematiche sul punto sono le considerazioni di S. Seminara, *Il legislatore non frequenza la scuola della ragione: la riforma degli artt. 61, 336 e 341-bis c.p.*, in *DPP* 5/2024, 577 ss.
[211] M. Chiavaro, A. Perduca, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Torino 2022, 1, i quali evidenziano come l'evoluzione della cooperazione giudiziaria a livello internazionale sia strettamente intrecciata alle trasformazioni tecnologiche, infatti il «vertiginoso progresso tecnologico in certi settori di alta specializzazione» e «la sua idoneità ad agevolare […] movimenti illeciti di capitali e ad aprire la strada a forme sempre più sofisticate di reati "informatici"» rende inevitabile un corrispondente rafforzamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria sovranazionale, ormai chiamati a confrontarsi con fenomeni criminosi strutturalmente

efficaci strumenti di prevenzione[212] e, non da ultimo, sulla promozione di una diffusa opera di sensibilizzazione sociale – o, più propriamente, di educazione digitale[213].
Solo un equilibrio di questo tipo si ritiene che potrebbe assicurare una tutela effettiva dei beni giuridici coinvolti, scongiurando il rischio che l'intervento penale si riduca a una reazione contingente, dettata dall'emergenza e destinata a esaurirsi in una funzione meramente simbolica.

transnazionali e tecnicamente sempre più complessi.
[212] Sull'esigenza di un impiego calibrato dello strumento penale nel settore dei reati informatici, accompagnato da un contestuale potenziamento delle misure preventive di carattere extrapenale si veda C. Crescioli, *op. cit.*, 405 ss.
[213] A questo proposito, sarebbe forse più opportuno riferirsi a una vera e propria esigenza di «alfabetizzazione digitale» dei consociati (B. Kaiser, *La dittatura dei dati*, Milano 2019, 411-415).

SEQUESTRO INFORMATICO E INTELLIGENZA ARTIFICIALE: UN POSSIBILE CONNUBIO?

di Matteo Feltrin (Dottorando di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Udine)

Il presente contributo si incentra sull'analisi della disciplina del sequestro di dispositivi informatici, muovendo dal fermo monito della giurisprudenza di legittimità avverso il ricorso a forme di apprensione indiscriminata e soffermandosi, al contempo, sulle persistenti aporie e lacune che connotano l'attuale disciplina positiva. Lungo una seconda direttrice, il contributo si apre a una riflessione prospettica, interrogandosi sul ruolo che l'intelligenza artificiale potrebbe avere nelle operazioni di selezione del materiale informatico sequestrato.
The present contribution focuses on the analysis of the legal framework governing the seizure of digital evidences, moving from the firm warning issued by case against the use of indiscriminate forms of acquisition and, at the same time, examining the persistent shortcomings and gaps the characterize the current regulation system. Along a second line, the study adopts a forward-looking process of seized digital material.

sequestro, prova digitale, intelligenza artificiale
seizure, digital evidence, artificial intelligence

Sommario: 1. Le ricadute applicative del sequestro informatico – 2. Un monito della giurisprudenza di legittimità contro il sequestro informatico *omnibus* – 2.1 L'imprescindibilità di una riforma: verso l'art. 254 *ter* Cpp? – 3. L'influenza dell'intelligenza artificiale sul volto del sequestro informatico.

1. Vi è un momento, nella storia del diritto processuale penale, in cui le categorie tradizionali mostrano la loro cedevolezza dinanzi al mutamento della realtà[1]. L'emersione dell'informatica, quale infrastruttura ordinaria delle relazioni sociali, segna un mutamento profondo nell'orizzonte del processo penale. L'elemento di prova si sedimenta in flussi binari, si frammenta in ecosistemi di reti transnazionali e si cristallizza in vestigia digitali[2]. In tale contesto, il sequestro informatico si impone non già come mero adattamento tecnico di un istituto consolidato, bensì come luogo in cui si ridefiniscono i confini stessi dell'apprensione probatoria[3].
La svolta normativa trova il suo baricentro nella Convenzione di Budapest che ha per la prima volta sistematizzato, in una prospettiva sovranazionale, l'esigenza di dotare gli ordinamenti di

[1] Volgere lo sguardo al domani del processo penale, «significa soprattutto parlare della progressiva adozione di modelli scientifici nell'indagine sui fatti», in quanto un numero sempre più elevato di eventi può essere dimostrato attraverso l'utilizzo di «strumenti tecnici sofisticati». Sul punto, M. Damaska, *Il diritto delle prove alla deriva*, Bologna 2003, 205.
[2] Cfr., S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 218 ove si precisa che «di fronte alla mancanza di una corporeità visibile degli elementi di prova digitali, la dottrina processualpenalistica aveva inizialmente avvertito un certo disagio nel configurare elementi probatori o prove disgiunte dal requisito della fisicità. Di qui l'equivoco di fondo, che in passato aveva portato a identificare gli elementi di prova digitali con il supporto nel quale essi si erano memorizzati. […] Solo in un secondo momento, quindi, è maturata la consapevolezza che i dati, le informazioni, i programmi, possono di per sé integrare i concetti di "corpo del reato o di "cose pertinenti al reato" e che, ai fini del sequestro, è spesso sufficiente disporre dei dati e non anche del *computer* o del sistema informatico che li contiene».
[3] Per una disamina sull'oggetto del sequestro probatorio, si veda S. Montone, *Sequestro penale*, in *DigDPen*, XIII, 1997, 254 ss.

strumenti processuali adeguati alla specificità dell'evidenza digitale[4]. L'obiettivo non era solo soltanto quello di reprimere nuove forme di criminalità[5], ma anche di predisporre un sistema di strumenti processuali idonei a garantire l'acquisizione e la conservazione della prova informatica nel rispetto dei diritti fondamentali. L'ordinamento italiano ha dato attuazione a tali principi con la legge 18 marzo 2008 n. 48, ridefinendo le modalità di perquisizione e sequestro dei dati e introducendo cautele volte a preservarne integrità e genuinità[6].
Dunque, è nel sequestro informatico che si misura la capacità del processo penale di rimanere fedele alla propria matrice garantista pur confrontandosi con l'inedita morfologia della prova digitale. Le esigenze di effettività dell'accertamento non possono tradursi in un'espansione incontrollata del potere di apprensione, né la peculiare struttura del dato[7] può legittimare compressioni indiscriminate della sfera individuale[8]. Invero, quando l'acquisizione probatoria investe universi informativi che racchiudono segmenti essenziali della vita privata[9], una logica meramente funzionalistica dell'indagine rischia di sacrificare, sull'altare dell'efficienza investigativa, il nucleo irriducibile delle garanzie poste a tutela dell'individuo[10].
In questa prospettiva, problematico è stato misurarsi con talune questioni applicative e interpretative, scaturite dalla difficoltà di adattare le tradizionali categorie codicistiche a un fenomeno che presenta indubbi caratteri di novità.
Sotto un primo profilo, si è posto il problema dell'effettività dei rimedi azionabili avverso l'illegittima applicazione della misura, avuto riguardo alla fisiologica riproducibilità del dato informatico[11], nonché all'iniziale consolidarsi di un orientamento nella giurisprudenza di legittimità[12], incline a escludere la permanenza dell'interesse a impugnare il decreto di

[4] Per un maggior approfondimento sia consentito il rimando a S. Aterno, *La Convenzione di Budapest del 2001 e la l. 48/2008*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2023, 1551 ss., ove si precisa che «la Convenzione di Budapest del 2001 nacque in sordina. In quegli anni non si poteva ancora apprezzare la bontà di alcune norme utili alla lotta al *cybercrime* ma soprattutto utili ad acquisire in modo integro e genuino le prove digitali di qualsiasi scena del crimine. Quelle norme furono pensate e scritte con grande attenzione e con una previsione di quelle che sarebbero state le possibili sfide del futuro investigativo e tecnologico. L'obiettivo principale enunciato era quello di perseguire una politica penale comune per la protezione della società contro la *cyber*criminalità, in special modo adottando legislazioni appropriate e promuovendo la cooperazione internazionale. In questi anni le istituzioni relative alla cooperazione investigativa, la giurisprudenza di merito e di legittimità hanno fatto propri quei principi e li hanno utilizzati per contemperare da una parte le esigenze di indagine e dall'altra le giuste garanzie difensive». Altresì, F.M. Molinari, *Questioni in tema di perquisizione e sequestro di materiale informatico*, in *CP* 2012, 703 ss.
[5] Una analisi delle modifiche introdotte nell'ambito del diritto penale sostanziale si scorge in L. Picotti, *Ratifica della convenzione* cybercrime e *nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *DI* 2008, 437.
[6] In tema, L. Lùparia, *Le problematiche transnazionali*, in L. Lùparia – G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano 2007, 205 ss.
[7] L. Marafioti, Digital evidence *e processo penale*, in *CP* 2011, 4509, ove si precisa che i dati informatici «consistono in *zero and ones of electricity*».
[8] Il bagaglio di informazioni ricavabile dai dispositivi informatici costituisce quella che è stata definita una sorta di "corpo elettronico" – *pendant* del "corpo fisico" – che ciascuno possiede e che lascia tracce ovunque. Un corpo dotato di sconfinata capienza, idoneo ad accogliere una massa sterminata d'informazioni capace di rilevare il contenuto d'intere esistenze e adatta a sedare anche la più bulimica istanza di conoscenza. Così, F. Siracusano, *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *PPG* 2017, 179.
[9] Il contenuto del dispositivo informatico è così ampio da contenere l'«intera nuda vita» della persona «con una portata totalitaria che avrebbe forse sorpreso anche la fantasia di George Orwell». *Così*, M. Olivetti, *Diritti fondamentali e nuove tecnologie*. *Una mappa nel dibattito italiano*, in *Revista Estudos Institucionais* 2020, 400.
[10] Per una ricostruzione, in senso critico, della prassi antecedente alla riforma del 2008, si veda A. Monti, *No ai sequestri indiscriminati di computer*, in *DI* 2007, 264 ss.
[11] Sul punto, S. Aterno, *Acquisizione e analisi della prova informatica*, in *DPP* 2008, 62 ss.
[12] Si veda, ad esempio, Cass. 8.4.2019, 15113, in *GI* 2019, 1437.

sequestro nei casi di previa estrazione di copia forense seguita dalla restituzione dei supporti originari[13].
Sotto un secondo profilo, di maggior interesse ai fini della presente trattazione, la semplicità e la velocità con cui, mediante un sequestro informatico, è possibile acquisire ingenti quantità di dati potenzialmente rilevanti ai fini probatori favoriscono il ricorso a vere e proprie "pesche a strascico" nei sistemi informatici di uso quotidiano[14]. Solo in un momento successivo si procede, infatti, all'analisi dei contenuti e alla verifica dell'effettiva utilità probatoria degli elementi raccolti, con evidenti ricadute sul diritto alla riservatezza del titolare dei dati così acquisiti[15]. Le connotazioni strutturali del sequestro informatico impediscono di «operare una convincente *reductio ad unum* dello strumento in questione con il tradizionale istituto del sequestro probatorio»[16]. Proprio tale irriducibilità consente di comprendere il constante richiamo, operato *ex cathedra* dalla giurisprudenza di legittimità[17], al principio di proporzionalità quale criterio di governo della misura[18]. Esso si atteggia a criterio di conformazione dell'esercizio del potere ablativo volto a scongiurare applicazioni *ultra vires* che, mediante l'apprensione indiscriminata dell'intero contenuto di un sistema informatico, si risolvano in una indebita compressione del diritto fondamentale alla riservatezza del titolare dei dati[19]. Diversamente opinando, il rischio è quello di avallare pratiche investigative connotate da finalità meramente esplorative, in aperta frizione con il canone di stretta pertinenza tra *res* sequestrata e *thema probandum*[20].
Il principio di proporzionalità si configura, in tal modo, non già come mera formula di stile, bensì quale parametro di conformazione del potere ablativo, chiamato a presidiare l'equilibrio tra effettività dell'accertamento e tutela dei diritti fondamentali[21].

---

[13] M. Torre, *Il riesame del sequestro probatorio di documenti informatici*, in *GI* 2019, 1438 ove si precisa che «secondo la Suprema corte, il sequestro probatorio di documenti informatici differirebbe concettualmente dalla propedeutica attività di estrazione di copia dei dati medesimi, attività quest'ultima non ''riesaminabile'' in ragione del principio di tassatività delle impugnazioni di cui all'art. 568 Cpp e rispetto alla quale, peraltro, non sussisterebbe automaticamente un concreto ed attuale interesse ad impugnare da parte del ricorrente. Tale decisione si espone ad un duplice profilo critico: da un lato, si deve sottolineare l'erronea premessa tecnica, in quanto il sequestro probatorio di documenti informatici (''ove possibile'') si deve tradurre proprio nell'attività di copia dei dati dal supporto che li contiene, mediante una tecnica che assicuri la conformità della copia rispetto all'originale e la non alterabilità dei dati; dall'altro, si deve stigmatizzare l'omessa considerazione del diritto alla ''esclusiva disponibilità del patrimonio informatico'' come bene giuridico in grado di rilevare ai fini della sussistenza dell'interesse ad impugnare del ricorrente».
[14] G. Cascone, *Il sequestro informatico nel prisma del principio di proporzione*, in *DPP* 2022, 125.
[15] S. Signorato, *Le indagini digitali,* cit., 219.
[16] G. Cascone, *Il sequestro informatico*, cit., 179.
[17] Tra le tante, si veda Cass. 3.10.2022, n. 37349.
[18] Ribadisce il rilievo fondamentale che il principio di proporzionalità assume nel bilanciamento tra l'interesse processuale all'accertamento del reato, sotteso al sequestro probatorio, e le istanze private di tutela di quei beni fondamentali che i mezzi di ricerca della prova sono in grado di comprimere, M. Niccolini, *Proporzionalità e adeguatezza in tema di sequestro probatorio anche informatico,* in *DPP* 2023, 536 ss.
[19] In tema, Cass. 11.1.2022, n. 12507.
[20] Sul rapporto di pertinenza tra cose da sequestrare e il tipo di reato oggetto delle indagini, cfr, G. Tranchina, *Sequestro penale II)*, in *EG,* XXVIII, 1991, 2.
[21] Il principio di proporzionalità «reincanala nell'alveo della ragione», se mai ce ne fosse stato bisogno, «il percorso che l'interprete, nonché, prima ancora, il legislatore, sono tenuti a seguire, quando pretendano di ingerirsi legittimamente nella sfera dell'individuo». In questi termini, M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *DPenCont* 2014, 143. Sul ruolo del principio di proporzionalità nell'ambito delle indagini digitali, si vedano le osservazioni di E. De Paolis, *La proporzionalità ha fatto carriera (anche tra le misure ablative)*, in *www.archiviopenale.it*, 23.9.2024, 15, a mente delle quali si osserva che «il principio di proporzionalità tutela, dunque, in tali ipotesi, non solo e non tanto la libertà economia dell'individuo, ma soprattutto la pretesa alla disponibilità dei dati digitali oggetto di apprensione da parte degli inquirenti. L'acquisizione onnicomprensiva di materiale informatico è, infatti, consentita soltanto se giustificata, nella

2. Nel contesto fin qui tratteggiato, il sequestro di dati informatici rappresenta il luogo di tensione tra l'effettività dell'accertamento penale e la tutela dei diritti fondamentali. La questione assume un rilievo tutt'altro che marginale, ove si consideri come l'acquisizione della *digital evidence*[22] rappresenti, nella prassi investigativa contemporanea, uno snodo particolarmente sensibile dell'attività di ricerca della prova, giacché proprio in tale fase si concentrano i più rilevanti rischi di alterazione del dato[23] e di indebita comprensione delle prerogative individuali[24].

L'applicazione delle categorie tradizionali del sequestro probatorio, si rivelerebbe inadeguata alla luce della natura immateriale del dato digitale; il loro impiego comporta, infatti, il rischio di trasfigurare l'istituto in uno strumento di acquisizione di carattere meramente esplorativo, consentendo l'apprensione indiscriminata dell'intero contenuto dei dispositivi informatici. In questo contesto, la selezione del materiale pertinente con l'impalcatura accusatoria viene differito a un momento successivo all'ablazione, determinando una sostanziale inversione del rapporto perquisizione-sequestro. Ne deriva un sacrificio non necessario dei diritti dell'indagato, tanto più ove si consideri che qui vengono quasi sempre in gioco anche i diritti di soggetti terzi estranei al procedimento penale in corso. Non pare configurabile, dunque, una prevalenza delle esigenze di efficienza investigativa su quelle inerenti «all'ortodossia probatoria»[25], soprattutto quando posta a presidio delle garanzie individuali.

È noto come la legge n. 48 del 2008 non abbia inteso canonizzare all'interno di norme giuridiche procedure tecniche di matrice informatica, poiché ciò avrebbe portato alla lunga a effetti contrari e distorsivi causati dalla costante evoluzione tecnologica[26]. Detto diversamente, il riformatore ha preferito «focalizzare l'attenzione più sul risultato che sul metodo»[27].

---

richiesta del pubblico ministero con il dovuto riferimento ai criteri di selezione, ricadendo su quest'ultimo la responsabilità di illustrare le difficoltà connesse all'identificazione *ex ante* dell'oggetto del sequestro. In tal senso, al fine di scongiurare intrusione arbitrarie nella *privacy* dell'interessato, la ricerca deve essere svolta segnalando i percorsi utili alla selezione dei dati».

[22] Alcune osservazioni sullo sfondo del mito della *digital evidence* quale prova perfetta si rinvengono in L. Lùparia, *Processo penale e scienza informatica: anatomia di una trasformazione epocale*, in L. Lùparia – G. Ziccardi, *Investigazione penale e tecnologia informatica*, Milano 2007, 141 ove si sottolinea che «non va dimenticato come la ricerca della prova digitale incida profondamente sui valori ascritti nella nostra Carta fondamentale, specie oggi che il *computer* è divenuto, per ognuno di noi, lo strumento più utilizzato per la gestione dei propri interessi, oltre che un veicolo essenziale per la comunicazione e l'interazione col prossimo. Tali metodologie d'indagine, quindi, esigono un ambito di corretta e ristretta operatività per evitare connotazioni di spropositata afflittività e di offesa a beni costituzionalmente protetti».

[23] Sulle modalità di acquisizione del dato digitale, O. Murro, *Lo smartphone come fonte di prova. Dal sequestro del dispositivo all'analisi dei dati*, Milano 2024, 66, evidenzia che «individuazione ed acquisizione del dato digitale deve avvenire con le metodologie indicate dalla *computer forensics* o, nella sua più ampia declinazione, dalla *digital forensics*, scienza che consente, tra le altre cose, anche di recuperare i dati cancellati, di identificare l'intestatario di una linea dati o di un sito *web*, di ricercare informazioni anche all'interno di grande masse di dati».

[24] Su questa linea, S. Rodotà, *Persona, libertà, tecnologia, Note per una discussione*, in *D&QP* 2005, 25, il quale osserva che «il nostro modo di vivere è divenuto un flusso continuo di informazioni, inarrestabile, che noi stessi alimentiamo per avere accesso a beni e servizi. La trasparenza sociale ci avvolge. Le tecnologie dell'informazione non solo si impadroniscono della nostra vita, ma costruiscono un corpo elettronico, l'insieme delle nostre informazioni personali custodite in infinite banche dati, che vive accanto al corpo fisico».

[25] F. R. Dinacci, *Sequestro di dispositivi informatici: imposizioni tecnologiche e scelte interpretative. Alla ricerca di un recupero della legalità probatoria*, in *www.archiviopenale.it*, 14.2.2025, 13.

[26] Più ampiamente, A. Testaguzza, *Il sequestro di dati e sistemi*, in *Cybercrime*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Torino 2023, 1646.

[27] Così, A. Testaguzza, *op. cit.*, 1646.

In questa prospettiva, la riforma in parola non ha dettato specifiche regole operative per l'acquisizione della *digital evidence*[28], limitandosi a disseminare nel tessuto codicistico taluni canoni, variamente riconducibili ai caratteri di genuinità e immodificabilità, che devono tradursi in vincoli operativi concreti nell'attività di acquisizione della prova digitale[29].
Muovendo da tali premesse, assume rilievo il ruolo del pubblico ministero quale autorità titolare del potere di disporre il sequestro ai sensi dell'art. 253 Cpp. Tale investitura porta con sé taluni interrogativi sulla necessità di una riflessione della materia. Sul punto intervengono le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE. Le affermazioni del Giudice di Lussemburgo hanno evidenziato con particolare chiarezza che l'accesso ai dati esterni delle comunicazioni e a quelli di localizzazione detenuti dai gestori dei servizi di comunicazione deve essere subordinato a un controllo preventivo di un organo amministrativo purché diverso dalle parti[30]. Le implicazioni di tale indirizzo giurisprudenziale appaiono difficilmente eludibili. Se l'accesso ai soli dati esterni delle comunicazioni richiede un vaglio preventivo del giudice, quale entità in grado di assicurare una conciliazione dei diversi interessi e diritti in gioco, appare legittimo interrogarsi sulla compatibilità costituzionale e unionale di un sistema che consenta al pubblico ministero di sottoporre a sequestro strumenti di comunicazione contenenti non solo tali dati, ma anche i contenuti integrali delle comunicazioni stesse[31].
Solo a questo punto si pone il problema del *quomodo* dell'acquisizione. In questo quadro, si è progressivamente valorizzato il ricorso a tecniche di duplicazione forense del dato digitale, concepite proprio allo scopo di realizzare una copia perfettamente corrispondente all'originale senza incidere sul supporto sorgente[32]. Attraverso siffatte operazioni si mira a coniugare le

[28] Ancora, A. Testaguzza, *op. cit.*, 1648 ove si precisa che «il legislatore del 2008 non ha esplicitato le garanzie che dovrebbero connotare attività particolari come quelle compiute in sede di analisi forense dei dati raccolti; vi ha provveduto la riflessione più attenta della dottrina secondo la quale, agli operatori del settore sarebbero imposte ben cinque prescrizioni, concernenti in particolare: 1. l'obbligo di conservare inalterato il dato informatico originale nella sua genuinità; 2. il dovere di impedire l'alterazione successiva del dato originale, previsto per le ispezioni, le perquisizioni (artt. 244 co. 2 e 247 co. 1 *bis* Cpp); 3. il dovere di formare una copia che assicuri la conformità del dato informatico acquisito rispetto a quello originale; 4. il dovere di assicurare la non modificabilità della copia del documento informatico; 5. l'obbligo di installazione di sigilli informatici sui documenti acquisiti, prevista come meramente facoltativa in relazione al sequestro (art. 266 Cpp)».
[29] M. Pittiruti, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisizioni informatiche e un monito contro i sequestri digitali* omnibus, in *www.sistemapenale.it,* 14.1.2021.
[30] Il riferimento va a C.G.UE., 2.3.2021, *Prokuratuur*, C-746/18. La sentenza ha formato oggetto di vari contributi in dottrina, tra i quali possono richiamarsi: F. Resta, *Conservazione dei dati e diritto alla riservatezza. La Corte di giustizia interviene sulla data retention. I riflessi sulla disciplina interna*, in *www.giustiziainsieme.it,* 6.3.2021; G. Spangher, *Data retention: le questioni aperte*, in *www.giustiziainsieme.it,* 9.10.2021; P. Di Stefano, *La Corte di giustizia interviene sull'accesso ai dati di traffico telefonico e telematico e ai dati di ubicazione a fini di prova nel processo penale: solo un obbligo per il legislatore o una nuova regola processuale?*, in *CP* 2021, 2556 ss.
[31] Pone l'interrogativo A. Chelo, *Sequestro probatorio di strumenti di comunicazione: l'imprescindibilità di una riforma*, in *DPP* 2022, 1583. In particolare, «la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, che negli ultimi anni ha iniziato a occuparsi sempre più concretamente delle problematiche incontrate dai giudizi nazionali nel coniugare le esigenze investigative e probatorie con il rispetto dei diritti individuali, induce a una riflessione. Le affermazioni del Giudice di Lussemburgo che, in termini estremamente categorici, ha escluso il potere del pubblico ministero di acquisire, con proprio provvedimento, i dati esterni delle comunicazioni e quelli di localizzazione temporaneamente conservati presso i gestori rappresentano lo spunto per porsi un interrogativo: può dirsi legittimo – e rispettoso della Costituzione e del diritto dell'Unione – continuare ad affidare alla pubblica accusa il potere di sottoporre a sequestro strumenti di comunicazione che contengono, oltre i dati esterni delle comunicazioni, i contenuti delle comunicazioni stesse?».
[32] L. Algeri, *Principio di proporzionalità e sequestro probatorio di sistemi informatici*, in *DPP* 2020, 851, il quale evidenzia che «la procedura più adeguata a garantire l'integrità dei dati consiste nella creazione di una copia-clone dell'*hard disk* conforme all'originale, che viene resa non modificabile mediante appositi strumenti. In concreto, salvo i casi in cui risulti necessario eseguire l'analisi immediata (*live data forensic*) in sede di sopralluogo, il

esigenze dell'accertamento penale con la necessità di preservare l'integrità del dato e la tracciabilità delle operazioni compiute[33], così da garantire *ex post* la verificabilità dell'attività di acquisizione e la piena affidabilità della prova nel contradditorio dibattimentale[34]. Il ricorso a tecniche di duplicazione integrale mediante *bit-stream image* non può tuttavia tradursi in un mero automatismo, dovendo essere sorretta da una motivazione puntuale che espliciti il nesso di pertinenzialità tra la massa informativa acquisita e l'oggetto dell'accertamento[35].
Sotto questo profilo, la giurisprudenza di legittimità ha enfatizzato la centralità del principio di proporzionalità, quale criterio regolatore della misura in parola[36]. Il canone di proporzionalità non si risolve in una mera formula di stile, bensì opera come parametro di delimitazione del potere ablativo, in tal modo impedendo che il sequestro si presti a meccaniche esplorative. La principale criticità dell'attuale assetto codicistico, su cui si tornerà meglio *infra*, risiede nell'assenza di una puntuale disciplina volta a fornire una regolamentazione normativa circa le modalità di conduzione del sequestro informatico. E in questo quadro, si valorizza l'onere motivazionale in ordine alla strumentalità della *res* informatica rispetto all'accertamento penale[37].
In questa direzione, la giurisprudenza di legittimità ha individuato tre profili - «quantitativo, qualitativo e temporale»[38] - che devono essere oggetto di specifica motivazione da parte del pubblico ministero, pena l'illegittimità del decreto di sequestro. In particolare, affinché il sequestro sia legittimo, occorre che il provvedimento sia specificamente motivato *a*) in ordine al nesso di pertinenza tra bene appreso e ipotesi investigativa, *b*) in relazione alla tipologia di operazioni tecniche da svolgere sul dato e *c*) con riguardo alla durata temporale del vincolo[39].
Anche volgendo lo sguardo alla giurisprudenza europea, il panorama non muta in modo significativo: l'ago della bilancia tra le esigenze dell'attività investigativa e la tutela dei diritti

---

sequestro del dispositivo informatico può precedere l'attività inquirente, che si svolgerà successivamente in laboratorio e sarà diretta ad effettuare l'acquisizione dei dati digitali e a formare la c.d. copia-forense. Una volta creata, la c.d. *bit-stream image* non consiste in una copia, ma in un clone dell'originale. Ne consegue che rileva come cosa pertinente al reato e costituisce, pertanto, l'oggetto del sequestro. In particolare, il dato informatico, in quanto elemento dematerializzato e indipendente dal supporto, può essere sottoposto a sequestro a prescindere dal supporto stesso dove è incorporato».

[33] O. Murro, *Lo smartphone come fonte di prova*, cit., 97 precisa che «in tale contesto appare, dunque, opportuno parlare di "tracciamento" delle operazioni tecniche compiute sullo *smartphone* al fine di consentire una corretta verifica, *ex post*, dell'integrità e genuinità del dato digitale».

[34] Sulla mancata adozione delle *best practices* e divieti probatori, si vedano le osservazioni di F. Cajani, *Il vaglio dibattimentale della* digital evidence, in *AP* 2023, 837 ss.

[35] C. Fontani, *Il sequestro probatorio di un documento informatico: bilanciamento tra esigenze investigative e baluardi difensivi*, in *DPP* 2022, 240. Di qui, «posto che il computer deve essere visto come una "sfera di esplicazione della libertà della persona di cui esso ne è la proiezione spaziale, il provvedimento di sequestro informatico dovrà connotarsi per la presenza di una motivazione più dettagliata e puntuale, rispetto ad un sequestro tradizionale, in punto di modalità di selezione dei dati. Non si può ritenere più accettabile l'adozione di provvedimenti finalizzati genericamente all'esplorazione di tutti i dati digitali contenuti all'interno dell'*hard disk*, attraverso l'apertura (e quindi la lettura) di tutti i *files*, con riserva di selezionare soltanto successivamente quelli "utili" alle indagini».

[36] I riferimenti al principio di proporzionalità sono molteplici. A titolo di esempio possono richiamarsi, Cass. 11.1.2022, n. 12507, in *De Jure*, con nota di A. Schillaci, *Limiti del sequestro probatorio esteso a tutti i dati contenuti negli apparecchi telefonici o in altri sistemi informatici*, in *www.iuspenale,it,* 22.6.2022; Cass. 23.9.2020, n. 37941, in *De* Jure, con nota di C. Parodi, *Perquisizioni e sequestri informatici e sequestri esplorativi: la s.c. delinea gli ambiti operativi*, in *www.ius penale.it,* 10.3.2021; Cass. 2.7.2019, n. 31593, in *DI* 2019, 775 ss.

[37] F. R. Dinacci, *op. cit.*, 8.

[38] Cass., 22.9.2020, n. 34265 cit.

[39] In questi termini, M. Pittiruti, *op. cit.* Si vedano altresì le osservazioni di S. Signorato, *Electronic investigation in Italian criminal proceedings*, in *Analele Universității de Vest din Timișoara - Seria Drept* 2014, *passim*.

fondamentali è individuato nell'ammissione di ingerenze solo nei casi previsti dalla legge, purché sia rispettato il principio di proporzionalità[40].

In definitiva, proprio nella motivazione del provvedimento di sequestro si condensa la principale garanzia contro il rischio di indebite dilatazioni del potere investigativo. È proprio in tale spazio argomentativo che l'autorità procedente è chiamata a rendere conto delle ragioni che giustificano l'ablazione della *res*, rendendo così effettivo il controllo di legalità sulla misura e preservando il necessario equilibrio tra esigenze di accertamento e tutela dei diritti fondamentali.

2.1. Quanto finora detto proietta un vivido fascio di luce su un'evidente aporia: in una congiuntura storica in cui l'ontologia della *res* risulta radicalmente mutata, il dato normativo persiste in un silenzio eloquente.[41]. Ponendo uno sguardo attento agli odierni dispositivi informatici – quali strumenti ormai inseparabili dall'esperienza quotidiana degli individui – non possono essere più considerati meri supporti materiali o semplici contenitori di informazioni. Essi costituiscono, piuttosto, autentici scrigni della persona, capaci di ricostruire la trama stessa dell'esistenza individuale[42]. Si è così sostenuto che, anche nel luogo virtuale, assumono rilievo sia l'art. 13 Cost., nonché gli artt. 14 e 15 Cost.[43].

Come è noto, il Giudice delle Leggi ha statuito che la messaggistica e la posta elettronica archiviate su un supporto digitale rifuggono dalla qualificazione di mero materiale documentale, preservando l'ontologica natura di corrispondenza[44]. Trattasi di affermazioni gravide di conseguenze sul piano ermeneutico. Il sequestro di un dispositivo informatico, che per l'uso per il quale è stato concepito, è vettore ma anche deposito di corrispondenza[45].

Ebbene, l'approdo ermeneutico che riconduce le comunicazioni digitali nell'alveo protettivo dell'art. 15 Cost., riverbera effetti dirompenti sullo statuto delle garanzie procedimentali. La citata disposizione, nell'istituire la nota duplice riserva di legge e di giurisdizione[46], non si limita a postulare il vaglio dell'autorità giudiziaria – requisito sino ad ora assolto dal decreto di sequestro del pubblico ministero –, ma esige che ogni compressione della libertà di corrispondenza avvenga con le garanzie stabilite dalla legge[47].

Ne discende che l'attuale assetto normativo palesi una significativa lacuna: se la limitazione della libertà e segretezza della corrispondenza può avvenire solo nei limiti indicati dalla legge

[40] Si veda, *ex multis*, C. eur., 16.2.2000, *Amann c. Svizzera*. Altresì cfr., F.M. Molinari, *op. cit.*, 19 ss.

[41] O. Murro, *Sequestro dei dispositivi informatici: verso l'art. 254* ter *c.p.p.? Brevi note a margine del d.d.l. a.s. n. 806*, in *www.penaledp.it*, 12.3.2024, 1. L'Autrice sottolinea che «la disinvolta disciplina codicistica con la quale – sinora – si sono legittimate le operazioni investigative nei dispositivi informatici (*smartphone*, *computer*, *tablet*, etc..) è apparsa non solo inadeguata, ma anche inidonea a limitare le attività di indagine che impattano sui diritti fondamentali, nonché su quelli di c.d. di seconda e terza generazione».

[42] O. Murro, *Sequestro dei dispositivi informatici*, cit. 1. Si precisa che «tali dispositivi dischiudono al loro interno un vero e proprio mondo virtuale, idoneo a descrivere l'intera esistenza digitale delle persone. Più precisamente, in riferimento allo *smartphone*, non è apparso peregrino sostenere che esso mediato dalla connessione alla Rete, diventi una vera e propria proiezione informatica dell'individuo che abbraccia l'intera esistenza dell'uomo. Questi, infatti, attraverso il dispositivo elettronico svolge la sua vita digitale (lavora, effettua ricerche, comunica, socializza, etc.), esercitando così i suoi diritti fondamentali». Esamina l'impatto degli strumenti di indagine sui diritti individuali, R. Orlandi, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, in *RIDPP* 2020, 735 s.

[43] Si veda, più ampiamente, G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Milano 2023, 203 ss.; A. Camon, *La disciplina costituzionale*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Milano 2023, 99 ss.

[44] Il riferimento naturalmente va a C. cost., 27.7.2023, n. 170.

[45] A. Chelo, *op. cit.*, 2.

[46] Più ampiamente L. Filippi, *Il cellulare "contenitore" di corrispondenza anche se già letta dal destinatario,* in *www.penaledp.it.* 6.9.2023, 2.

[47] A. Chelo, *Tanto tuonò che piovve: il nuovo sequestro di dispositivi informatici*, in *www.penaledp.it*, 29.2.2024, 3.

quanto ai casi, modi e garanzie, non appare più sostenibile l'assenza di una norma *ad hoc* che regoli le forme dell'ingerenza statuale sui messaggi archiviati. Tale vuoto non può essere colmato mediante il ricorso al paradigma del sequestro probatorio "ordinario" *ex* art. 253 Cpp. Sebbene sia ormai acquisito che il baricentro dell'atto d'imperio si sia spostato dal "contenitore" al "contenuto", la formula generale del sequestro di cose pertinenti al reato si rivela strutturalmente inidonea a soddisfare le esigenze richieste dall'art. 15 Cost.[48].
Per colmare siffatte lacune, i d.d.l. 690[49] e 860[50] mirano a introdurre nell'alveo del nostro codice di rito l'art. 254 *ter* Cpp: la norma dovrebbe riprendere la disciplina delle intercettazioni,

[48] A. Chelo, *op. cit.*, 3.
[49] Si tratta del disegno di legge d'iniziativa dei Senatori P. Zanettin e G. Bongiorno comunicato alla presidenza il 19 luglio 2024, recante "modifiche al codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi e sistemi informatici, smartphone e memorie digitali". In tal senso, K. La Regina, *Il sequestro dei dispositivi di archiviazione digitale*, in *www.penaledp.it*, 12.10.2023, 5, sottolinea che «diversa, anche dal punto di vista dei valori sottostanti, è la prospettiva che viene riversata nella seconda proposta di legge, la n. 690, presentata dal Senatore R. Scarpinato, la quale – e nonostante conduca la copia forense nell'archivio riservato delle intercettazioni – appare, invece, molto più attenta alle esigenze dell'accertamento piuttosto che ai diritti individuali. Qui lo schema è presentato come una sorte di ibrido tra il procedimento di sequestro, le disposizioni relative all'acquisizione dei dati del traffico telefonico e le intercettazioni. In sintesi: al p.m. serve l'autorizzazione del giudice per procedere al sequestro ma nei casi di urgenza può provvedere di propria iniziativa, salvo successiva convalida; sia nel caso di azione autorizzata che nell'ipotesi di atto compiuto d'iniziativa non è prevista la sottoposizione al giudice del fascicolo o comunque di materiale ulteriore rispetto al provvedimento del p.m. Come nel d.l. n. 806, anche in questa proposta manca l'indicazione di un catalogo di reati anche se, a differenza della prima, nella n. 690 si è seguita la strada delle intercettazioni e si istituisce un doppio regime: servono gravi indizi di reato per la generalità dei reati e sufficienti indizi per quelli attinenti alla criminalità organizzata. Nel progetto dell'On. Scarpinato, inoltre, non c'è contraddittorio con gli interessati: qui è il pubblico ministero che, in solitaria, stabilisce l'area di ciò che è rilevante e di ciò che non lo è. Lo dimostra anche il fatto che, a conclusione delle operazioni e comunque non oltre settantadue ore (termine peraltro non presidiato da sanzione), si restituisce solo il dispositivo e non la copia forense, la quale però viene indirizzata nell'archivio riservato. Gli interessati appaiono sulla scena solo una volta concluse le operazioni di selezione dei dati rilevanti, perché possono richiedere – non è chiarito in che modo in che tempi e con quali possibili sviluppi procedimentali nel caso di disaccordo con il p.m. – la distruzione di quanto non rilevante per le indagini».
[50] Si fa riferimento al disegno di legge d'iniziativa del Senatore R. Scarpinato, comunicato alla presidenza il 9 maggio 2023, relativo "all'introduzione dell'art. 254 *ter* Cpp recante norme in materia di sequestro di strumenti informatici". Di qui, K. La Regina, *op. cit.*, 3, precisa che «si prevedono, particolare, i profili che devono essere oggetto di specifica motivazione da parte del p.m., sia sotto il profilo del nesso di pertinenza tra il bene appreso e l'oggetto delle indagini, sia in relazione alla tipologia di operazioni tecniche da svolgere per eseguire la selezione dei dati; si prevede, inoltre, che questa selezione sia circoscritta ai soli dati effettivamente necessari per il prosieguo delle indagini. In questo contesto, l'analisi e l'esame dei dati viene impedita fino all'espletamento delle operazioni di selezione; queste ultime, infatti, devono essere svolte in contraddittorio con gli interessati e i difensori. Lo schema prescelto è quello degli accertamenti tecnici irripetibili, con la conseguenza anche di risolvere l'annosa questione circa la doverosità per l'acquisizione della *digital evidence*, della attivazione del congegno di cui all'art. 360 Cpp Questo meccanismo, pertanto, diviene funzionale alla selezione dei dati rilevanti e correlativamente alla duplicazione dei soli dati selezionati. Nonostante, nelle sue linee complessive, si tratti di una proposta da cui certamente non resta estraneo il tema del necessario equilibrio tra le esigenze difensive e quelle di accertamento, restano diverse zone d'ombra. In primo luogo, si assiste ad una marginalizzazione del ruolo del g.i.p., la quale si scorge, peraltro, dallo sbarramento alla possibilità di sollevare riserva di pro di promuovere incidente probatorio perché, nel richiamare la disciplina di cui all'art. 360 Cpp, si fa espressa esclusione del comma 4. Che al g.i.p. venga ritagliato un ruolo di secondo piano, del resto, emerge anche dalla scelta di affidare al p.pm. la decisione sulle questioni concernenti il rispetto dei principi di necessità e proporzione nella selezione dei dati: in questo contesto, infatti, è il *dominus* che decide entro quarantotto ore e il g.i.p. deve esprimersi sulla convalida del provvedimento entro le successive quarantotto ore. Tuttavia, non c'è traccia di messa a disposizione del giudice di elementi di valutazione diversi dal provvedimento decisorio del p.m.; di conseguenza, l'impressione è che, nella traduzione operativa, possa agevolmente prendere vita quello stesso simulacro di controllo che caratterizza la verifica di una intercettazione urgente, rispetto alla quale è ben noto che la convalida non rappresenti affatto il controllo di legittimità di un atto compiuto in sostituzione ma, piuttosto, la sanatoria di un illegittimo. In questa proposta, infine, non si fa riferimento all'archivio e ciò in quanto, una volta

ponendosi l'obiettivo di giungere a un punto di equilibrio tra la tutela della *privacy* e la salvaguardia delle esigenze investigative[51].
Vero che l'art. 253 Cpp è anodino e che l'art. 254 *bis* Cpp non riguarda specificamente il tema del sequestro di dispostivi informatici, ma è altrettanto vero che la recente attenzione del legislatore ha trovato innesco in quella giurisprudenza di legittimità[52] che ha fissato dei limiti ai c.d. "sequestri a strascico" stabilendo le condizioni necessarie affinché un vincolo esteso possa dirsi proporzionato e quindi legittimo – condizioni essenzialmente collocate sul piano dell'onere motivazionale incombente sul pubblico ministero.
Nel solco così tracciato, si deve negare albergo a un preventivo e indefinito monitoraggio del *device* in attesa di una futuribile captazione dei dati d'interesse; non meno illegittimo appare il sequestro di dati che non rechino l'impronta di una stretta pertinenza con l'ipotesi accusatoria[53]. Ne discende che il provvedimento di sequestro informatico dovrà avere una motivazione articolata e dettagliata in ordine alla modalità di selezione dei dati, al fine di evitare che il sequestro si trasformi in una sorta di pesca a strascico nel *mare magnum* dei dati personali.
Invero, lo schema concettuale del sequestro probatorio appare costruito su un paradigma di apparente linearità: individuata una cosa utile all'indagine, essa viene appresa e assicurata al processo[54]. Chi ha patito l'atto potrà poi invocare il controllo giudiziale, così da impedire compressioni indebite del diritto di proprietà[55]. Questo schema si è però incrinato aprendo scenari inaspettati. L'antecedente cornice dogmatica, incardinata sulla rigida dicotomia tra l'apprensione del supporto fisico *ex* art. 253 Cpp e la successiva estrazione di copia *ex* art. 258 Cpp, determinava una significativa aporia nel sistema delle tutele endoprocedimentali. In virtù del principio di tassatività dei mezzi di gravame, l'ordine di estrazione di copia, quale atto ulteriore e distinto rispetto al decreto di sequestro[56], risultava insuscettibile di autonoma impugnazione[57], relegando il sindacato difensivo al solo vaglio di utilizzabilità in fase dibattimentale.

---

eseguita la copia dei dati di interesse, il dispositivo e l'eventuale copia integrale – che può essere disposta, ai sensi del comma 2 del progetto di norma, prima e senza contraddittorio, quanto vi è un pericolo che il contenuto dei dispositivi possa essere cancellato, alterato o modificato – sono immediatamente restituiti all'avente diritto».

[51] A. Chelo, *op. cit.*, 1.

[52] *Ex plurimis* Cass. 29.1.2025, n. 17677; Cass. 13.10.2025, n. 33657; Cass. 4.3.2025, n. 9797; Cass. 3.1.2024, n. 222; Cass. 20.11.2024, n. 1286; Cass. 3.2.2022, n. 17878; Cass. 19.3. 2021, n. 10815.

[53] A. Testaguzza, *op. cit.*, 1662.

[54] L. Bartoli, *Sequestro di dati ai fini probatori: soluzioni provvisorie a incomprensioni durature*, in *www.archiviopenale.it*, 5.3.2018, 1. Si precisa che «per com'è descritto dal libro terzo del codice il sequestro sembra una faccenda semplice: cercata e trovata una cosa utile all'indagine, la si prende e la si porta via, così da assicurarla al processo». Risuonano quanto mai attuali gli insegnamenti di F. Carnelutti, *Principi del processo penale*, Napoli 1960, 174, il quale evidenzia che «andare alla ricerca della prova somiglia assai spesso, per quanto il paragone possa sembrare bizzarro, ad andare a caccia di farfalle: quando si sono afferrate, bisogna conservarle, ed è un'operazione difficile per il pericolo di guastare a loro le ali».

[55] A. Camon, *Le prove*, in AA.VV., *Fondamenti di procedura penale*, Milano 2023, 418. Difatti, «il sequestro è menzionato nella Carta fondamentale nell'art. 14, sulla libertà di domicilio; ma può incidere anche su altri interessi costituzionalmente rilevanti, quali il diritto di proprietà e la libertà di iniziativa economica». Altresì, G. Cascone, *op. cit.*, 124.

[56] «La conclusione trova fondamento nell'idea per cui l'attività di estrazione della copia e l'istituto del sequestro sarebbero tra loro perfettamente autonomi, non costituendo il secondo presupposto indefettibile della prima. Perciò, posto che l'art. 568 Cpp sancisce il principio della tassatività delle impugnazioni, il riesame – ossia il mezzo espressamente previsto per il provvedimento di sequestro, non può costituire lo strumento per sindacare la legittimità dell'estrazione della copia». Così, M. Niccolini, *op. cit.*, 542, nota 51.

[57] Cass. 24.4.2008, n. 18253 con osservazioni di E. Aprile, *Carenza di interesse al riesame del sequestro probatorio di bene già restituito previa estrazione di copia*, in *CP* 2008, 4031 ss.

L'approdo ermeneutico segnato dalla Convenzione di Budapest ha determinato un profondo mutamento del panorama appena disegnato[58]. Sotto questo profilo, l'estrazione di copia dei dati sequestrati ha smesso di configurarsi quale attività istruttoria dotata di autonoma alterità rispetto al sequestro, assurgendo piuttosto a modalità esecutiva del vincolo ablatorio di cui all'art. 253 Cpp. Le ricadute sistematiche di tale approdo assumono una portata dirompente: la restituzione del dispositivo digitale, lungi dal determinare la caducazione della misura, non ne segna la perdita di efficacia[59]. In altri termini, lo svincolo del contenitore, non estingue la coazione sul contenuto, che permane cristallizzato nella copia forense[60]. Ne discende che l'interesse di gravame, sì da poter ottenere la restituzione dei dati estratti in copia, sopravvive pure allo svincolo dell'apparecchio elettronico.

In trepida attesa che il legislatore, «folgorato sulla via di Damasco»[61], sia illuminato da una rinnovata coscienza e colga appieno la portata cruciale della materia, l'esigenza di una riflessione della disciplina è imposta anche dalla trasformazione che permea l'odierno ecosistema comunicativo. L'universo telematico «rappresenta sempre di più un'*agorà* globale, dove soggetti lontani possono tessere rapporti attraverso piattaforme comunicative che proliferano costantemente»[62].

In questo spazio, si pone lo *smartphone*, il quale ha progressivamente abbandonato la sua caratteristica di mero strumento comunicativo per assurgere a dispositivo con il quale la persona svolge le più disparate attività[63]. Risulta pertanto evidente la ragione che elegge lo *smartphone* a principale bersaglio dell'attività investigativa: il patrimonio informativo racchiuso nell'alveo del *device* offre «un raffinato spaccato della vita quotidiana dell'individuo»[64].

Posto che il sequestro del dispositivo trascini con sé il compendio delle comunicazioni ivi custodite, non vi è ragione alcuna per cui tale atto resti privo di presìdi procedurali commisurati alla sacralità dei diritti coinvolti. In tale ottica, il ricorso al sequestro del vettore telematico deve essere sorretto da un onere motivazionale di peculiare rigore, al fine di comprovare, nel rispetto del principio di proporzionalità, che la misura è indispensabile per la prosecuzione delle indagini.

---

[58] La rivoluzione copernicana in materia è rappresentata, come si è detto, dalla Convenzione di Budapest, di poco successiva al *dictum* delle Sezioni Unite Tchmil. In particolare, G. Todaro, *Restituzione di bene sequestrato, estrazione di copia, interesse ad impugnare:* revirement *delle Sezioni Unite*, in *DPenCont* 2017, 164, chiarisce che con il punto 197 del rapporto esplicativo alla Convenzione di Budapest, adottato dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, è stato evidenziato che "*sequestrare*" significa "*prendere il supporto fisico sul quale i dati o le informazioni sono registrati oppure fare e trattenere una copia di tali dati o informazioni".*

[59] G. Todaro, *op. cit.*, 165.

[60] Cass. 14.2.2019, n. 41974. In particolare, la Suprema corte ha precisato che laddove venga trattenuta una copia integrale dei dati presenti su un dispositivo sequestrato, nonostante quest'ultimo venga restituito al proprietario, ciò comunque determina la sottrazione all'interessato dell'esclusiva disponibilità delle informazioni: pertanto, anche in tal caso permane il sequestro probatorio, avente ad oggetto la copia informatica o la riproduzione su supporto cartaceo dei dati contenuti nell'archivio del dispositivo. In altri termini, la restituzione, previo trattenimento di copia del supporto fisico, non comporta il venire meno del sequestro, in quanto permane, sul piano del diritto sostanziale, una perdita per il titolare del dato.

[61] A. Chelo, *op. cit.*, 1588.

[62] O. Murro, *Lo smartphone come fonte di prova*, cit., 17.

[63] «Lo smartphone non è più solo un mezzo di comunicazione, ma è diventato "lo" strumento per eccellenza con il quale la persona lavora, si relaziona, effettua ricerche e, più ampiamente, produce dati: chat, e-mail, archivi multimediali, agende elettroniche, documenti, geolocalizzazione, cronologia internet. Tutte informazioni che, racchiuse nel dispositivo elettronico, permettono di mappare le abitudini di vita dell'individuo, sino a delineare le caratteristiche descrittive della persona». In questi termini, O. Murro, *Prospettive in tema di sequestro dello* smartphone*: le novità approvate dal Senato,* in *DPP* 2024, 1619.

[64] O. Murro, *Lo smartphone come fonte di prova,* cit., 19.

In definitiva, appare, dunque, necessario l'innesto di un segmento di controllo affidato al giudice per le indagini preliminari, potenziandone l'effettività e l'orizzonte conoscitivo, cercando così di compiere quel passo necessario al fine di superare il perimetro della suggestiva immagine consegnataci da Massimo Nobili: in questo quadro, occorrerebbe un organo giurisdizionale investito di poteri ben più incisivi rispetto a quelli in dote al giudice delle indagini preliminari; un giudice, per l'appunto, "senza occhi e senza braccia"[65]. Ancora, considerata la natura dei dati coinvolti, si impone il ricorso allo strumento degli accertamenti tecnici irripetibili, a garanzia di una selezione pertinente e di un immediato contradditorio. Infine, la previsione di termini perentori per lo svolgimento delle operazioni di selezione dei dati e restituzione del *device*, prescritti a pena di inammissibilità, costituisce l'unico argine contro possibili derive autoritarie[66].

3. Giunti a questo punto, l'ormai pervasiva influenza dell'informatica nell'ambito del procedimento penale[67] per migliorarne l'efficacia attraverso una più facile acquisizione e consultazione dei dati, non può che portare a interrogarsi, con rinnovata consapevolezza delle trasformazioni in atto, sull'eventuale utilizzo dell'intelligenza artificiale nella selezione del materiale informatico sequestrato. L'alba di una nuova era, dai contorni ancora nebulosi, che suscita reazioni diametralmente opposte: da un lato, un atteggiamento protettivo e un timore reverenziale; dall'altro, viene osannata come un «Eden ritrovato»[68].

L'impiego di algoritmi, in grado di operare su grandi moli di dati, potrebbe, almeno in linea teorica, consentire di superare quelle prassi investigative caratterizzate da una indistinta apprensione dell'intero contenuto dei dispositivi informatici, orientando invece l'attività di ricerca verso una selezione più mirata e coerente con le esigenze probatorie del caso concreto[69]. Detto altrimenti, l'intelligenza artificiale potrebbe assurgere a filtro preliminare nell'individuazione delle informazioni pertinenti all'indagine in corso.

---

[65] M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna 1989. Si veda ad esempio 139 s.; 142 s.; 357 s.; 369 s.

[66] Nell'ottica di una compiuta ricognizione dei possibili interventi del legislatore nella materia *de qua*, sia consentito ancora il rimando a O. Murro, *Lo smartphone come fonte di prova,* cit., 293 ss.

[67] L. Romanò, *Intelligenza artificiale come prova scientifica del processo penale: una sfida tra* machine generated evidence *e equo processo*, in *Prova scientifica e processo penale*, a cura di G. Canzio e L. Lùparia, Milano 2022, 914. «Nell'era dei *Big Data*, gli algoritmi e l'intelligenza artificiale […] hanno ormai pervaso molto ambienti del vivere sociale e sono già utilizzati nei processi decisionali: sofisticati *software* e modelli di "apprendimento automatico" (*machine learning*) sono in grado di elaborare un'enorme quantità di informazioni, interpretarle, stabilire correlazioni e utilizzare gli *output* per formulare previsioni e per prendere decisioni. I mutamenti antropologici prodotti dall'era digitale non hanno certo lasciato indifferente il mondo del diritto, che, facendosi recettore delle nuove istanze di riconoscimento e tutela legate al progresso tecnico scientifico, è già da tempo chiamato a confrontarsi con le sfide della "società algoritmica"». Sul rapporto problematico tra intelligenza artificiale e processo penale, si veda G. Riccio, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale,* in *www.archiviopenale.it,* 12.11.2019, 5 ss.

[68] S. Lorusso, *La sfida dell'intelligenza artificiale al processo penale nell'era digitale*, in *www.sistemapenale.it,* 28.3.2024, 1.

[69] Si vedano le osservazioni di P. Dal Checco, *IA a supporto di perquisizione, sequestro e la conseguente analisi forense,* in *Intelligenza artificiale e indagini penali,* a cura di C. Parodi e T. Rizzo, Piacenza 2025, 189. In particolare, «chi si occupa di investigazioni digitali sa bene che ogni operazione – dalla perquisizione al sequestro, fino all'analisi dei dati – genera una mole enorme di informazioni. Dischi rigidi, smartphone, servizi cloud, messaggistica istantanea, e-mail, backup: tutto può contenere prove rilevanti, ma il problema è trovarle spesso in mezzo a milioni di dati e farlo nel rispetto delle regole. Qui l'intelligenza artificiale può offrire un aiuto reale: non si tratta di sostituire l'uomo, ma di affiancarlo, gestire le parti di lavoro ripetitive, quelle che richiedono conoscenze enciclopediche, incrocio dei dati, ragionamenti comparativi e logici su moli di dati difficilmente gestibili da un singolo essere umano».

Tuttavia, tale prospettiva, lungi dal risolversi in una soluzione priva di criticità, impone una riflessione ben di più ampio respiro. L'affidamento, sia pure parziale, a sistemi algoritmici del compito di selezionare il materiale sequestrato rilevante, solleva questioni di non poco momento, che investono tanto il piano delle garanzie processuali quanto quello della trasparenza e della controllabilità delle operazioni compiute[70]. Il rischio, invero, è che il criterio selettivo venga traslato da una valutazione umana a un processo decisionale opaco, il cui funzionamento risulti difficilmente decifrabile secondo il paradigma della c.d. *black box*[71].
Ne deriva l'esigenza di delineare un sistema di garanzie capace di evitare che l'innovazione tecnologica si traduca in una surrettizia elusione dei presìdi che devono governare l'esercizio del potere investigativo[72].
In particolare, l'eventuale utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale nelle operazioni di selezioni dei dati sequestrati dovrebbe essere sorretto da taluni protocolli operativi rigorosi e previamente determinati, idonei a esplicitare i criteri di funzionamento dell'algoritmo, le categorie di dati oggetto di accertamento e i parametri di rilevanza adottati[73]. Solo in tal modo sarebbe possibile assicurare la verificabilità *ex post* delle operazioni compiute e, con essa, il vaglio processuale secondo i dettami dell'art. 192 Cpp.
Rimanendo nel solco fin qui tratteggiato, occorre altresì evidenziare l'impiego dell'intelligenza artificiale nel contesto della copia forense. Non si tratta di una questione di lana caprina, né un vacuo esercizio di stile. Al contrario, «tale tecnologia interviene sia nella configurazione automatica degli strumenti di acquisizione, ottimizzando parametri come il tipo di copia, sia nel monitoraggio della qualità della duplicazione». Invero, il *punctum pruriens* risiede nella capacità di questi sistemi di analizzare «in tempo reale i *log* di acquisizione per individuare anomalie come settori danneggiati, errori di lettura, discrepanze nei valori *hash*»[74] suggerendo al tecnico le necessarie azioni correttive.

---

[70] Pone taluni interrogativi, P. Dal Checco, *op. cit.*, 190, «Come facciamo ad esempio a fidarci di un algoritmo se non possiamo capire davvero come ragiona, su quali dati si basa, quali princìpi ha seguito nel "ragionamento" che lo ha portato alla conclusione?».
[71] L. Romanò, *op. cit.,* 922, ove si precisa che «un altro problema in ormai "classico" in materia di IA è quello della *black box*, che allude all'impossibilità pratica di spiegare con esattezza il risultato prodotto dalla macchina. Da un lato entrano dati (*input*) e dall'altro vengono fuori conclusioni (*output*). Nel mezzo, "una scatola nera" la cui opacità è normalmente inaccessibile perfino ai programmatori stessi. Sicché il funzionamento dell'IA viene icasticamente paragonato da taluni a quello di un moderno "oracolo" che, contrariamente ai suoi antichi predecessori, opera con altissima precisione statistica».
[72] Più ampiamente, G. Canzio, *Processo penale e intelligenza artificiale: sfide e prospettive*, in *Intelligenza artificiale e indagini penali*, a cura di C. Parodi e T. Rizzo, Piacenza 2025, 7 s.
[73] Si vedano sull'argomento le osservazioni di S. De Flammineis, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo penale telematico e intelligenza artificiale*, in *www.sistemapenale.it,* 8.3.2024, 20. Si osserva che «questo processo di ricerca ed acquisizione di prove digitali mediante strumenti di intelligenza artificiale deve muoversi all'interno di binari di cautele e garanzie normativamente fissate, […], a livello nazionale ed internazionale, anche per il controllo della genuinità dell'acquisizione. Alle capacità operative notevolmente superiori – e sempre progressivamente in crescita – degli apparati dotati di intelligenza artificiale non deve corrispondere un inadeguato sistema di verifica della correttezza di tali strumenti, nel rispetto delle garanzie e diritti sanciti anche sul piano costituzionale al contrario, a mezzi più forti ed invasivi di ricerca della prova devono corrispondere griglie giuridiche di salvaguardia efficaci e controllabili. Queste griglie devono riguardare tutti i poteri investigativi che possono essere messi in campo nel corso delle indagini preliminari, ivi compresi quelli della polizia giudiziaria a cui, per esempio, potrebbero essere affidati sistemi di intelligenza artificiale relativi alla c.d. polizia predittiva. Il percorso normativo che si sta affrontando, ad esempio, a livello europeo, fino all'adozione di un regolamento *ad hoc* per una "prima" disciplina dell'IA tende proprio a disegnare una rete di principi volti a trattenere le potenzialità lesive e dannose di tali strumenti senza indebolirne le potenzialità».
[74] In questi termini, P. Dal Checco, *op. cit.,* 192, da cui è tratta anche la citazione precedente.

È imperativo, tuttavia, che l'intelligenza artificiale operi come ausilio tecnico, e non come surrogato dell'autorità giudiziaria[75]. Siffatto strumento è, dunque, un acceleratore necessario, ma il suo impiego *de iure condendo* richiede un rigoroso inquadramento normativo che bilanci l'efficacia con le garanzie fondamentali del giusto processo[76].
In definitiva, l'irruzione dell'intelligenza artificiale nell'alveo del sequestro informatico non può essere letta né in termini salvifici né, per converso, come una minaccia alle garanzie individuali. Essa rappresenta, piuttosto, una sfida per il giurista contemporaneo, il quale ha l'onere di mantenere come stella polare il monito secondo cui «la tecnica è chiamata, alla stregua di ogni altra prova, a piegarsi alle regole e ai valori a cui si ispira il procedimento penale»[77].

[75] Ancora, P. Dal Checco, *op. cit*., 194. In particolare, «tutto ciò […] non può sostituire l'attività umana ma la supporta in maniera strategica: la responsabilità delle decisioni, delle valutazioni e della correttezza delle operazioni compiute rimane saldamente in capo al personale della polizia giudiziaria o al consulente tecnico. L'adozione di tecnologie basate su intelligenza artificiale, soprattutto se ben integrate nei protocolli operativi e correttamente documentate, può certamente aumentare l'affidabilità delle operazioni e ridurre il rischio di nullità, inutilizzabilità o contestazioni giuridiche e tecniche delle prove digitali».
[76] Sui rapporti tra intelligenza artificiale e giusto processo, si veda G. Canzio, *op. cit.*, 1 ss.
[77] Così, O. Murro, *Sequestro dei dispositivi informatici*, cit., 9.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE E ATTIVITÀ REQUIRENTE: LA GESTIONE DELLA NOTIZIA DI REATO MEDIANTE *SOFTWARE* PREDITTIVI

di Domenico Gaudiano (Dottorando di ricerca in Diritti, economie e culture del mediterraneo, Università degli Studi di Bari Aldo Moro)

Il contributo prende in esame l'ascesa dei sistemi di intelligenza artificiale, dapprima in una prospettiva generale e, successivamente, nel quadro della normativa eurounitaria (Reg. UE 2024/1689) e nazionale (l. 23.9.2025 n. 132). L'analisi si sofferma, poi, sulla possibilità che tali *software* possano insinuarsi tra gli strumenti a disposizione dell'organo inquirente e, in particolare, che il pubblico ministero possa adoperare queste risorse informatiche per governare in modo più efficiente la fase iniziale e conclusiva di esistenza della *notitia criminis*. In ispecie, ci si domanda se, ed eventualmente in che modo, l'intelligenza artificiale possa agevolare il p.m. nella selezione "qualitativa" e nell'iscrizione delle notizie di reato, per un verso, e nella scelta tra esercizio dell'azione penale e archiviazione, per altro verso.
The paper examines the rise of artificial intelligence systems, first from a general perspective and, subsequently, within the framework of European Union legislation (EU Reg. 2024/1689) and national legislation (Law No. 132 of 23 September 2025). Then, the analysis focuses on the possibility of these softwares being integrated into the tools available to the investigative authority and, in particular, on how the public prosecutor might utilize these AI resources to more efficiently manage the initial and final stages of the *notitia criminis*. Specifically, the study explores whether, and if so how, artificial intelligence can assist the public prosecutor in the "qualitative" selection and registration of crime reports, on the one hand, and in the choice between initiating criminal prosecution and requesting dismissal, on the other.

intelligenza artificiale, pubblico ministero, notitia criminis
artificial intelligence, prosecutor, notitia criminis

Sommario: 1. La rivoluzione digitale dell'*AI* e le prime regolamentazioni, tra *AI Act* e l. 23.9.2025 n. 132. – 2. Il possibile ausilio dell'intelligenza artificiale nell'iscrizione della *notitia criminis*. – 3. *AI* e valutazioni supportive nella decisione del p.m. tra azione e inazione penale. – 4. Considerazioni conclusive: come evitare la *trauermarsch* del procedimento penale.

1. La rivoluzione tecnologica che il sopravanzare dell'intelligenza artificiale ha comportato nella vita quotidiana di relazione e, più in generale, in ogni settore del sapere appare ineluttabile nella sua progressione.
Quando si discorre di AI, in particolare, ci si riferisce ad una «scienza che ha l'obiettivo di riprodurre tecnologicamente alcuni aspetti del pensiero e delle azioni umane per elaborare programmi informatici o macchine intelligenti (*robot*) in grado di interagire con l'ambiente esterno, assumendo decisioni con crescenti gradi di autonomia»[1].
Senza voler scendere nel dettaglio di una disciplina estremamente complessa e particolarmente tecnica, quello che maggiormente rileva è che il funzionamento e l'utilizzo delle AI richiede e

[1] L. d'Avack, *Intelligenza artificiale e diritto: problematiche etiche e giuridiche*, in *Dir. fam.* 2023, 4, 1710. Per alcune ricognizioni di definizioni che adottano differenti prospettive, v. A. Alù, *I differenti approcci regolatori in materia di intelligenza artificiale tra evoluzione tecnologica e risvolti applicativi*, in *Dir. fam.* 2023, 3, 1127 ss.; C. Burchard, *L'intelligenza artificiale come fine del diritto penale? Sulla trasformazione algoritmica della società*, in *RIDPP* 2019, 4, 1911 ss.; G. Ubertis, *Processo penale telematico, intelligenza artificiale e Costituzione*, in *CP* 2024, 441 ss.

a sua volta fornisce enormi quantitativi di informazioni, che vanno sotto il nome di «dati»[2]: se è vero che «oggi, il sapere ha la forma del *dato*», lo è altrettanto che «la mole di dati disponibili in rete p[uò] essere processata solo tramite intelligenze artificiali, capaci di operare in condizioni di *insights-overload*»[3] (letteralmente, "sovraccarico di stimoli"), attraverso la ricerca dell'informazione digitale richiesta tra miliardi di altre nozioni disponibili a sistema (c.d. *data mining*[4]).

Per fare ciò, anche il più basico dei sistemi di AI di ultima generazione si avvale delle cosiddette «reti neurali artificiali» (o *Artificial Neural Network, ANN*), ossia innovativi modelli di calcolo matematico-statistici applicati a strutture non-lineari che simulano, in maniera per l'appunto artificiale, il funzionamento del sistema nervoso umano[5]. Ogni rete neurale artificiale è composta da strati (*layers*): mentre tutti i *software AI-based* sono corredati, ai fini del loro funzionamento essenziale, da uno strato "esterno" (di ricezione dell'*imput*) e da uno strato più profondo (volto alla creazione dell'*output*), il numero di strati nascosti (*hidden layers*) è variabile e determina la potenza computazionale, e di riflesso il grado di "intelligenza", della macchina[6].

Al netto di tali considerazioni di carattere strettamente tecnico-informatico, si intuisce come la rivoluzione digitale che va sotto il nome di "intelligenza artificiale" possa aver avviato una sorta di "corsa alla positivizzazione" del fenomeno, tanto a livello europeo quanto nazionale.

Così, l'Unione Europea, al fine di evitare il rischio di prestare il fianco a vuoti di tutela, si è fatta promotrice (prima a livello mondiale) di un Regolamento ad oggi noto come AI Act (Reg. UE 2024/1689 del 13.6.2024)[7].

---

[2] Lo spiega bene, *ex multis*, M. Torre, *Nuove tecnologie e trattamento dei dati personali nel processo penale*, in *DPP* 2021, 1048.

[3] Così E.C. Raffiotta, M. Baroni, *Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità*, in *BioLaw Journal* 2022, 1, 6 s. Similmente, G. Canzio, *Intelligenza artificiale e processo penale*, in *Prova scientifica e processo penale*², a cura di G. Canzio, L. Lupària Donati, Milano 2022, 797, il quale postula, da parte della «*machina sapiens*», l'utilizzo di «complesse operazioni di *input* e *output* dei dati»; M. Minafra, *Nuove tecnologie e giusto processo: erosioni all'orizzonte*, in *Bioetica, diritti e intelligenza artificiale*, a cura di A. Patroni Griffi, Milano 2023, 386, la quale parla di «capacità non soltanto di trattazione automatizzata di enormi quantità di dati e di fornire le risposte per le quali sono stati programmati i sistemi, ma anche di acquisire, sulla base di appositi algoritmi di apprendimento, la attitudine a formulare previsioni o assumere decisioni». A tal proposito, G. Resta, *Cosa c'è di 'europeo' nella Proposta di Regolamento UE sull'intelligenza artificiale?*, in *DInf* 2022, 334, parla di un vero e proprio «potere dei dati», i quali rivestono un'importanza sconfinata «per l'elaborazione, l'addestramento e funzionamento di qualsiasi dispositivo di intelligenza artificiale».

[4] Per un approfondimento sul *data mining* in rapporto ai diritti fondamentali, v. F. De Simone, *Una nuova tipologia di misure di prevenzione: algoritmi, intelligenza artificiale e riconoscimento facciale*, in *www.archiviopenale.it* 26.5.2023, 22 ss.

[5] Grazie al «paradigma connessionistico proprio delle reti neurali e del cervello umano», tali *ANN* «sono più flessibili e non si limitano, come i computer tradizionali, a svolgere operazioni predeterminate in cui, a partire da input simbolici e precisi, si riesce a restituire un output, ma possono arrivare a risolvere qualsiasi classe di problema. Le ANN, inoltre, acquisiscono la capacità di imparare i patterns e le associazioni tra di essi anche a partire da dati 'caotici' e incompleti, senza aver bisogno di essere esplicitamente programmate, ma solo attraverso l'analisi di esempi» (cfr. G. Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento facciale*, Napoli 2021, 54, nonché la dottrina ivi citata).

[6] L. Algeri, M. Torre, *Aspetti definitori e delimitazione della materia*, in *La decisione penale tra intelligenza emotiva e intelligenza artificiale*, a cura di G.M. Baccari, P. Felicioni, Milano 2023, 74. V. anche G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino 2012, 289.

[7] Per un inquadramento generale, v., solo per citarne alcuni, AA.VV., *Navigare l'european AI Act*, Milano 2024; V. Calaprice, *Il Regolamento europeo (c.d. AI Act)*, in *Manuale sull'Intelligenza Artificiale*, a cura di R. Razzante, Torino 2024, 17 ss.; *Il regolamento europeo sull'Intelligenza Artificiale. Commento al Reg. UE n. 1689/2024*, a cura di G. Cassano, E.M. Tripodi, Rimini 2024; *Commentario alla normativa in materia di intelligenza artificiale, Regolamento UE 2024/1689 ("AI Act"). Legge 23 settembre 2025, n. 132 ("Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale")*, a cura di C.E. Cazzato, I. De Feo, Torino 2026.; V. D'Antino, *L'approccio*

Ultimo di una serie di atti normativi di più blanda portata occorsi negli anni precedenti (tra cui si ricordano la «Carta Etica Europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari e negli ambiti connessi» del 2018[8], le «*Ethics Guidelines for Trustworthy Artificial Intelligence*» del 2019[9] e il c.d. «Libro bianco sull'Intelligenza Artificiale» del 2020[10]), il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale offre un plastico esempio di regolamentazione stratificata, complessa per certi versi (il documento legislativo è particolarmente corposo), e si rivela, nella sua ampia portata di carattere trasversale e "interdisciplinare", per quello che è: un tentativo di ricondurre a più rigidi ranghi una disciplina inedita, secondo criteri di armonizzazione scientifica, prudenza e apertura all'innovazione.
Difatti, «la natura dinamica e complessa di questi sistemi ha richiesto una normativa più flessibile, con disposizioni meno prescrittive e più generiche, con il precipuo scopo di evitare di vincolare l'AI Act in maglie troppo strette, riducendo il rischio di renderlo rapidamente obsoleto e, di conseguenza, lasciando spazio (o piuttosto un onere) all'interpretazione giurisprudenziale»[11].
Senza contare che particolarmente pregevole risulta, nel perimetro di disciplina disegnato dall'AI Act, il rinvio costante ed ineliminabile alla salvaguardia dei diritti fondamentali della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (*in primis*, democrazia, libertà, uguaglianza, dignità umana, riservatezza, salute)[12], di talché proprio la tutela dei valori e principi cardine

basato sul rischio nell'AI Act: un nuovo paradigma di regolazione dell'intelligenza artificiale, in *www.federalismi.it* 2.7.2025, 15 ss.; F. Ferri, *Il giorno dopo la rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea*, in *Quad. AISDUE* 2024, 1 ss.; *AI Act. Principi, regole ed applicazioni pratiche del Reg. UE 1689/2024*, a cura di M. Iaselli, Rimini 2024; *Intelligenza artificiale commentario. Regolamento (UE) 2024/1689 - AI ACT. Linee guida Commissione europea pratiche vietate. Disegno di legge sull'intelligenza artificiale*, a cura di A. Mantelero, G. Resta e G.M. Riccio, Milano 2025; D. Mastrelia, *Intelligenza artificiale tra innovazione e regolamentazione: "quid iuris" a seguito dell'"AI Act"? Un'analisi critica*, in *NDirSoc*, 2025, 1746 ss.; *Commentario. AI Act e legge nazionale sull'intelligenza artificiale. Regolamento (UE) 2024/1689 e legge n. 132/2025*, a cura di P. Perri, G. Vaciago e G. Ziccardi, Milano 2026; C. Pinelli, *L'AI Act: gestione del rischio e tutela dei diritti*, in *GI* 2025, 452 ss.; *La disciplina dell'intelligenza artificiale*, a cura di O. Pollicino, F. Donati, G. Finocchiaro e F. Paolucci, Milano 2025; *AI Act. La regolamentazione europea dell'Intelligenza artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Roma 2025; G. Salatino, *Regulating artificial intelligence in Europe: an overview of the AI Act*, in *DirCInt*, 4, 677 ss.; M. Torre, *Il Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale: i profili processuali*, in *PPG* 2024, 1534 ss.

[8] Documento di *soft law* redatto e adottato dalla CEPEJ (Commissione Europea per l'efficienza della giustizia) il 3.12.2018 nell'ambito del Consiglio d'Europa a Strasburgo. L'atto è strutturato in modo da prevedere cinque principi fondamentali che i destinatari devono osservare relativamente alla disciplina e all'utilizzo di *software* di intelligenza artificiale: rispetto dei diritti fondamentali, principio di non discriminazione, garanzia di sicurezza nel trattamento dei dati, trasparenza e controllabilità. V. *amplius* S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta Etica Europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 18.12.2018, 1 ss.

[9] Redatte dall'*High-Level Experts Group* (HLEG), un *team* di esperti incaricato di compilare delle linee guida in materia di AI. I lavori si conclusero l'8.4.2019.

[10] Il 19 febbraio 2020 vide la luce il «*White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*» (COM 2020 65 *final*), documento adottato dalla Commissione europea in cui si introduce per la prima volta il concetto di approccio «*risk-based*», ossia della graduazione del rischio su *standards* quantitativi predeterminati e sul suo livello di «accettabilità» all'interno dello spazio giuridico europeo. In generale, sui documenti "intermedi" in un certo senso prodromici all'AI Act, cfr. su tutti S. Quattrocolo, E. Sacchetto, *EU and AI. Lessons to be learned*, in *The Cambridge Handbook of Private Law and Artificial Intelligence*, ed. E. Lim, P. Morgan, Cambridge 2024, 636 ss.

[11] Così E. Cirone, *L'AI Act e l'obiettivo (mancato?) di promuovere uno standard globale per la tutela dei diritti fondamentali*, in *Quad. AISDUE* 2024, 2 s.

[12] Così operando, l'AI Act si pone nel solco già previamente tracciato nel Libro Bianco sull'Intelligenza artificiale. Cfr., sul punto, A. Simoncini, *La proposta di regolazione europea dell'intelligenza artificiale. Prime riflessioni*, in *Protezione dei dati personali e nuove tecnologie. Ricerca interdisciplinare sulle tecniche di profilazione e sulle loro conseguenze giuridiche*, a cura di A. Adinolfi, A. Simoncini, Napoli 2022, 5, per il quale l'obiettivo primario

rappresenta la colonna portante dell'atto normativo (anziché «uno dei vari requisiti da rispettare»[13]).
Tuttavia, non è stata solo l'Europa a dimostrare una certa prontezza e disponibilità nel dialogo legislativo con le macchine di *artificial intelligence*[14].
Difatti, il 20 maggio 2024 il Consiglio dei ministri italiano, su proposta della presidente Giorgia Meloni e del ministro della giustizia Carlo Nordio, ha presentato in Parlamento il disegno di legge n. AS1146 (c.d. «d.d.l. IA») recante «Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale». In data 17 settembre 2025, il Senato, con 77 voti favorevoli, 55 contrari e 2 astenuti, ha approvato definitivamente il disegno di legge (l. 23.9.2025 n. 132)[15].
Seguendo in modo pedissequo le coordinate risultanti dal Regolamento n. 2024/1689, la legge italiana sull'intelligenza artificiale (la prima a livello europeo dopo la votazione finale del Parlamento europeo sull'AI Act) si dimostra la sede concettuale di un ambizioso obiettivo di collegamento tra la disciplina nazionale e la normativa europea: non è un caso che l'art. 1 co. 2 della legge preveda che «Le disposizioni della presente legge si interpretano e si applicano conformemente al regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024»[16].
La l. 132/2025, inoltre, è un coerente esempio pratico di come sia ormai pacificamente ammesso per gli Stati membri rendersi autori di atti legislativi esecutivi anche di norme direttamente applicabili (quali, appunto, i regolamenti europei).

2. L'Europa e l'Italia hanno, dunque, cercato di lumeggiare, in modo serio e tempestivo, quella «selva oscura» rappresentata dall'AI.
Sulla scorta – o, per meglio dire, al netto – della (ancora scarna) normativa sul tema (né l'AI Act né tantomeno la disciplina interna dimostrano una maturità tale da poter affrontare tematiche tanto dettagliate e specifiche, ma forniscono solo elementi generali di riflessione che

---

e imprescindibile è assicurare agli individui «la possibilità di trarre beneficio dagli sviluppi tecnologici senza veder compromessi i valori e la garanzia del rispetto dei diritti fondamentali riconosciuti e protetti dall'Unione».

[13] E. Cirone, *op. cit.*, 12.

[14] Sul rapporto duale nazionale-eurounitario della governance del fenomeno AI, cfr. S. Villani, *Il sistema di vigilanza sull'applicazione dell'AI Act: ognun per sé?*, in *Quad. AISDUE* 2024, 1 ss.

[15] In proposito, si rinvia, con specifico riferimento al versante del procedimento penale, a *Intelligenza artificiale e indagini penali. Strumenti, garanzie, responsabilità e scenari dell'innovazione investigativa digitale. Aggiornato con la l. 23 settembre 2025, n. 132. Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale*, a cura di C. Parodi, T. Rizzo, Milano 2025. Più in generale, sulla legge italiana sull'intelligenza artificiale, cfr., tra i primi lavori disponibili, *Intelligenza artificiale. La disciplina italiana. Legge 23 settembre 2025 n. 132*, a cura di G. Cassano, E.M. Tripodi, Pisa 2026; V. Franceschelli, A. Sirotti Gaudenzi, *La legge italiana sull'Intelligenza Artificiale. Commento alla Legge 23 settembre 2025, n. 132*, Rimini 2025; *Intelligenza Artificiale. Legge 23 settembre 2025, n. 132. Il nuovo scenario giuridico italiano*, a cura di G. Taddei Elmi, A. Contaldo e C. Cavaceppi, Pisa 2025.

[16] L'obiettivo del legislatore nazionale di non eccedere nella propria normazione indipendente ma, al contrario, di rientrare schiettamente nei confini idealmente tracciati dal corrispettivo europeo si rinviene in modo palese nell'*iter* legislativo cui è andato incontro l'art. 2 della l. 132/2025. Difatti, mentre l'originario d.d.l. forniva una autonoma definizione di «sistema di intelligenza artificiale» («un sistema autorizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali») e di «modelli di intelligenza artificiale» («modelli che identificano strutture ricorrenti attraverso l'uso di collezioni di dati, che hanno la capacità di svolgere un'ampia gamma di compiti distinti e che possono essere integrati in una varietà di sistemi o applicazioni»), l'attuale formulazione della legge non autonomizza il dettato di tali definizioni, ma reca un mero rinvio all'art. 3, punto 1) Reg. n. 2024/1689 per quanto riguarda la circoscrizione della nozione di «sistema di intelligenza artificiale», nonché all'art. 3, punto 63) dell'atto per quanto concerne la definizione di «modello di intelligenza artificiale».

pongono le basi per apparati normativi di dettaglio nel medio periodo), ci si interroga in merito al profilo della realistica discesa in campo di tali *software* sul versante della giustizia processualpenalistica, da sempre àmbito strettamente connesso con gli avanzamenti scientifici e tecnologici[17]; e, in particolare, ci si chiede se, in un avvenire non così lontano, gli algoritmi predittivi potranno, tra le altre cose, fare il loro trionfale ingresso anche negli uffici della magistratura requirente, in termini di supporto del pubblico ministero nell'amministrazione dell'*iter* cui è fisiologicamente destinata la *notitia criminis*.

L'idea che l'intelligenza artificiale possa contribuire in modo significativo – se non decisivo – alle difficili attività di carattere valutativo che il pubblico ministero fronteggia con riferimento alla notizia di reato costituisce una prospettiva di sicuro interesse per l'avvenire del procedimento penale: difatti, in linea (per adesso) del tutto teorica, un sistema algoritmico potrebbe assistere il magistrato in una dimensione propriamente analitica, finalizzata alla corretta qualificazione dei fatti, rivelandosi un supporto efficace e di valore nella fase "di decollo" (l'iscrizione della notizia di reato), in quella "di volo" (la gestione di eventuali e successive revisioni o integrazioni), e, infine, in quella "di atterraggio" (la definizione del fascicolo originatosi dalla notizia di reato in termini di archiviazione o richiesta di rinvio a giudizio).

Per quanto concerne il primo profilo messo in evidenza, l'utilità degli strumenti di *artificial intelligence* potrebbe essere tanto più evidente e manifesta in considerazione del rivoluzionato concetto di «*notitia criminis*» emerso grazie al d.lgs. 10.10.2022 n. 150 (c.d. riforma Cartabia)[18].

Occorre, a questo punto, sia pure per sommi capi, illustrare il cambio di passo che l'intervento legislativo ha determinato in tal senso.

Prima del 2022, infatti, i vari codici di rito non hanno mai contemplato una nozione, in termini definitori chiari ed inequivoci, di «notizia di reato», la quale era stata, già addirittura prima dell'entrata in vigore del Cpp del 1988, inquadrata in dottrina in termini di «cripto-imputazione»[19]. Un *unicum* ricostruttivo della fattispecie si ebbe nel corso dei lavori per l'elaborazione della Bozza di delega legislativa per la promulgazione del nuovo Cpp ad opera della commissione Riccio del 2006, in cui la direttiva n. 55 circoscriveva l'istituto come «rappresentazione non manifestamente inverosimile di uno specifico accadimento storico, attribuito o meno a soggetti determinati, dalla quale emerga la possibile violazione di una disposizione incriminatrice contenuta nel codice penale o in leggi speciali».

Ne conseguiva – *ça va sans dire* – che non fosse tanto un riferimento codicistico a determinare il *limen* funzionale tra un dato storico qualitativamente qualificato al punto da essere meritevole di iscrizione nel registro delle notizie di reato e quanto, *contra*, una semplice informazione non dotata di siffatta dignità "iscrittiva"; al contrario, una tale scelta veniva destinata alla

[17] In tal senso, v., da ultimo, *Giudizio penale e intelligenza artificiale. Una riflessione sistemica*, a cura di A. Incampo, N. Triggiani, Bari 2026. Cfr., tra gli altri, S. Lorusso, *La sfida dell'intelligenza artificiale al processo penale nell'era digitale*, in *www.sistemapenale.it* 28.3.2024; G. Padua, *Intelligenza artificiale e giudizio penale: scenari, limiti e prospettive*, in *PPG* 2021, 1479 ss.; A. Scalfati, *IA e processo penale: prospettive d'impiego e livelli di rischio*, in *PPG* 2024, 1404 ss.; C. Teresi, *L'AI Act nell'ottica del processual-penalista: uno sguardo preliminare*, in *PenaleDP* 20.6.2024, 1 ss.

[18] In generale, sulla notizia di reato cfr., tra gli altri: R. Aprati, *La notizia di reato: i controlli sulla tempestività dell'iscrizione e gli effetti della retrodatazione*, in *CP* 2024, 813 ss.; Ead., *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli 2010; L. Carli, *La* notitia criminis *e la sua iscrizione nel registro di cui all' art. 335 c.p.p.*, in *DPP* 1995, 730 ss.; C. Fanuele, *La notizia di reato: sagoma, tempi di iscrizione e controlli*, in *PPG* 2022, 33 ss.; A. Marandola, *I registri del pubblico ministero tra notizia di reato ed effetti procedimentali*, Padova 2001; R. Volpe, A. De Caro, *La notizia di reato tra qualificazione, iscrizione e controlli*, in *Giustizia Insieme* 2010, 65 ss.; A. Zappulla, *La formazione della notizia di reato. Condizioni, poteri ed effetti*, Torino 2012.

[19] In questi termini G. Foschini, *La cripto-imputazione*, in Id., *Tornare alla giurisdizione*, Milano 1971, 303.

discrezionalità valutativa giurisdizionale degli uffici delle procure. Ciò comportando – *res ipsa loquitur* – una inaccettabile variabilità pragmatica dell'istituto, estremamente ondivago quanto ad applicazione territoriale nell'àmbito dei vari contesti requirenti.
In altre parole, si trattava di uno scenario instabile che consentiva che «alcuni uffici di procura procede[ssero] ad iscrizioni arbitrarie ed eccessive, esclusivamente formali e generiche di fatti, ma soprattutto di soggetti, solo vagamente sospettati e che dall'iscrizione avrebbero potuto subire uno svantaggio, anche grave, ovvero omesse iscrizioni anche a fronte di notizie di reato che avrebbero comportato il ritardo sia del termine di decorrenza delle indagini, sia dell'attivazione delle garanzie previste a favore dell'indagato»[20]: il tutto foriero di iniquità (anche, seppur non esclusivamente) di tipo statistico.
Proprio in questo contesto, e sulla scorta della considerazione per la quale i criteri di iscrizione delle *notitiae criminis* delle singole procure dovessero essere quanto più possibile omogenei sul territorio nazionale, ha lavorato la riforma Cartabia all'art. 15, il quale, interpolando la formulazione dell'art. 335 Cpp, ha determinato un mutamento in termini di esplicitazione del sintagma «notizia di reato», ponendo in essere un vero e proprio «innesto "ortopedico" […] rispetto non solo al codice del 1988 ma anche a quello precedente del 1930»[21].
Ad oggi, il riformato co. 1 dell'art. 335 Cpp recita: «Il pubblico ministero iscrive immediatamente, nell'apposito registro custodito presso l'ufficio, ogni notizia di reato che gli perviene o che ha acquisito di propria iniziativa, contenente la rappresentazione di un fatto, determinato e non inverosimile, riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice. Nell'iscrizione sono indicate, ove risultino, le circostanze di tempo e di luogo del fatto»[22].
Se parte della dottrina ha rimarcato e sovente rilanciato una sostanziale inutilità dell'intervento, giacché non si è mai «dubitato che la notizia di reato abbia e debba avere ad oggetto un fatto e che esso debba essere determinato e penalmente rilevante»[23], altro orientamento rileva del

[20] Così R. Grillo, G. Tessitore, *L'iscrizione della notizia di reato e l'uso di sistemi di IA: profili processual-penalistici e informatici*, in *Intelligenza artificiale e processo. Un possibile ruolo nelle fasi iniziali e conclusive dell'accertamento*, a cura di V. Maffeo, A. Romano e P. Troncone, Torino 2024, 154 s. Sull'argomento, v., *ex multis*, C. Fanuele, *op. cit*., 33; A. Marandola, *op. cit*., 50; A. Zappulla, *op. cit*., 35.
[21] R. Cantone, *La modifica nella "riforma Cartabia" della disciplina in tema di iscrizione delle notizie di reato. La direttiva attuativa della procura di Perugia*, in *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 168, il quale rinviene nella nuova formula il vero «*quid consistam* della notizia di reato».
Per un commento all'operato della riforma Cartabia a ridosso della sua entrata in vigore, v. M. Merolla, *La notizia di reato nella riforma Cartabia: contenuti della delega e scenari futuri*, in *CP* 2022, 1990 ss.
[22] Cfr., sulla modifica legislativa, *ex multis*, A. Cabiale, *Le rinnovate dinamiche dell'attività investigativa: iscrizione della notizia di reato, tempi delle indagini e rimedi "anti-stasi"*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 3.12.2023; A. Camon, *Registrazione della notizia di reato e tempi dell'indagine*, in *www.archiviopenale.it* 22.3.2023, 1; C. Conti, *L'iscrizione della notizia di reato nel prisma dell'azione: nuovi requisiti e finestre di giurisdizione*, in *DPP* 2023, 142 ss.; D. Curtotti, *L'iscrizione della notizia di reato e il controllo del giudice*, in *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 198 ss.; A. De Caro, *Riflessioni sulle recenti modifiche della fase investigativa e delle regole di giudizio: un percorso complesso tra criticità e nuove prospettive*, in *www.archiviopenale.it* 7.12.2022, 3; F. Di Vizio, *Il nuovo regime delle iscrizioni delle notizie di reato al tempo dell'inutilità dei processi senza condanna*, in *disCrimen*, 12.11.2022; L. Levita, *Modifiche al titolo II "Notizia di reato" del libro V "Indagini preliminari ed udienza preliminare"*, in *La riforma del processo penale*, a cura di A. Conz, L. Levita, Roma 2022, 257 ss.; V. Maffeo, *Tempi e* nomina iuris *nelle indagini preliminari. L'incertezza del controllo*, Bari 2020, 42 ss.; P. Silvestri, *Notizia di reato, effetti della iscrizione e controlli sulla tempestività della iscrizione*, in *Nuove dinamiche del procedimento penale*, a cura di T. Bene, M. Bontempelli e L. Lupària Donati, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, diretto da G.L. Gatta, M. Gialuz, Torino 2024, 3 ss.; F. Vergine, *L'iscrizione della notizia di reato nel registro: ordine del PM e adempimenti di segreteria. L'*incipit *investigativo nel "nuovo" assetto normativo*, in *DPP* 2024, 516 ss.; D. Vicoli, *Nuovi equilibri delle indagini preliminari*, in *Riassetti della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, a cura di E.M. Catalano, R.E. Kostoris e R. Orlandi, Torino 2023, 75 s.
[23] Così, di recente, V. Maffeo, *Definizione della notizia di reato. Possibili linee di sviluppo con l'ausilio dell'IA*, in *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 138 ss., per la quale, dunque, rispetto alla pregressa esperienza

buono in tale novella, la quale mirerebbe ad una basica oggettivizzazione del procedimento di iscrizione della notizia di reato e, in un significato teleologico della norma, chiamerebbe il titolare del potere inquirente a repulsare (e, dunque, a non consentire l'accesso al registro delle notizie di reato a) tutti quei dati storici in potenza criminosi in cui vaga sia la prospettazione futuribile di una imputazione[24]. Senza contare che l'operazione normativa di ricondurre il concetto di notizia di reato ai tre ben distinti caratteri di determinatezza, verosimiglianza e riconducibilità ad una fattispecie incriminatrice[25] ha certamente avuto influssi positivi con riferimento alla «effettiva partenza delle lancette» che misurano la durata massima delle indagini[26] e, di riflesso, sulla creazione di limiti codicistici alla discrezionalità del procuratore[27].

Cionondimeno, sebbene rilevante sul versante del garantismo penale *lato sensu* inteso, la riforma ha inciso nel senso di attribuire al pubblico ministero, tra le altre, una nuova e diversificata (*rectius*, più approfondita) attività di valutazione della astratta riconducibilità del fatto ai rigidi paletti menzionati dal codice di procedura penale, producendo in questo modo una diversa e ulteriore struttura di complessità della fase procedimentale di non poco momento. È questo l'ambiente fertile nel quale l'attivazione di strumenti di *artificial intelligence* potrebbe fiorire e giovare grandemente alle funzionalità operative e "micro-decisionali" degli uffici delle procure, consentendo al contempo di assicurare (com'è volontà ultima e slatentizzata del legislatore) uno *standard* minimale di uniformità circa il trattamento e l'incasellamento delle notizie di reato[28].

Come si è evidenziato sino ad ora, infatti, la riforma richiede che la procura svolga un vaglio sul perfetto o perfettibile assorbimento, da parte della fattispecie legale incriminatrice, della *notitia criminis* pervenuta nel caso di specie, la quale deve, pertanto, assumere (o poter assumere) le sembianze di una proto-imputazione. Sicché, se le due figure (notizia di reato ed imputazione) devono tendere ad essere manifestazioni cronologicamente distinte del medesimo fenomeno, allora non v'è chi non veda come si stia richiedendo all'ufficio della procura di anticipare, in un certo senso, il futuro: si è parlato di «"connotazione predittiva" dell'iscrizione nel senso che la *notitia criminis* – per come riversata nel registro di cui all'articolo 335 c.p.p.

giudiziaria, «la formula non contiene suggerimenti di particolare rilievo per la fase applicativa».

[24] Si veda, in quest'ultimo senso, R. Aprati, *La notizia di reato*, cit., 814.

[25] Si tratta, dunque, della presenza di tre elementi costitutivi materiali: «la "rappresentazione di un fatto" (cioè il riferimento ad un accadimento più o meno specifico, con esclusione di mere ipotesi o generiche illazioni relativamente a vicende accadute), la sua "determinatezza" (e cioè che il fatto sia descritto in modo da poter enucleare quale sia il comportamento di interesse e, quindi, la condotta che si ritiene incriminata, da cui sia eventualmente scaturito, in virtù di un nesso di causalità, l'evento del reato) e la sua "non inverosimiglianza" (e cioè non una prognosi positiva che il fatto sia accaduto, ma soltanto che la sua esistenza non appaia improbabile» (così R. Cantone, *op. cit*., 169). Inoltre, com'è ovvio, sarà necessaria l'astratta sussumibilità in una fattispecie incriminatrice (elemento costitutivo giuridico). Similmente, A. Cabiale, *op. cit*., 2.

[26] Così A. De Caro, *op. cit*., 6.

[27] V., sull'argomento, S. De Flammineis, *La valutazione dei fatti ai fini dell'archiviazione ovvero dell'esercizio dell'azione penale: poteri e responsabilità del Pubblico Ministero*, in *www.sistemapenale.it* 23.5.2023, 2 ss. In senso concorde, A. Alberico, *Intelligenza artificiale, nuovi vincoli della* notitia criminis *e reati associativi*, in *Intelligenza artificiale e processo*, cit., 119 ss., per il quale «Il nuovo testo dell'art. 335 c.p.p., infatti, introduce predicati di qualità della notizia iscrivibile […]».

[28] *Contra*, L. Belvini, *Intelligenza artificiale e circuito investigativo*, Bari 2025, 224 e 229, secondo cui l'utilizzabilità di *software* in tale contesto sarebbe solo in apparenza agevolata dalle recenti manovre legislative. In particolare, afferma l'Autore che anche la nuova norma «non possiede un'adeguata capacità selettiva: acclarata la non indispensabilità di tutti gli aspetti costitutivi della fattispecie astratta, manca unicità di vedute sui requisiti indefettibili per potersi dire integrata la *notitia criminis*».

– sarà caricata della responsabilità di orientare il sindacato dello stesso pubblico ministero intorno alla prognosi di condanna»[29].
Expressis verbis, il responso dell'intelligenza artificiale adoperata potrebbe utilmente affiancare – senza soppiantare – le valutazioni del procuratore e dell'ufficio della procura, complessivamente inteso, riguardanti l'*an* della trasformazione di una semplice notizia in *notitia criminis*, valevole a determinare una nuova iscrizione nel registro delle notizie di reato e l'apertura dei conseguenti accertamenti investigativi.
Il tutto – com'è ovvio – potrà essere possibile solo una volta accantonati i vari profili critici ancora attuali in tema di funzionamento dei sistemi di AI e spiegabilità dei processi decisionali[30], nonché dopo aver sottoposto, in via preventiva, la *AI machine* ad un *training* mirato all'assorbimento dei parametri legali dell'art. 335 Cpp (in altre parole, non una semplice AI dovrà essere utilizzata, ma una specializzata *legal AI*): solo in questo modo l'intelligenza artificiale può pienamente «rappresentare uno strumento di salvaguardia delle prerogative difensive»[31].
Una ulteriore valvola di sfogo sempre attinente alla introduzione delle strumentazioni tecnologiche intelligenti nella gestione della prima fase della notizia di reato, poi, potrebbe aversi in tutti quegli scenari nei quali «il legislatore ha delineato attingendo ad elementi normativi e formule sintetiche indicative di fatti definibili all'esito di un articolato procedimento di osservazione e verifica»[32]. Così, il *software* di AI, sempre e comunque «basato […] sul *machine learning* e addestrato su un ampio *dataset* di notizie di reato "storiche" che prenda in esame sia i dati interni alla notizia stessa (fattispecie, qualificazioni, integrazioni), che i metadati (tempi di iscrizione, eventuali retrodatazioni, prassi degli uffici di procura ecc.)»[33], fornirebbe un proficuo ausilio ai fini di garantire una più precipua e definita direzionalità – tanto nel senso di dare ulteriori conferme in merito ad una determinazione già assunta, quanto in quello di insinuare dubbi costruttivi sulla qualificazione ipotizzata con

[29] A. Alberico, *op. cit*., 122. Esemplifica esaustivamente l'Autore: «Si faccia il caso della volontà del pubblico ministero di iscrivere un certo fatto sotto un certo titolo di reato. […] Obbligando l'inquirente a confrontarsi con l'IA – specie nell'ottica della prognosi di condanna – si offrirebbe al suo solitario giudizio un elemento di confronto, una voce dall'esterno che potrebbe confermare la sua impressione, ovvero rappresentargli elementi cui non aveva riservato adeguata considerazione».
[30] L. Belvini, *op. cit*., 226 s., secondo cui l'attività in discorso non sarebbe «appaltabile alla macchina e, in ogni caso, esigerebbe la completa trasparenza e "spiegabilità" dei meccanismi di funzionamento interni, allo scopo di non compromettere l'indipendenza del magistrato inquirente».
Va detto, a onor del vero, che diversi (se non tutti i) sistemi che si avvalgono di tecnologia algoritmica sono detti «*black box*» in conseguenza della loro opacità decisionale, la quale fa sì che frequentemente si ottenga un *output* privo di *rationes* a fondamento del medesimo. V., *amplius*, J. Danaher, *Algorithmic decision-making and the problem of opacità*, in *Comput. Law* 2016, 8, 29; S. Gaboriau, *Libertà e umanità del giudice: due valori fondamentali della giustizia. La giustizia digitale può garantire nel tempo la fedeltà a questi valori?*, in *QuestG* 2018, 4, 209; L. Luparia Donati-G. Fiorelli, *Diritto probatorio e giudizi criminali ai tempi dell'Intelligenza Artificiale*, in *DPenCont* 2022, 43; F. Palmiotto, *The Black Box on Trial: The Impact of Algorithmic Opacity on Fair Trial Rights in Criminal Proceedings*, in *Algorithmic Governance and Governance of Algorithms*, ed. M. Ebers, M. Cantero Gamito, Cham 2020, 49 ss.; F. Pasquale, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, Harvard 2016.
[31] Ancora, L. Belvini, *op. cit*., 227.
[32] In questi termini, V. Maffeo, *Definizione della notizia di reato*, cit., 145, la quale suggerisce: «anche a ragionare al riparo dall'idea che le scelte iniziali di qualificazione possano essere influenzate dalla convenienza investigativa, non è per nulla agevole stabilire se la rappresentazione di un fatto determinato possa sin da subito […] qualificarsi come una 'compromissione o un deterioramento significativi e misurabili' delle acque o dell'aria o di un ecosistema, della flora o della fauna (art. 452-*bis* c.p.); o se possa apprezzarsi l'esistenza di un disastro ambientale e quindi un'alterazione irreversibile dell'equilibrio di un ecosistema, la cui eliminazione risulti particolarmente onerosa (art. 452-*quater* c.p.)».
[33] R. Grillo, G. Tessitore, *op. cit.*, 160.

riguardo a una specifica iscrizione – alle operazioni della procura nel momento in cui le norme di diritto sostanziale risultino carenti in questo senso.
In terza ed ultima istanza, ancora con riferimento all'introduzione dell'intelligenza artificiale finalizzata all'efficientamento della fase di iscrizione della *notitia criminis*, i programmi intelligenti avrebbero tutte le carte in regola, *in nuce*, per agevolare a monte la redazione funzionale del progetto organizzativo delle procure e dei relativi criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato, in conformità a quanto previsto all'art. 3-bis disp. att. Cpp («Nella trattazione delle notizie di reato e nell'esercizio dell'azione penale il pubblico ministero si conforma ai criteri di priorità contenuti nel progetto organizzativo dell'ufficio»)[34].
In tal senso, una applicazione concreta già esiste, sia pure dall'altra parte del mondo: in Cina, gli uffici della procura di Shangai si avvalgono di una macchina di nome «*Shanghai AI-Assisted Criminal Case Handling System*», più comunemente nota come «*system 206*», la quale è programmata, tra le altre cose, per lo svolgimento di due compiti fondamentali: a) selezionare in maniera ponderale ma intuitiva i fascicoli che meritano trattazione secondo una corsia preferenziale; b) individuare casistiche sovrapponibili, dal punto di vista fattuale e giuridico, a quelle affrontate nel caso di specie, mediante uno specifico *tool* strumentale denominato «*Similar Case Recommendation*» (o SRC). Ciò risulta possibile sulla scorta dell'analisi di un *dataset ad hoc* composto da una vasta gamma di reati-modello (tra cui frode, gioco d'azzardo, lesioni, guida pericolosa), progettato e strutturato proprio per l'agevolazione del lavoro degli organi inquirenti. Ad oggi, dunque, tutti i procedimenti penali pendenti a Shanghai sono inseriti nel *system 206* e la totalità degli operatori del diritto (tra cui, soprattutto, polizia e pubblici ministeri) è obbligata ad utilizzare il *software* nelle more della gestione e della trattazione dei casi, sin dalla loro "nascita"[35].

---

[34] In questo senso, R.E. Kostoris, *Predizione decisoria,* diversion *processuale e archiviazione*, in *www.sistemapenale.it* 23.7.2021, 16, per il quale dall'AI si potrebbero ricavare spunti «anche ai fini della individuazione di criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale e, di riflesso, anche delle priorità dei ruoli d'udienza». In termini pressoché conformi, E. Bonarrigo, *Tecnologie di I.A. per indirizzare il pubblico ministero nell'alternativa fra azione e inazione*, in *CP* 2025, 635.
In senso lato, sui progetti organizzativi e sui relativi criteri di priorità, v.: R. Aprati, *Criteri di priorità e progetti organizzativi delle procure*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 24.5.2022, 1 ss.; F. Caprioli, *I criteri di priorità nella trattazione delle notizie di reato, tra 'delega Cartabia' e legge di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *CP* 2024, 1427 ss.; J. Della Torre, *I criteri di priorità nella trattazione della notizia di reato e nell'esercizio dell'azione penale*, in *Nuove dinamiche del procedimento penale*, a cura di T. Bene, M. Bontempelli e L. Lupària Donati, cit., 29 ss.; P. Ferrua, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale*, in *CP* 2020, 12 ss.; R.E. Kostoris, *Obbligatorietà dell'azione penale e criteri di priorità fissati dalle Procure*, in *CP* 2020, 2178 ss.; S. Lonati, *I criteri di priorità nell'esercizio dell'azione penale: verso un sistema ad azione pilotata legislativamente?*, in *www.archiviopenale.it* 12.1.2023, 1 ss.; V. Maffeo, *I criteri di priorità dell'azione penale tra legge e scelte organizzative degli uffici inquirenti*, in *PPG* 2022, 61 ss.; A. Marandola, *Molti interlocutori e plurimi criteri: il difficile punto di caduta della priorità delle indagini*, in *DPP* 2021, 1573 ss.; G. Monaco, *Riforma della giustizia penale e criteri di priorità nell'esercizio dell'azione*, in *www.federalismi.it* 23.3.2022, 1 ss.; L. Russo, *I criteri di priorità nella trattazione degli affari penali*, in *www.penalecontemporaneo.it* 9.11.2016, 1 ss.; V. Virga, *Obbligatorietà flessibile e criteri di priorità*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 19.6.2024, 1 ss.
[35] Sul punto, cfr. il lavoro ad oggi più avanzato che esplora le potenzialità e i rischi di *system 206*, vale a dire W. Wu-X. Lin, *Access to technology, access to justice: China's artificial intelligence application in criminal proceedings*, in *International Journal of Law, Crime and Justice* 2025, 81, 1 ss. In generale, sulla diffusione oramai vastissima del ricorso all'intelligenza artificiale nella Repubblica Popolare Cinese, cfr. I. Cardillo, *Disciplina dell'intelligenza artificiale e intelligentizzazione della giustizia in Cina*, in *BioLaw Journal* 2022, 3, 139 ss.
In Italia, ne parla incidentalmente V. Gramuglia, *Obbligatorietà dell'azione penale e ruolo dell'IA nelle scelte del pubblico ministero*, in *www.archiviopenale.it* 29.10.2024, 27, nonché la bibliografia ivi riportata.

3. *Mutatis mutandis*, l'ingresso delle tecnologie di intelligenza artificiale nello scenario processualpenalistico potrebbe sorprendentemente servire ad irrobustire con una nuova tutela l'art. 112 Cost. ed il derivante principio di obbligatorietà dell'azione penale[36]. In altre parole, la scienza algoritmica potrebbe, in una prospettiva quantomai affascinante, soccorrere il magistrato inquirente nel valutare l'*an* circa l'attivazione della propria veste "giurisdizionalizzata" di pubblica accusa, allorquando il medesimo sia chiamato a prendere posizione sulla notizia di reato, già inquadrata e "colorata" dalle relative e doverose indagini, in termini di alternativa tra meritevolezza di approfondimento processuale (richiesta di rinvio a giudizio) oppure assenza di quest'ultima (richiesta di archiviazione).
Infatti, non deve sottacersi come anche nella materia *de qua* abbia inciso (e non poco) il d.lgs. 10.10.2022 n. 150. Con gli emendamenti attuati dalla riforma Cartabia sull'art. 408 Cpp, anche la fase eventuale d'avvio del processo penale – affidata alla dimensione strettamente valutativa del pubblico ministero – ha conosciuto un profondo riassetto, orientato a rendere più efficiente ed elevatamente selettiva la gestione delle notizie di reato da sottoporre al vaglio giudiziario[37].
La nuova formulazione della norma in parola – la quale mira a ricalibrare l'archiviazione in termini di principale istituto deflattivo accanto ai riti alternativi –, impone al titolare dell'azione penale di compiere, prima di promuovere il giudizio e divenire pubblico accusatore, una valutazione prognostica sulla concreta possibilità di condanna. Tale passaggio obbligato – maggiormente stringente rispetto alla pregressa e più lasca previsione codicistica sulla «sostenibilità dell'accusa in giudizio» – funge da meccanismo di filtro, chiamando il pubblico ministero ad un esame obiettivo e critico di tutti i procedimenti e ad un accantonamento, mediante archiviazione, per quelli che presentino limitate prospettive di successo in sede dibattimentale.
In questo modo, la riforma ha introdotto uno spostamento del baricentro valutativo: alcune considerazioni tipicamente riservate al giudice vengono ora anticipate nella fase preliminare, incidendo, sia pur solo concettualmente, sulla tradizionale ripartizione dei ruoli tra funzione requirente e organo giudicante. Il p.m., quindi, per svolgere il ruolo che gli compete (la scelta tra azione e inazione penale) dovrà, per un attimo, calarsi in un ruolo che non gli appartiene e prevedere con questi nuovi occhi (quelli del giudice) se il processo potrebbe ragionevolmente concludersi con una condanna dell'imputato.
Ebbene, proprio la presente nevralgica alterazione legislativa risulta provvidenziale per l'entrata in scena dell'intelligenza artificiale.

---

[36] In merito all'obbligatorietà dell'azione penale, v., *ex plurimis*, il fondamentale lavoro di M. Chiavario, *L'obbligatorietà dell'azione penale: il principio e la realtà*, in *CP* 1993, 2658 ss.

[37] Sulla modifica riportata dalla riforma Cartabia al nuovo parametro di valutazione imposto *ex* art. 408 Cpp al pubblico ministero, v., tra tanti, M. Cecchi, *Osservazioni intorno alla "ragionevole previsione di condanna"*, in *www.archiviopenale.it* 5.8.2022, 1 ss.; C. Conti, *La ragionevole previsione di condanna: verso un sistema accusatorio contemporaneo*, in *DPP* 2024, 1543 ss.; G. Della Monica, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *www.archiviopenale.it* 6.6.2023, 1 ss.; J. Della Torre, *La ragionevole previsione di condanna alla prova della realtà giudiziaria*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 19.7.2024, 1 ss.; G. Garuti, *L'efficienza del processo tra riduzione dei tempi di indagine, rimedi giurisdizionali e "nuova" regola di giudizio*, in *www.archiviopenale.it* 28.10.2022, 1 ss.; G. Leo, *La regola di giudizio dell'archiviazione e la riapertura delle indagini*, in *Nuove dinamiche del procedimento penale*, a cura di T. Bene, M. Bontempelli e L. Lupària Donati, cit., 81 ss.; 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 *PPG* 2025, 422 ss.; C. Naimoli, *Considerazioni sulla "ragionevole previsione di condanna" per l'archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *DPP* 2022, 831 ss.; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *DPP* 2023, 160 ss.; G. Rossi, *Spunti critici sulla nuova regola di giudizio della 'ragionevole previsione di condanna*, in *www.archiviopenale.it* 13.12.2022, 1 ss.; S. Ruggeri, *Azione e inazione*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso, Milano 2023, 627 ss.; F. Tondin, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *CP* 2023, 404 ss.

Infatti, mentre in base al canone precedente (*ex* art. 125 disp. att. Cpp abr.) al magistrato requirente «veniva richiesto di realizzare una valutazione nella prospettiva della superfluità o meno dell'accertamento giudiziale […], apprezzamenti estremamente complessi che richiedevano una attenta analisi del caso concreto e delle sue peculiarità e che soprattutto sfuggivano a qualsiasi tentativo di standardizzazione, operazione necessaria per la attribuzione di tali decisioni ad un sistema predittivo»[38], il nuovo vaglio vertente sulla ragionevolezza di una prospettazione di vittoria accusatoria in giudizio si presta più agevolmente ad essere volto in linguaggio binario, asettico e di mero calcolo, con una conseguente maggiore fattibilità in termini di contestualizzazione sul piano della computazione algoritmica[39].
Senza contare che proprio il ragionevole giudizio prognostico di condanna (è innegabile il fatto che il legislatore parli testualmente di «previsione») si presta alla concezione di un operato non difforme da quello che è il *proprium* della stragrande maggioranza dei *software* di AI predittiva attualmente in circolazione[40]. Questi ultimi figurerebbero, in tal senso, quali «"antidoto" contro la tendenziale incalcolabilità giuridica in cui versa il sistema con riferimento al principio di obbligatorietà dell'azione penale, favorendo un impiego più efficiente dello strumento archiviativo»[41].
Fermo restando che, anche in tale prospettiva d'utilizzo, si dovrà controbilanciare l'entusiasmo tecnologico con le esigenze di protezione del sistema dalle insidie della opacità algoritmica[42],

---

[38] Così, testualmente, E. Malino, *Esercizio dell'azione penale e prognosi di condanna mediante* software *predittivi. Verso la creazione di un pm-robot*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 19.6.2024, 9 ss. *Contra*, R.E. Kostoris, *Predizione decisoria*, cit., 16, per il quale anche la valutazione in passato richiesta al p.m. poteva risultare algoritmicamente valida.
Invece, nel senso che anche la nuova regola di giudizio sarebbe intraducibile nel linguaggio binario della matematica, V. Gramuglia, *op. cit*., 19.

[39] Ancora, risulta scettico sul punto L. Belvini, *op. cit*., 251 s., secondo il quale «L'assai sdrucciolevole piano della ragionevolezza […] implica giudizi che, essendo improntati a delicati bilanciamenti, al buon senso, all'esigenza di connettere con la logica argomenti diversi, presuppongono valutazioni esclusivamente antropiche, che impediscono di affidare, anche in chiave solo ancillare, all'I.A. il compito di elaborare una "ragionevole previsione di condanna"».

[40] Sui *software* predittivi e sullo specifico argomento della *predictive policing* nell'ambito dell'AI Act, cfr., per tutti, E. Pietrocarlo, *La* predictive policing *nel Regolamento europeo sull'intelligenza artificiale*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 26.9.2024, 1 ss.

[41] P.P. Paulesu, *Intelligenza artificiale e giustizia penale. Una lettura attraverso i principi*, in *www.archiviopenale.it* 9.5.2022, 17. In modo praticamente sovrapponibile, E. Bonarrigo, *op. cit.*, 634, secondo cui «Tecnologie di questo genere, di fatto, prevedendo i probabili esiti del dibattimento, permetterebbero all'organo dell'accusa di ridurre fino ad eliminare quelle prassi di c.d. esercizio "apparente" dell'azione penale, vale a dire di quelle decisioni del pubblico ministero volte a seguire la via dell'esercizio dell'azione penale anche in presenza di elementi probatori del tutto inadeguati […]». Similmente, cfr. anche E. Malino, *op. cit*., 13.

[42] Anzi, in questo caso i pericoli si stagliano su un doppio livello. Oltre alla plausibile difficoltà di comprensione della correlazione *input-output*, si potrebbe manifestare la interconnessa problematica in base alla quale verrebbe spostato sull'indagato l'ingrato compito di smentire un *outcome* di ragionevole previsione di condanna: insomma, una «probatio diabolica», laddove non si conoscano i meccanismi di funzionamento della macchina, incidente in modo negativo sul diritto di difesa e sulla dialettica procedimentale in senso ampio. Cfr., sul punto, E. Malino, *op. cit*., 15.
Per questo motivo, sarà inevitabile e doveroso far collimare i ritrovati della tecnologia con i dogmi del procedimento penale, primi fra tutti quelli della motivazione, del contraddittorio e, in senso lato, della possibilità di difendersi dell'indagato. La persona sottoposta a indagini dovrà, pertanto, essere in grado di sondare ed eventualmente sindacare la neutralità dell'algoritmo adoperato, il quale avrà bisogno di essere in prima battuta "trasparente". Sul tema dell'AI rapportata al diritto di difesa dell'indagato, si rinvia a C. Casonato, *Giustizia e intelligenza artificiale: considerazioni introduttive*, in *BioLaw Journal* 2021, 2, 361 ss.; A. Pajno, *L'uso dell'intelligenza artificiale nel processo tra problemi nuovi e questioni antiche*, in *BioLaw Journal* 2022, 1, 210 ss.; C. Parodi, *IA e indagini penali: nuove prospettive e vecchie soluzioni*, in *D&G* 22.10.2024, 1 ss.; M. Pisati, *Indagini preliminari e intelligenza artificiale: efficienza e rischi per i diritti fondamentali*, in *PPG* 2020, 967 ss.; J. Saccomani, *L'impatto della giustizia algoritmica sul diritto all'equo processo*, in *CP* 2023, 628 ss.

i *software* predittivi riuscirebbero a dare manforte alla figura del pubblico ministero (senza delegittimarla o addirittura abolirla in alcuno modo) e ne renderebbero più semplici le incombenze, implicando al contempo una rivalutazione effettiva e pragmatica dell'obbligo costituzionalmente protetto di esercizio dell'azione penale, oggi molto più vicino ad un mero feticcio privo di concreta rilevanza pratico-procedimentale.
Una previsione algoritmica affermativa o meno sulla plausibile condanna dibattimentale dell'indagato non sarebbe certo un mero paludamento procedimentale, ma avvantaggerebbe in via assoluta la sfera decisionale del pubblico ministero, sia in termini di «ratifica» del precedente convincimento umano sia al fine di manifestarne eventuali criticità; con la conseguenza che le *notitiae criminis* viziate da «fragilità accusatoria» verrebbero più prontamente «smaltite» o, comunque, definite, con indiretto giovamento anche per i fascicoli che, in senso contrario, meritano più chiaramente una trattazione processuale[43].

4. L'impiego dell'AI da parte del pubblico ministero come strumento di ausilio, sia nella fase preliminare di iscrizione della notizia di reato sia nella preconizzazione dell'esito processuale, potrebbe *de facto* rendere più rapide e fondate le decisioni che il titolare delle indagini è chiamato ad assumere.
Nondimeno, va evitato che l'uso possa trasformarsi in abuso, rendendosi necessario, onde configurare con successo una futura collaborazione trilaterale uomo-processo-algoritmo, che sia sempre e comunque il primo a governare il secondo e ad avvalersi strumentalmente del terzo, senza che mai si presentino indebiti sovvertimenti di paradigma. Al contempo, andrà necessariamente aggirato il rischio che il tanto agognato «controllo umano significativo»[44], il cui esercizio è richiesto all'essere umano sulla macchina, non sia un fattore solo formalmente rispettato, ma nei fatti obliterato da una cieca fiducia nell'oracolo tecnologico.
Volendo tirare le fila del discorso, allora, al fine di vedersi realizzato ciò che sin qui è stato solo teorizzato, sarà imprescindibile un approccio umanocentrico che riservi al magistrato requirente-*user* il ruolo di baluardo nell'ambito di una corretta *cross-fertilization* tra progresso e giustizia, senza che la seconda venga sopraffatta dall'avanzata inarrestabile delle novità digitali.

[43] E. Bonarrigo, *op. cit*., 634 s. Lo stesso Autore valorizza, però, la possibilità per il pubblico ministero di non essere d'accordo con il giudizio della macchina, nonché la garanzia di trasparenza dei meccanismi valutativi dell'algoritmo che consenta alla persona offesa un più consapevole esercizio del diritto di opposizione alla richiesta di archiviazione. In senso particolarmente riduttivo della funzionalità di *software* di AI declinati in questi termini, V. Gramuglia, *op. cit*., 21, secondo cui «Potrebbe essere edificante ipotizzare, in un prossimo futuro, che si concepiscano dei meccanismi che inducano il pubblico ministero a confrontarsi con la prognosi algoritmica di archiviazione allorché la macchina sia stata programmata al fine di fare emergere una situazione di assoluta evidenza probatoria in ordine al proscioglimento, la mancanza di una condizione di procedibilità, nonché l'estinzione del reato».
[44] G. Ubertis, *Intelligenza artificiale, giudice penale, controllo umano significativo*, in *DPenCont* 2020, 75 ss.

LA CORTE COSTITUZIONALE RESTITUISCE CENTRALITÀ ALLA VALUTAZIONE PERIODICA DEL PERCORSO RIEDUCATIVO PER L'ACCESSO ALLA LIBERAZIONE ANTICIPATA

di Barbara Giors (Dottoressa di ricerca in Diritto processuale penale, Avvocata del Foro di Torino)

Il contributo analizza l'impatto della sentenza n. 201/2025 della Corte costituzionale sulla disciplina della liberazione anticipata, modificata nel 2024 dal c.d. "decreto carcere sicuro". L'indagine prende le mosse dalla riforma del procedimento di cui all'art. 69-bis Op, che aveva sostituito il tradizionale modello fondato sulla valutazione semestrale con un sistema incentrato sull'iniziativa officiosa del magistrato di sorveglianza, ammettendo l'iniziativa del condannato solo in presenza di uno «specifico interesse». La pronuncia della Consulta, dichiarando l'illegittimità costituzionale di tale requisito, riafferma la funzione della liberazione anticipata quale strumento di progressione trattamentale e valorizza la necessità di un riscontro giurisdizionale periodico, tempestivo e individualizzato sul percorso rieducativo. L'analisi si sofferma quindi sulla fisionomia dell'istituto risultante dalla declaratoria di incostituzionalità, evidenziando le persistenti criticità derivanti dalla conservazione dei meccanismi di attivazione officiosa, dalla concentrazione delle verifiche in specifici momenti dell'esecuzione e dalle difficoltà strutturali degli uffici di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria. Il riconoscimento del diritto alla valutazione periodica della condotta non è dunque, da solo, sufficiente: occorrono risorse concrete perché i principi affermati dalla Corte trovino piena ed effettiva attuazione nella quotidianità dell'esecuzione penitenziaria.
This paper examines the impact of Constitutional Court judgment no. 201/2025 on the regulation of early release (liberazione anticipata), as amended in 2024 by the so-called "Safe Prison Decree" ("decreto carcere sicuro"). It first considers the reform of the procedure under Article 69-bis of Law no. 354 of 26 July 1975, which replaced the traditional system of six-monthly assessments with a system centred on ex officio action by the supervisory judge, admitting applications by the convicted person only where a "specific interest" was shown. By declaring this requirement unconstitutional, the Court reaffirmed the role of early release as a means of supporting the rehabilitative process and stressed the need for regular, timely and individualised judicial review of prisoners' progress. The paper then examines the implications of the judgment, highlighting the continued reliance on ex officio activation, the concentration of assessments at specific stages of sentence enforcement, and the structural difficulties affecting supervisory offices and the prison administration. Thus, periodic judicial review of the prisoner's conduct is not sufficient on its own: adequate resources are needed to give practical effect to the principles affirmed by the Court in the day-to-day practice of prison administration.

Corte costituzionale, liberazione anticipata, valutazione periodica
Constitutional Court, early release, periodic assessment

Sommario: 1. Il tormentato assetto normativo della liberazione anticipata dopo la riforma del 2024. – 2. I dubbi di legittimità costituzionale e il loro pieno accoglimento da parte della Corte. – 3. L'attuale fisionomia dell'istituto tra vocazioni costituzionali e limiti strutturali.

1. Con la sentenza n. 201/2025 la Corte costituzionale è intervenuta sulla riforma dell'art. 69-*bis* Op, come modificato dall'art. 5 co. 3 d.l. 4.7.2024 n. 92 conv. in l. 8.8.2024 n. 112,

dichiarandone l'illegittimità costituzionale parziale nella parte in cui subordinava la proponibilità dell'istanza di liberazione anticipata alla sussistenza di uno «specifico interesse», da indicare a pena di inammissibilità[1].

Si tratta di un intervento che mira a restituire all'istituto della liberazione anticipata la sua primigenia funzione di strumento trattamentale, almeno in parte offuscata, come da più parti segnalato criticamente, ad opera del c.d. *Decreto carcere sicuro*[2].

La liberazione anticipata – che la dottrina maggioritaria, in aderenza al tenore letterale della norma, annovera senza esitazioni tra i benefici penitenziari[3] – è stata originariamente concepita come un istituto intrinsecamente fondato sulla periodicità della valutazione del percorso rieducativo e sul conseguente diritto della persona detenuta a richiedere al giudice di sorveglianza il riconoscimento della riduzione di pena al termine di ciascun semestre, e per questo esplicitamente qualificato come «strumento del trattamento progressivo»[4].

---

[1] Per un commento alle ordinanze di rimessione ed alla pronuncia della Corte v. M.R. Donnarumma, *La finalità rieducativa delle pene e la liberazione anticipata quale "istituto chiave" nel perseguimento di tale obiettivo*, in Giurisprudenza Penale Web 2026 (2); F. Fiorentin, *La nuova disciplina della liberazione anticipata ora al vaglio di legittimità costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 20.3.2025; Id., *Sistema penitenziario, la Consulta censura la nuova disciplina sulla liberazione anticipata*, in *GD* 2026 (2), 62 ss.; C. Gallo, *Liberazione anticipata e finalità rieducativa della pena*, in www.giustiziainsieme.it, 21.5.2026; M. Infantino, *La "restaurazione" del regime di liberazione anticipata: note a margine di Corte Cost. 201/2025*, in www.osep.it 6.3.2026; N. Triggiani, *Bocciata dalla Consulta la nuova modalità di accertamento dei requisiti per accedere alla liberazione anticipata contenuta nel c.d. "decreto carcere sicuro" del 2024 e recuperata la funzione rieducativa dell'istituto*, in *PPG* 2026 (4), 978 ss.

[2] Per un esame organico dell'intervento normativo cfr. S. Carnevale, F. Siracusano, M.G. Coppetta, *Le misure alternative alla detenzione e la liberazione anticipata*, in *Manuale di diritto penitenziario*[4], a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Torino 2025, 287 ss.; A. Della Bella, V. Alberta, *La conversione in legge del "decreto carcere" e la persistente assenza di soluzioni al problema del sovraffollamento carcerario*, in *DPP* 2024, 1417 ss.; F. Fiorentin, *Decreto "carcere sicuro": tutte le novità*, Milano 2024; K. Natali, *Procedure più snelle per l'accesso alle misure alternative*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.7.2025; E. Romano, *D.L. 92/2024 "Carcere Sicuro", note sparse ad una prima lettura: nulla di straordinario, poco di necessario, scarsamente urgente*, in www.giustiziainsieme.it, 9.7.2024; F. Gianfilippi, *Il decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92 "Carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario*, in www.giustiziainsieme.it, 10.7.2024; F. Gianfilippi, *La conversione in legge 112/2024 delle misure (anche) in materia penitenziaria del d.l. 92/24: pochi correttivi, nuove criticità e capitoli tutti ancora da scrivere*, in www.giustiziainsieme.it, 6.9.2024; M. Palma, *Angusto, inefficace, in ritardo. Il decreto legge n. 92/2024* , in *RIDPP* 2024 (2), 791 ss.; M. Passione, *Ancora a proposito del d.d.l. n. 1183 in materia di diritto penitenziario,* in www.sistemapenale.it, 17.7.2024*;* G.M. Pavarin, *L'ineffabile inutilità di un decreto urgente che ignora l'urgenza*, in *RIDPP* 2024 (2), 803 ss.; M. Pelissero, *La pervicace volontà di non affrontare i nodi dell'emergenza carceraria*, in www.sistemapenale.it, 18.7.2024; M.C. Ornano, *Osservazioni sugli interventi in materia di Liberazione anticipata e misure in materia penitenziaria di cui al Decreto legge n. 92 del 4 luglio 2024. Audizione presso la Commissione Giustizia del Senato in materia di D.L. 92 del 2024, 10 luglio 2024,* in www.giustiziainsieme.it, 15.7.2024; A. Ricci, *Osservazioni a prima lettura sull'art. 5 del decreto-legge 4 luglio 2024, n. 92, in tema di liberazione anticipata*, in *Giurisprudenza Penale Web* 2024, 7-8; G. Tabasco, *Brevi osservazioni sugli ultimi interventi normativi in tema di liberazione anticipata e detenzione domiciliare*, in *www.archiviopenale.it*, 11.11.2024; N. Triggiani, *La liberazione anticipata dopo il c.d. "Decreto carceri": rilevanti innovazioni e importanti criticità*, in *Annali 2024 del Dipartimento Jonico*, 292 ss.

[3] Propendono per la natura essenzialmente premiale dell'istituto e ne evidenziano l'anomala collocazione tra le misure alternative alla detenzione (risultando più correttamente inquadrabile tra le cause di estinzione parziale della pena), tra i molti, M. Canepa, S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario*[9], Milano 2010, 379; M.G. Coppetta, sub *art. 54*, in *Ordinamento penitenziario commentato*[6], a cura di V. Grevi, G. Giostra e F. Della Casa, Padova 2019, 773 s.; Ead., *Le misure alternative alla detenzione*, cit., 287 s.; F. Fiorentin, C. Fiorio, *Diritto penitenziario e giustizia riparativa*, Piacenza 2025, 46; A. Pennisi, *Le misure alternative alla detenzione*, in *Manuale della esecuzione penitenziaria*[6], a cura di P.M. Corso, Milano 2017, 283; A. Presutti, *Profili premiali dell'ordinamento penitenziario*, Milano 1986, 92 e 437; P. Troncone, *Manuale di diritto penitenziario e delle misure punitive*, Torino 2023, 171 s.

[4] M.G. Coppetta, sub *art. 54*, cit., 774 s.

Nel dichiarato intento di "razionalizzare" alcuni benefici e di "semplificare" l'accesso ai medesimi[5], la novella del 2024 ha integralmente riformulato l'art. 69-*bis* Op, prevedendo quale modalità ordinaria per la decisione sulla liberazione anticipata l'iniziativa officiosa del magistrato di sorveglianza e ridisegnando i tempi per l'accertamento, che si concentrano rigidamente in alcuni specifici momenti della fase esecutiva.
La prima occasione nella quale il magistrato può attivarsi d'ufficio si concretizza quando sia stata presentata un'istanza volta all'accesso a una misura alternativa alla detenzione o ad altri «benefici analoghi» per i quali la detrazione di pena prevista dall'art. 54 Op incida sul raggiungimento delle soglie temporali richieste ai fini della concedibilità. Si è fin da subito osservato che, in luogo dell'imprecisa locuzione scelta per uscire dal catalogo delle misure alternative, il legislatore avrebbe potuto optare per una formula maggiormente analitica, sulla scorta di quella contenuta nell'art. 4-*bis* Op, in modo da eliminare in radice ogni possibile dubbio circa l'applicabilità della disposizione a benefici come i permessi premio o il lavoro all'esterno[6]. La Relazione illustrativa al d.d.l. di conversione del d.l. 92/2024[7] aveva tuttavia sottolineato come la scelta terminologica mirasse proprio ad includere istituti ulteriori rispetto a quelli di cui all'art. 54 co. 4 Op, anche di futura introduzione.
Da un punto di vista più strettamente operativo, in questo nuovo assetto procedimentale, la verifica sulla liberazione anticipata non si riduce a un accertamento meramente accessorio rispetto all'istanza di concessione della misura alternativa, ma continua a svolgersi attraverso un procedimento autonomo[8], solo all'esito del quale potrà essere esaminata la richiesta "principale" rispetto a cui la decisione sulla detrazione *ex* art. 54 Op si pone come presupposto necessario.
Al fine di evitare istanze troppo anticipate, l'art. 69-*bis* co. 1 Op ne consente la proposizione unicamente a partire dai novanta giorni che precedono il maturare dei presupposti per l'accesso alla misura alternativa o al beneficio analogo, individuati tenendo conto delle detrazioni *ex* art. 54 Op.
Il secondo momento nel quale può collocarsi la concessione della liberazione anticipata è individuato in prossimità del fine pena: più specificamente, l'art. 69-*bis* co. 2 Op demanda al magistrato di sorveglianza la relativa valutazione in relazione ai periodi residui non ancora considerati ai fini dell'accesso ai benefici, da effettuarsi d'ufficio «nel termine di novanta giorni antecedente al maturare del termine di conclusione della pena da espiare, come individuato computando le detrazioni» ipoteticamente spettanti.
In coerenza con questa impostazione, che affida al momento finale dell'esecuzione l'intero scrutinio sul percorso rieducativo, il legislatore è intervenuto anche sul versante processuale, imponendo al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 656 Cpp, di procedere sin dall'avvio dell'esecuzione a un duplice computo della pena, uno effettuato al netto della liberazione anticipata e uno che invece prescinde da tale detrazione, con espresso avviso al condannato circa le conseguenze della mancata partecipazione all'opera di rieducazione, che comporterà la definitiva applicazione della soluzione esecutiva più sfavorevole[9]. Il dichiarato intento della

[5] Così, testualmente, il preambolo del d.l. 92/2024.
[6] A. Ricci, *op. cit.*, 5; G. Tabasco, *op. cit.*, 21; M. Passione, *op. cit*. La medesima formulazione generica («altri benefici analoghi che comportano l'uscita dall'istituto») compare peraltro nel testo dell'art. 58-*sexies* Op, introdotto ad opera della l. 2.12.2025 n. 181.
[7] In www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1720595473_ddl-1183.pdf.
[8] Con conseguente onere per la cancelleria di procedere all'iscrizione di un procedimento separato, che si concluderà con un'ordinanza suscettibile di autonoma impugnazione: F. Fiorentin, *La nuova disciplina della liberazione anticipata ora al vaglio di legittimità costituzionale*, cit.; A. Ricci, *op. cit.*, 7.
[9] Avviso concepito come «una sorta […] di ammonimento preliminare al condannato», peraltro di incerto contenuto nel caso in cui riguardi un ergastolano: A. Ricci, *op. cit.*, 2; nella stessa prospettiva E. Romano, *op. cit.*

novella[10] era quello di promuovere in modo più incisivo l'adesione del condannato al percorso rieducativo, rendendo immediatamente percepibile, fin dall'avvio dell'esecuzione, il nesso tra l'impegno nel programma trattamentale e l'esito sanzionatorio effettivo[11].
Nell'assetto delineato dal c.d. *Decreto carcere sicuro* le due occasioni di attivazione officiosa fin qui illustrate sono divenute dunque la regola per la concessione della liberazione anticipata e sono andate ad affiancarsi all'ipotesi già prevista all'art. 656 co. 4-*bis* ss. Cpp, che impone al pubblico ministero, prima di emettere l'ordine di esecuzione, di trasmettere gli atti al magistrato di sorveglianza affinché provveda alle detrazioni di pena *ex* art. 54 Op eventualmente spettanti in rapporto ai periodi di presofferto in custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile, per verificare se, per effetto dello scomputo, la pena residua rientri nei limiti che consentono la sospensione dell'ordine di esecuzione[12].
In questo quadro, la possibilità per il condannato di attivarsi autonomamente per ottenere il beneficio, all'esito della novella del 2024, costituiva un'eccezione del tutto residuale, ammessa solo in presenza di uno «specifico interesse» distinto da quelli che giustificano l'iniziativa officiosa del giudice e da indicarsi nell'istanza a pena di inammissibilità. Si tratta, ad esempio, dell'ipotesi particolarmente frequente[13] in cui il condannato intenda richiedere il c.d. "scioglimento del cumulo", vale a dire la verifica della completa espiazione, grazie alla detrazione derivante dalla liberazione anticipata, della pena riferibile ad uno o più reati ostativi all'accesso a benefici come il lavoro all'esterno[14] o comunque idonei a determinare un regime penitenziario più restrittivo[15]. Il d.P.R. 3.10.2025 n. 176[16], attraverso l'introduzione di un nuovo comma 1-*ter* nell'art. 103 reg. es. Op, ha poi espressamente previsto un'ulteriore fattispecie integrativa dello «specifico interesse». Si è stabilito infatti che il giudizio semestrale espresso dalla direzione dell'istituto o dell'U.E.P.E. ai sensi dell'art. 26 reg. es. Op sulla partecipazione all'opera di rieducazione, laddove sfavorevole, debba essere comunicato al condannato, riconoscendogli contestualmente il diritto di richiedere entro trenta giorni la liberazione anticipata in relazione al semestre oggetto di valutazione negativa, per ottenere dal magistrato di sorveglianza una valutazione che confermi o smentisca – in ogni caso superandolo – il giudizio espresso dall'amministrazione penitenziaria.
Attraverso questa complessa architettura normativa e regolamentare, il legislatore ha così deciso di abbandonare il precedente modello normativo "a cadenza semestrale", riducendo le occasioni di accesso al beneficio e concentrando in pochi e definiti momenti della fase esecutiva la valutazione sui progressi trattamentali, in precedenza oggetto di verifiche periodiche scandite nel tempo.

---

[10] Come evidenziato nella già citata Relazione illustrativa al d.d.l. di conversione.
[11] E così formalizzando una sorta di «patto tra lo Stato e il detenuto», la cui validità sarebbe peraltro posta fortemente in discussione, come efficacemente osservato da G.M. Pavarin, *op. cit.*, 804, dalla «condizione di vasta illegalità di quasi tutti gli istituti, nessuno dei quali realmente rispondente alle previsioni dell'ordinamento penitenziario».
[12] Per una disamina approfondita di questo meccanismo, introdotto dal d.l. 1.7.2013 n. 78 conv. con modif. in l. 9.8.2013 n. 94, v. per tutti B. Lavarini, *Ordine di esecuzione e meccanismi sospensivi*, in *Sovraffollamento carcerario e diritti dei detenuti*, a cura di F. Caprioli e L. Scomparin, Torino 2015, 48 ss.
[13] Non a caso menzionata nella stessa Relazione al d.d.l.
[14] E. Romano, *op. cit.*
[15] Quale quello dettato in materia di colloqui visivi e corrispondenza telefonica rispettivamente dagli artt. 37 co. 8 e 39 co. 2 e 7 reg. es. Op: cfr. F. Gianfilippi, *Il decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92 "Carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario*, cit.
[16] D.P.R. 3.10.2025 n. 176, «Regolamento recante modifiche al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, in materia di procedimento per la concessione della liberazione anticipata e di corrispondenza telefonica dei detenuti e degli internati», *in* GU 25.11.2025. Per un commento, v. F.P.C. Iovino, *Le modifiche al regolamento penitenziario: il d.p.r. n. 176/2025*, in *PPG* 2026 (4), 1006 ss.

L'obiettivo della riforma era indubbiamente quello di pervenire sul piano operativo ad un sensibile contenimento del numero delle istanze presentabili dal condannato e, specularmente, degli adempimenti gravanti sugli uffici di sorveglianza e sull'amministrazione penitenziaria, con significativo risparmio di risorse per tutti gli apparati coinvolti[17]; fin da subito tuttavia la dottrina ha evidenziato la difficile realizzabilità di un simile risultato, atteso che le criticità del sistema risiedono soprattutto nell'ingente arretrato che già grava sugli uffici e nella complessità crescente delle istruttorie quando la domanda si riferisce ad un arco temporale prolungato. La mera concentrazione delle istanze non pare dunque poter semplificare radicalmente il lavoro del magistrato di sorveglianza, anche in ragione del fatto che per ricostruire il percorso trattamentale del condannato occorre acquisire separatamente da ciascun istituto penitenziario presso cui questi abbia soggiornato la relativa documentazione comportamentale e disciplinare, non essendo ad oggi disponibile alcuna banca dati centralizzata cui il giudicante possa attingere direttamente[18]. Ne consegue una prevedibile dilatazione dei tempi istruttori, con ricadute inevitabili anche sulla tempestività delle decisioni in materia di misure alternative, la cui concessione non può che seguire la definizione del *quantum* di liberazione anticipata maturato[19].

A fronte di tali criticità, la novità che pare invece indubbiamente idonea a snellire il procedimento è l'eliminazione del parere preventivo del pubblico ministero, in precedenza previsto dall'art. 69-*bis* co. 2 Op: una semplificazione che alleggerisce tanto gli uffici di sorveglianza quanto quelli requirenti da un adempimento che contribuiva a dilatare i tempi complessivi di definizione dell'istanza[20].

Accanto ai dubbi sull'effettiva utilità della novella sul versante dell'efficienza, la riforma ha suscitato fin da subito diffuse perplessità sul piano della coerenza con la *ratio* e la funzione rieducativa dell'istituto. Si è infatti da più parti messo in luce come la concentrazione delle valutazioni in pochi momenti predefiniti della fase esecutiva rischiasse di produrre effetti deteriori sul piano trattamentale, facendo venir meno quella funzione di stimolo e riconoscimento periodico che le valutazioni cadenzate nel tempo esercitano sul detenuto, incoraggiandone la partecipazione attiva al percorso rieducativo. In forza del nuovo meccanismo, il condannato a pene di lunga durata avrebbe potuto trascorrere anni senza ricevere alcun provvedimento concessivo, pur tenendo una condotta irreprensibile, restando privo di ogni segnale che l'impegno profuso fosse riconosciuto e stesse concretamente incidendo sul suo fine pena effettivo e sul suo *status* esecutivo. Ne sarebbe derivata una condizione di attesa prolungata e priva di riferimenti certi, aggravata dalla perdita di quel contatto periodico con il magistrato di sorveglianza che fino alla novella costituiva, per il detenuto, il principale momento di verifica e di riconoscimento istituzionale del cammino intramurario intrapreso[21], tanto più prezioso ove si consideri che il colloquio diretto tra magistrato e detenuto negli istituti penitenziari — pur previsto dall'ordinamento — resta nella prassi un'evenienza tutt'altro che sistematica[22].

Va peraltro osservato come la protratta incertezza sulla data effettiva del fine pena o del maturare dei termini per l'accesso ad una misura alternativa non si riverberi solo sul piano della

[17] A. Ricci, *op. cit.*, 7; E. Romano, *op. cit.*

[18] Per questi rilievi v. in particolare M.C. Ornano, *op. cit.*, e G.M. Pavarin, *op. cit.*, 806.

[19] F. Fiorentin, *La nuova disciplina della liberazione anticipata ora al vaglio di legittimità costituzionale*, cit.

[20] F. Gianfilippi, *Il decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92 "Carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario*, cit.

[21] F. Gianfilippi, *Il decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92 "Carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario*, cit.; Id., *La conversione in legge 112/2024 delle misure (anche) in materia penitenziaria del d.l. 92/24,* cit.

[22] Sul ruolo dei colloqui del magistrato di sorveglianza con le persone ristrette nell'ambito dell'attività di vigilanza demandatagli dalla legge v. M. Canepa – S. Merlo, *Manuale di diritto penitenziario,* cit., 60; F. Della Casa, sub *art. 69*, in *Ordinamento penitenziario commentato,* cit., 923 s.

percezione soggettiva del detenuto, potendo avere ricadute concrete sul percorso trattamentale. L'attività progettuale degli operatori postula infatti un orizzonte temporale sufficientemente definito: è la prossimità di una data di dimissione attendibile a consentire l'attivazione tempestiva delle risorse esterne — sistemazione abitativa, opportunità lavorative, raccordo con i servizi territoriali, ecc. — necessarie affinché la scarcerazione coincida con l'avvio di un percorso di concreta reintegrazione sociale nell'ambiente libero. In questa prospettiva, un meccanismo decisorio imperniato su valutazioni non cadenzate nel tempo può generare due rischi opposti: quello di attivare interventi per un soggetto la cui scarcerazione si riveli poi sensibilmente più lontana di quanto programmato, con conseguente dispersione di mezzi, e quello, speculare, di non avviare per tempo le necessarie interlocuzioni con i servizi e le risorse del territorio.
A ciò si aggiunga che la disamina cumulativa di più semestri in blocco rende più difficile per il magistrato di sorveglianza la formulazione di un giudizio effettivo sull'adesione al trattamento nei singoli semestri considerati e dunque il rispetto del principio della valutazione autonoma e frazionata accolto dalla giurisprudenza e dalla dottrina dominanti[23].
Questi dunque i principali rilievi mossi alla riforma, già all'indomani della sua approvazione. Per attenuarne le ricadute negative – amplificate dalla natura processuale delle disposizioni introdotte, suscettibili di applicazione immediata anche ai procedimenti in corso in forza del principio *tempus regit actum* – si era proposto di interpretare in modo ampio la nozione di interesse richiamata dall'art. 69-*bis* Op, ritenendola integrata anche solo dal vantaggio morale, per il condannato, di ottenere un riscontro periodico e certo da parte del magistrato di sorveglianza[24].

2. Le perplessità fin qui illustrate hanno ben presto trovato formale espressione in due questioni di legittimità costituzionale sollevate, rispettivamente, dal magistrato di sorveglianza di Napoli e dal magistrato di sorveglianza di Spoleto[25], aventi ad oggetto l'art. 69-*bis* co. 3 Op, come sostituito dall'art. 5 co. 3 del d.l. 92/2024 conv. in l. 112/2024, in riferimento agli artt. 3 e 27 co. 3 Cost.; il solo giudice napoletano evocava altresì il parametro di cui all'art. 111 co. 6 Cost.
Sotto il profilo della rilevanza, i giudici *a quibus* evidenziavano come l'applicazione del principio *tempus regit actum* ai procedimenti in corso imponesse l'automatica declaratoria di inammissibilità delle istanze, in quanto i condannati – gravati da pene di lunga durata e non ancora prossimi ai termini per l'attivazione officiosa – non avevano allegato lo «specifico interesse» richiesto in via sussidiaria dalla novella legislativa.
Quanto poi alla non manifesta infondatezza, i rimettenti censuravano la radicale distorsione della fisionomia della liberazione anticipata, che, a seguito della riforma, finiva per smarrire la propria natura di strumento trattamentale – ampiamente valorizzata nella stessa giurisprudenza costituzionale fin dalla sentenza n. 276/1990 – venendo degradata a un istituto a mera «funzione servente» rispetto alle misure alternative, utile solo «ad abbreviare la pena». Impedire al detenuto di sollecitare la verifica semestrale al di fuori delle strette finestre dell'iniziativa officiosa significava, in sostanza, recidere il legame dialogico e pedagogico-propulsivo tra il condannato e il magistrato di sorveglianza, compromettendo il buon esito del percorso di progressiva evoluzione personale che costituisce il fine primario dell'istituto di cui

[23] Sul lungo percorso che ha condotto al giudizio semestralizzato v. per tutti M.G. Coppetta, sub *art. 54*, cit., 782 s. In giurisprudenza, cfr. ad es. Cass. 16.9.2025 n. 36903, in GD 2025 (47); Cass. 2.12.2022 n. 34572, in *CEDCass*, m. 285120; Cass. 24.2.2021 n. 12776, in *CEDCass*, m. 280859; Cass. 13.1.2015 n. 3358, in *CEDCass*, m. 262052.
[24] F. Gianfilippi, *Il decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92 "Carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario*, cit.; G.M. Pavarin, *op. cit.*, 805.
[25] M. sorv. Spoleto, ord. 25.3.2025 (reg. ord. n. 73 del 2025) e M. sorv. Napoli, ord. 10.3.2025 (reg. ord. n. 75 del 2025), entrambe pubblicate in G.U., 1ª Serie Speciale, n. 18 del 2025.

all'art. 54 Op. Una simile preclusione si traduceva, inoltre, in un'irragionevole disparità di trattamento a danno dei condannati a pene lunghe, costretti a subire una prolungata incertezza sul proprio *status* esecutivo. Infine, per quanto attiene alla pretesa violazione dell'art. 111 co. 6 Cost., si evidenziava il rischio che la distanza temporale anche molto lunga tra i singoli semestri ed il momento del loro scrutinio ad opera del magistrato pregiudicasse la «qualità della decisione giurisdizionale» e il corretto assolvimento dell'onere motivazionale, in ragione della difficoltà di reperire i necessari elementi istruttori.

Le critiche mosse dai giudici di merito hanno trovato pieno accoglimento da parte della Corte costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità della disposizione in relazione a tutti i parametri prospettati.

Attraverso una pronuncia di parziale illegittimità costituzionale, il Giudice delle Leggi ha censurato l'impianto restrittivo introdotto dalla novella del 2024, riaffermando la natura della liberazione anticipata come strumento essenziale per l'effettiva implementazione della finalità rieducativa della pena: un obiettivo, quest'ultimo, impresso dall'art. 27 co. 3 Cost. quale «preciso dovere […] a carico di tutte le istituzioni e i poteri che esercitano la potestà punitiva nell'ordinamento italiano» e che la pur ampia discrezionalità del legislatore in materia penitenziaria non può in alcun modo compromettere.

In questa prospettiva, la Corte ha chiarito che l'istituto disciplinato dall'art. 54 Op non può essere ridotto ad un mero espediente per accorciare la pena o anticipare l'accesso ai benefici penitenziari, ma costituisce un importante stimolo alla partecipazione attiva del condannato al percorso di risocializzazione: offrire un riscontro periodico sul cammino intrapreso risponde alla necessità di valorizzare i progressi compiuti, consolidando i risultati positivi del trattamento o, al contrario, offrendo le coordinate necessarie per correggerne tempestivamente la rotta. Richiamando la propria costante linea interpretativa sul punto[26], la Consulta ha ribadito l'importanza della tempestività del riscontro sul comportamento tenuto dal condannato, in quanto solo un vaglio giurisdizionale che intervenga in tempi brevi e fin dalle prime fasi dell'esecuzione della pena permette di incentivare e consolidare la stabile partecipazione all'offerta rieducativa. Il riscontro frazionato – valorizzato proprio in quest'ottica nei lavori preparatori della riforma 2024 – rassicura infatti il detenuto fornendogli una prospettiva temporale concreta e periodicamente aggiornata sulla durata della sua pena, il che contribuisce altresì a stemperare le tensioni interne agli istituti[27] e in definitiva assolve alla «duplice speculare responsabilità» individuata dalla Consulta: quella del condannato, chiamato a un cammino di revisione critica del proprio passato, e quella del sistema penale, tenuto a stimolare tale percorso verso un progressivo reinserimento.

Sottrarre alla liberazione anticipata la sua primigenia funzione risocializzante finisce per generare «un'evidente incongruità della disciplina rispetto alla sua finalità», qualificata dalla Corte come un'ipotesi di «irrazionalità *intra legem*» lesiva del principio di ragionevolezza sancito dall'art. 3 Cost. e determinante un *vulnus* al principio del «minimo sacrificio necessario» della libertà personale[28]. Il meccanismo censurato, infatti, concentrando il riscontro giurisdizionale solo nel momento in cui i benefici diventano concretamente fruibili, lascia la persona in una condizione di prolungata incertezza sull'adeguatezza dei progressi trattamentali compiuti, privandola della possibilità di correggere efficacemente il proprio comportamento in tempo utile per l'accesso alle misure premiali.

---

[26] Espressa fin dalla sentenza 31.5.1990 n. 276 e successivamente ribadita nelle pronunce 20.6.2018 n. 149 e 13.1.2021 n. 17.

[27] Così il testo della relazione presentata dalla Presidente del Tribunale di sorveglianza di Cagliari alla Commissione giustizia del Senato nella seduta del 10 luglio 2024, citato nella motivazione della sentenza in commento.

[28] Ripetutamente evocato dalla giurisprudenza costituzionale, da ultimo con sentenza C. cost. 9.7.2025 n. 139.

Infine, la pronuncia ha condiviso i rilievi del magistrato di sorveglianza di Napoli circa i profili di frizione del nuovo assetto normativo con l'art. 111 co. 6 Cost., confermando che costringere il giudice a valutazioni cumulative a distanza di molti anni rende eccessivamente gravoso il vaglio della partecipazione all'opera rieducativa – anche in ragione della necessità di chiedere chiarimenti alle diverse amministrazioni penitenziarie coinvolte nel tempo – ed al contempo pregiudica il diritto di difesa del condannato, a causa della difficoltà di ricostruire un percorso trattamentale ormai lontano nel tempo.
Secondo la Consulta, la lesione dei parametri costituzionali evocati non può ritenersi sanata (ancorché risulti almeno in parte ridotta) dalle novità introdotte sul piano regolamentare dal d.P.R. 176/2025, ed in particolare dal meccanismo che consente oggi al condannato la proposizione dell'istanza di concessione della liberazione anticipata ogni qualvolta nel corso dell'esecuzione lo stesso abbia ricevuto comunicazione di un giudizio negativo dall'amministrazione penitenziaria, formulato in occasione della verifica semestrale demandatale dall'art. 26 co. 5 reg. es. Op. La valutazione sulla liberazione anticipata compete infatti in via esclusiva al magistrato di sorveglianza, chiamato a decidere in piena autonomia rispetto alle risultanze delle relazioni periodiche dell'amministrazione, che peraltro non possono rappresentare la sua unica fonte di conoscenza. Il giudice, pertanto, ben può disattendere le valutazioni espresse in sede amministrativa, in senso tanto favorevole quanto contrario al condannato, il quale mantiene anche solo per questo l'interesse a sollecitare il periodico vaglio giurisdizionale sul suo percorso rieducativo, anche in assenza di giudizi negativi intermedi espressi dalla direzione dell'istituto o dell'U.E.P.E.
Appaiono altrettanto insufficienti, a giudizio della Corte, i nuovi adempimenti informativi imposti al pubblico ministero contestualmente all'emissione dell'ordine di esecuzione: la formale prospettazione iniziale delle detrazioni di pena astrattamente fruibili, unita all'indicazione delle conseguenze negative della mancata adesione al trattamento (peraltro già desumibili dalla semplice lettura della norma) non può certo sostituire la funzione orientativa e correttiva di un vaglio giurisdizionale individualizzato, il solo a poter fare emergere le specifiche criticità della condotta del soggetto all'interno del singolo semestre.
Alla luce di tali complessive considerazioni, la Corte costituzionale conclude per la rimozione della barriera preclusiva introdotta dal legislatore del 2024, espungendo dal testo dell'art. 69-*bis* co. 3 Op il requisito dello «specifico interesse» richiesto a pena di inammissibilità. Ferma restando l'operatività dei meccanismi di attivazione officiosa, viene così restituita al condannato la facoltà di promuovere autonomamente l'attivazione del procedimento di sorveglianza per il riconoscimento della detrazione di pena al maturare di ogni singolo semestre.

3. L'intervento della Consulta ha indubbiamente il merito di aver frenato una deriva efficientista che, nel pur comprensibile tentativo di alleggerire il carico degli uffici giudiziari, rischiava di sminuire il ruolo del condannato all'interno del percorso esecutivo e di compromettere il buon esito del processo di risocializzazione.
Al di là dei fondamentali rilievi sul valore pedagogico-propulsivo del riscontro periodico sulla qualità dei progressi trattamentali, la pronuncia incide su un aspetto eminentemente pratico, eppure essenziale nella dinamica dell'esecuzione: la definizione dell'orizzonte temporale della pena. La riduzione del tempo della detenzione attraverso la liberazione anticipata risponde indubbiamente alla sua nativa funzione premiale, volta a valorizzare e ricompensare la partecipazione all'opera di rieducazione. Tuttavia, l'istituto racchiude in sé un valore ulteriore, in quanto consente al condannato di diventare protagonista attivo non solo della qualità del percorso trattamentale, ma anche della sua durata, nella consapevolezza che i tempi del

riavvicinamento all'ambiente libero sono condizionati in modo determinante dal suo stesso impegno.
In questa prospettiva, come già accennato, la possibilità di prevedere con un margine di ragionevole certezza il momento del fine pena o del raggiungimento delle soglie per l'accesso a misure e benefici extramurari costituisce un presupposto essenziale per sviluppare ogni progetto di reinserimento, non solo dal punto di vista del diretto interessato, ma per l'intera rete degli attori coinvolti, dagli operatori penitenziari e dell'esecuzione penale esterna fino al contesto affettivo e relazionale e alle risorse del privato sociale.
Il pregio della pronuncia della Corte è dunque soprattutto quello di ricondurre la liberazione anticipata a una fisionomia coerente con «quei caratteri di progressività e flessibilità della pena che derivano dallo stesso principio rieducativo»[29], anche se, indubbiamente, l'effettività del diritto "ripristinato" dai giudici della Consulta dovrà misurarsi con l'attuale situazione strutturale degli istituti penitenziari.
In un contesto in cui il sovraffollamento e la carenza di risorse compromettono l'avvio e la prosecuzione dell'osservazione scientifica della personalità e condizionano l'effettività dell'offerta trattamentale, l'istituto della liberazione anticipata subisce nella prassi quotidiana un inevitabile snaturamento, in quanto il beneficio finisce per essere concesso sulla scorta del solo parametro della condotta regolare, intesa come semplice assenza di infrazioni disciplinari, venendo così meno il fattore di stimolo a un più profondo cambiamento[30]. D'altro canto, in assenza di adeguate risorse, anche il ripristino formale del diritto ad una verifica periodica sull'andamento del percorso trattamentale rischia di ridursi ad un'enunciazione astratta: la scarsità di organico del personale dell'area giuridico-pedagogica e degli uffici di esecuzione penale esterna, unita al cronico sovraccarico degli uffici di sorveglianza, può ostacolare in modo significativo quella tempestività della risposta giurisdizionale che la Corte ha indicato invece come imprescindibile.
Che l'istituto in esame resti circondato da persistenti criticità è d'altronde confermato dal dibattito politico e giuridico, all'interno del quale – con rinnovata urgenza nell'attuale quadro contingente — riaffiora periodicamente l'istanza di introdurre una liberazione anticipata speciale, sul modello di quella già sperimentata nel 2013[31] con precipui intenti deflattivi della popolazione ristretta. La ciclica riproposizione di proposte normative volte ad aumentare i giorni di detrazione per semestre evidenzia peraltro anche l'approccio con cui la liberazione anticipata viene percepita dal legislatore nei momenti di più acuta criticità del sistema carcerario: non tanto come strumento di promozione e valorizzazione dei progressi trattamentali, ma soprattutto come valvola di sfogo emergenziale e pragmatico "sconto di pena" finalizzato all'obiettivo – sia pure di indubbia rilevanza – di mera riduzione numerica della popolazione detenuta.

[29] Sent. 201/2025, punto 6.4 del *Considerato in diritto.*
[30] Nel senso che la concessione della liberazione anticipata non può fondarsi sulla mera verifica della regolarità della condotta intramuraria, ma richiede da parte del condannato la dimostrazione di una concreta volontà di trarre profitto dalle opportunità trattamentali v. tra le molte Cass. 5.2.1998 n. 692; Cass. 15.3.1996 n. 1697, in *CEDCass*, m. 204613; Cass. 31.10.1995 n. 5443, in *CEDCass*, m. 203569; Cass. 28.5.1995, Adelfio, in *CP* 1995, 172; Cass. 10.3.1994, Di Pasquale, in *CP* 1995, 707; Cass. 27.10.1993, Spampinato, in *CP* 1995, 173; Cass. 17.6.1993, Rigo, in *CP* 1994, 2218.
[31] In argomento cfr. P. Bronzo, *Problemi della «liberazione anticipata speciale»,* in *AP* 2014, 8 ss.; F. Fiorentin, *Decreto svuotacarceri (d.l. 23 dicembre 2013, n. 146),* Milano 2014, 65 ss.; L. Degl'Innocenti, L. Faldi, *I benefici penitenziari*, Milano 2014, 51 ss.; A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale,* Torino 2014, 116*;* F.P.C. Iovino, *La liberazione anticipata speciale,* in AA.VV., *Le nuove norme sulla giustizia penale,* a cura di C. Conti, A. Marandola e G. Varraso, Padova 2014, 72 ss.; nonché, volendo, B. Giors, *La liberazione anticipata speciale,* in *Sovraffollamento carcerario,* cit., 123 ss.

Va ancora osservato come la nuova architettura "a doppio binario", scaturita dall'interazione tra la novella del 2024 e la declaratoria di incostituzionalità, lasci irrisolte le potenziali problematiche relative ai meccanismi di attivazione officiosa rimasti in vigore, tanto che pare lecito domandarsi, alla luce dei principi espressi dalla Corte, se abbia davvero senso mantenerne l'operatività[32]. Il modello risultante dalla pronuncia si rivela infatti intrinsecamente contraddittorio: l'auspicata deflazione del carico di lavoro della magistratura viene smentita da un meccanismo che, mentre restituisce al detenuto il potere di impulso periodico, continua a far gravare sugli uffici giudiziari l'onere di un monitoraggio generalizzato su tutte le esecuzioni[33]. Peraltro, il compito imposto alle procure di calcolare e aggiornare costantemente il "fine pena virtuale" sconta il pericolo di gravi disomogeneità applicative e rischia paradossalmente di generare un disorientamento diffuso nei destinatari degli ordini di esecuzione. L'instabilità di questo computo, che muta a ogni nuovo cumulo o fungibilità, risulta infatti di difficile comprensione per i ristretti, in particolare se stranieri, e ne aggrava la vulnerabilità, oltre a risultare logicamente inapplicabile per i condannati all'ergastolo[34].
Infine, la rigida individuazione del termine di novanta giorni per l'attivazione dell'iniziativa officiosa — sia in occasione dell'accesso alle misure alternative, sia in prossimità della scarcerazione — non solo rischia di rivelarsi inadeguata rispetto ai tempi dell'istruttoria, con il pericolo di posticipare la decisione giurisdizionale oltre il termine di espiazione della pena[35], ma esclude irragionevolmente l'ultimo trimestre di espiazione dall'ambito operativo del beneficio, senza che sia chiaro come debba valutarsi l'eventuale maturazione del semestre proprio all'interno di tale periodo[36]. Si tratta di problemi che non possono essere sottovalutati e che infatti si sono di recente proposti anche all'attenzione della giurisprudenza di legittimità, conducendo ad un'interessante apertura in merito all'interesse del condannato a coltivare il procedimento per la concessione della liberazione anticipata anche dopo la conclusione dell'esecuzione della pena[37]. Non potrebbe infatti essere negata, secondo la Corte di cassazione[38], la sussistenza, in capo al soggetto ormai scarcerato, di un interesse giuridicamente rilevante ad ottenere comunque una decisione sulla richiesta di detrazione di pena, al fine di azionare la successiva e conseguente domanda di riparazione per l'ingiusta detenzione che un tempestivo riconoscimento del beneficio avrebbe consentito di evitare[39].
La sentenza n. 201/2025 ha dunque certamente il merito di avere ricondotto la disciplina della liberazione anticipata all'interno di una concezione dell'esecuzione penale in cui l'effettività della funzione rieducativa dipende anche dalla continuità del dialogo tra condannato, amministrazione penitenziaria e giurisdizione. Non ci si può tuttavia nascondere che per tale dialogo non è sufficiente la piena restituzione del diritto alla verifica periodica della condotta

[32] G. Fiorilli, *La nuova disciplina della liberazione anticipata: tra aspettative deluse e promesse mancate*, in *Diritto, giustizia e Costituzione*, 5.2.2026.
[33] N. Triggiani, *Bocciata dalla Consulta la nuova modalità di accertamento dei requisiti per accedere alla liberazione anticipata*, cit., 990.
[34] Per questi rilievi cfr. F. Gianfilippi, *Il decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92 "Carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario,* cit.; M.C. Ornano, *op. cit.*; M. Palma, *op. cit.*; A. Ricci, *op. cit.*, 3; M. Infantino, *op. cit.*
[35] F. Gianfilippi, *Il decreto-legge 4 luglio 2024 n. 92 "Carcere sicuro" e le attese del mondo penitenziario*, cit.
[36] E. Romano, *op. cit.*
[37] Nonostante il consolidato orientamento giurisprudenziale che considera la pendenza del rapporto esecutivo quale condizione necessaria per l'accesso al beneficio: Cass. S.U. 18.6.1991 n. 16, in *CP* 1991, 1955; Cass. 26.4.2006 n. 16269, in *CEDCass*, m. 234220; Cass. 22.10.2009 n. 46887; Cass. 10.11.2011 n. 43786, in *CEDCass*, m. 250996; Cass. 21.9.2017 n. 57203, in *CEDCass*, m. 271689; Cass. 9.10.2019 n. 50481.
[38] Cfr. Cass. 12.3.2026 n. 21098. Per un primo commento, v. G. Colaiacovo, *Liberazione anticipata e riparazione per ingiusta detenzione: una innovativa pronuncia della Suprema Corte*, in www.sistemapenale.it, 10.7.2026.
[39] La decisione si colloca nel solco della declaratoria di illegittimità costituzionale che ha interessato l'art. 314 Cpp estendendo l'operatività del rimedio riparatorio all'ingiusta detenzione patita a causa di un erroneo ordine di esecuzione: cfr. C. cost., 25.7.1996 n. 310.

del detenuto: occorrono concrete risorse che consentano di passare dal piano dei principi a quello della loro piena attuazione nella quotidianità applicativa.

LE DIRETTIVE A TUTELA DEGLI ACCUSATI E DELLE VITTIME ALLA LUCE DELLE CORTI DI STRASBURGO E LUSSEMBURGO

di Elisa Grisonich (Dottoressa di ricerca in Scienze giuridiche presso le Università degli Studi di Trieste e di Udine)

A valle dei diversi anni trascorsi dall'emanazione della prima direttiva di Stoccolma a tutela degli accusati e dall'adozione della direttiva 2012/29/UE a salvaguardia delle vittime, il lavoro si propone di sondare l'impatto degli atti di diritto derivato a protezione dei due soggetti sulla giurisprudenza dei Giudici di Strasburgo e Lussemburgo. Si tratta di comprendere se le due Corti stiano realmente muovendo verso un rafforzamento della protezione dei diritti degli imputati e delle vittime del reato e se vi siano sbilanciamenti nella tutela tra i due versanti soggettivi, pericolosi fautori di alterazione degli equilibri dei procedimenti penali nazionali.
Several years after the adoption of the first Stockholm Directive on the protection of accused persons and of Directive 2012/29/EU safeguarding victims, this paper examines the impact of secondary legislation protecting accused persons and victims of crime on the case-law of the Strasbourg and Luxembourg Courts. It seeks to determine whether the two Courts are genuinely moving towards strengthening the protection of their rights. It also explores whether imbalances exist in the protection afforded accused persons, on the one hand, and victims of crime, on the other.

Corte di giustizia, Corte Edu, direttive UE a tutela degli accusati e delle vittime del reato
CJEU, ECtHR, UE directives on the rights of suspects and accused persons and on victims' rights

Sommario: 1. È tempo di alcuni bilanci - 2. L'impatto delle direttive di Stoccolma sulla giurisprudenza della Corte Edu - 2.1. Elevazioni del livello di tutela… - 2.2. (*Segue*): e discese - 2.3. Consolidamenti - 2.4. Rinvii diretti alla giurisprudenza della Corte di giustizia – 3. Gli influssi delle direttive UE a tutela delle vittime sul quadro convenzionale - 3.1. Conferme degli insegnamenti di Strasburgo grazie alle cristallizzazioni eurounitarie - 3.2. Felici appropriazioni delle definizioni fornite dalla *Victims' Rights Directive* - 3.3. Tendenze europee sulla portata dei diritti ricavate dalle direttive - 3.4. Gli influssi dirompenti sul fronte degli obblighi positivi di tutela penale - 3.5. (*Segue*): rischi di prevalenza di logiche securitarie sul terreno della pena – 4. L'influenza della Cedu sulla giurisprudenza della Corte di giustizia riguardo agli accusati - 4.1. Circoli interpretativi virtuosi - 4.2. Circoli interpretativi viziosi - 4.3. Gli sguardi rivolti a Strasburgo a fronte dei silenzi delle direttive – 5. Le scarne (salutari?) aperture della Corte di Lussemburgo verso la giurisprudenza Edu sul terreno delle vittime – 6. Conclusioni.

1. Il 7 ottobre 2010[1] si concludeva l'*iter* per l'approvazione della prima direttiva dell'Unione che inaugurava il cammino eurounitario verso il rafforzamento dei diritti procedurali degli accusati e dei ricercati. Il riferimento va alla direttiva 2010/64/UE[2], seguita a stretto giro dalle

[1] Cfr. Consiglio UE, doc. 16781/10, Bruxelles 22.11.2010.
[2] V. dir. 2010/64/UE, *sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *G.U.U.E.*, 26.10.2010, L 280/1. Su tale misura, cfr., *ex plurimis*, C. Amalfitano, *Le prime direttive europee sul ravvicinamento "processuale": il diritto all'interpretazione, alla traduzione e all'informazione nei procedimenti penali*, in *Stranieri e giustizia penale. Problemi di perseguibilità e di garanzie nella normativa nazionale ed*

direttive 2012/13/UE[3], 2013/48/UE[4], 2016/343/UE[5], 2016/800/UE[6] e 2016/1919/UE[7]. Di pari passo andava il percorso di irrobustimento dei diritti delle vittime del reato attraverso l'atto di

europea, a cura di R. Del Coco, E. Pistoia, Bari 2014, 14 ss.; M. Bargis, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla direttiva europea 64/2010 nuovi* inputs *alla tutela fra teoria e prassi*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano 2013, 91 ss.; M. Gialuz, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Milano 2018, *passim*; F. Giunchedi, *Lingua degli atti: diritto all'interpretazione e alla traduzione*, in *I Princípi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 295 ss.

[3] Cfr. dir. 2012/13/UE, *sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *G.U.U.E.*, 22.5.2012, L 142/1. In merito v., tra i molti, S. Allegrezza, V. Covolo, *Directive 2012/13/EU on the right to information in criminal proceedings*, in *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings. A European and Comparative Study on Judicial Remedies*, a cura di S. Allegrezza, V. Covolo, Milano 2018, 51 ss.; S. Ciampi, *La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in *www.penalecontemporaneo.it* 27.6.2012; S. Cras, L. De Matteis, *The Directive on the Right to Information. Genesis and Short Description*, in *Eucrim* 2013, 22 ss.; S. Quattrocolo, *The Right to Information in EU Legislation*, in *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, a cura di S. Ruggeri, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, Londra 2015, 81 ss.

[4] V. dir. 2013/48/UE, *relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari*, in *G.U.U.E.*, 6.11.2013, L 294/1, sulla quale v., *ex multis*, C. Amalfitano, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *LP* 2014, 21 ss.; M. Bontempelli, *Le garanzie processuali e il diritto dell'Unione europea, fra legge e giudice*, in *PPG* 2014, 3, 80 ss.; S. Cras, *The Directive on the Right of Access to a Lawyer in Criminal Proceedings and in European Arrest Warrant Proceedings*, in *Eucrim* 2014, 32; D. Vigoni, *La "codificazione europea" delle regole minime per la tutela dei diritti della difesa*, in *PPG* 2014, 2, 15 ss.

[5] Cfr. dir. 2016/343/UE, *sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *G.U.U.E.*, 11.3.2016, L 65/1. In proposito, si vedano, tra i molti, F. Alonzi, *La direttiva Ue sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo* in absentia, in *www.lalegislazionepenale.eu* 21.9.2016; S. Cras, A. Erbežnik, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial. Genesis and description of the new EU-Measure*, in *Eucrim* 2016, 25 ss.; J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *RIDPP* 2016, 1835 ss.; C. Valentini, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 216/343/UE:* per aspera ad astra, in *PPG* 2016, 6, 193 ss.

[6] Cfr. dir. 2016/800/UE, *sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, in *G.U.U.E.*, 21.5.2016, L 132/1, sulla quale v., *ex plurimis*, L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *CP* 2016, 4572 ss.; S. Cras, *The Directive on Procedural Safeguards for Children who Are Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings. Genesis and Descriptive Comments Relating to Selected Articles*, in *Eucrim* 2016, 109; F. Maoli, *La tutela dei minorenni indagati o imputati in procedimenti penali: l'attuazione della direttiva 2016/800/UE in Italia alla prova dei diritti fondamentali*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* 2023, 1, 166 ss.; S.E. Rap, D. Zlotnik, *The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused Reflections on the Directive on Procedural Safeguards for Children who are Suspects or Accused Persons in Criminal Proceedings*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2018, 110.

[7] V. dir. 2016/1919/UE, *sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *G.U.U.E.*, 4.11.2016, L 297/1, sulla quale si leggano, tra gli altri, M. Bargis, *Il diritto alla "*dual defence*" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva (UE) 2016/1919*, in *DPenCont* 3/2016, 40 ss.; L. Camaldo, *La direttiva 2016/1919/UE sul gratuito patrocinio completa il quadro europeo delle garanzie difensive nei procedimenti penali*, in *www.penalecontemporaneo.it* 13.12.2016; N. Canestrini, *La direttiva sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *CP* 2017, 839 ss.; S. Cras, *The Directive on the Right to Legal Aid in Criminal and EAW Proceedings. Genesis and Description of the Sixth Instrument of the 2009 Roadmap*, in *Eucrim* 2017, 1, 35 ss.; C. Peloso, *L'approvazione della direttiva 2016/1919 sul patrocinio a spese dello Stato: la battuta finale nel cammino verso la mappatura dei*

diritti procedurali fondamentali, in *www.lalegislazionepenale.eu* 4.5.2017; nonché, volendo, E. Grisonich, Legal aid *e procedimento penale. Evoluzioni, paradigmi e prospettive tra Europa e Italia*, Milano 2025, 243 ss.

diritto derivato fondamentale a loro tutela, la direttiva 2012/29/UE[8], costellato dalle numerose misure di matrice settoriale rivolte a determinate tipologie di vittime, le direttive 2011/36/UE[9], 2011/93/UE[10], 2017/541/UE[11] e 2024/1385/UE[12].

---

[8] V. dir. 2012/29/UE, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, in *G.U.U.E.*, 14.11.2012, L 315/57, sulla quale v., tra i tanti, J. Burchett, A. Weyembergh (a cura di), *Stronger Victims' Rights in EU Law? Assessment and Prospects*, Oxford, New York 2025; E.M. Catalano, *La tutela della vittima nella direttiva 2012/29 UE e nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *RIDPP* 2014, 1789 ss.; S. Lorusso, *Le conseguenze del reato. Verso un protagonismo della vittima nel processo penale?*, in *DPP* 2013, 881 ss.; L. Lupária, J. Della Torre, *Victims of Crime in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *Fundamental Rights in the EU Area of Freedom, Security and Justice*, a cura di S. Iglesias Sánchez, M. González Pascual, Cambridge 2021, 323 ss.; T. Rafaraci, *New Perspectives for the Protection of the Victims in the EU*, in *Human Rights*, cit., 215 ss. Sull'implementazione nell'ordinamento italiano di tale direttiva a opera del d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 v., per tutti, P. Spagnolo, H. Belluta, V. Bonini, *Commento alle nuove norme in materia di tutela della vittima del reato*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 4.7.2016. Com'è noto, la direttiva 2012/29/UE è in procinto di essere modificata da una nuova direttiva su proposta della Commissione europea: *Proposta recante modifica della direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, Bruxelles 12.7.2023, COM(2023) 424 *final*. Il 21.5.2026 il Parlamento europeo ha adottato la sua posizione in prima lettura sulla proposta della Commissione (doc. ST 9387/26, Bruxelles 22.5.2026); dal canto suo, il Consiglio ha approvato la posizione del Parlamento europeo l'8.6.2026 (Consiglio UE, doc. 10337/26, Bruxelles 9.6.2026). Non resta dunque che attendere la pubblicazione dell'atto in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, prevista per luglio 2026: Consiglio UE, doc. 9087/26, Bruxelles 3.6.2026, 11.

[9] V. dir. 2011/36/UE, *concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI*, in *G.U.U.E.*, 15.4.2011, L 101/1. Su tale direttiva, cfr., tra gli altri, C. Amalfitano, *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell'Unione europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, a cura di M. Bargis, H. Belluta, Torino 2017, 94 ss.; F. Spezia, M. Simonato, *La prima direttiva UE di diritto penale sulla tratta di esseri umani*, in *CP* 2011, 3197 ss.; M. Venturoli, *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento «completo» per contrastare la tratta degli esseri umani*, in *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, a cura di S. Forlati, Napoli 2013, 47 ss.; A. Weatherburn, *(Human Trafficking) Victims on the Margins of Protection: The (In)coherence of Sectoral Instruments?*, in *Stronger Victims' Rights*, cit., 321 ss. Di recente, in attuazione di una delle principali priorità (v. A. Pingen, *New Directive to Strengthen Anti-Human Trafficking*, in *Eucrim* 9.8.2024) della *EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings in the period of 2021-2025* (cfr. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Strategia dell'UE per la lotta alla tratta degli esseri umani 2021-2025*, Bruxelles 14.4.2021, COM(2021) 171 *final*), la direttiva 2011/36/UE è stata modificata dalla direttiva 2024/1712/UE: cfr. dir. 2024/1712/UE, *che modifica la direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *G.U.U.E.*, 24.6.2024, Serie L. In argomento, v. D. Mancini, *La direttiva UE 2024/1712 sulla tratta di esseri umani. Un lungo percorso di revisione, con risultati controversi*, in *SP* 29.10.2024; G.R. Muñoz, *New pathways to trafficking victims' protection? Intersections and synergies between the European pact on migration and asylum and Directive (EU) 2024/1712 for third country national victims*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* 2024, 3, 205 ss.; F. Rolando, *L'evoluzione della normativa dell'Unione europea sulla tratta degli esseri umani e sul favoreggiamento dell'immigrazione illegale, tra lotta al crimine internazionale e tutela dei migranti*, in *Quaderni AISDUE* 2024, 4, 10 ss.

[10] V. dir. 2011/93/UE, *relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio*, in *G.U.U.E.*, 17.12.2011, L 335/1. Su tale misura, cfr. B. Sánchez Domingo, *Legal Protection of Minors. Implementation of EU Directives in Spain*, in *Eucrim* 2020, 1, 59 ss.; M. Troglia, *Lotta contro l'abuso sessuale dei minori e la pornografia minorile: alcune osservazioni sulla direttiva 2011/93/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011*, in *CP* 2012, 1906 ss.; A. Verri, *Contenuto ed effetti (attuali e futuri) della direttiva 2011/93/UE. Approvate dal legislatore europeo nuove norme contro l'abuso, lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile*, in *www.penalecontemporaneo.it* 28.4.2012. In linea con la *EU Strategy for a more effective fight against child sexual abuse* (v. *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Strategia dell'UE per una lotta più efficace contro gli abusi sessuali su minori*, Bruxelles 24.7.2020, COM(2020) 607 *final*), la Commissione ha presentato una proposta di modifica della direttiva 2011/93/UE (*Proposta di direttiva, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei*

Ormai sedici anni sono trascorsi dall'avvento di quella prima «*milestone*»[13], posteriore al Trattato di Lisbona, che poneva le basi per la costruzione di una giustizia penale europea attenta alle garanzie fondamentali sia degli imputati, sia delle vittime[14] nella cornice della piccola Europa. I tempi appaiono maturi per tentare di fare alcuni bilanci. È indubbio il lavorio pretorio svolto a livello sovranazionale dalle due Corti europee nel forgiare il contenuto dei diritti procedurali degli accusati e delle vittime. Una volta innestato nel circuito sovranazionale il corposo quadro normativo dianzi ripercorso, appare giunto il momento di provare a interrogarsi sull'impatto che ciò sta avendo sul diritto vivente, terreno d'elezione per comprendere la reale portata delle garanzie scolpite negli atti eurounitari.

L'attenzione è anzitutto focalizzata sulla giurisprudenza della Corte Edu allo scopo di cogliere se e in che termini le direttive di Stoccolma in favore dei prevenuti e quelle a tutela delle vittime del reato influenzino le sue decisioni[15]. In stretta correlazione con questo, l'intento è di capire se l'atteggiamento della Corte di Strasburgo sia differente in base al versante soggettivo in gioco: se, cioè, il suo approccio muti a seconda di trovarsi al cospetto della salvaguardia della vittima o di fronte a quella dell'imputato.

La seconda linea di indagine è speculare alla prima e volge lo sguardo verso la Corte di giustizia al fine di captare il modo e la misura in cui la giurisprudenza della Corte Edu impatta sulle pronunce dei Giudici di Lussemburgo, laddove chiamati in via pregiudiziale a interpretare le direttive a tutela degli accusati e quelle a protezione delle vittime. L'intento è di affrontare la disamina alla luce del rispetto delle clausole di equivalenza e di non regressione *ex* artt. 52 par. 3 e 53 della Carta di Nizza[16]. Anche su questo piano, l'obiettivo è comprendere se vi siano mutamenti nell'atteggiamento della Corte di giustizia a seconda del soggetto in gioco, accusato

---

minori e il materiale pedopornografico, e che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio, Strasburgo 6.2.2024, COM(2024) 60 *final*), a cui si affianca la proposta di regolamento che introduce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori (*Proposta di regolamento che stabilisce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori*, Bruxelles 1.5.2022, COM(2022) 209 *final*).

[11] Cfr. dir. 2017/541/UE, *sulla lotta contro il terrorismo e che sostituisce la decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio e che modifica la decisione 2005/671/GAI del Consiglio*, in *G.U.U.E.*, 31.3.2017, L 88/6, sulla quale, v. G. Ducoli, *La lotta dell'Unione europea al terrorismo. Un primo sguardo alla direttiva UE/2017/541*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 27.7.2017; F. Manfredini, *Con la direttiva 2017/541/UE le istituzioni europee rafforzano la lotta contro il terrorismo internazionale*, in *CP* 2017, 3384 ss.; S. Santini, *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541/UE*, in *www.penalecontemporaneo.it* 4.7.2017.

[12] V. dir. 2024/1385/UE, *sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica*, in *G.U.U.E.*, 24.5.2024, Serie L. Su questa direttiva, cfr. S. Braschi, *La nuova direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica e le sue ricadute nell'ordinamento nazionale*, in *DPP* 2024, 1367 ss.; D. Certosino, *Vittima vulnerabile e violenza di genere nella normativa europea: dai primi strumenti di tutela alla Direttiva 2024/1385/UE*, in *PPG* 2025, 630 ss.; P. Di Nicola Travaglini, F. Menditto, *Il Nuovo Codice Rosso. Il contrasto alla violenza di genere e ai danni delle donne nel diritto sovranazionale e interno*, Milano 2024, 70 ss.; A. Massaro, *La Direttiva UE 2024/1385 sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica: il possibile impatto sull'ordinamento italiano*, in *SP* 2025, 3, 107 ss.

[13] In questi termini, E. Hertog, *Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings: Transposition Strategies with Regard to Interpretation and Translation*, in *MonTI* 2015, 99.

[14] Quanto alle vittime del reato è peraltro nota l'attenzione risalente da parte dell'Unione europea verso tale soggetto in linea con la prevalenza delle logiche securitarie che animavano la fase pre-Lisbona; il riferimento va alla celebre decisione quadro 2001/220/GAI, *relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale*, in *G.U.C.E.*, 22 marzo 2001, L 82/1.

[15] Per un inquadramento generale sul rapporto tra Corte Edu e diritto dell'Unione nel contesto della giurisprudenza convenzionale, si legga la guida elaborata in seno al Consiglio d'Europa: *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. European Union law in the Court's case-law*, aggiornamento 28.2.2026.

[16] In merito, cfr., per tutti, R.E. Kostoris, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*[6], a cura di Id., Milano 2025, 93 ss.

o vittima del reato. In aggiunta, considerato quanto emerso dal primo livello di indagine, in questa sede ci si propone di verificare se l'impostazione dei Giudici di Lussemburgo in materia sia differente rispetto a quella evincibile dal versante della Corte di Strasburgo.
La terza, e ultima, linea di ricerca tenta di trarre delle conclusioni dal quadro sondato, secondo una visione d'insieme. Si tratta di tentare di rispondere all'interrogativo se la giurisprudenza della Corte Edu e della Corte di giustizia stia realmente muovendo verso un rafforzamento della protezione dei diritti dei prevenuti e delle vittime e se vi siano sbilanciamenti nella tutela tra i due soggetti, pericolosi fautori di alterazione degli equilibri dei procedimenti penali nazionali.

2. Che gli atti di diritto derivato a salvaguardia dei prevenuti[17] debbano essere "a prova di Strasburgo"[18] è noto, e non potrebbe essere diversamente, in osservanza della clausola di equivalenza di cui all'art. 52 par. 3 CDFUE, considerata la corrispondenza degli artt. 6, 47 e 48 della Carta di Nizza, a cui le direttive UE devono attenersi, agli artt. 5 e 6 della Cedu[19]. Va da sé che tutti i testi delle misure in discorso ambiscono quantomeno a rispettare il livello di protezione derivante dalla giurisprudenza della Corte Edu maturata sul fronte delle garanzie del giusto processo riguardo agli imputati[20]. Tenuto questo paradigma sullo sfondo, sarebbe stato allora lecito aspettarsi lo sviluppo di una forte contaminazione di ritorno: emanate le direttive UE a salvaguardia degli accusati, ispirate nelle fondamenta alla Convenzione, ci si sarebbe, cioè, potuti attendere una forte attrazione della Corte Edu verso le fonti eurounitarie nell'elaborazione della propria giurisprudenza.
Eppure, va precisato sin da subito che, a oggi, tale impatto non appare così lampante. Sono relativamente poche le decisioni della Corte di Strasburgo che menzionano le direttive di Stoccolma[21]; il dato si apprezza specie se si confronta il numero di tali pronunce con quello

[17] Per una visione d'insieme delle direttive di Stoccolma, si leggano, con diverse declinazioni, C. Arangüena Fanego, *Las Directivas Europeas de armonización de garantías procesales de investigados y acusados. Su implementación en el Derecho español*, in *Revista de Estudios Europeos* 2019, 1, 5 ss.; Ead., *Defence Rights and Effective Remedies in EU Criminal Law*, in *Fundamental Rights*, cit., 289 ss.; G. Caneschi, *Le direttive dell'Unione europea a tutela dei diritti fondamentali dell'indagato e dell'imputato nel processo penale*, in *Questioni attuali di giustizia penale europea e internazionale*, a cura di L. Camaldo, Torino 2024, 145 ss.; J. Della Torre, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo "embrione" di un sistema europeo di garanzie*, in *CP* 2018, 1396 ss.; M. Gialuz, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., 108 ss.; V. Mitsilegas, *The European Union and the Rights of Individuals in Criminal Proceedings*, in *The Oxford Handbook of Criminal Process*, a cura di D.K. Brown, J.I. Turner, B. Weisser, Oxford 2019, 115 ss.
[18] J. Polakiewicz, *The EU Framework Decision on Procedural Rights and the European Convention on Human Rights: the Importance of Being "Strasbourg-Proof"*, in *Individual Guarantees in the European judicial area in criminal matters*, a cura di M. Pedrazzi, I. Viarengo, A. Lang, Bruylant 2011, 173 ss.
[19] Cfr. *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali*, in *G.U.U.E.*, 14.12.2007, C 303/17.
[20] Cfr. V. Mitsilegas, *EU Criminal Law*^{2}, Oxford, Londra, New York, New Delhi, Sydney 2023, 287 s.
[21] In relazione alla dir. 2010/64/UE, v. C. eur., 24.1.2019, *Knox c. Italia*; C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*. Rispetto alla dir. 2012/13/UE, cfr. C. eur., 5.3.2024, *Leka c. Albania*; C. eur., 2.5.2023, *Strassenmeyer c. Germania*; C. eur. GC, 9.11.2018, *Beuze c. Belgio*; C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*; C. eur. GC, 12.5.2017, *Simeonovi c. Bulgaria*; C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*; C. eur., 21.7.2015, *Zachar e Čierny c. Slovacchia*; C. eur., 9.4.2015, *A.T. c. Lussemburgo*. Con riferimento alla dir. 2013/48/UE, v. C. eur., 12.6.2025, *Krpelík c. Repubblica Ceca*; C. eur., 5.3.2024, *Leka c. Albania*; C. eur., 11.5.2023, *Lalik c. Polonia*; C. eur., 18.1.2022, *Atristain Gorosabel c. Spagna*; C. eur., 23.5.2019, *Doyle c. Irlanda*; C. eur. GC, 9.11.2018, *Beuze c. Belgio*; C. eur. GC, 4.4.2018, *Correia De Matos c. Portogallo*; C. eur. GC, 12.5.2017, *Simeonovi c. Bulgaria*; C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*; C. eur., 21.7.2015, *Zachar e Čierny c. Slovacchia*; C. eur., 9.4.2015, *A.T. c. Lussemburgo*. Riguardo alla dir. 2016/343/UE, v. C. eur., 23.6.2026, *Marinakis c. Grecia*; C. eur., 6.5.2025, *Lembergs c. Lettonia*; C. eur., 3.4.2025, *Federici c. Francia*; C. eur., 7.1.2025, *Yoncheva c. Bulgaria*; C. eur., 10.10.2023, *Rimšēvičs c. Lettonia*; C. eur., 7.9.2023, *Bavčar c. Slovenia*; C. eur., 9.3.2023, *Rigolio c. Italia*; C. eur., 25.11.2021, *Mucha c. Slovacchia*; C. eur., 18.11.2021, *Marinoni c. Italia*; C. eur., 10.12.2020, *Ilias Papageorgiou c. Grecia*; C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*. A quanto consta, non vi sono invece decisioni della Corte di Strasburgo sulle dir. 2016/800/UE e 2016/1919/UE.

complessivo dell'alluvionale giurisprudenza della Corte Edu che interviene a sindacare le lesioni dell'art. 6 della Convenzione.
Nondimeno, a un'attenta lettura delle decisioni, una qualche influenza del diritto UE è tangibile. Del resto, la stessa Corte di Strasburgo ha esplicitato di non poter interpretare la Cedu isolatamente, ma di doverla leggere in armonia con le altre norme di diritto internazionale concernenti la protezione dei diritti umani, sia pure potendosene discostare[22]. E non sorprende che tra queste ultime siano stati annoverati pure gli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza e gli atti UE di diritto derivato che ne danno concretizzazione[23]. Sia chiaro: come precisato dai Giudici di Strasburgo, non è di certo il loro compito esaminare presunte violazioni delle norme dell'Unione europea; tuttavia queste possono venire in gioco qualora tali lesioni abbiano pregiudicato i diritti e le libertà tutelati dalla Convenzione[24].
Da queste premesse prendono forma alcune rilevanti linee di tendenza.

2.1. Il primo *trend* è quello che fa toccare con mano l'influsso positivo delle direttive di Stoccolma sulla giurisprudenza Edu laddove prevedano un livello di tutela maggiore rispetto a quello convenzionale. Queste si prestano a innescare circoli interpretativi virtuosi nel segno di un innalzamento della soglia di protezione pure nel perimetro della Cedu, nella misura in cui vengono valorizzate dalla Corte di Strasburgo. Non a caso, è quanto si può cogliere specie al cospetto dell'atto di diritto derivato a salvaguardia degli accusati che si distingue rispetto agli altri per essere andato, su molti versanti, oltre la Cedu[25]. Il pensiero corre alla direttiva 2010/64/UE sul diritto all'assistenza linguistica nei procedimenti penali.
Basterà richiamare due arresti della Corte Edu assai rilevanti in proposito.
Si staglia in prima battuta la sentenza *Knox c. Italia*, decisione emessa a valle del tristemente noto caso di cronaca nera italiano che aveva visto l'uccisione della studentessa Meredith Kercher. In specie, la pronuncia sfociava a seguito del ricorso presentato da Amanda Knox con particolare riferimento al procedimento penale per calunnia intentato a suo carico[26]. Tra le varie lesioni alla Cedu denunciate, viene in rilievo quella all'art. 6 par. 3 lett. *e*, asseritamente violato per la ricorrente in una duplice prospettiva. Da un lato, quest'ultima non avrebbe goduto dell'assistenza di un interprete professionista e indipendente negli interrogatori tenutisi tra la notte del 5 e il 6 novembre 2007; dall'altro lato, l'agente di polizia che l'aveva assistita all'audizione nella veste di interprete avrebbe assunto un ruolo di mediatrice, andando a suggerire delle ipotesi concernenti lo svolgimento dei fatti[27].
Dal canto loro, i Giudici di Strasburgo hanno accolto entrambi i profili di doglianza.
Centrale appare il fatto che quella disposizione nodale della direttiva 2010/64/UE, polarizzata sulla qualità dell'assistenza linguistica[28], indubbia espressione di un innalzamento di tutela

[22] Questo sulla scia dell'approccio tenuto al cospetto del Patto internazionale sui diritti civili e politici e in ossequio all'art. 31 par. 3 lett. *c* della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati: C. eur. GC, 4.4.2018, *Correia De Matos c. Portogallo*, §§ 134 ss.
[23] V. C. eur. GC, 4.4.2018, *Correia De Matos c. Portogallo*, § 136. Nel caso di specie è venuta in rilievo la dir. 2013/48/UE.
[24] Cfr. C. eur., 2.5.2023, *Strassenmeyer c. Germania*, § 96; ciò è stato affermato rispetto alla dir. 2012/13/UE.
[25] Cfr. V. Bazzocchi, *L'armonizzazione delle garanzie processuali nell'Unione europea: la direttiva sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione europea dopo Lisbona*, Rimini 2013, 170-171; M. Gialuz, *L'assistenza linguistica*, cit., 112; V. Mitsilegas, *EU Criminal Law After Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford, Portland, Oregon 2016, 161.
[26] V. C. eur., 24.1.2019, *Knox c. Italia*.
[27] Cfr. C. eur., 24.1.2019, *Knox c. Italia*, § 173.
[28] Ci si riferisce all'art. 5 della direttiva 2010/64/UE. In tema, cfr. M. Bargis, *L'assistenza linguistica*, cit., 104 ss.; J. Brannan, *Raising the Standard of Language assistance in Criminal Proceedings. From the Rights under*

rispetto alla giurisprudenza Edu, sia stata richiamata dalla Corte di Strasburgo nella parte della ricognizione normativa[29]. Tenuto sullo sfondo l'atto eurounitario, la sentenza pare aver a sua volta elevato lo *standard* di protezione convenzionale[30] richiedendo un controllo a valle sulla qualità dell'interpretazione fornita, la quale deve consentire all'accusato di conoscere l'addebito mosso nei suoi confronti e di difendersi, fornendo, segnatamente, al giudice la sua versione dei fatti[31]. Pure sul fronte specifico dell'imparzialità, la decisione sembra aver fatto un passo in avanti rispetto alla propria giurisprudenza[32] nella misura in cui ha censurato il comportamento dell'interprete[33], agente di polizia giudiziaria, la quale sarebbe uscita dal perimetro delle sue funzioni di assistente linguistico, per ricoprire vesti non consone di mediatrice e assumere un improprio atteggiamento materno[34].
Si tratta, nel complesso, di un ragionamento non scontato, se solo si considera che la Corte Edu non è mai stata particolarmente sensibile al tema in discorso: non ha imposto «una specifica qualificazione o specificazione»[35] e non ha prescritto requisiti di imparzialità in capo all'interprete[36].
Ancor più significativo è il secondo approdo che ci si è riservati di menzionare. Si allude al caso *Vizgirda c. Slovenia*[37], ove la Corte di Strasburgo ha tratto nuovi obblighi positivi in capo agli Stati derivanti dall'art. 6 par. 3 lett. *e* Cedu, ispirata dai passi in avanti compiuti dalla direttiva n. 64 del 2010. È una sentenza che si apprezza particolarmente specie se letta alla luce delle opinioni dissenzienti che la accompagnano, le quali, sia pure in chiave critica, esplicitano e argomentano l'innalzamento della soglia di tutela convenzionale in tal modo realizzatosi[38].
Il caso concreto riguardava un procedimento penale svoltosi in Slovenia in cui l'imputato, in seguito ricorrente a Strasburgo, era stato assistito da un interprete in lingua russa, non sufficientemente conosciuta dallo stesso, in quanto di madrelingua lituana. Aveva così contestato dinnanzi alla Corte europea una lesione dell'art. 6 parr. 1 e 3 Cedu[39], mentre, per

Article 6(3) ECHR to Directive 2010/64/EU, in *Cyprus Human Rights Law Review* 2012, 147 s.; S. Cras, L. De Matteis, *The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings*, in *Eucrim* 2010, 4, 160; M. Gialuz, *L'assistenza linguistica*, cit., 149 ss.; N. Pascucci, *La persona alloglotta sottoposta alle indagini e la traduzione degli atti*, Torino 2022, 73 ss.

[29] V. C. eur., 24.1.2019, *Knox c. Italia*, § 106.

[30] Esprime, in maniera condivisibile, tale opinione M. Gialuz, *La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox*, in *www.penalecontemporaneo.it* 25.2.2019, 164 s. Non a caso, l'arresto in commento ha catturato l'attenzione della Corte di giustizia. Come meglio si vedrà, chiamati a pronunciarsi sull'art. 5 della direttiva 2010/64/UE, i Giudici di Lussemburgo hanno esplicitamente richiamato la sentenza *Knox c. Italia*: C.G.UE GS, 23.11.2021, C-564/19, *IS*, punto 114: v., *infra*, § 4.1.

[31] V. C. eur., 24.1.2019, *Knox c. Italia*, § 182.

[32] La decisione in esame (§ 184) cita, in particolare, C. eur., 24.1.2002, *Uçak c. Regno Unito*.

[33] Si legga ancora M. Gialuz, *La violazione*, cit., 165.

[34] V. C. eur., 24.1.2019, *Knox c. Italia*, § 185.

[35] Così, M. Gialuz, *Lingua e diritto: la direttiva 2010/64/UE, tra ruolo propulsivo della Corte di giustizia e circolo ermeneutico virtuoso tra Corti europee*, in *An der Schnittstelle von deustscher Sprache, Literatur und Translation. Festschrift fur Lorenza Rega zum 70. Geburstag*, a cura di A.K. Gartig-Bressan, M. Magris, A. Riccardi, G. Rocco, Berlino, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Varsavia, Vienna 2023, 432. Si legga, inoltre, N. Pascucci, *La persona alloglotta*, cit., 72.

[36] Cfr. R. Vogler, *Lost in Translation: Language Rights for Defendants in European Criminal Proceedings*, in *Human Rights in European Criminal Law*, cit., 102.

[37] V. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*.

[38] V. *Joint dissenting opinion of Judges Kucsko-Stadlmayer and Bošnjak*, C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, §§ 6 ss.

[39] V. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, §§ 62 e 67.

parte sua, il Governo sloveno aveva eccepito l'inerzia dell'accusato e del suo difensore nel manifestare la difficoltà linguistica in pressoché tutto il corso del procedimento[40].
Ebbene, la Corte di Strasburgo ha accolto la doglianza del ricorrente[41], e, a tal proposito, ha impiegato diverse previsioni della misura eurounitaria[42] secondo una logica fedele alla massima protezione multilivello dei diritti[43].
Così, sulle orme dell'*individual assessment* contenuto nell'art. 2 par. 4 della direttiva UE[44], i Giudici europei hanno valorizzato l'obbligo in capo alle autorità coinvolte nel procedimento di verificare l'esigenza di nominare un interprete nei confronti dell'accusato alloglotto; e questo – è bene metterlo in luce – a prescindere da una sua richiesta esplicita, considerato che siffatta nomina dovrebbe scattare tutte le volte in cui vi siano motivi per ritenere che la persona non comprenda la lingua impiegata nel procedimento[45].
Per di più, un simile dovere è stato esteso al cospetto dell'impiego di una lingua veicolare: la conoscenza di siffatto idioma deve essere in ogni caso accertata prima del suo utilizzo[46]. In merito, il ragionamento della Corte Edu è stato di nuovo sospinto dalla direttiva 2010/64/UE e, in specie, dal suo considerando n. 22[47], dove la lingua veicolare viene parificata a quella madre, a patto che permetta ai prevenuti «di esercitare appieno i loro diritti della difesa e [di] tutelare l'equità del procedimento»[48]. Ma non è tutto. Si scorge perfino un'elevazione dello *standard* di tutela rispetto alla direttiva dell'Unione. Se la Corte Edu ha richiamato il considerando n. 21 dell'atto eurounitario per rimettere agli Stati il compito di individuare le misure precise da adottare allo scopo di svolgere l'*individual assessment* sulle capacità linguistiche del prevenuto, per altro verso, ha configurato un dovere di verbalizzazione di qualsiasi procedura impiegata a tal fine[49]. Il che sembra andare al di là di quanto prescritto dall'art. 7 della direttiva n. 64.

2.2. Si è appena toccato con mano l'impatto positivo che un innalzamento dello *standard* di protezione fissato nelle direttive di Stoccolma si presta a produrre sulla giurisprudenza Edu. È emblematico, e non stupisce, che ciò si sia realizzato al cospetto della direttiva 2010/64/UE sul diritto all'assistenza linguistica; in fondo, questa è definibile come la misura maggiormente ambiziosa del *corpus* eurounitario a salvaguardia degli accusati, considerata la sua poc'anzi vista propensione all'elevazione del livello di tutela rispetto alla giurisprudenza di Strasburgo. Se ciò vale in un'ottica di ascesa delle garanzie europee in favore degli accusati, sarà altrettanto facile comprendere le discese che possono sortire da mancate o cattive codificazioni della giurisprudenza convenzionale da parte degli atti di diritto derivato dell'Unione[50].
Paradigmatico al riguardo è l'influsso negativo sulla Corte Edu scaturito dalla vaghezza dell'art. 12 par. 2 della direttiva 2013/48/UE in materia di diritto alla difesa tecnica. Ci si riferisce a quanto accaduto nel celebre caso *Ibrahim e altri c. Regno Unito*[51], che ha impresso

[40] Cfr. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, § 70.
[41] V. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, §§ 102-103.
[42] I passi in avanti compiuti dalla decisione in commento grazie all'influenza della direttiva 2010/64/UE sono enfatizzati da M. Gialuz, *Lingua e diritto*, cit., 435.
[43] Che la Corte Edu si sia discostata dalla sua giurisprudenza in materia è oggetto della dettagliata analisi condotta nella *Joint dissenting opinion*, *op. cit.*
[44] V. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, §§ 52-54, 82.
[45] Cfr. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, § 81.
[46] V. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, §§ 81 e 93.
[47] Cfr. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, § 83.
[48] In merito, si legga, M. Gialuz, *L'assistenza linguistica*, cit., 144.
[49] V. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, §§ 84 e 85.
[50] V. J. Della Torre, *Le direttive*, cit., 1406.
[51] Cfr. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*. Sull'arresto si leggano, tra i molti, A. Cabiale, *I*

un importante *overruling* rispetto all'insegnamento del parimenti noto *leading case Salduz c. Turchia*[52].

Converrà ricordare che in quest'ultimo arresto il diritto di accesso a un patrocinatore nella fase preliminare aveva assunto una concezione quasi assoluta[53]. La Corte Edu aveva fissato la regola secondo la quale all'accusato deve essere garantito un difensore al primo colloquio con la polizia e aveva altresì riconosciuto delle eccezionali limitazioni al diritto, purché fondate, alla luce delle particolari circostanze del caso, su «*compelling reasons*»[54]. Nondimeno, pure in presenza di tali validi motivi la compressione della tutela non avrebbe dovuto pregiudicare indebitamente i diritti dell'accusato[55]. Nel pensiero della Corte, deroghe alla difesa tecnica erano quindi da considerare eccezionali e pareva essere stata introdotta una «regola generale dell'inutilizzabilità *contra reum*»[56] delle dichiarazioni rese in assenza del difensore ai fini della condanna[57]; e questo pure nell'ipotesi in cui le *compelling reasons* fossero state accertate[58].

Sennonché, otto anni dopo, il pieno riconoscimento dell'assistenza tecnico-difensiva nella fase preliminare ha subito una forte erosione per il tramite dell'arresto *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, riguardante gli attentati terroristici avvenuti a Londra nell'estate del 2005. Dopo due settimane era stato organizzato un secondo attacco, il quale non era andato a buon fine per un difetto tecnico degli ordigni esplosivi utilizzati[59]. Tre dei quattro ricorrenti erano stati arrestati e interrogati senza essere assistititi da un difensore; le loro dichiarazioni erano state poi utilizzate ai fini probatori in giudizio[60]. Il quarto, dopo essere stato inizialmente sentito come persona informata sui fatti, aveva continuato a essere interrogato dalla polizia in assenza di un legale, nonostante avesse reso dichiarazioni autoaccusatorie e avesse, quindi, assunto le vesti

limiti alla prova nella procedura penale europea, Milano 2019, 98 ss.; E. Celiksoy, *Ibrahim and Others v. UK: Watering down the Salduz principles?*, in *New Journal of European Criminal Law* 2018, 229 ss.; R. Goss, *Out of Many, One? Strasbourg's Ibrahim Decision on Article 6*, in *The Modern Law Review* 2017, 1137 ss.

[52] V. C. eur. GC, 27.11.2008, *Salduz c. Turchia*, sulla quale cfr., *ex plurimis*, D. Giannoulopoulos, *"Falling on Deaf Ears": looking for the Salduz Jurisprudence in Greece*, in *Obstacles to Fairness in Criminal Proceedings. Individual Rights and Institutional Forms*, a cura di J. Jackson, S. Summers, Oxford, Portland, Oregon 2018, 157 ss.; Id., *Strasbourg Jurisprudence, Law Reform and Comparative Law: A Tale of the Right to Custodial Legal Assistance in Five Countries*, in *Human Rights Law Review* 2016, 105 ss.; A. Sakowicz, *Suspect's access to a lawyer at an early stage of criminal proceedings in view the case-law of the European Court of Human Rights*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal* 2021, 1989 ss.; T. Weigend, *Defense Rights in European Legal Systems under the Influence of the European Court of Human Rights*, in *The Oxford Handbook of Criminal Process*, a cura di D.K. Brown, J. Iontcheva Turner, B. Weisser, Oxford 2019, 170-171. La pronuncia è stata poi confermata dagli arresti successivi: v., tra le molte, C. eur. 21.6.2011, *Mađer c. Croazia*, § 149; C. eur. 14.10.2010, *Brusco c. Francia*, § 45; C. eur. 2.3.2010, *Adamkiewicz c. Polonia*, §§ 82 ss.; C. eur. 13.10.2009, *Dayanan c. Turchia*, §§ 30 ss.; C. eur. 24.9.2009, *Pishchalnikov c. Russia*, §§ 70 ss.; C. eur. 19.2.2009, *Shabelnik c. Ucraina*, §§ 53 ss.

[53] In tale senso, A. Soo, *Divergence of European Union and Strasbourg Standards on Defence Rights in Criminal Proceedings? Ibrahim and the others v. the UK (13th of September 2016)*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2017, 333.

[54] Cfr. C. eur. GC, 27.11.2008, *Salduz c. Turchia*, § 55.

[55] V. C. eur. GC, 27.11.2008, *Salduz c. Turchia*, § 55.

[56] Così, A. Cabiale, *I rimedi nelle direttive di Stoccolma: poche parole e molti silenzi*, in *RIDPP* 2018, 2158.

[57] V. E. Celiksoy, *op. cit.*, 244; V. Costa Ramos, *The rights of the defence according to the ECTHR. An Illustration in the Light of A.T. v. Luxembourg and the Right to Legal Assistance*, in *New Journal of European Criminal Law* 2016, 414; A. Soo, *Divergence of European Union*, cit., 334.

[58] Cfr. E. Cape, Z. Namoradze, *Standards for Effective Criminal Defence*, in *Effective Criminal Defence in Eastern Europe. Bulgaria, Georgia, Lithuania, Moldova, Ukraine*, a cura di E. Cape, Z. Namoradze, 2012 Soros Foundation, Moldavia, 52.

[59] Cfr. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, §§ 15-16.

[60] V. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, §§ 20 ss.

di indagato[61]. Forti dei principi espressi nella decisione *Salduz c. Turchia*, tutti e quattro i ricorrenti avevano contestato la violazione dell'art. 6 parr. 1 e 3 lett. *c* Cedu[62].
Dal canto suo, la Grande Camera della Corte europea ha accolto le doglianze solo dell'ultimo ricorrente, mentre ha escluso una qualsiasi lesione della Convenzione negli altri casi. Per ciò che interessa in questa sede, va messa in risalto la particolare esaltazione da parte dei Giudici di Strasburgo della logica compensativa basata sulla valutazione complessiva del procedimento, che, nell'ultimo scorcio temporale, sta animando in misura crescente gli sviluppi giurisprudenziali sull'art. 6 Cedu[63]. Al contrario di quanto sostenuto dai primi tre ricorrenti, la Corte europea ha escluso di poter trarre dalla decisione *Salduz c. Turchia* e dall'evoluzione giurisprudenziale che ne è conseguita[64] una regola assoluta dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in mancanza di assistenza tecnica. Invero, per la Grande Camera, essa potrebbe ritenersi superata qualora si accerti il rispetto della *fairness* del procedimento nella sua interezza[65].
È proprio in quest'ultimo passaggio che si scorgono i riverberi negativi prodotti dalla direttiva 2013/48/UE. Giova ricordare che l'art. 12 par. 2 di tale atto, insieme al considerando n. 50, è stato congegnato, almeno secondo gli intenti originari, per mutuare sul versante eurounitario l'importante regola del caso *Salduz c. Turchia*[66] secondo cui dichiarazioni rese in mancanza del legale dovrebbero essere considerate inutilizzabili contro l'accusato. Il problema è che, a causa dei negoziati, non si è riusciti a codificare tale formula in maniera esplicita, se non nel considerando n. 50[67]. L'infelice e imprecisa formulazione alla fine racchiusa nella versione definitiva dell'art. 12 par. 2 e, in particolare, il suo aggancio alla *fairness* non poteva dunque che suscitare preoccupazioni[68]. Timori che si sono concretizzati nella sentenza *Ibrahim e altri*

[61] Cfr. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, §§ 137 ss.
[62] V. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, §§ 236-242.
[63] In chiave critica rispetto a questo approccio, cfr., tra gli altri, A. Boldrin, *Approccio compensativo e* overall fairness *nella giurisprudenza della Corte EDU, tra relativismo delle garanzie e altre derive*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 26.10.2021, 4 ss.; D. Negri, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino nel processo penale*, in *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo. Atti del Convegno Roma 28-29 settembre 2018*, a cura di D. Negri, L. Zilletti, Milano 2019, 28; R.E. Kostoris, *Against 'Al Khawaja and Tahery' and the following ECtHR case law: The need to seek basic principles of fair trial assessment to prevent abuses and manipulations*, in *New Journal of European Criminal Law* 2025, 54 s.; V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino 2020, 220; A. Samartzis, *Weighing Overall Fairness: A Critique of Balancing under the Criminal Limb of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review* 2021, 410 ss.; S. Trechsel, *The Character of the Right to a Fair Trial*, in *Obstacles to Fairness*, cit., 23 ss.
[64] Viene, in particolare, citata C. eur. GC, 20.10.2015, *Dvorski c. Croazia*, § 82.
[65] Cfr. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, §§ 260 e 262. Ciò dunque significa che, sebbene la regola dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni *contra reum* fissata nella sentenza *Salduz c. Turchia* mantenga la sua validità anche dopo la decisione in commento (v. A. Cabiale, *I rimedi*, cit., 2158. Nella giurisprudenza della Corte europea, cfr. C. eur., 17.6.2025, *Bülent Bekdemir c. Turchia*, §§ 56 e 64; C. eur., 18.1.2022, *Atristain Gorosabel c. Spagna*, § 41), essa non ha più valore assoluto, in quanto, se si verifica che il procedimento ha rispettato nella sua interezza lo *standard* di equità richiesto, potrà subire delle deroghe (v., ancora, A. Cabiale, *I rimedi*, cit., 2158. Analogamente, cfr. A. Soo, *Divergence of European Union*, cit., 336).
[66] V. I. Anagnostopoulos, *The Right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *European Criminal Law Review* 2014, 15-16; A. Cabiale, *I limiti*, cit., 228, 231; J. Della Torre, *Le direttive*, cit., 1408; A. Soo, *Divergence of European Union*, cit., 337.
[67] Cfr. C. Amalfitano, *La terza tappa*, cit., 38 s.; A. Cabiale, *I limiti*, cit., 228; A. Soo, *Divergence of European Union*, cit., 337.
[68] Sulle preoccupazioni elevatesi sin da subito al cospetto dell'infelice e imprecisa formulazione alla fine racchiusa nella versione definitiva dell'art. 12 par. 2 della direttiva n. 48 e, segnatamente, riguardo al suo aggancio alla *fairness*, cfr. A. Cabiale, *I limiti*, cit., 229.

c. Regno Unito, nonché nelle recenti evoluzioni della giurisprudenza della Corte di giustizia, su cui si avrà modo di tornare[69].
A uno sguardo attento, il superamento della regola *Salduz* compiuto dalla decisione *Ibrahim* è stato invero anche causato dalla mancata cristallizzazione nell'art. 12 della direttiva n. 48 del principio fissato dalla Grande Camera della Corte Edu nel 2008[70]. Nella pronuncia *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, i primi tre ricorrenti a Strasburgo avevano invocato la direttiva 2013/48/UE a supporto delle loro argomentazioni sull'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese in mancanza del legale[71]. Sennonché, i Giudici di Strasburgo hanno avuto gioco facile a escludere il rilievo. Hanno osservato che il testo eurounitario «*is silent on whether evidence obtained in violation of the guarantees it contains can be fairly admitted at trial*»; semplicemente, si limita a richiedere che gli indagati dispongano di un «*"*[…] *effective remedy under national law" in the event of a breach of the rights under the Directive*»[72]. Di qui l'agevole arretramento di tutela seguito a livello convenzionale.

2.3. Manca in questa analisi la terza ipotesi prospettabile nei rapporti tra direttive di Stoccolma e giurisprudenza Edu: quella che consiste nella perfetta cristallizzazione dei filoni giurisprudenziali della Corte di Strasburgo a opera degli atti UE, senza elevazioni o rischi di abbassamento della soglia di tutela. In tale perimetro prende forma la terza linea di tendenza per quanto concerne l'impiego delle direttive eurounitarie da parte della Corte Edu. In siffatto caso, quest'ultima è portata a valorizzare gli atti dell'Unione come argomento per avvalorare e, così facendo, consolidare la propria giurisprudenza.
Il *trend* si può cogliere con riferimento all'art. 3 della direttiva 2012/13/UE sul diritto all'informazione sulle prerogative difensive dell'accusato[73]. Ora, è noto che la Cedu non contempla esplicitamente tale garanzia[74]; nondimeno, in linea con il *modus agendi* della giurisprudenza di Strasburgo attento all'effettività delle tutele, la Corte Edu ha ricavato implicitamente il diritto informativo sulle garanzie difensive dall'art. 6 della Convenzione[75], considerandolo inerente agli stessi diritti oggetto di informazione[76], sulla scorta della logica secondo cui, per esercitare in concreto una prerogativa, occorre previamente conoscerla[77].
Ebbene, apparsa la direttiva n. 13 del 2012 sul palcoscenico europeo, ai Giudici di Strasburgo non è sfuggito il considerando n. 18 dell'atto, il quale afferma espressamente che la misura eurounitaria esplicita il diritto all'informazione sui diritti processuali desunto dalla

[69] Cfr., *infra*, § 4.2.
[70] V. A. Cabiale, *I limiti*, cit., 231; J. Della Torre, *Le direttive*, cit., 1407 s.
[71] Cfr. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 236.
[72] Per questa e la citazione immediatamente precedente, v. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 261.
[73] Su tale previsione, cfr., tra gli altri, S. Ciampi, *La direttiva*, cit., 6 s.; S. Cras, L. De Matteis, *op. cit.*, 26 s.; D. Negri, *Awareness of One's Own Rights and Knowledge of the Accusation: The Implementation of the Directive on the Right to Information in Italy*, in *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. Rafaraci, R. Belfiore, Cham 2019, 44 s.
[74] V. E. Cape, Z. Namoradze, *op. cit.*, 39; M. McDonald Bl, *Compliance of Legal Aid Systems with the European Convention on Human Rights in Seven EU Jurisdictions*, Dublino 2012, 31; I. Szijártó, *Convergences and divergences between the EU and the ECHR systems of procedural guarantees in criminal law*, in *New Journal of European Criminal Law* 2025, 268.
[75] V. C. eur. 11.12.2008, *Panovits c. Cipro*, § 72; C. eur., 27.3.2007, *Talat Tunç c. Turchia*, § 61; C. eur., 10.8.2006, *Padalov c. Bulgaria*, § 54.
[76] Si legga, per tutti, C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 272.
[77] Cfr. V. Grevi, «Nemo tenetur se detegere». *Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano 1972, 112. In generale, sul diritto all'informazione, si rinvia all'approfondita disamina svolta da S. Ciampi, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano 2010.

giurisprudenza Edu[78]. Su queste basi, la Corte europea ha in diverse occasioni rimarcato l'importanza di garantire in favore dell'accusato il compendio informativo sui diritti difensivi[79], tra cui quello alla difesa tecnica, al silenzio[80] e all'assistenza linguistica[81], così come stabilito dall'art. 3 della misura eurounitaria in questione. Non meno importante è osservare che la Corte di Strasburgo ha pure richiamato il considerando n. 21 della direttiva 2013/48/UE[82] per rimarcare l'importanza di interrompere l'interrogatorio nei confronti di una persona informata sui fatti divenuta indagata e di riprenderlo solo una volta che sia stata informata dello *status* assunto e sia stata in grado di esercitare pienamente il suo diritto di difesa[83].
È un approccio che non appare isolato. Anche sul fronte della direttiva 2016/343/UE, la Corte Edu ha rimarcato che gli alti funzionari pubblici sono tenuti a rispettare la presunzione di innocenza ai sensi dell'art. 6 par. 2 della Convenzione. E, a supporto di questo, i Giudici di Strasburgo hanno citato, oltre che la propria giurisprudenza[84], il considerando n. 17 della menzionata direttiva[85], il quale si lega all'art. 4 dell'atto in tema di riferimenti in pubblico sulla colpevolezza.

2.4. L'ultima linea di tendenza è quella maggiormente evoluta e attesta un perfetto gioco di incastri tra il versante convenzionale e il fronte eurounitario. In questa ipotesi, la Corte Edu dimostra di fare un passaggio ulteriore. Non si limita a citare il diritto dell'Unione, ma volge direttamente lo sguardo alla giurisprudenza della Corte di giustizia sviluppatasi sull'interpretazione delle direttive di Stoccolma, la quale, a sua volta, si rifà alla casistica di Strasburgo. Si assiste così alla formazione di un perfetto circolo interpretativo virtuoso che vede protagoniste le due Corti europee.
Emblematico è quanto verificatosi sul fronte della presunzione di innocenza[86]. Incalzata dalle conclusioni dell'Avvocato generale Henrik Saugmandsgaard Øe[87], la Corte di Lussemburgo ha meglio esplicitato quanto desumibile dalla giurisprudenza Edu[88] riguardo alle condizioni per considerare rispettata tale garanzia al cospetto di un accordo contenente un riconoscimento della colpevolezza, concluso tra un'autorità preposta all'esercizio dell'azione penale e un imputato, il quale menzioni la partecipazione al reato di altri prevenuti giudicati separatamente. Ebbene, l'art. 4 par. 1 della direttiva 2016/343/UE è stato interpretato nel senso che una tale circostanza non lede la presunzione di innocenza degli accusati non coinvolti nell'accordo, sebbene questi ultimi siano contemplati e identificati dallo stesso, purché, «da un lato, […] tale menzione sia necessaria per la qualificazione della responsabilità giuridica dell'imputato che ha concluso l'accordo e, dall'altro, che il medesimo accordo indichi chiaramente che gli

[78] V. C. eur. 5.3.2024, *Leka c. Albania*, § 40; C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 272.
[79] Cfr. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 271.
[80] V. C. eur. 5.3.2024, *Leka c. Albania*, § 109; C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, §§ 270 ss.
[81] Cfr. C. eur., 28.8.2018, *Vizgirda c. Slovenia*, § 86.
[82] Pure in tal caso, il considerando in esame menziona espressamente la giurisprudenza della Corte Edu.
[83] V. C. eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 271.
[84] V. C. eur., 24.5.2011, *Konstas c. Grecia*, § 38.
[85] Cfr. C. eur., 7.9.2023, *Bavčar c. Slovenia*, § 113.
[86] Per una dettagliata analisi sull'impostazione fatta propria dalla Corte di giustizia nell'interpretare la direttiva 2016/343/UE in rapporto alla giurisprudenza di Strasburgo, v. N. Daminova, *The CJEU Faced with 'Presumption of Innocence' Directive 2016/343: Reshaping the ECHR Standards?*, in *European Yearbook on Human Rights 2022*, a cura di P. Czech, L. Heschl, K. Lukas, M. Nowak, G. Oberleitner, Cambridge, Antwerp, Chicago, Vienna 2023, 155 ss.
[87] V. Conclusioni dell'Avvocato generale H. Saugmandsgaard Øe, presentate il 13 giugno 2019, causa C-377/18, punti 77 ss.
[88] Centrale appare il riferimento a C. eur., 27.2.2014, *Karaman c. Germania*, §§ 63 ss. Viene inoltre menzionata C. eur. 3.2.2016, *Navalnyy e Ofitserov c. Russia*, § 99.

altri imputati sono sottoposti a un procedimento penale distinto e che la loro colpevolezza non è stata legalmente accertata»[89].
Trattasi di passaggio che si apprezza particolarmente giacché, pur nel porsi nel solco della giurisprudenza di Strasburgo[90], la sintetizza tramite l'estrapolazione di un principio di diritto dalla sua complessa casistica. Ne escono in tal modo fissati i presupposti da rispettare per evitare lesioni alla presunzione di innocenza.
Ebbene, l'importanza di tale operazione interpretativa non è passata inosservata agli occhi della Corte Edu. Nella sentenza *Mucha c. Slovacchia*, la Corte di Strasburgo ha richiamato questa giurisprudenza[91], in tal modo avallandola e rendendola a sua volta propria[92]. Un perfetto dialogo tra Corti, insomma, con indubbi effetti positivi in termini di chiarezza delle condizioni da osservare per non incorrere in una violazione dell'art. 6 par. 2 Cedu: presupposti spesso difficili da cogliere a fronte della stratificazione continua delle decisioni dei Giudici di Strasburgo, tarate sul caso concreto.

3. L'approccio dei Giudici di Strasburgo appare differente riguardo al fronte maturato con riferimento alla vittima. La Corte Edu sembra invero maggiormente attratta dalle direttive eurounitarie nell'elaborare la propria giurisprudenza in favore delle vittime rispetto a quanto si registra con riferimento all'imputato. È un dato che emerge sol che si guardi al numero delle pronunce emanate in materia[93], il quale supera quello delle decisioni adottate sul versante del prevenuto[94].
Ciò detto, pure su questo diverso ambito soggettivo, si possono tentare di individuare delle traiettorie. Di esse, solo la prima è riconducibile ai meccanismi di reciproca influenza tra grande e piccola Europa poc'anzi sondati riguardo all'imputato e innescati dai recepimenti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo da parte delle direttive. Le altre si presentano in

[89] Così, C.G.UE, 5.9.2019, C-377/18, *AH e a*, punti 45 e 51. Successivamente, si veda C.G.UE, 28.5.2020, C-709/18, *UL, VM*, punto 35.
[90] Cfr. N. Daminova, *op. cit.*, 162 s.
[91] V. C. eur., 25.11.2021, *Mucha c. Slovacchia*, §§ 34 ss., per un commento alla quale cfr. A. Scarcella, *Difetta di imparzialità in senso oggettivo il giudice che, dopo aver giudicato in sede di patteggiamento gli associati, pronunci condanna nei confronti del sodale separatamente giudicato*, in *CP* 2022, 1623 ss. La Corte Edu cita, in primo luogo, C.G.UE, 5.9.2019, C-377/18, *AH e a* (§§ 34 e 35) e, in secondo luogo, C.G.UE, 28.5.2020, C-709/18, *UL, VM* (§ 36).
[92] Cfr. C. eur., 25.11.2021, *Mucha c. Slovacchia*, §§ 58 ss. e, in particolare, § 61. È bene precisare che, alla luce delle circostanze specifiche del caso, la Corte di Strasburgo ha affrontato la doglianza del ricorrente dal punto di vista del diritto a un giudice imparziale *ex* art. 6 par. 1 Cedu, mentre il rispetto della presunzione di innocenza è stato affrontato nella misura in cui è venuto in rilievo nel corso del ragionamento: così viene esplicitato dagli stessi Giudici al § 48 della pronuncia.
[93] Con riferimento alla direttiva 2011/36/UE, v. C. eur., 14.1.2025, *Petrović e altri c. Croazia*; C. eur., 25.7.2024, *M.A. e altri c. Francia*; C. eur., 16.2.2021, *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*; C. eur., 25.6.2020, *S.M. c. Croazia*; C. eur., 30.3.2017, *Chowdury e altri c. Grecia*; C. eur., 17.1.2017, *J. e altri c. Austria*; C. eur., 21.1.2016, *L.E. c. Grecia*. Rispetto alla direttiva 2011/93/UE, cfr. C. eur., 24.4.2025, *L. e altri c. Francia*; C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*; C. eur., 22.6.2021, *R.B. c. Estonia*; C. eur. GC, 2.2.2021, *X e altri c. Bulgaria*. Riguardo alla direttiva 2012/29/UE, v. C. eur., 24.4.2025, *L. e altri c. Francia*; C. eur., 14.1.2025, *Vasile Pruteanu e altri c. Romania*; C. eur. GC, 24.9.2024, *Fabbri e altri c. San Marino*; C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*; C. eur., 13.2.2024, *X c. Grecia*; C. eur., 12.12.2023, *Vučković c. Croazia*; C. eur., 17.11.2022, *Malagić c. Croazia*; C. eur., 8.9.2022, *J.I. c. Croazia*; C. eur., 22.6.2021, *R.B. c. Estonia*; C. eur., 27.5.2021, *J.L. c. Italia*; C. eur., 21.7.2020, *Vanyo Todorov c. Bulgaria*; C. eur., 25.6.2020, *S.M. c. Croazia*; C. eur., 14.5.2020, *Mraović c. Croazia*; C. eur., 20.6.2019, *A e B c. Croazia*; C. eur., 7.11.2017, *Leuska e altri c. Estonia*; C. eur., 3.10.2017, *D.M.D. c. Romania*; C. eur., 24.5.2016, *Przydział c. Polonia*; C. eur., 28.5.2015, *Y c. Slovenia*; C. eur., 27.2.2014, *Lučić c. Croazia*. In relazione alla direttiva 2024/1385/UE, cfr. C. eur., 24.4.2025, *L. e altri c. Francia*; C. eur., 3.12.2024, *M.Ș.D. c. Romania*. Non risultano invece decisioni con riferimento alla direttiva 2017/541/UE.
[94] V., *supra*, nota 21.

termini maggiormente evoluti, tant'è che non sembra eccessivo sostenere un certo protagonismo delle *Victims' Rights Directives* nei recenti sviluppi della Corte Edu proiettati verso un'accentuazione della tutela delle vittime nei procedimenti penali.

3.1. Conviene prendere le mosse dalla prima linea evolutiva, che poggia su un irrobustimento del versante convenzionale mediante l'impiego delle direttive eurounitarie sulle vittime laddove codificano gli insegnamenti convenzionali. È un assetto che si registra in quella giurisprudenza protesa alla salvaguardia della vittima *dal* procedimento penale.
Da tempo, la Corte di Strasburgo ha ammesso che gli interessi della difesa, specie sul fronte del *right to confrontation* ai sensi dell'art. 6 par. 3 lett. *d* Cedu, siano in determinati casi bilanciati con le esigenze di protezione delle vittime chiamate a testimoniare; e questo soprattutto nei procedimenti per reati di matrice sessuale[95] e a danno di minori[96]. I Giudici europei richiedono in tali ipotesi di adottare misure speciali di protezione delle vittime per evitare la vittimizzazione secondaria[97]. Questo a condizione però che siano al contempo assicurati strumenti capaci di contemperare le deficienze difensive dell'imputato[98]; in altre parole, l'effettività della difesa non deve essere mai compromessa[99].
In ossequio alle logiche di felice contaminazione tra grande e piccola Europa, l'ordito sembra alla fine essere stato recepito dall'atto di diritto derivato cardine a tutela di tutte le vittime mediante diverse previsioni polarizzate sulla protezione delle stesse dal procedimento; tra le altre, si pensi agli artt. 23 e 24, nonché al considerando n. 58 della direttiva 2012/29/UE[100].
Ebbene, pure in tal caso, la Corte Edu non si è mostrata insensibile a questa reciproca influenza. Possono essere citate al riguardo due sentenze che hanno affrontato il tema da due angoli prospettici speculari: il primo dalla parte della vittima, con riferimento al rispetto dell'art. 8 Cedu; il secondo dal lato dell'imputato, concernente la tutela dell'art. 6 par. 3 lett. *d* della Convenzione.
Quanto al primo versante, nella decisione *Y. c. Slovenia*, la ricorrente, vittima di violenza sessuale, aveva contestato la lesione dell'art. 8 Cedu per essere stata sentita quattro volte in dibattimento dall'imputato, al quale era stato consentito di formulare egli stesso domande provocatorie e reiterate, nonostante fosse rappresentato da un legale che avrebbe potuto condurre l'esame[101]. Dal canto suo, nell'accogliere la doglianza[102], la Corte di Strasburgo ha esplicitato di intendere volgere lo sguardo agli strumenti internazionali per individuare il giusto bilanciamento tra le esigenze di tutela dell'integrità personale delle vittime nei procedimenti penali *ex* art. 8 Cedu e il diritto dell'imputato a confrontarsi con l'accusatore ai sensi dell'art. 6 par. 3 lett. *d* della Convenzione. Ebbene, tra questi, non poteva mancare la speciale menzione della direttiva 2012/29/UE, con il suo art. 23 dedicato alla tutela delle vittime con specifiche esigenze di protezione durante il procedimento penale[103].
Speculare a tale arresto si colloca la sentenza *Vasile Pruteanu e altri c. Romania*. Ivi, la Corte di Strasburgo si è pronunciata sulla violazione del *right to confrontation ex* art. 6 parr. 1 e 3

[95] V. C. eur., 18.7.2013, *Vronchenko c. Estonia*, § 56; C. eur., 28.9.2010, *A.S. c. Finlandia*, § 55.
[96] Cfr. C. eur., 2.7.2002, *S.N. c. Svezia*, § 47.
[97] V. C. eur., 20.6.2019, *A e B c. Croazia*, § 121.
[98] Cfr., per tutte, C. eur., 2.7.2002, *S.N. c. Svezia*, § 47.
[99] V., tra le tante, C. eur., 28.9.2010, *A.S. c. Finlandia*, § 55.
[100] Cfr. M. Gialuz, *La protezione della vittima tra Corte EDU e Corte di giustizia*, in *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell'Unione e buone pratiche nazionali*, a cura di L. Lupária, Milano 2015, 27.
[101] Cfr. C. eur., 28.5.2015, *Y. c. Slovenia*, § 88.
[102] V. C. eur., 28.5.2025, *Y. c. Slovenia*, §§ 115-116.
[103] Cfr. C. eur., 28.5.2015, *Y. c. Slovenia*, §§ 71 e 103-104. Analogamente, v. C. eur., 27.5.2021, *J.L. c. Italia*, 69 e §§ 119-120.

lett. *d* Cedu, ritenuto leso dal ricorrente per essere stato condannato sulla scorta di dichiarazioni rese in indagini da vittime che non erano state sentite in dibattimento[104]. Qui, si coglie perfino un passo ulteriore nel ragionamento. Quel che colpisce è che la Corte di Strasburgo abbia impiegato la direttiva 2012/29/UE quale argomento a supporto dell'estensione dell'esigenza di mettere in atto strumenti a tutela delle vittime anche rispetto ai soggetti passivi dei reati di tratta di esseri umani e dello sfruttamento sessuale, in quanto facilmente esposti alla vittimizzazione secondaria e ripetuta, al pari di quelli coinvolti in fattispecie di violenza sessuale[105]. In proposito, i Giudici di Strasburgo hanno richiamato proprio l'art. 23 dell'atto eurounitario e non hanno potuto fare a meno di osservare che la disposizione prevede che le vittime di tali ipotesi incriminatrici godano di misure di protezione speciali anche durante il procedimento penale, compresi strumenti finalizzati a evitare il contatto visivo tra le medesime e gli autori del reato e meccanismi volti ad assicurare che le prime possano essere ascoltate in aula senza essere presenti, segnatamente mediante l'impiego di idonee tecnologie di comunicazione[106].
Ma non è tutto. A conferma dell'impiego da parte della Corte Edu delle direttive dell'Unione per avallare la propria giurisprudenza, val la pena di mettere in luce l'analogo approccio adottato dai Giudici di Strasburgo riguardo all'esigenza di ravvisare un giusto bilanciamento tra il diritto dell'imputato a un'udienza pubblica *ex* art. 6 par. 1 Cedu e la tutela della vita privata della vittima di violenza sessuale ai sensi dell'art. 8 della Convenzione. Nel caso *Mraović c. Croazia*, alla luce della fattispecie concreta, la Corte non ha ravvisato una violazione della garanzia convenzionale a salvaguardia dell'accusato in ragione della necessità di tutela della vittima[107]. Ancora una volta, lo sguardo si è rivolto all'art. 23 par. 3 lett. *d* della direttiva n. 29, il quale colloca lo svolgimento dell'udienza a porte chiuse tra le misure di tutela da apprestare in favore delle vittime con specifiche esigenze di protezione[108].

3.2. Come anticipato, questo primo *trend* appartiene a meccanismi assimilabili a quelli sondati sul fronte dell'imputato e frutto dell'impatto sulla giurisprudenza di Strasburgo di quelle disposizioni degli atti eurounitari che prendono le mosse dalla stessa, secondo logiche di reciproca interferenza. Le altre tendenze si discostano da ciò e appaiono seguire *rationes* più avanzate.
In prima battuta, si può scorgere un utilizzo delle direttive dell'Unione da parte della Corte Edu per far proprie definizioni ivi contenute. Si tratta di un fenomeno rilevante. Così facendo, si ergono pilastri importanti per la progressiva affermazione di un patrimonio definitorio comune a livello europeo, fondato su "nozioni autonome" condivise tra Consiglio d'Europa e Unione europea.
Significativa in proposito è la decisione *Vanyo Todorov c. Bulgaria*, ove il ricorrente, fratello di una persona vittima di omicidio, aveva contestato una lesione del diritto alla vita di cui all'art. 2 Cedu dal punto di vista procedurale, sia per l'ineffettività del procedimento penale avviato per accertare il reato, sia per l'impossibilità di ottenere il risarcimento del danno morale subito[109]. Da quest'ultimo punto di vista, gli era stato invero negato di partecipare al procedimento penale in qualità di parte civile; ciò sulla scorta della giurisprudenza interna

[104] V. C. eur., 14.1.2025, *Vasile Pruteanu e altri c. Romania*, §§ 46 e 48.
[105] Cfr. C. eur., 14.1.2025, *Vasile Pruteanu e altri c. Romania*, § 63.
[106] V. C. eur., 14.1.2025, *Vasile Pruteanu e altri c. Romania*, § 63. Per un'ulteriore decisione che ha valorizzato le direttive 2012/29/UE e 2011/93/UE sul fronte del rapporto tra diritto a confrontarsi con l'accusatore *ex* art. 6 par. 3 lett. *d* Cedu ed esigenze di tutela della vittima minorenne che ha subito un reato di matrice sessuale, v. C. eur., 24.5.2016, *Przydział c. Polonia*.
[107] V. C. eur., 14.5.2020, *Mraović c. Croazia*, §§ 44 ss.
[108] Cfr. C. eur., 14.5.2020, *Mraović c. Croazia*, § 57.
[109] V. C. eur., 21.7.2020, *Vanyo Todorov c. Bulgaria*, §§ 1, 26, 37-39.

valevole all'epoca dei fatti, secondo la quale i soli legittimati a ottenere la riparazione del danno morale erano i coniugi, i figli e i genitori della persona deceduta, con esclusione di fratelli e sorelle[110]. Per parte sua, la Corte di Strasburgo ha accolto il ricorso e ha accertato la violazione dell'art. 2 Cedu in forza dell'omessa predisposizione di un sistema giudiziario effettivo capace di fornire una risposta adeguata ai congiunti della persona deceduta in ragione di un reato[111].
Ebbene, a portare alla conclusione della Corte è stata la direttiva 2012/29/UE e, segnatamente, la definizione di vittima contenuta nell'art. 2: profilo decisivo in quanto delinea il raggio d'azione soggettivo delle garanzie riconosciute alle vittime dall'atto eurounitario. In fondo, è noto il salto di qualità rispetto alle incertezze del passato realizzato in materia grazie all'avvento della direttiva n. 29[112]. Si potrà dunque comprendere l'importanza dell'assimilazione del paradigma definitorio nell'orbita di Strasburgo. La pronuncia in esame ha in specie valorizzato il concetto di vittima di cui all'art. 2 della direttiva 2012/29/UE[113] per ravvisare l'esistenza di un consenso tra gli ordinamenti europei secondo cui i membri più ristretti della famiglia dovrebbero avere la possibilità di chiedere il risarcimento del danno morale subito a causa della morte del familiare, a patto che venga valutata l'intensità dei legami che li univano al defunto e il danno effettivamente subito[114]. Circostanza in definitiva non rispettata nel caso concreto, onde la violazione dell'art. 2 della Cedu.

3.3. La terza linea evolutiva si può scorgere già tra le righe del ragionamento della Corte di Strasburgo appena riportato. La Corte Edu mostra di guardare alle direttive dell'Unione per evincere la tendenza europea sulla portata di un diritto della vittima e adeguarvisi di conseguenza.
Emblematica in merito è la decisione *Malagić c. Croazia*[115]. Per quel che interessa in questa sede, il caso riguardava una presunta vittima di violenza domestica, la quale aveva adito la Corte di Strasburgo per dolersi, tra l'altro, del fatto di non aver potuto impugnare la decisione del giudice di revocare un ordine di protezione emesso nei confronti dell'imputato allo scopo di salvaguardare i propri diritti *ex* art. 8 Cedu[116].
Per parte sua, la Corte Edu ha escluso la violazione della Convenzione; quel che giova mettere in luce è che la soluzione è stata sorretta da un'analisi proiettata verso lo *standard* di tutela sovranazionale in materia. Lo sguardo è andato non solo verso la Convenzione di Istanbul del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa[117], ma anche nei confronti della direttiva 2012/29/UE. Si è così osservato che, benché tali atti impongano di proteggere le vittime, tra cui quelle di violenza domestica, dalla vittimizzazione ripetuta, questi non giungono al punto di prescrivere «*the specific right of appeal of victims in matters such as restraining orders or detention imposed against the alleged perpetrator*»[118]. Di qui la mancata lesione per la Corte

[110] Cfr. C. eur., 21.7.2020, *Vanyo Todorov c. Bulgaria*, §§ 9 ss.
[111] V. C. eur., 21.7.2020, *Vanyo Todorov c. Bulgaria*, §§ 66-67.
[112] Si leggano M. Bargis, H. Belluta, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima e nel processo penale*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 22 s.
[113] Cfr. C. eur., 21.7.2020, *Vanyo Todorov c. Bulgaria*, §§ 21-22.
[114] Cfr. C. eur., 21.7.2020, *Vanyo Todorov c. Bulgaria*, §§ 64-65. Di recente, si veda anche C. eur., 16.1.2024, *Stanchev c. Bulgaria*, § 11.
[115] V. C. eur., 17.11.2022, *Malagić c. Croazia*, sulla quale, si legga F. Marchetti, *La partecipazione della persona offesa dal reato al procedimento cautelare* de libertate, Bari 2024, 113 ss.
[116] V. C. eur., 17.11.2022, *Malagić c. Croazia*, § 75.
[117] Cfr. *Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, 11.5.2011 Istanbul, *Council of Europe Treaty Series- No. 210*, sulla quale v. F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 67 ss.; S. Martelli, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in *Lo statuto europeo*, cit., 38 ss.
[118] V. C. eur., 17.11.2022, *Malagić c. Croazia*, § 76.

europea dell'art. 8 della Cedu. Le direttive dell'Unione si prestano così a divenire punto di riferimento per comprendere lo stato dell'arte su un diritto in favore della vittima, facendo dipendere il suo riconoscimento all'interno della cornice convenzionale dalla relativa previsione nel perimetro eurounitario.

3.4. Le ultime due traiettorie appaiono quelle più dirompenti. Portano alle estreme conseguenze la valorizzazione a opera della giurisprudenza Edu delle direttive dell'Unione sul fronte della vittima. Il terreno d'elezione di questi sviluppi è rappresentato da quel versante di crescente interesse per la Corte Edu e costruito intorno a una protezione della vittima *attraverso* il procedimento penale. Si allude alla dottrina degli obblighi positivi di tutela penale riguardo a quei soggetti vittime di reati lesivi dei beni considerati tra i più fondamentali di cui agli artt. 2, 3, 4 e 8 Cedu[119].
Ora, da tempo, la Corte di Strasburgo ha tratto da tali parametri convenzionali dei diritti di matrice procedurale da assicurare in favore delle vittime di siffatte fattispecie, sul fronte del macro-obbligo di condurre indagini complete ed effettive[120]. Sennonché, l'ultima tappa di questo percorso appare segnata da un tassello ulteriore, precipuamente costituito dagli atti eurounitari di diritto derivato. Il perimetro di questa evoluzione è quella dei reati di matrice sessuale; sia con riferimento all'art. 3 isolatamente considerato, sia rispetto agli artt. 3 e 8 della Cedu, la Corte di Strasburgo ha a più riprese affermato di dover interpretare gli obblighi positivi evincibili da tali previsioni «*in the light of the obligations arising out of the other applicable international instruments*»[121]. Ebbene, tra questi strumenti, speciale rilievo hanno assunto le *Victims' Rights Directives*.
Si tratta di un modo di ragionare sottile, che schiude scenari nodali. Di fatto, mediante tale meccanismo interpretativo degli artt. 3 e 8 Cedu, le prerogative fissate in favore delle vittime negli strumenti sovranazionali, tra cui rileva la fondamentale direttiva 2012/29/UE, ma anche, da ultimo, la recente direttiva 2024/1385/UE, paiono entrare a far parte degli obblighi positivi in capo agli Stati contraenti nell'ambito del più ampio dovere di condurre indagini effettive e di proteggere le vittime di reati di stampo sessuale. In altre parole, l'art. 3 e gli artt. 3 e 8 Cedu si prestano a divenire una sorta di "trasformatore permanente" dei diritti scolpiti negli atti dell'Unione in garanzie convenzionali. Il che evoca in qualche modo il meccanismo di equivalenza fissato a livello dell'Unione dall'art. 52 par. 3 CDFUE, con la fondamentale

[119] Cfr. F. Viganò, *Riflessioni* de lege lata *e* ferenda *su prescrizione e tutela della ragionevole durata del processo*, in *DPenCont, Riv. trim.* 3/2013, 23.
[120] In materia, si leggano, tra i molti, R. Casiraghi, *L'Italia condannata per non aver protetto le vittime di violenza domestica e di genere*, in *RIDPP* 2017, 1192 ss.; F. Cassibba, *op cit.*, 75 s.; J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Milano 2019, 497 s.; M. Engelhart, *Victims and the European Convention on Human Rights*, in *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, a cura di C. Mazzucato, A. Visconti, S. Giavazzi, Milano 2018, 120 ss.; E. Malino, *Tutela della vittima e completezza delle indagini preliminari tra giurisprudenza EDU e prospettive di riforma della giustizia penale italiana*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 25.7.2022, 7 ss.; S. Manacorda, *"Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto*, in *RIDPP* 2012, 1364 ss.; E. Mazzanti, *Violenza domestica e tutela convenzionale del diritto alla vita. Considerazioni a margine del caso '*Penati contro Italia*'*, *ivi* 2022, 1123 ss.; M. Montagna, *Obblighi convenzionali, tutela della vittima e completezza delle indagini*, in *www.archiviopenale.it* 2019, 3; C. Orlando, *Azione penale e tutela della persona offesa*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 19.6.2024, 10 ss.; V. Scalia, *Una proposta di ricostruzione degli obblighi positivi di tutela penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'esempio degli obblighi di protezione del diritto alla vita (I parte)*, *ivi* 2020, 3; C. Valentini, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionale e (costanti) elusioni della prassi*, in *www.archiviopenale.it* 2019, 3, 2 s.; F. Viganò, *Diritto penale e diritti della persona*, in *www.sistemapenale.it* 13.3.2023, 9 s.
[121] V. C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, § 98; C. eur., 13.2.2024, *X c. Grecia*; C. eur. GC, 2.2.2021, *X e altri c. Bulgaria*.

differenza che, nell'alveo convenzionale, la logica sta venendo costruita su iniziativa spontanea della Corte Edu, a livello pretorio.
Paradigmatico è il caso *X c. Grecia*, ove la ricorrente, cittadina inglese di diciotto anni, aveva subito una violenza sessuale mentre si trovava in vacanza in Grecia. Esauriti i mezzi di ricorso interni, questa aveva adito la Corte Edu, lamentando la violazione degli artt. 3 e 8 della Convenzione per il mancato svolgimento di un'indagine effettiva e per l'esposizione nel corso dell'investigazione a esperienze traumatiche, lesive dell'integrità personale[122]. Diverse erano le carenze in punto di garanzie segnalate dall'asserita vittima: tra queste, spiccano i difetti riguardo all'assistenza linguistica e alle prerogative informative.
Dal canto loro, i Giudici europei hanno accolto il ricorso; ed è nel ragionamento seguito dalla pronuncia che si può cogliere il peso della direttiva 2012/29/UE. Giova mettere in luce l'esplicito richiamo, nella parte della decisione sulla ricognizione normativa[123], dell'art. 3 della misura eurounitaria sul diritto a comprendere e a essere compresi[124], degli artt. 4, 5 e 6 in materia di diritto all'informazione[125], e dell'art. 7 sull'interpretazione e sulla traduzione[126].
Su queste basi, la Corte Edu ha rafforzato la propria giurisprudenza sulla necessità di assicurare diritti informativi in favore delle vittime nell'alveo del generale obbligo di condurre indagini effettive rispetto alla violazione degli artt. 2, 3 e 8 Cedu[127]. Ma vi è di più. I Giudici di Strasburgo hanno riconosciuto *ex novo* in capo alla vittima pure il diritto all'assistenza linguistica, guidati dall'art. 7 della direttiva n. 29, e hanno oltretutto perfino richiesto il rispetto del connotato della qualità, che non trova esplicita copertura in alcun atto eurounitario a salvaguardia di tale soggetto, a differenza della direttiva 2010/64/UE rivolta all'imputato. Si assiste così a un fenomeno degno di particolare menzione. Dal lato di Strasburgo, l'evoluzione giurisprudenziale sospinta dalle direttive dell'Unione ha condotto a una parificazione della tutela dell'accusato e della vittima quanto all'intermediazione linguistica sotto il profilo della qualità: quadro che continua a essere disallineato, quantomeno a livello formale, dalla parte dell'Unione[128]. La sentenza *X c. Grecia* si è infatti posta sulla stessa lunghezza d'onda di quanto

[122] V. C. eur., 13.2.2024, *X c. Grecia*, §§ 1, 34, 53. Per un approfondimento su tale decisione, sia consentito il rinvio a E. Grisonich, *Vittime di reato e garanzie informative: recenti scenari e circoli virtuosi tra Consiglio d'Europa e Unione europea*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 9.10.2024, 7 ss.
[123] Cfr. C. eur., 13.2.2024, *X c. Grecia*, § 23.
[124] Su tale previsione, cfr. S. Allegrezza, *Victim's Statute within Directive 2012/29/EU*, in *Victims and Criminal Justice. European Standards and National Good Practices*, a cura di L. Lupária, Milano 2015, 8; H. Belluta, *Participation of the victim in criminal investigations: the right to receive information and to investigate*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 23.12.2015, 2.
[125] Sul quale, cfr. S. Ciampi, *Il diritto di difesa e all'informazione*, in *Vittime di reato e sistema penale*, cit., 250 ss.; S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *DPenCont, Riv. trim.* 4/2015, 144 s.
[126] In proposito, si leggano M. Gialuz, *L'assistenza linguistica*, cit., 255 ss.; L. Kalb, *Il rafforzamento del diritto e gli effetti nell'ordinamento italiano*, in *«Spazio europeo di giustizia» e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, a cura di L. Kalb, Torino 2012, 378; L. Lupária, *Vittime dei reati e diritto all'assistenza linguistica*, in *Traduzione e interpretazione per la società e le istituzioni*, a cura di C. Falbo, M. Viezzi, Trieste 2014, 98 ss.; L. Parlato, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *CP* 2013, 3309.
[127] Con riferimento all'art. 2 Cedu, cfr. C. eur., 7.7.2022, *Tagiyeva c. Azerbaijan*, § 73; C. eur., 12.10.2021, *Boychenko c. Russia*, § 99; C. eur., 4.5.2001, *Hugh Jordan c. Regno Unito*, § 142; C. eur., 27.7.1998, *Güleç c. Turchia*, § 82. In relazione all'art. 3 Convenzione, si vedano C. eur., 18.6.2019, *Chernega e altri c. Ucraina*, § 166; C. eur., 24.6.2010, *Mykhaylovych Zakharkin c. Ucraina*, §§ 73-74. Rispetto agli artt. 3 e 8 Cedu, cfr. C. eur., 19.3.2019, *E.B. c. Romania*, §§ 64 ss. In dottrina, si legga F. Trapella, *A dieci anni dalla Convenzione di Istanbul e a due anni dal codice rosso: moniti sovranazionali, vulnerabilità, garanzie difensive*, in *CP* 2021, 3827.
[128] A livello interpretativo, si può invece evincere l'obbligo di assicurare la qualità dell'interpretazione e della traduzione in favore delle vittime dall'art. 3 della direttiva n. 29, concernente il diritto alla comprensione. È infatti pacifico in letteratura che «la qualità dell'assistenza linguistica si configura come "*successful communication*" tra

già riconosciuto dalla Corte Edu con riferimento al prevenuto nella sentenza *Knox c. Italia*, a sua volta influenzata dalla direttiva n. 64[129].

3.5. Da quanto poc'anzi tratteggiato si evince come la Corte Edu stia utilizzando le direttive dell'Unione quale faro per costruire a colpi di sentenze l'apparato di garanzie procedurali da assicurare in favore delle vittime sul piano degli obblighi positivi di tutela penale imposti dagli artt. 3 e 8 della Convenzione. È un approccio di grande portata, che conduce a una uniformazione del quadro convenzionale rispetto a quello eurounitario per volontà dei Giudici di Strasburgo.
A uno sguardo attento della giurisprudenza Edu, ci si può tuttavia avvedere che tale *modus agendi* non si esaurisce in questo, ma risulta utilizzato anche sul diverso, e maggiormente delicato, fronte della pena. Si delineano così all'orizzonte profili che, se non attentamente delimitati, rischiano di aprire le porte a prevalenti, pericolose, logiche securitarie che schiacciano la posizione dell'imputato e del condannato.
Per avvedersene, merita citare il caso *M.G. c. Lituania*. Nella fattispecie concreta, veniva in gioco l'art. 3 Cedu, nel suo lato procedurale, asseritamente leso dal ricorrente alla luce della lentezza del procedimento penale e dell'ineffettività della sanzione irrogata con riferimento a un'ipotesi di abuso sessuale su minore[130]. Compare nell'arresto nuovamente quell'esplicativo passaggio secondo cui, nelle ipotesi che possono riguardare abusi sessuali su minori, il dovere procedurale di cui all'art. 3 della Convenzione di condurre un'indagine effettiva deve essere interpretato alla luce degli obblighi derivanti dagli altri strumenti internazionali applicabili[131]. Su queste premesse, i Giudici europei hanno riscontrato la lesione del parametro convenzionale[132].
Quel che cattura l'attenzione è l'accoglimento del ricorso con riferimento alla doglianza riguardante l'ineffettività della sanzione. La Corte ha in particolare condannato la Lituania non tanto per l'ammontare della pena detentiva, pari a tre anni, quanto per la sua sospensione[133]. Forte della premessa sull'esigenza di interpretare la Cedu alla luce degli atti sovranazionali, la sentenza ha dato peso non solo alla Convenzione di Lanzarote[134], ma anche alla direttiva 2011/93/UE specificamente finalizzata alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile[135]. Ecco che l'atto eurounitario è stato valorizzato proprio nella misura in cui impone di garantire sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive per punire i reati sessuali contro i minori[136]: circostanza non ritenuta soddisfatta nel caso concreto in ragione della decisione di sospensione della pena non debitamente motivata[137].

---

i soggetti interessati» (così, M. Gialuz, *L'assistenza linguistica*, cit., 155, che a sua volta riprende F. Pöchhacker, *Researching interpreting quality: Models and methods*, in *Interpreting in the 21st Century. Challenges and opportunities*, a cura di G. Garzone, M. Viezzi, Amsterdam, Filadelfia 2002, 97); è quindi chiaro che un'assistenza linguistica scadente non può assicurare il diritto della vittima alloglotta di comprendere e di essere compresa sulla scorta dell'art. 3 dell'atto eurounitario.
[129] Cfr., *supra*, § 2.1.
[130] V. C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, §§ 78-79.
[131] Cfr. C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, § 98.
[132] V. C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, §§ 128-129.
[133] V. C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, § 117.
[134] V. *Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, 25.10.2007 Lanzarote, Council of Europe Treaty Series-No. 201, sulla quale, cfr. F. Cassibba, *op. cit.*, 67 ss.; N. Pascucci, *La testimonianza della persona offesa minorenne. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Torino 2020, 14 ss.
[135] Cfr. C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, § 116.
[136] V. C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, § 116.
[137] Cfr. C. eur., 20.2.2024, *M.G. c. Lituania*, §§ 118-126.

4. È giunto il momento di volgere lo sguardo verso la piccola Europa e invertire la prospettiva di analisi, al fine di sondare l'impatto della giurisprudenza di Strasburgo sulla lettura delle direttive dell'Unione da parte della Corte di giustizia, a cominciare da quelle a tutela dell'imputato[138].

Tutte le direttive di Stoccolma sono state ormai oggetto di interpretazione da parte dei Giudici eurounitari[139], e, in questa cornice, si può constatare una particolare attenzione in seno a Lussemburgo verso Strasburgo, in perfetto ossequio alle clausole di equivalenza e di non regressione ai sensi degli artt. 52 par. 3 e 53 CDFUE. A più riprese, compare negli arresti una formula che non lascia margine al dubbio: «la Corte» – si legge in molteplici sentenze – «deve […] sincerarsi che l'interpretazione da essa fornita dell'articolo 47, commi secondo e terzo, e dell'articolo 48 della Carta assicuri un livello di tutela che non si discosti da quello garantito dall'articolo 6 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo»[140]. Lo stesso è esplicitato riguardo all'art. 6 della Carta, relativo al diritto alla libertà e alla sicurezza, a cui deve essere assicurato, vista la sua equivalenza all'art. 5 della Convenzione, «il medesimo

[138] Per una recente disamina sull'influenza della giurisprudenza Edu sulle direttive di Stoccolma, cfr. I. Szijártó, *op. cit.*, 254 ss.

[139] Sulla direttiva 2010/64/UE, v. C.G.UE, 1.8.2022, C-242/22 PPU, *TL*; C.G.UE GS, 23.11.2021, C-564/19, *IS*; C.G.UE, 12.10.2017, C-278/16, *Sleutjes*; C.G.UE, 9.6.2016, C-25/15, *Balogh*; C.G.UE 15.10.2015, C-216/14, *Covaci*. Con riferimento alla direttiva 2012/13/UE, cfr. C.G.UE, 20.9.2024, C-504/24 PPU, *Anacco*; C.G.UE, 5.9.2024, C-603/22, *M.S. e a.*; C.G.UE, 9.11.2023, C-175/22, *BK*; C.G.UE, 7.9.2023, C-209/22, *AB*; C.G.UE GS, 22.6.2023, C-660/21, *K.B. e F.S.*; C.G.UE, 25.5.2023, C-608/21, *XN*; C.G.UE, 6.9.2022, C-95/22, *Delgaz Grid SA*; C.G.UE, 1.8.2022, C-242/22 PPU, *TL*; C.G.UE, 30.6.2022, C-105/21, *IR*; C.G.UE, 6.12.2021, C-203/20, *AB e a.*; C.G.UE GS, 23.11.2021, C-564/19, *IS*; C.G.UE, 21.10.2021, C-282/20, *ZX*; C.G.UE, 28.1.2021, C-649/19, *IR*; C.G.UE, 12.2.2020, C-704/18, *Kolev e a.*; C.G.UE, 19.9.2019, C-467/18, *EP*; C.G.UE, 13.6.2019, C-646/17, *Moro*; C.G.UE GS, 5.6.2018, C-612/15, *Kolev e a.*; C.G.UE, 22.3.2017, C-124/16, C-188/16 e C-213/16, *Tranca*; C.G.UE, 15.10.2015, C-216/14, *Covaci*. Riguardo alla direttiva 2013/48/UE, v. C.G.UE, 8.5.2025, C-530/23, *Barało*; C.G.UE, 20.9.2024, C-504/24 PPU, *Anacco*; C.G.UE, 5.9.2024, C-603/22, *M.S. e a.*; C.G.UE, 14.5.2024, C-15/24 PPU, *Stachev*; C.G.UE, 7.9.2023, C-209/22, *AB*; C.G.UE GS, 22.6.2023, C-660/21, *K.B. e F.S.*; C.G.UE, 15.9.2022, C-347/21, *DD*; C.G.UE, 12.3.2020, C-659/18, *VW*; C.G.UE, 19.9.2019, C-467/18, *EP*; C.G.UE GS, 5.6.2018, C-612/15, *Kolev e a.* In relazione alla direttiva 2016/343/UE, v. C.G.UE, 30.4.2026, C-748/24, *Kotaňák*; C.G.UE, 23.4.2026, C-24/26 PPU, *Casotta*; C.G.UE, 27.3.2026, C-68/26 PPU, *Kilyanov*; C.G.UE, 16.1.2025, C-400/23, *VB*; C.G.UE, 16.1.2025, C-644/23, *Stangalov*; C.G.UE, 1.8.2025, C-404/24, *Dimnev*; C.G.UE, 20.5.2025, C-135/25 PPU, *Kachev*; C.G.UE, 5.9.2024, C-603/22, *M.S. e a.*; C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*; C.G.UE, 9.11.2023, C-175/22, *BK*; C.G.UE, 8.6.2023, C-430/22 e C-468/22, *VB e VB*; C.G.UE, 8.12.2022, C-348/21, *HYA*; C.G.UE, 15.9.2022, C-347/21, *DD*; C.G.UE, 15.9.2022, C-420/20, *HN*; C.G.UE, 19.5.2022, C-569/20, *IR*; C.G.UE GS, 23.11.2021, C-564/19, *IS*; C.G.UE, 16.11.2021, C-748/19 a C-754/19, *WB e a.*; C.G.UE, 17.12.2020, C-416/20 PPU, *TR*; C.G.UE, 13.2.2020, C-688/18, *TX e UW*; C.G.UE, 28.11.2019, C-653/19/PPU, *DK*; C.G.UE, 24.9.2019, C-467/19 PPU, *QR*; C.G.UE, 19.9.2019, C-467/18, *EP*; C.G.UE, 5.9.2019, C-377/18, *AH e a*; C.G.UE, 12.2.2019, C-8/19 PPU, *RH*; C.G.UE, 19.9.2018, C-310/18 PPU, *Milev*. Sulla direttiva 2016/800/UE, cfr. C.G.UE, 5.9.2024, C-603/22, *M.S. e a.* Riguardo alla direttiva 2016/1919/UE, v. C.G.UE, 8.5.2025, C-530/23, *Barało.* Come rilevato in dottrina, non sfugge che «*the biggest group of cases concerns Directive 2016/343 on the presumption of innocence and the right to be present at trials*»: così, S. Peers, *EU criminal law and police cooperation*, in *The Evolution of EU Law*[3], a cura di P. Craig, G. de Búrca, Oxford 2021, 767.

[140] V., tra le altre, C.G.UE, 30.4.2026, C-748/24, *Kotaňák*; C.G.UE, 1.8.2025, C-404/24, *Dimnev*, punto 44; C.G.UE, 20.9.2024, C-504/24 PPU, *Anacco*, punto 56; C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*, punto 24; C.G.UE, 15.9.2022, C-420/20, *HN*, punto 55; C.G.UE, 15.9.2022, C-347/21, *DD*, punto 31; C.G.UE GS, 5.6.2018, C-612/15, *Kolev e a.*, punto 105. Talvolta, l'esigenza di interpretare le direttive UE alla luce della giurisprudenza Edu viene fondata sui considerando di tali atti, i quali si esprimono in questa direzione: cfr., per esempio, C.G.UE, 16.1.2025, C-644/23, *Stangalov*, punto 41; C.G.UE, 16.1.2025, C-400/23, *VB*, punto 68; C.G.UE, 7.9.2023, C-209/22, *AB*, punto 74; C.G.UE GS, 22.6.2023, C-660/21, *K.B. e F.S.*, punto 41; C.G.UE, 13.6.2019, C-646/17, *Moro*, punto 54.

significato e la stessa portata di quelli conferiti [a quest'ultima disposizione], come interpretat[a] dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo»[141].
Un tale approccio non può che essere accolto positivamente. Garantisce uniformità tra il versante convenzionale e quello eurounitario, quantomeno con riferimento allo *standard* minimo di tutela.
Almeno tre sono le direzioni che si diramano da questa impostazione.

4.1. In primo luogo, lo schema si presta a innescare circoli interpretativi virtuosi.
Così come si è potuto assodare in termini invertiti sul fronte della Cedu[142], la Corte di giustizia, nel rifarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, può essere portata a elevare il livello di salvaguardia di una garanzia. Chiarificatrice al riguardo è la sentenza emessa nella causa C-612/15[143].
A essere oggetto di interpretazione da parte della Corte di Lussemburgo è stato l'art. 3 par. 1 della direttiva 2013/48/UE. Il giudice *a quo* chiedeva, in particolare, se tale previsione ostasse a una normativa nazionale che impone all'organo giurisdizionale di designare a due imputati, aventi interessi contrapposti nel medesimo procedimento, due differenti legali, contrariamente alla loro manifestazione di volontà di averne uno identico[144].
Nel rispondere in senso negativo, i Giudici eurounitari hanno messo in luce il collegamento sussistente tra la direttiva 2013/48/UE e l'art. 48 par. 2 Carta di Nizza. Vista la corrispondenza di quest'ultima previsione a quella dell'art. 6 par. 3 Cedu, la Corte di giustizia ha ripreso la consueta formula circa la necessità di assicurare alla prima «il medesimo significato e la medesima portata»[145] della seconda. Ne è derivato il diretto rinvio da parte della sentenza alla giurisprudenza di Strasburgo e, in particolare, al *leading case Croissant c. Germania* che ha fissato i capisaldi della materia[146]. Si è così ricordato che sono ammesse restrizioni alla scelta del difensore «purché siano previste dalla legge, rispondano a un obiettivo d'interesse generale e siano proporzionate»[147] a siffatto fine.
Quel che spicca in tale ragionamento è l'attenzione alla proporzionalità posta dalla Corte di giustizia. A uno sguardo attento, tale requisito sembra andare oltre quanto richiesto dalla Corte Edu sul tema. Si registra in tal modo un esempio di innalzamento della soglia di salvaguardia del diritto sul fronte di Lussemburgo, sospinto dal meccanismo di contaminazione con la giurisprudenza Edu.
Effetti benefici sulla tutela dei diritti innescati da questo modo di procedere possono cogliersi pure su ulteriori tre versanti, sia pure diversi dallo scenario tarato sull'irrobustimento delle tutele nel segno di logiche al rialzo.
Il primo si delinea rispetto a quelle disposizioni eurounitarie che, pur nel tentativo di rifarsi alla Cedu, codificano male gli insegnamenti della Corte di Strasburgo, anche in ragione dei difficili compromessi raggiunti in seno ai negoziati. È proprio in queste situazioni che molto si deve all'abilità della Corte di Lussemburgo di smussare i disallineamenti delle direttive rispetto al quadro convenzionale, tenute a mente le pronunce della Corte Edu. Tale auspicabile *modus*

[141] Testualmente, C.G.UE, 19.9.2019, C-467/18, *EP*, punto 42. Si legga anche C.G.UE, 25.5.2023, C-608/21, *XN*, punti 66 ss.
[142] V., *supra*, § 2.1.
[143] Cfr. C.G.UE GS, 5.6.2018, C-612/15, *Kolev e a.*
[144] V. C.G.UE GS, 5.6.2018, C-612/15, *Kolev e a*, punto 101.
[145] Così, C.G.UE GS, 5.6.2018, C-612/15, *Kolev e a*, punto 105.
[146] V. C.G.UE GS, 5.6.2018, C-612/15, *Kolev e a*, punto 106, che cita non solo C. eur., 25.9.1992, *Croissant c. Germania*, § 29, ma anche C. eur., 14.1.2003, *Lagerblom c. Svezia*, § 54.
[147] Testualmente, C.G.UE GS, 5.6.2018, C-612/15, *Kolev e a*, punto 106.

agendi si può riscontrare riguardo alla direttiva 2016/343/UE, per quanto concerne il diritto dell'imputato a partecipare personalmente al proprio processo[148].
Sin dall'adozione della misura, non erano passate sottotraccia alcune problematiche e incertezze interpretative sollevate dalla non proprio cristallina formulazione delle disposizioni del Capo III di tale fonte, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Strasburgo[149].
Per quel che interessa in questa sede, val la pena di richiamare le disposizioni sulle condizioni giustificanti la celebrazione del processo *in absentia* racchiuse nell'art. 8 par. 2 della direttiva, le quali, proprio per il loro tenore letterale, non sembrano far trapelare in maniera nitida quel requisito – previsto a livello convenzionale[150] – dell'inequivocabile e consapevole rinuncia del prevenuto a essere presente al proprio processo, quale presupposto legittimante il giudizio in assenza[151].
Ecco che anche in tal caso la clausola di equivalenza ai sensi dell'art. 52 par. 3 CDFUE è stata foriera di una distensione delle storture della direttiva n. 343 in ossequio alla giurisprudenza Edu. Nella cornice delle diverse decisioni adottate dalla Corte di Lussemburgo in materia[152], cattura l'attenzione una delle prime emanate[153], non foss'altro perché ha dato prova della sensibilità dei Giudici eurounitari nel superare le debolezze delle direttive di Stoccolma[154] mediante un'opera di rimozione sul piano esegetico dei rischi dell'abbassamento dello *standard* di tutela rispetto a quello fissato dalla grande Europa.
Il caso concreto riguardava un imputato, che, dopo aver ricevuto personalmente la comunicazione dell'atto di imputazione in Bulgaria, non era risultato reperibile all'indirizzo da lui comunicato in occasione dei tentativi di convocazione all'udienza; al medesimo era stato

[148] Secondo quanto messo in luce in dottrina, le divergenze tra il testo delle direttive UE e la giurisprudenza della Corte Edu sono «*slightly mitigated by the fact that even if legislation is lacking, the ECJ is quite willing to rely on the standards of the ECtHR when they are missing from the directives which definitely lessen the effects of the shortcomings of the EU system*»: così, I. Szijártó, *op. cit.*, 277.
[149] Cfr. L. Bachmaier Winter, *New Developments in EU Law in the Field of In Absentia National Proceedings. The Directive 2016/343/EU in the Light of the ECtHR Case Law*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, a cura di S. Quattrocolo, S. Ruggeri, Cham 2019, 666; J. Della Torre, *Il paradosso della direttiva*, cit., 1869; S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori: una posizione non scontata della Corte di giustizia*, in *CP* 2022, 3257; Ead., *Partecipazione al procedimento e contraddittorio*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 19.10.2020, 119; S. Ruggeri, *Garanzie partecipative, giudizio* in absentia *e procedimenti* inaudito reo. *Quale avanzamento di tutela nel diritto dell'Unione europea?*, in *Eurojus.it* 1.2.2017, 5.
[150] Si legga, per tutte, la celebre decisione C. eur. GC, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, § 86. In argomento, cfr., *ex multis*, S. Quattrocolo, *Partecipazione al procedimento*, cit., 111 ss.; nonché, per quanto concerne le pronunce della Corte Edu emesse nei confronti dell'Italia, A. Procaccino, *Informazione e consapevolezza dell'imputato per la presenza al suo processo. Suggestioni europee e problemi nazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 16.12.2020, 1 ss. Più in generale, per ciò che attiene a recenti lavori monografici sul diritto dell'imputato a partecipare al proprio processo, si vedano diffusamente E.A.A. Dei-Cas, *L'assenza dell'imputato. Modelli partecipativi e garanzie difensive*, Torino 2021; N. Rombi, *Il diritto alla presenza processuale. Garanzie, limiti, rimedi*, Milano 2020.
[151] V. S. Ruggeri, *Garanzie partecipative*, cit., 5.
[152] Cfr. C.G.UE, 23.4.2026, C-24/26 PPU, *Casotta*; C.G.UE, 27.3.2026, C-68/26 PPU, *Kilyanov*; C.G.UE, 20.5.2025, C-135/25 PPU, *Kachev*; C.G.UE, 16.1.2025, C-644/23, *Stangalov*; C.G.UE, 16.1.2025, C-400/23, *VB*; C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*; C.G.UE, 8.6.2023, C-430/22 e C-468/22, *VB e VB*; C.G.UE, 8.12.2022, C-348/21, *HYA*; C.G.UE, 15.9.2022, C-347/21, *DD*; C.G.UE, 19.5.2022, C-569/20, *IR*; C.G.UE, 17.12.2020, C-416/20 PPU, *TR*; C.G.UE, 13.2.2020, C-688/18, *TX e UW*.
[153] Ci si riferisce a C.G.UE, 19.5.2022, C-569/20, *IR*, sulla quale, cfr. L. Mancano, *Convictions In Absentia and the Right to a Fair Trial. The Building of an EU Theory of Justice Continues: Spetsializirana prokuratura (C-569/20)*, in *EULawLive* 3.6.2022; S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori*, cit., 3253 ss.; nonché, volendo, E. Grisonich, *La Corte di giustizia sui presupposti del processo* in absentia *e sulla portata dei rimedi restitutori nella direttiva 2016/343/UE*, in *SP* 15.6.2022.
[154] V. J. Della Torre, *Le direttive*, cit., 1408 e ss.

allora designato un avvocato d'ufficio, il quale, tuttavia, non aveva preso contatti con lo stesso. In un momento successivo, l'atto di imputazione era stato dichiarato nullo, con successivo avvio di un nuovo procedimento. Anche in questo caso, però, l'interessato non era stato in alcun modo rintracciato. A nulla erano valse le ricerche condotte tra i componenti della sua famiglia, i precedenti datori di lavoro e gli operatori della telefonia mobile. Il giudice deduceva che l'accusato si era dato dunque alla fuga[155]. Sennonché, incerto sulla portata della direttiva 2016/343/UE, il tribunale della Bulgaria decideva di sospendere il procedimento e di attivare lo strumento di cui all'art. 267 TFUE, al fine di interpellare la Corte di giustizia sull'interpretazione degli artt. 8 e 9 della misura[156].

Nel leggere il ragionamento e la soluzione della Corte di giustizia, spicca il fatto che i Giudici eurounitari abbiano esplicitato che l'elemento portante dei presupposti di cui all'art. 8 par. 2 direttiva n. 343 è la rinuncia volontaria e inequivocabile dell'accusato, debitamente informato, a partecipare al proprio processo[157], sulla scia della giurisprudenza di Strasburgo[158]. In ciò si materializza quindi «l'auspicato allineamento interpretativo con il quadro della dettagliata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di condizioni per la legittima celebrazione del processo in assenza»[159]. Parametri, questi ultimi, che, secondo quanto traspare dalla sentenza, non ammettono in alcun modo presunzioni, ma poggiano su una verifica concreta da parte del giudice nazionale[160].

Riflessi positivi sull'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia determinati dalla grande Europa possono altresì cogliersi riguardo all'impiego della sua casistica per riempire di contenuto il significato di alcuni concetti contenuti nelle direttive. Se si tiene a mente quanto appena rilevato, unito a ciò che è emerso sopra con riferimento alla propensione della Corte Edu ad appropriarsi delle definizioni racchiuse nelle misure eurounitarie sulle vittime, si può constatare una sinergia nell'operato delle due Corti in un'ottica di costruzione condivisa di nozioni autonome europee, pur su piani soggettivi distinti. Dal lato dei Giudici di Lussemburgo, val la pena di richiamare la decisione emessa nella causa C-209/22, ove è stato escluso che una perquisizione personale rientri nell'accezione di "privazione della libertà personale", a partire dalla quale, sulla scorta dell'art. 3 par. 2 lett. *c* della direttiva n. 48, occorre assicurare l'accesso al difensore «senza indebito ritardo»[161]. Nel giungere a tale soluzione, è stata precipuamente richiamata la giurisprudenza convenzionale, secondo cui una perquisizione svolta «nel corso di un controllo stradale, e che ha dato luogo a dichiarazioni autoincriminanti, non comporta alcuna restrizione significativa alla libertà d'azione dell'interessato che basti per rendere obbligatoria l'assistenza legale»[162] a cominciare da siffatto momento[163].

L'ultimo fronte che attesta un meccanismo virtuoso è quello che poggia direttamente sul dialogo costruttivo tra Corti di Strasburgo e Lussemburgo.

È un fenomeno già trapelato in queste righe, laddove si è osservata la tendenza della Corte Edu a guardare direttamente alla giurisprudenza della Corte di giustizia in punto di rapporto tra giustizia penale negoziata e presunzione di innocenza[164]. Qui, va rimarcato che in tal caso la

[155] Cfr. C.G.UE, 19.5.2022, C-569/20, *IR*, punti 13 ss.
[156] V. C.G.UE, 19.5.2022, C-569/20, *IR*, punti 19 e 24.
[157] Cfr. C.G.UE, 19.5.2022, C-569/20, *IR*, punto 34.
[158] Cfr., nuovamente, per tutte, C. eur. GC, 1.3.2006, *Sejdovic c. Italia*, §§ 81 ss.
[159] Così, in maniera condivisibile, S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori*, cit., 3257.
[160] In questo senso, v., in maniera condivisibile, S. Quattrocolo, *Assenza, latitanza, rimedi restitutori*, cit., 3263.
[161] V. C.G.UE, 7.9.2023, C-209/22, *AB*, punti 71 ss.
[162] Cfr. C.G.UE, 7.9.2023, C-209/22, *AB*, punto 74.
[163] Viene in particolare citata C. eur., 18.2.2010, *Zaichenko c. Russia*, §§ 47 e 48.
[164] V., *supra*, § 2.4.

propensione della Corte Edu a rifarsi al lavorio pretorio dei Giudici di Lussemburgo è stata agevolata, se non dettata, dal fatto che siano stati *in primis* questi ultimi a "pescare" nella giurisprudenza convenzionale quando sollecitati a interpretare la direttiva n. 343[165].
Ma si può riscontrare pure la direzione inversa, dove è la Corte di Strasburgo a tendere la prima mano a quella di Lussemburgo.
A quest'ultimo riguardo, torna utile menzionare ancora una volta la decisione *Knox c. Italia*. Si ricordi che la Corte Edu, guidata dall'art. 5 della direttiva 2010/64/UE, ha elevato il proprio *standard* di tutela richiedendo un'assistenza linguistica di qualità con riferimento all'art. 6 par. 3 lett. *d* Cedu[166].
La centralità dell'arresto è stata subito colta dalla Corte di giustizia. Chiamati a pronunciarsi sulla lettura da attribuire alla disposizione eurounitaria valorizzata in seno a Strasburgo, alla prima occasione utile i Giudici di Lussemburgo hanno citato espressamente il caso *Knox c. Italia*[167] e hanno affermato l'importanza di garantire un controllo sulla qualità dell'interpretazione fornita, pena il rischio di «una violazione dei diritti della difesa»[168].

4.2. L'attenzione posta dalla Corte di giustizia verso la giurisprudenza Edu può tuttavia anche scatenare circoli interpretativi viziosi. In effetti, se si tiene a mente la clausola di equivalenza, è agevole paventare che abbassamenti di tutela da parte dei Giudici di Strasburgo aggancino e trascinino con loro l'elaborazione pretoria della Corte di Lussemburgo, specie al cospetto di previsioni delle direttive che mal cristallizzano il quadro convenzionale.
Lampante è quanto si registra in punto di previsioni sui rimedi da garantire in caso di violazione dei diritti tutelati dalle direttive di Stoccolma[169].
Ora, è noto come la normativa sugli *effective remedies* negli atti di diritto derivato a salvaguardia degli accusati si caratterizzi per la sua particolare vaghezza, nel senso che nulla si afferma sulle conseguenze in cui dovrebbero estrinsecarsi[170]. Nondimeno, nell'ultimo

[165] Il riferimento è a C.G.UE, 5.9.2019, C-377/18, *AH e a*, punti 45 e 51, nonché a C.G.UE, 28.5.2020, C-709/18, *UL, VM*, punto 35.
[166] Cfr., *supra*, § 2.1.
[167] Sono stati in particolare citati i §§ 182 e 186 dell'arresto (C. eur., 24.6.2019, *Knox c. Italia*).
[168] V. C.G.UE GS, 23.11.2021, C-564/19, *IS*, punto 114. Si veda anche il punto 113 della sentenza che rinvia a C. eur., 18.10.2006, *Hermi c. Italia*, § 70. Sul circolo interpretativo virtuoso venutosi a creare grazie al lavorio delle due Corti europee al riguardo, cfr. M. Gialuz, *Lingua e diritto*, cit., 430 e 434.
[169] Sul tema dei rimedi nelle direttive a salvaguardia degli accusati, si vedano, tra i molti, Z. Branicka, *Implementation of the right to effective legal remedies in European Parliament Directies*, in *Effective Legal Remedies in Criminal Justice System. European Perspective*, a cura di P. Wiliński, Lausanne, Berlino, Bruxelles, Chennai, New York, Oxford 2023, 117 ss.; A. Cabiale, *I rimedi*, cit., 2138 ss.; M. Caianiello, *Procedural Sanctions in the EU Framework: Toward a Harmless Error Doctrine and Practice?*, in *Discretionary Criminal Justice in a Comparative Context*, a cura di M. Caianiello, J. Hodgson, Durham 2015, 207 ss.; Id., *To Sanction (or not to Sanction) Procedural Flaws at EU Level? A Step forward in the Creation of an EU Criminal Process*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2014, 317 ss.; V. Costa Ramos, M. Luchtman, G. Munteanu, *Improving Defence Rights. Including Available Remedies in and (or as a Consequence of) Cross-Border Criminal Proceedings*, in *Eucrim* 2020, 3, 243 ss.; V. Covolo, *Ensuring the Effectiveness of Defence Rights: Remedial Obligations under the ABC Directives*, in *Effective Defence Rights*, cit., 86 ss.; J. Della Torre, *Le direttive*, cit., 1411 ss.; A. Soo, *(Effective) Remedies for a Violation of the Right to Counsel during Criminal Proceedings in the European Union: An Empirical Study*, in *Utrecht Law Review* 2018, 18 ss.; Ead., *Article 12 of the Directive 2013/48/EU: A Starting Point for Discussion on a Common Understanding of the Criteria for Effective Remedies of Violation of the Right to Counsel*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 31 ss.; Ead., *Potential Remedies for Violation of the Right to Counsel, in European Criminal Law Review* 2016, 284 ss.
[170] V., tra gli altri, A. Cabiale, *I limiti*, cit., 209; M. Caianiello, G. Lasagni, *Comparative Remarks*, in *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, a cura di G. Contissa, G. Lasagni, M. Caianiello, G. Sartor, Leiden, Boston 2022, 233 ss.; A. Klip, *Violations of Defence Rights' Directives*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2018, 271. Con

scorcio temporale, la Corte di giustizia ha iniziato a fornire alcune indicazioni. *In primis*, i Giudici di Lussemburgo hanno chiarito che vige in materia il principio di autonomia procedurale degli Stati membri, in forza del quale, in assenza di una disciplina specifica, spetta agli stessi dettare il concreto rimedio da apprestare, nel rispetto dei principi di equivalenza e di effettività[171]. In questo perimetro, la Corte ha poi avuto modo di pronunciarsi sul tema dell'ammissibilità delle prove. Pur sembrando aver elevato[172] il «contraddittorio argomentativo sul valore delle prove»[173] a una sorta di «requisito di utilizzabilità»[174], per il resto i Giudici di Lussemburgo hanno integrato nelle direttive di Stoccolma proprio quell'approccio scivoloso dell'*overall fairness*, sviluppato e valorizzato in misura crescente dalla Corte di Strasburgo in relazione all'art. 6 Cedu[175].
Ciò è stato per il momento affermato riguardo agli artt. 8 par. 2 della direttiva 2012/13/UE[176], 12 parr. 1[177] e 2[178] della direttiva 2013/48/UE, nonché 8 della direttiva 2016/1919/UE[179]. I Giudici eurounitari hanno esplicitato che occorre tenere conto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, secondo la quale, «quando viene accertato un vizio procedurale, spetta ai giudici nazionali verificare se tale vizio sia stato sanato nel corso del procedimento che ne è seguito»[180]. Ecco dunque che è stato ripreso il dianzi analizzato caso *Ibrahim e altri c. Regno Unito*[181], per sostenere che, a fronte del mancato rispetto del diritto in gioco, è necessario vagliare se, nonostante siffatta lacuna, il procedimento penale possa essere ritenuto equo nel suo insieme. Questo alla luce di una serie di fattori, tra cui rileva la questione se le dichiarazioni raccolte in assenza di un'informazione sul diritto a rimanere in silenzio o a non autoincriminarsi (sul fronte della direttiva n. 13 del 2012) o in mancanza del legale (sul versante delle direttive

riferimento alla direttiva 2013/48/UE, v. E. Symeonidou, Kastanidou, *The Right of Access to Lawyer in Criminal Proceedings: The Transposition of Directive 2013/48/EU of 22 October 2013 on National Legislation*, in *European Criminal Law Review* 2015, 83. Vista la vaghezza delle previsioni sui *remedies*, in dottrina si è constatato che ai Paesi membri è, in fin dei conti, «semplicemente richiesto di garantire ad indagati e imputati non meglio precisati mezzi di ricorso effettivi, del tutto lasciati al margine di apprezzamento degli ordinamenti nazionali»: così, V. Manes, M. Caianiello, *op. cit.*, 248. In senso analogo, cfr. D. Sayers, *Article 48 (Criminal Law). Presumption of Innocence and Right of Defence*, in *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*[2], a cura di S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford 2021, 1466. Non si può inoltre fare a meno di osservare che le direttive 2010/64/UE e 2012/13/UE non prevedono in realtà espressamente un diritto a un rimedio effettivo, limitandosi a contemplare uno all'impugnazione. Sin da subito, la dottrina (A. Cabiale, *I rimedi*, cit., 2143 ss.) ha tuttavia ricavato dalle previsioni rilevanti dei due atti l'obbligo di apprestare un *effective remedy*. La soluzione è stata avallata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia: con riferimento all'art. 8 par. 2 dir. n. 13 del 2012, cfr. C.G.UE, 7.9.2023, C-209/22, *AB*, punto 51; C.G.UE, 19.9.2019, C-467/18, *EP*, punto 57.

[171] Cfr. C.G.UE, 1.8.2022, C-242/22 PPU, *TL*, punto 75.

[172] Si vedano C.G.UE, 5.9.2024, C-603/22, *M.S. e a.*, punto 172 (per un commento alla quale, cfr. L. Milano, *Première interprétation des garanties procédurales accordées aux enfants dans le cadre des procédures pénales dans la directive (UE) 2016/800 (Obs. sous C.J.U.E., arrêt M.S. et autres, 5 septembre 2024, aff. C603/22)*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2025, 827 ss.); C.G.UE, 14.5.2024, C-15/24 PPU, *Stachev*, punto 98.

[173] Così, riguardo alla pronuncia *EncroChat* (C.G.UE GS, 30.4.2024, C-670/22, *M.N., EncroChat*), M. Daniele, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in *SP* 17.7.2024.

[174] In questi termini, v., di nuovo, M. Daniele, *op cit.*

[175] In materia, sia consentito il rinvio a E. Grisonich, Legal aid *e procedimento penale*, cit., 306 ss.

[176] V. C.G.UE GS, 22.6.2023, C-660/21, *K.B. e F.S.*

[177] Cfr. C.G.UE, 8.5.2025, C-530/23, *Barało*.

[178] V. C.G.UE, 14.5.2024, C-15/24 PPU, *Stachev*.

[179] Cfr. C.G.UE, 8.5.2025, C-530/23, *Barało*.

[180] Così, C.G.UE, 8.5.2025, C-530/23, *Barało*, punto 102. Analogamente, v. C.G.UE, 14.5.2024, C-15/24 PPU, *Stachev*, punto 96; C.G.UE GS, 22.6.2023, C-660/21, *K.B. e F.S*, punto 48. Al riguardo, viene menzionato il caso C. eur., 28.1.2020, *Mehmet Zeki Çelebi c. Turchia*, § 51.

[181] V. Corte eur. GC, 13.9.2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, §§ 273 e 274.

nn. 48 del 2013 e 1919 del 2016) «siano una parte integrante o importante degli elementi a carico, nonché la forza degli altri elementi del fascicolo»[182].
Insomma, è evidente che, mediante il rinvio diretto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, «il criterio dell'equità complessiva del procedimento» è stato alla fine adottato dalla Corte di Lussemburgo «come criterio pertinente»[183] in materia. Nella giurisprudenza della piccola Europa non si è quindi – almeno per il momento – dato peso al considerando n. 44 della direttiva 2016/343/UE, il quale, nel rifarsi alla giurisprudenza Edu[184], esplica gli effetti che dovrebbe produrre un rimedio effettivo, vale a dire porre l'imputato nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se la violazione non si fosse verificata. Certo, in virtù della clausola di equivalenza[185], il canone della piena *restitutio in integrum* dovrebbe ritenersi immanente nelle previsioni sui rimedi fissati dalle direttive[186]; nondimeno, il *focus* dei Giudici di Lussemburgo è stato posto sull'*overall fairness test* convenzionale, di modo che l'attivazione del *remedy* è subordinata a un giudizio olistico, nel senso che la violazione di un singolo diritto processuale non fa scattare il rimedio se si accerta la mancata compromissione dell'equità complessiva del rito[187]. In fondo, lo scarto tra versante eurounitario e quadro convenzionale è nullo da questo angolo prospettico.
Si impongono allora due considerazioni.
Per come configurate le disposizioni sui rimedi nelle direttive di Stoccolma, sarebbe stato lecito pensare che, alla violazione di una garanzia tutelata dalle stesse, sarebbe dovuto seguire direttamente il relativo *remedy*, senza ammettere spazi a valutazioni olistiche tarate sul rispetto dell'equità complessiva del procedimento[188]; da questo punto di vista, il fronte eurounitario si sarebbe discostato da quello convenzionale. L'imitazione a opera della Corte di giustizia dell'approccio della Corte di Strasburgo, sospinta dalla consueta clausola di equivalenza, ha invece disatteso tale aspettativa.
In questo contesto, non va poi sottaciuto come il traghettamento verso l'impostazione convenzionale paia essere stato agevolato proprio da quella cattiva codificazione della regola *Salduz* avvenuta nella direttiva 2013/48/UE[189] con riferimento all'inutilizzabilità contro l'accusato delle sue dichiarazioni rese in assenza del difensore. Come visto, la misura eurounitaria non ha offerto alcuno sbarramento rispetto all'arretramento di tutela verificatosi nel caso *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, il quale ha esasperato la logica dell'*overall fairness test*[190]. Non sembra un caso che sia proprio quest'ultima pronuncia a venire citata dalla Corte di giustizia per innestare tale criterio anche sul fronte eurounitario in tema di *effective*

[182] Cfr. C.G.UE, 8.5.2025, C-530/23, *Barało*, punto 103; C.G.UE, 14.5.2024, C-15/24 PPU, *Stachev*, punto 97; C.G.UE GS, 22.6.2023, C-660/21, *K.B. e F.S*, punto 48.
[183] In questo senso si esprimono le Conclusioni dell'Avvocata generale Tamara Ćapeta, presentate il 22 febbraio 2024, causa C-603/22, punto 122. L'esigenza che «ai giudici nazionali sia concessa la flessibilità necessaria per valutare l'equità complessiva del procedimento» è ribadita dall'Avvocata generale anche nelle sue conclusioni, presentate il 14 novembre 2024, nella causa C-530/23, punto 87.
[184] Cfr., tra le altre, C. eur., 11.2.2020, *Shmatova e altri c. Russia*, § 29; C. eur., 22.4.2019, *Konstantinov e altri c. Russia*, § 18.
[185] Questo sulla scorta della corrispondenza degli artt. 47, par. 1 e 48 CDFUE agli artt. 6 e 13 Cedu: *Spiegazioni*, cit.
[186] V. A. Cabiale, *I limiti*, cit., 243; J. Della Torre, *Le direttive*, cit., 1413; M. Gialuz, *L'assistenza linguistica*, cit., 114. Prima dell'adozione della direttiva n. 343 con il suo considerando n. 44, cfr. E. Symeonidou, Kastanidou, *op. cit.*, 84. Analogamente, v. A. Soo, *Potential Remedies*, cit., 294 ss.
[187] Per un'approfondita disamina in merito dal punto di vista delle prove, cfr. Fair Trials, *Unlawful evidence in Europe's courts: principles, practice and remedies*, ottobre 2021 16 ss.
[188] V. A Cabiale, *I rimedi*, cit., 214, 215, 221.
[189] Ci si riferisce all'art. 12 par. 2 e al considerando n. 50 della dir. 2013/48/UE: v., *supra*, § 2.2.
[190] Cfr., ancora, *supra*, § 2.2.

remedies[191]. Certo, si tratta dello *standard* minimo di protezione, ma è chiaro che questo si candida a influenzare gli assetti nazionali, ponendo le basi per aperture interne a meccanismi di bilanciamento tra garanzie, i quali celano rischi di neutralizzazione dei diritti difensivi.

4.3. Il terzo, e ultimo, *trend* viene in gioco quando la Corte di Lussemburgo è chiamata a pronunciarsi su un tema non normato dalle direttive. In questa ipotesi, i Giudici eurounitari, pur ammettendo che la regolazione della questione è rimessa alle discipline nazionali, tendono a richiamare il rispetto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Grazie a tale modo di procedere, sarà facile comprendere come l'osservanza del quadro convenzionale ne esca rafforzata in maniera riflessa nei Paesi appartenenti sia alla grande, sia alla piccola Europa.
Significativa in quest'ottica è la decisione emessa su rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE nella causa C-760/22. Il giudice *a quo*, Tribunale di Sofia, aveva chiesto alla Corte di giustizia se l'art. 8 par. 1 della direttiva 2016/343/UE debba essere letto nel senso che un imputato possa, su sua espressa richiesta, partecipare alle udienze del proprio processo mediante videoconferenza[192].
Nel ricordare che, in base all'art. 1 della direttiva n. 343, l'atto eurounitario fissa norme minime e non ambisce a prevedere un'armonizzazione esaustiva dei procedimenti penali, i Giudici di Lussemburgo non hanno potuto che constatare il silenzio dell'art. 8 par. 1 su tale aspetto[193]. Ne è sortita la conclusione secondo cui la direttiva non è di certo d'ostacolo a una normativa interna che permette una partecipazione a distanza su richiesta del prevenuto; tale profilo rientra invero nel raggio di normazione del diritto nazionale[194]. Sennonché – ed è questo il punto nodale del ragionamento –, la sentenza ha altresì ricordato l'obiettivo perseguito dalla direttiva di rafforzare l'equo processo nei procedimenti penali e di proteggere i diritti e i principi fissati dalla Carta di Nizza e dalla Cedu[195].
Ecco che questo passaggio ha portato la Corte di giustizia a prescrivere il rispetto dei paradigmi convenzionali: in base alla giurisprudenza Edu, la partecipazione a distanza dell'imputato non è di per sé incompatibile con la Convenzione, a patto che l'interessato «possa seguire il procedimento ed essere ascoltato senza ostacoli tecnici e comunicare in modo effettivo e riservato con il suo avvocato»[196]. Si è dunque concluso nel senso che, mentre la direttiva n. 343 del 2016 non impedisce una partecipazione dell'imputato al proprio processo mediante videoconferenza su sua istanza, deve essere comunque assicurato l'equo processo[197]. Formula, quest'ultima, che condensa gli insegnamenti della Corte Edu, i quali, tramite questo sottile modo di ragionare, vengono ad assumere di fatto carattere di vincolatività nella piccola Europa, pur non essendo codificati nelle previsioni delle direttive di Stoccolma.

5. L'ultimo tema da analizzare concerne la vittima del reato nel prisma della giurisprudenza della Corte di giustizia e dell'impatto su quest'ultima del ricco lavorio pretorio della Corte Edu. È bene mettere subito a tacere le aspettative circa un impiego del formante convenzionale da parte dei Giudici eurounitari nell'interpretare le direttive a salvaguardia delle vittime. Queste

[191] È bene oltretutto mettere in luce come la Corte di giustizia abbia richiamato il considerando n. 50 della dir. 2013/48/UE nella prospettiva di trasporre l'*overall fairness test* nella cornice di tale atto: v. C.G.UE, 8.5.2025, C-530/23, *Barało*, punto 102; C.G.UE, 14.5.2024, C-15/24 PPU, *Stachev*, punto 96.
[192] V. C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*, punti 19 e 20.
[193] Cfr. C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*, punti 27 e 28.
[194] V. C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*, punti 28 e 29.
[195] V. C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*, punto 30.
[196] Cfr. C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*, punto 31, che richiama C. eur., 2.11.2010, *Sakhnovski c. Russia*, § 98.
[197] V. C.G.UE, 4.7.2024, C-760/22, *FP*, punti 32 e 33.

rimangono invero deluse a un rapido sguardo della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. L'influsso in materia è pressoché nullo.

Anzitutto, va posta in risalto la scarsità a monte delle decisioni della Corte di giustizia sulle *Victims' Rights Directives*[198]; il che significa che gli stessi giudici nazionali tendono a non sollevare questioni pregiudiziali al riguardo. Nel limitato perimetro di tali pronunce, emerge poi che i Giudici eurounitari non citano tendenzialmente la giurisprudenza Edu relativa alla vittima. E questo, nonostante valga anche su tale terreno la clausola di equivalenza di cui all'art. 52 par. 3 CDFUE, vista la corrispondenza tra gli artt. 2, 4, 5, 7 e 8 CDFUE e gli artt. 2, 3, 4 e 8 Cedu, nonché tra l'art. 47 della Carta di Nizza e l'art. 6 par. 1 della Convenzione[199].

Fermo restando quanto rilevato, vi è tuttavia una sentenza che assume un certo rilievo; si allude alla nota pronuncia *Gambino*, emessa su rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Bari nella causa C-38/18. Il giudice *a quo* aveva in particolare sollecitato la Corte di giustizia a chiarire se gli artt. 16, 18 e 20, lett. *b* della direttiva 2012/29/UE siano d'ostacolo a una disciplina nazionale, secondo la quale, in virtù del principio di immediatezza, una vittima già sentita deve, in linea di principio, essere nuovamente escussa nel caso di modifica della composizione del collegio, laddove una delle parti rifiuti che il nuovo organo giudicante si basi sul verbale della prima audizione[200].

Nel rispondere in senso negativo[201], la Corte di Lussemburgo ha, sì, richiamato la clausola di equivalenza, ma dal punto di vista delle garanzie dell'imputato, alla luce della più volte ricordata corrispondenza degli artt. 47 e 48 della Carta di Nizza rispetto all'art. 6 Cedu[202]. Su queste basi, l'attenzione della pronuncia[203] è stata catalizzata da quella poc'anzi sondata giurisprudenza maturata in seno alla grande Europa sul rapporto tra prerogative difensive dell'accusato ed esigenze di protezione della vittima, specie se particolarmente vulnerabile[204]. Si rammenti che questo filone giurisprudenziale, se, da un lato, tutela la posizione delle vittime, dall'altro, si connota per non ammettere svuotamenti delle garanzie difensive. Paradigma, quest'ultimo, che è stato ripreso dalla Corte di giustizia mediante la valorizzazione di quell'inciso, contenuto nelle previsioni rilevanti della direttiva n. 29, che fa salvi i diritti della difesa[205] e che, per parte sua, evoca proprio gli insegnamenti della Corte di Strasburgo[206].

---

[198] A quanto consta, solo la direttiva 2012/29/UE è stata oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia: cfr. C.G.UE, 23.4.2026, C-24/26 PPU, *Casotta*; C.G.UE, 26.3.2026, C-239/24, *Aurnois*; C.G.UE, 2.5.2025, C-640/24, *Giannaro*; C.G.UE, 7.11.2024, C-126/23, *Burdene*; C.G.UE, 1.10.2020, C-603/19, *TG e UF*; C.G.UE, 29.7.2019, C-38/18, *Gambino*. Sulla precedente decisione quadro 2001/220/GAI, cfr. C.G.UE, 12.7.2012, C-79/11, *Maurizio Giovanardi e a.*; C.G.UE, 21.12.2011, C-507/10, *X*; C.G.UE, 15.9.2011, C-483/09 e C-1/10, *Magatte Gueye*; C.G.UE, 21.10.2010, C-205/09, *Emil Eredics, Mária Vassné Sápi*; C.G.UE, 9.10.2008, C-404/07, *Katz*; C.G.UE, 28.6.2007, C-467/05, *Dell'Orto*; C.G.UE GC, 16.6.2005, C 105/03, *Pupino*.

[199] Cfr. *Spiegazioni*, cit.

[200] V. C.G.UE, 29.7.2019, C-38/18, *Gambino*, punto 28, sulla quale cfr. M. Bargis, *Il principio di immediatezza nel caso di mutata composizione del giudice: dai responsi di Corte costituzionale, Sezioni unite e Corti europee alle prospettive* de iure condendo, in *SP*, 4, 2020, 54 ss.

[201] Cfr. C.G.UE, 29.7.2019, C-38/18, *Gambino*, punto 59.

[202] V. C.G.UE, 29.7.2019, C-38/18, *Gambino*, punto 39.

[203] Cfr. C.G.UE, 29.7.2019, C-38/18, *Gambino*, punti 41 ss.

[204] V., *supra*, § 3.1. Merita citare il richiamo, a opera della Corte di giustizia, delle decisioni C. eur., 26.3.1996, *Doorson c. Paesi Bassi* e C. eur., 5.10.2006, *Marcello Viola c. Italia*, § 51.

[205] La Corte di Lussemburgo (punto 52 della sentenza) si riferisce all'art. 18 e al considerando n. 52 della dir. n. 29. Si legga anche il punto 53 della decisione in esame, ove si afferma che «il legislatore dell'Unione ha quindi stabilito nella direttiva 2012/29, a vantaggio della vittima, taluni diritti il cui esercizio non può ledere il diritto a un processo equo né i diritti della difesa dell'imputato, sanciti rispettivamente dall'articolo 47, secondo comma, e dall'articolo 48, paragrafo 2, della Carta».

[206] Peraltro, già con riferimento alla decisione quadro 2001/220/GAI, la Corte di giustizia aveva posto a più riprese l'accento sull'esigenza di salvaguardare l'equo processo dell'imputato in ossequio all'art. 6 Cedu: v. C.G.UE, 9.10.2008, C 404/07, *Katz*, punti 48-49; C.G.UE GC, 16.6.2005, C-105/03, *Pupino*, punti 59-60.

6. È indubbio il valore aggiunto apportato dalle direttive dell'Unione nella costruzione giurisprudenziale dei diritti a tutela dell'imputato e della vittima da parte delle due Corti europee. All'esito della disamina, si può osservare che l'avvento degli atti eurounitari di diritto derivato in materia si presta a costituire un ponte tra grande e piccola Europa attraversato da entrambe le direzioni, secondo la logica della tutela multilivello dei diritti fondamentali.
Si registrano a ogni modo sfumature, se non vere e proprie differenze, di approcci tra Corte di Strasburgo e Lussemburgo in base al versante soggettivo in questione.
Sul fronte dell'imputato, l'impatto della giurisprudenza della Corte Edu su quella della Corte di giustizia è lampante. Quest'ultima è attenta al quadro convenzionale nella lettura da imprimere alle direttive di Stoccolma, in perfetta linea con quegli anticorpi fondamentali che sono gli artt. 52 par. 3 e 53 della Carta di Nizza. Viceversa, l'impostazione della Corte di Strasburgo al cospetto delle misure eurounitarie a protezione dell'accusato si presenta in termini maggiormente cauti, con una scarsa propensione a una loro valorizzazione negli sviluppi giurisprudenziali collocati temporalmente a valle degli atti dell'Unione.
Il discorso è differente riguardo alla vittima del reato. La Corte di giustizia, anche a causa di pochi rinvii pregiudiziali in tema, non ha mostrato di guardare alla crescente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulle vittime per interpretare le direttive a tutela delle medesime. Per converso, è la Corte Edu a mostrarsi particolarmente attiva in materia, tanto da servirsi degli atti eurounitari a protezione della vittima per costruire le garanzie procedurali nella cornice degli obblighi positivi di tutela penale. Si è avuto modo di osservare che l'esigenza di assicurare una lettura delle *procedural obligations* derivanti dagli artt. 3 e 8 Cedu in linea con gli strumenti internazionali, tra cui le direttive a salvaguardia delle vittime, sta conducendo di fatto la Corte di Strasburgo a imprimere a tali parametri convenzionali sembianze analoghe al meccanismo sotteso all'art. 52 par. 3 CDFUE. Con tutti i rischi che una tale impostazione, frutto di opera giurisprudenziale e priva di argini normativi, può portare con sé in termini di spostamenti del pendolo della giustizia penale a scapito dell'imputato.
L'impressione generale è che il differente modo di rapportarsi della Corte di Strasburgo con gli atti eurounitari a salvaguardia degli accusati e delle vittime dipenda a monte da una diversa evoluzione che sta registrando la sua giurisprudenza a seconda del soggetto in gioco. In fondo, la Corte di Strasburgo è una «*Corte dei diritti umani*»[207], unicamente attenta a proteggere le garanzie individuali e a sindacarne la violazione da parte degli Stati contraenti, con una particolare sensibilità all'evoluzione dei tempi[208].
Così, se lo sguardo si concentra sull'ultimo scorcio temporale, sembra che gli sviluppi maggiormente all'avanguardia e dirompenti si attestino sul fronte della vittima, riguardo a quella dottrina degli obblighi positivi di tutela penale di cui agli artt. 2, 3, 4 e 8 Cedu. Qui, la direttiva cardine a protezione di tutte le vittime, nonché quelle a contenuto particolare trovano un terreno fertile per una loro valorizzazione: ed è quanto sta mostrando di fare la Corte Edu. Per converso, il *trend* appare opposto con riferimento alle garanzie dell'equo processo degli imputati ai sensi dell'art. 6 Cedu, ove prevale in maniera crescente la logica dell'equità complessiva del procedimento, con un pericolo di annacquamento delle garanzie difensive. Pur non potendosi sottacere le influenze positive innescate dalle direttive di Stoccolma sulla giurisprudenza Edu, nell'insieme, si rivela piuttosto timida la propensione della Corte di Strasburgo a richiamare tali atti di diritto derivato in un'ottica di elevazione delle tutele. Non

[207] Così, R.E. Kostoris, *La tutela dei diritti*, cit., 90.
[208] Invero, da tempo, la Corte Edu ha messo in luce l'esigenza che la Convenzione sia interpretata secondo una logica che risente dell'evoluzione della società. «*The Convention must be interpreted in the light of present-day conditions*»: così afferma il celebre caso *Airey c. Irlanda* (C. eur. 9.10.1979, *Airey c. Irlanda*, § 26).

sfuggirà, per converso, l'impiego della direttiva 2013/48/UE nella pronuncia *Ibrahim e altri c. Regno Unito* quale argomento a supporto dell'importante superamento della regola *Salduz*, per dare spazio all'accentuazione del *counterbalancing test*.
L'atteggiamento della Corte di giustizia si appalesa invece in termini invertiti. Vi è una cospicua attenzione ai diritti dell'accusato, con una valorizzazione del fronte convenzionale nel segno di circoli interpretativi virtuosi, sebbene si celi pur sempre una nota dolente nella pronta adesione dei Giudici di Lussemburgo agli insegnamenti di Strasburgo. In quest'ultima ottica, non va dimenticato l'innesto nelle direttive di Stoccolma di quella maggiore debolezza della giurisprudenza della Corte Edu, incentrata sulla prevalenza dell'*overall fairness test*. Di contro, sul versante della vittima, la giurisprudenza della Corte di giustizia appare ancora piuttosto embrionale. Il punto dirimente sarà allora attendere la sua evoluzione futura e comprendere se e in che termini instaurerà un dialogo con i Giudici di Strasburgo, specie alla luce del massiccio impiego da parte di questi ultimi della direttiva 2012/29/UE e degli altri atti di diritto derivato a tutela delle particolari categorie di vittime. L'auspicio è che non prendano forma nella piccola Europa sviluppi giurisprudenziali che conducano ad ascese pericolose della vittima nei procedimenti penali.
Per il momento, la sentenza *Gambino* suggerisce a ogni modo prospettive incoraggianti. La valorizzazione di quella casistica della Corte Edu attenta a bilanciare le esigenze di protezione delle vittime con i diritti difensivi degli imputati, senza ammettere sacrifici di questi ultimi, lascia infatti intravedere sviluppi positivi in seno alla Corte di Lussemburgo[209]. Scenari, consapevoli che la salvaguardia dei diritti delle vittime, pur da preservare, non deve oscurare la centralità delle tutele dell'imputato.
In fondo, non bisogna dimenticare che è questo il pilastro su cui poggia l'altra faccia della giustizia penale europea all'interno dell'Unione, vale a dire quella costruita sui meccanismi di cooperazione e giunta alla sua più avanzata espressione con l'avvento del Pubblico ministero europeo[210]. La fase pre-Lisbona ci ha lasciato un insegnamento chiaro: senza un apparato minimo di tutele dei prevenuti, la fiducia reciproca tra gli Stati membri, motore del mutuo riconoscimento, è una mera parvenza[211]. E, alla fine, la Corte di giustizia non sembra dimenticarsene.
Forse, è proprio la sua vocazione a una «*Corte d'integrazione europea*»[212], propensa alla tutela dei diritti fondamentali che non è fine a se stessa, ma che assume rilievo nella misura in cui serve al perseguimento degli obiettivi dell'Unione, a candidarsi a costituire un rilevante argine

[209] Un'ulteriore conferma in tal senso promana dalla recente pronuncia C.G.UE, 23.4.2026, C-24/26 PPU, *Casotta*, punto 89.
[210] Ci si riferisce al noto reg. 2017/1939/UE che istituisce la Procura europea: reg. 2017/1939/UE, *relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea («EPPO»)*, in *G.U.U.E.*, 31.12.2017, L 283/1.
[211] È nota la prevalenza della logica securitaria che animava la fase precedente rispetto all'adozione del Trattato di Lisbona (cfr., per tutti, S. Carrera, T. Balzacq (a cura di), *Security Versus Freedom? A Challenge for Europe's Future*, Aldershot 2006; E. Guild, F. Geyer, *Introduction: The Search for EU Criminal Law – Where is it Headed?*, *in Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, a cura di E. Guild, F. Geyer, Aldershot 2008, p. 8; O. Mazza, *Presunzione d'innocenza e diritto di difesa*, in *DPP* 2014, 1401 ss.). In questa prima fase, era maturata l'idea di poter contare sulla giurisprudenza Edu per assicurare quella mutua fiducia tra Stati alla base del principio di mutuo riconoscimento nell'alveo degli strumenti della cooperazione. Ben presto, era tuttavia progressivamente cresciuta la consapevolezza di una generale «insufficienza della giurisprudenza di Strasburgo a promuovere un livello uniforme ed effettivo di tutela dei diritti tale da alimentare la fiducia reciproca» (testualmente, M. Gialuz, *L'assistenza linguistica*, cit., 81), alla luce dei limiti intrinseci al sistema di protezione convenzionale (sui quali, cfr., tra i tanti, E. Cape, Z. Namoradze, *op. cit.*, 85 ss.; A. Tinsley, *Protecting criminal defence rights through EU law: opportunities and challenges*, in *New Journal of European Criminal Law* 2013, 464 s.). Da questa presa d'atto sono dunque sortite le direttive di Stoccolma.
[212] In questi termini, R.E. Kostoris, *La tutela dei diritti*, cit., 90.

verso rischi di protagonismi incontrollati delle vittime nei procedimenti penali, soprattutto di quelle attratte nell'orbita dei reati di maggior allarme. Se va salutato con favore il fatto che la vittima non sia di certo più «questa dimenticata»[213], occorre evitare che lo diventi l'imputato; da questo punto di vista, l'*imprinting* della Corte di Lussemburgo può fare la differenza rispetto a eventuali involuzioni della Corte Edu.

[213] Si riprende così il titolo del noto convegno dell'Accademia dei Lincei tenutosi a Roma nel 2001: Aa.Vv., *La vittima del reato, questa dimenticata. Tavola rotonda nell'ambito della Conferenza annuale della ricerca, Roma, 5 dicembre 2000*, Roma 2001.

LA TUTELA PENALE DELLA SICUREZZA URBANA TRA INASPRIMENTI SANZIONATORI E MISURE DI ALLONTANAMENTO: COMMENTO AGLI ARTT. 11 E 13 DEL DECRETO "SICUREZZA"

di Ilaria Tori (Dottoranda in Diritto penale, Università di Pisa)

Il contributo esamina le novità normative introdotte dagli artt. 11 e 13 del d.l. n. 48/2025. La prima disposizione prevede una nuova circostanza aggravante comune (art. 61 n. 11 *decies* c.p.) in relazione ai delitti non colposi contro la vita e l'incolumità, pubblica e individuale, contro la libertà personale e contro il patrimonio commessi all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie, metropolitane e all'interno dei convogli adibiti a trasporto di passeggeri. Viene, inoltre, inasprito il trattamento sanzionatorio previsto per la fattispecie di truffa aggravata dall'aver commesso il fatto profittando di circostanze di tempo, luogo o persona, anche in riferimento all'età. Mentre l'art. 13, da un lato, estende il campo soggettivo di applicazione della misura di prevenzione del c.d. Daspo urbano e, dall'altro, subordina, obbligatoriamente, la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena al rispetto del divieto di accesso a determinate aree urbane in caso di condanna per reati contro la persona o il patrimonio commessi nelle stesse aree.
This article examines the legislative changes introduced by Articles 11 and 13 of Decree-Law No. 48/2025. The first provision introduces a new general aggravating circumstance (Article 61(11-decies) of the Criminal Code) in relation to intentional offences against life and safety – both public and individual – against personal liberty and against property committed within or in the immediate vicinity of railway and underground stations, and within passenger trains. Furthermore, the penalties for the offence of fraud aggravated by having committed the act by taking advantage of circumstances of time, place or person – including with regard to age – are increased. Whilst Article 13, on the one hand, extends the scope of application of the so-called 'urban Daspo' preventive measure and, on the other hand, makes the granting of a conditional suspension of sentence subject to compliance with a ban on entering certain urban areas in the event of a conviction for offences against the person or property committed in those same areas.

Aggravante comune ex art. 61 n. 11 decies c.p., truffa agli anziani, Daspo urbano
General aggravating circumstance under Article 61 n. 11-decies c.p., Fraud against the elderly, Urban ban

Art. 11 « Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale in materia di circostanze aggravanti comuni e di truffa »

1. All'articolo 61 del codice penale, dopo il numero 11-novies) è aggiunto il seguente: «11-decies) l'avere, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità pubblica e individuale, contro la libertà personale e contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio commesso il fatto all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri».

2. All'articolo 640 del codice penale sono apportate le seguenti modificazioni:
a) al secondo comma, il numero 2-bis è abrogato;
b) dopo il secondo comma è inserito il seguente: «Quando ricorre la circostanza di cui all'articolo 61, numero 5), la pena è della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 700 a euro 3.000.»;
c) al terzo comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «, e dal terzo comma».

3. Al comma 2 dell'articolo 380 del codice di procedura penale, dopo la lettera f) è inserita la seguente: «f.1) delitto di truffa, quando ricorre la circostanza aggravante prevista dall'articolo 640, terzo comma, del codice penale».

Art. 13 « Modifiche all'articolo 10 del decreto-legge 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 aprile 2017, n. 48, in materia di divieto di accesso alle aree delle infrastrutture di trasporto e alle loro pertinenze nonché in materia di flagranza differita, e all'articolo 165 del codice penale in materia di sospensione condizionale della pena »

1. All'articolo 10 del decreto-legge 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 aprile 2017, n. 48, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) al comma 2, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «Il questore può disporre il divieto di accesso di cui al primo periodo anche nei confronti di coloro che risultino denunciati o condannati, anche con sentenza non definitiva, nel corso dei cinque anni precedenti, per alcuno dei delitti contro la persona o contro il patrimonio, di cui al libro secondo, titoli XII e XIII, del codice penale, commessi in uno dei luoghi indicati all'articolo 9, comma 1»;
b) il comma 5 è abrogato;
c) al comma 6-quater, dopo le parole: «l'arresto ai sensi dell'articolo 380 del codice di procedura penale,» sono inserite le seguenti: «nonché nel caso del delitto di cui all'articolo 583-quater del codice penale, commesso in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico,».

2. All'articolo 165 del codice penale è aggiunto, in fine, il seguente comma: «Nei casi di condanna per reati contro la persona o il patrimonio commessi nelle aree delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano, e nelle relative pertinenze, la concessione della sospensione condizionale della pena è comunque subordinata all'osservanza del divieto, imposto dal giudice, di accedere a luoghi o aree specificamente individuati».

Sommario: 1. Introduzione al contesto normativo in commento. – 2. Articolo 11. – 2.1. La nuova circostanza aggravante comune di cui al n. 11 *decies*. – 2.2. Un nuovo trattamento sanzionatorio per la truffa aggravata dalla minorata difesa. – 3. Articolo 13: testo e contesto. – 3.1. L'estensione del c.d. daspo urbano verso nuovi destinatari e quale condizione di concessione per la sospensione condizionale della pena (art. 165, u.c., Cp). – 3.2. Prime considerazioni. – 3.3. L'estensione dell'arresto in flagranza differito di cui all'art. 10, co. 6 *quater*, d.l. 20 febbraio 2017, n. 14 nei casi di delitto ex art. 583 *quater* Cp. – 4. Osservazioni a margine.

1. Con legge 9 giugno 2025, n. 80, sono state confermate le previsioni introdotte con il d.l. n. 48/2025, c.d. decreto "Sicurezza", nonostante le unisone critiche provenienti da più fronti (parlamentare, accademico, nonché mediatico)[1]; critiche che sono maturate con riferimento al

[1] S. Zirulia, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del codice Rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, in Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.1, 1.3.2025, p. 217. .Per le isolate voci complessivamente a favore della riforma, M. Ronco, Pacchetto sicurezza, 28.4.2025, in centrostudilivatino.it. Per le associazioni di categoria, cfr. Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP), Sul "pacchetto sicurezza" varato con decreto-legge, 9.4.2025; Giunta dell'Unione delle Camere penali

disegno di legge e che sono transitate sul decreto approvato senza particolari ravvedimenti, atteso che il testo di quest'ultimo riproduce pressocché pedissequamente i contenuti del primo. Solo isolatamente è stata riconosciuta al decreto *de quo* una latente capacità di contribuire al «funzionamento umanitario, ordinato ed efficace della giurisdizione penale»[2], sulla considerazione che esso interviene per reprimere manifestazioni di disagio sociale che sfociano in fenomeni criminosi che attentano al libero godimento dei diritti civili.
Il decreto è stato interessato da una gestazione istituzionale anomala. Dopo che il disegno di legge (AS 1236) era stato approvato dalla Camera dei deputati ed era in attesa di discussione al Senato, il Consiglio dei Ministri ha deciso di approvare, il 4 aprile 2025, uno schema di decreto-legge, recante lo stesso titolo del disegno di legge e contenente un testo essenzialmente identico a quest'ultimo; l'11 aprile, l'atto è stato emanato dal Presidente della Repubblica ed il decreto è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale.
Il risultato è un atto legislativo particolarmente esteso, sia per il numero di disposizioni (in totale 39 articoli) che per le tematiche intercettate (prevenzione e contrasto della criminalità organizzata, beni confiscati e controlli di polizia; sicurezza urbana; tutela del personale delle forze di polizia, delle forze armate, del corpo nazionale dei vigili del fuoco e degli organismi di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124; vittime dell'usura; ordinamento penitenziario), nonché per l'eterogeneità degli istituti coinvolti.
Nel presente contributo ci occuperemo, nello specifico, delle novità legislative veicolate dagli artt. 11 e 13 del Decreto, appartenenti al gruppo normativo in materia di sicurezza urbana; mentre ci si limiterà ad una illustrazione solo cursoria dei risvolti delle medesime sul piano processuale.
Scopo del commento è offrire un esame ragionato e sistematico circa le nuove previsioni legislative, che possa ispirare i primi movimenti della giurisprudenza e suscitare le prime riflessioni dottrinali in tema; nonché sottoporre ad analisi critica le scelte di politica-criminale. L'analisi si concentrerà, dunque, sulla logica sottesa agli interventi normativi selezionati e sulle loro criticità principali, in particolare rispetto ai principi costituzionali in materia penale.
L'impressione è che tali disposizioni appartengano ad un più ampio disegno di politica criminale, che tenta di rispondere al crescente allarme sociale verso episodi offensivi e alla corrispondente continua richiesta di sicurezza in ambito urbano da parte della cittadinanza, avvalendosi del settore dell'ordinamento che consente di dare la risposta più immediatamente percepibile al cittadino. Con ciò, tuttavia, si avvalora l'idea che il ricorso alla minaccia penale sia sempre più connesso a esigenze di rassicurazione sociale, piuttosto che a quella di una revisione organica e razionale dei diversi istituti interessati dall'intervento governativo.

2. La prima disposizione in commento, strutturata in 3 commi, interviene in materia di circostanze aggravanti, introducendo due nuove fattispecie, una comune e l'altra speciale; apporta anche una modifica di tipo processuale, meramente a titolo di raccordo con la seconda di ordine sostanziale.

2.1. Il primo comma della disposizione in esame inserisce una nuova circostanza aggravante comune nel corpo dell'art. 61 Cp sotto il nuovo numero 11 *decies*, consistente nel«l'avere (…) commesso il fatto all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri». In disparte alla

italiane, Decreto sicurezza e situazione carceri: l'Unione delibera l'astensione, 12.4.2025; Giunta Esecutiva Centrale dell'Associazione Nazionale Magistrati, Nel decreto Sicurezza possibili profili di illegittimità costituzionale, 14.4.2025.
[2] M. Ronco, Pacchetto sicurezza, in www.centrostudilivatino.it, 28.4.2025.

collocazione normativa, il raggio d'azione dell'aggravante è stato circoscritto ad un determinato nucleo di ipotesi criminose: i delitti non colposi contro la vita e l'incolumità pubblica e individuale, contro la libertà personale e contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio, vale a dire, rispettivamente, le fattispecie di cui al libro II, titolo VI, titolo XII, capi I e III, e titolo XIII, Cp.
Sotto quest'ultimo profilo, si tratta di una delle poche previsioni che è andata incontro a revisione nel passaggio dallo stato di disegno di legge a quello di decreto-legge. Nella versione originaria, il testo, infatti, si accontentava della circostanza che il fatto fosse stato commesso all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri, a nulla rilevando il tipo di reato. Ciò aveva destato forti dubbi da parte dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto penale, posto che l'aggravante si sarebbe applicata a tutti i reati senza che vi fosse stato «alcun nesso tra un "qualsiasi" reato e uno degli specifici luoghi indicati»[3].
La circoscrizione del campo applicativo è stata, dunque, accolta con favore da parte dello stesso Consiglio Superiore della Magistratura, giacché sono da intendersi neutralizzate le perplessità «relative alla non immediata intellegibilità delle ragioni del maggior disvalore attribuito alla commissione di qualsiasi tipo di reato nei luoghi suddetti»[4].
La svolta selettiva del Decreto, tuttavia, non convince ancora in punto di ragionevolezza.
Per un verso, la circoscrizione dell'ambito applicativo appare ancora troppo lata, dal momento che per alcune figure di reato i luoghi indicati difficilmente possono esserne considerati sede naturale di consumazione. L'istituzione di un'aggravante comune di tipo geografico, al contrario, dovrebbe essere sorretta dall'osservazione empirica che determinate offese si manifestino in tali spazi con una frequenza e una ripetibilità, sebbene non assolute, quantomeno apprezzabili e statisticamente rilevanti (anche con insidiosità percepibile), non potendo accontentarsi di episodi isolati o meramente occasionali.
Per altro verso, dal punto di vista redazionale, il testo della disposizione ora si apre con una iper-descrizione degli elementi di luogo rilevanti, ora si chiude in modo impreciso e indeterminato con il riferimento alle «immediate adiacenze».
L'eccessiva puntualità descrittiva, da un lato, è foriera di irragionevoli disparità di trattamento, atteso che, se il bene giuridico che deve orientare in senso teleologico l'interpretazione della novità in commento è la tutela della sicurezza urbana, non si vede perché non siano state contemplate anche tante altre zone di passaggio, come le stazioni degli autobus, porti e aeroporti, ove parimenti possono concentrarsi situazioni di degrado. Di più, la disparità di trattamento sembra prospettarsi in due direzioni, tanto nei confronti di chi commette le medesime condotte in luoghi e aree assimilabili a quelle legislativamente individuate, quanto nei confronti di chi ponga in essere le medesime condotte in luoghi diversi.
Dall'altro lato, il ricorso a una clausola generale prelude a interpretazioni eterogenee dell'elemento descrittivo «immediate adiacenze», con conseguenti disparità di trattamento in fase di applicazione, fintantoché non si delineerà un diritto vivente asseverato dalla giurisprudenza di legittimità che orienti l'applicazione dell'elemento in questione[5].
L'intento governativo, evidentemente, era quello di attribuire un peso diverso ai tanti episodi di criminalità consumatesi in simili aree a danno di passeggeri, che in questi anni sono stati portati all'attenzione da parte dei mezzi di comunicazione tradizionali e nuovi[6]. Per questo, vi

[3] AIPDP, *Documento sul Disegno di legge n. 1236 (Senato) recante "Disposizioni di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario"*, 3.10.2024.
[4] *Parere della VI commissione del C.S.M. sul decreto sicurezza*.
[5] Sulla problematicità del concetto v. la Relazione n. 33/2025 dell'Ufficio del Massimario, cit., 37 ss. e bibliografia ivi citata.
[6] Il riferimento è a quei c.d. *influencer* o *youtuber* che hanno documentato, attraverso i propri profili e canali

è chi ha accolto con favore la novità in commento, ritenendola idonea a governare il «rischio che corrono quotidianamente i pendolari su alcune tratte ferroviarie e dell'impotenza del personale preposto al controllo di fronte alla violenza di individui pericolosi, spesso recidivi per reati contro la persona»[7].
In questo senso, si è inteso vestire di aggravante comune elementi di luogo, in modo più generalizzato di quanto fosse stato fatto in passato con l'introduzione di alcune aggravanti speciali, come quella di cui all'art. 625 co. 1 n. 6 Cp sul furto commesso sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o negli altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande; nonché quella di cui all'art. 628 co. 3 lett. 3-*ter* Cp sulla rapina commessa all'interno di mezzi di pubblico trasporto. Di conseguenza, la nuova circostanza aggravante dovrà essere confrontata, sul piano interpretativo, con queste stesse circostanze che la stessa ha inteso emulare, al fine di stabilire quale debba applicarsi, atteso che la delimitazione del campo applicativo è stata fatta per gruppi di reato e non per singoli reati e stante l'indicazione per cui le circostanze comuni aggravano il reato solo quando non ne sono circostanze aggravanti speciali. Da qui, è agevole considerare che l'art. 625 co. 1 n. 6 Cp debba essere letto in rapporto di specialità per specificazione rispetto all'art. 61 n. 11 *decies*, che si risolve nel senso che la nuova aggravante comune troverà applicazione allorché il furto sia commesso nelle immediate vicinanze di stazioni o metropolitane. Invece, la specialità dell'art. 628 co. 3 *ter* Cp sta nel fatto che la rapina sia stata commessa proprio all'interno del mezzo di trasporto pubblico, cosicché la nuova aggravante si riapproprierà di campo applicativo ogni volta che il passeggero sia stato rapinato quando non sia ancora salito sul treno ovvero sulla metro, bensì si trovi ancora nei pressi della stazione o della metropolitana, nonché nelle immediate vicinanze di esse.
Nell'economia dell'aggravante in commento, infatti, la spiccata capacità a delinquere del colpevole viene rivelata dal fatto che egli abbia sfruttato la difficoltà (legata alla ricorrente presenza di tante persone in condizioni di disordine e promiscuità) di attenzione che potenzialmente caratterizza la persona offesa quando si trovi in simili posti di passaggio, essendo quest'ultima piuttosto concentrata a controllare e raggiungere il binario di partenza, nonché a trasportare bagagli ed altri effetti personali pesanti o ingombranti. Diversamente, gli elementi specializzanti le aggravanti speciali prendono a riferimento una capacità a delinquere che si manifesta per aver approfittato di un altro tipo di abbassamento della difesa, dato dal "godersi il viaggio" una volta occupato il proprio posto sul mezzo; dunque, si riferiscono ad una situazione, in un certo senso, più statica e calma rispetto a quella che contraddistingue chi si stia dirigendo verso il treno o stia attenendo la metro.
Quanti debbano ancora raggiungere il proprio mezzo di trasporto si trovano in una condizione di minorata difesa, poiché, trovandosi in uno stato di transizione, la loro attenzione è tutta focalizzata sulla logistica, sugli annunci, sulla folla ostacolante, e cioè su obiettivi a breve termine (come verificare l'orario e controllare il binario, tenere d'occhio bagagli e documenti e proteggerli da attacchi esterni) e, conseguentemente, il livello di allerta è proiettato a soddisfare questi stessi obiettivi. Questa pressione, invece, diminuisce drasticamente quando la persona sia in uno stato di sedentarietà e relativa sicurezza, dato dal fatto che l'ambiente in cui si trova è percepito come controllato e, pertanto, l'attenzione può deviare verso attività più distensive (come leggere, studiare, lavorare, pensare e riflettere, persino dormire).
Altrettanto problematico è il confronto con la circostanza aggravante comune della c.d. minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 Cp, che già consente una dilatazione extra-edittale della dimensione sanzionatoria nei confronti di quanti abbiano «profittato di circostanze di tempo,

social, la situazione delle stazioni ferroviarie e metropolitane delle principali città italiane.
[7] M. Ronco, Pacchetto sicurezza, in www.centrostudilivatino.it, 28.4.2025.

di luogo o di persona, anche in riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa».
Da un punto di vista prettamente normativo, è agile concludere che nei casi in esame il concorso tra le due circostanze sarà risolto con la prevalenza della nuova aggravante, in quanto speciale, per specificazione quanto al *locus commissi delicti*, rispetto all'aggravante della minorata difesa classica; per quanto si ricordi che, a monte, la nuova circostanza ha un campo di applicazione legislativamente circoscritto rispetto a quest'ultima.
Dal lato della logica, invece, la coabitazione nella medesima disposizione di due previsioni essenzialmente finalizzate a raggiungere il medesimo scopo, e, cioè, orientare la valutazione giudiziale verso il riconoscimento di una maggior capacità a delinquere di colui che abbia sfruttato, per commettere la fattispecie base, uno stato di riduzione di difesa, pubblica o privata, della vittima in considerazione di contingenze oggettive (luogo e tempo) ovvero personali (età), comprova l'irragionevolezza, o meglio, l'inutilità dell'*addenda*, atteso e considerato che nemmeno si tratti di avere introdotto una circostanza a effetto speciale, aspetto che avrebbe consentito all'interprete di cogliere un maggior disvalore, bensì di una semplice circostanza a effetto comune.
Per converso, si è allora portati a ritenere che la valutazione governativa circa l'insufficiente capacità aggravante della "classica" minorata difesa non possa essere casuale, e che, pertanto, le vada pur riconosciuto un minimo apporto innovativo. Quest'ultimo si presta ad essere colto proprio dal confronto testuale tra le due circostanze comuni.
Va, anzitutto, evidenziato che, a differenza del verbo "profittare" di cui al n. 5, che restituisce comunque l'immagine di un soggetto che agisce nella consapevolezza dell'esistenza di contingenze vantaggiose e di queste, anzi, si serve per portare più agevolmente a termine il proprio progetto criminoso[8]; l'uso del verbo "commettere" di cui al nuovo n. 11 *decies* attribuisce certamente una connotazione oggettiva alla circostanza *de qua*, là dove la geolocalizzazione della condotta in prossimità delle aree designate attiene alle modalità dell'azione.
Ulteriore differenza è data dalla locuzione "tali da ostacolare la pubblica o privata difesa" di cui al n. 5 dell'art. 61 Cp, non ripresa nella nuova aggravante. Una simile espressione suggerisce, infatti, di appurare una sorta di nesso di causalità tra la possibilità di facilitazione dell'azione delittuosa offerta dal particolare contesto in cui è stato commesso il fatto e l'impossibilità, totale o parziale, di difesa da parte della vittima, tale da giustificare il maggior disvalore della condotta.
Ciò considerato, è da ritenersi che l'inedita aggravante di luogo si differenzi dalle circostanze di luogo rilevanti ai fini della minorata difesa nella misura in cui essa è stata congeniata come ipotesi di minorata difesa presunta, con l'evidente intento, da parte del legislatore, di "blindare" la valutazione discrezionale del giudice in ordine al disvalore della condotta, o meglio, al suo maggior disvalore. Si deve concludere che la *ratio* sostanziale posta a base della norma in commento è una presunzione generale e assoluta di maggiore pericolosità del reo che si trovi in questi luoghi, la quale si riflette sul trattamento sanzionatorio. Di conseguenza, il *locus commissi delicti* diventa un dato della vicenda criminosa che giustifica l'assoggettamento, pressocché automatico, a un trattamento sanzionatorio differenziato e più severo del soggetto attivo rispetto a quello riservabile a quanti pongano in essere le medesime condotte *aliunde*.
Evidentemente la Costituzione impone di interpretare la disposizione sotto la stella polare del principio di offensività, nel senso che il Magistrato dovrà sempre verificare che in concreto le caratteristiche del luogo ove si sono consumati i reati contestati disvelino una maggiore capacità a delinquere del reo ovvero una maggiore gravità del reato, tale da poter soddisfare la

[8] A. Vallini, *Circostanze del reato*, DigDPen Agg. I, 2000, 43.

ratio delle circostanze proprie in contrapposizione a quelle improprie. Se così fosse, l'organo giudicante potrebbe procedervi autonomamente nell'ambito del singolo procedimento, senza necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale, la quale, anzi, risulterebbe inammissibile, giacché l'esito incostituzionale potrebbe essere arginato con una semplice interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione.
Tuttavia, l'argomento sistematico, dato dalla previsione di un autonomo numero, e l'argomento letterale, con riferimento all'uso del verbo "commettere" e al difetto di formule di pari tenore rispetto a quella del n. 5 ("tali da ostacolare la pubblica o privata difesa"), portano piuttosto a concludere che un'iniziativa di questo tipo si tradurrebbe in un'inammissibile *interpretatio abrogans*. Da qui, la constatazione che la previsione legislativa non contenga espressioni che possano autorizzare il giudice del caso concreto ad interpretazioni restrittive. Di conseguenza, parrebbe che l'unico correttivo disponibile sia rappresentato da una declaratoria di incostituzionalità.
Quest'ultima è la strada percorsa dalla Procura di Foggia, da parte della quale si registra il sollevamento della prima questione di costituzionalità della disposizione in commento[9]. All'indomani dell'entrata in vigore del decreto-legge, la Magistratura requirente, infatti, si è trovata a contestare agli imputati la nuova circostanza di luogo, per aver opposto resistenza nei confronti di due agenti di polizia giudiziaria/di pubblica sicurezza, operanti nel compartimento di polizia ferroviaria, mentre gli stessi compivano un anno del loro ufficio, cagionando loro lesioni personali all'interno della stazione ferroviaria di Foggia.
Tre sono le censure, in termini di incostituzionalità, rappresentate al giudice, con memoria[10] depositata in data 18.4.2025. In primo luogo, non si ritiene che la norma in esame risponda ai canoni di ragionevolezza e coerenza, creando, invece, disparità di trattamento per fatti analoghi, la quale «non appare giustificata da un'oggettiva esigenza di differenziazione, né dagli interessi oggetto di tutela desumibili dalla norma stessa e dalla sua *ratio*», in quanto l'aggravante *de qua* «unifica sotto una medesima categoria numerosissimi reati fortemente eterogenei tra loro (…), dando luogo ad esiti irragionevoli ed estremamente incoerenti». In secondo luogo, attraverso la lente degli artt. 25, co. 2 e 27, co. 1 e 3, Cost., si osserva che la disposizione in commento non sia in grado di definire chiaramente i fatti penalmente rilevanti ed, essendo entrata in vigore il giorno successivo alla pubblicazione, non abbia consentito una previa e concreta conoscibilità della stessa da parte dei consociati, a discapito dei principi di colpevolezza e rieducazione della pena. Infine, si riscontra il difetto dei presupposti di necessità ed urgenza prescritti dall'art. 77, co. 2, Cost. ai fini dell'adozione di un decreto-legge, tanto con riguardo alla singola disposizione in commento, quanto con riguardo all'intero testo legislativo. Nel primo senso, la nuova previsione normativa non possiede uno specifico presupposto giustificativo, atteso che lo stesso non può essere enucleato per analogia dalla Relazione di accompagnamento, nella parte in cui esprime la generica necessità di «introdurre misure in materia di sicurezza urbana». In via più generale, è evidente che il ricorso alla decretazione d'urgenza avesse come unico fine quello di accelerare, fino al punto di vanificare, il procedimento legislativo ordinario di cui all'art. 72 Cost., giacché il medesimo testo di legge era in discussione davanti al Parlamento da oltre un anno.

[9] Più precisamente, è in contestazione la tenuta costituzionale di due disposizioni del Decreto "*Sicurezza*", l'art. 11 co. 1 in commento e l'art. 19 co. 1 lett. *b* (la cui analisi fuoriesce dalle finalità di questo contributo). Quest'ultimo ha introdotto una nuova circostanza aggravante ad effetto speciale, di cui al novellato art. 337 co. 3 Cp, a norma del quale, in tema di resistenza a pubblico ufficiale, «se la violenza o minaccia è posta in essere per opporsi a un ufficiale o agente di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza mentre compie un atto d'ufficio, la pena è aumentata fino alla metà».
[10] La memoria della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Foggia, 18.4.2025 (Sost. Proc. dott.ssa Marianna Imbimbo), è consultabile su www.sistemapenale.it, 23.4.2025.

Certo è che l'aggravante non è priva di effetti pratici: da un lato, la commissione del fatto in questi luoghi obbliga – come si è visto – il Pubblico ministero a contestarla; dall'altro, la ricorrenza dell'aggravante avrà l'effetto di imporre (se non l'immediato aumento, quantomen0) il bilanciamento con eventuali attenuanti e, quindi, di influire sul procedimento di computo della sanzione, indipendentemente dall'esito del procedimento stesso.
Nelle more, il principale rimedio ai profili di irragionevolezza della disposizione in commento può essere rappresentato dal giudizio di bilanciamento tra circostanze eterogenee, come disciplinato all'art. 69 Cp, poiché la nuova aggravante non è stata presidiata da alcun tipo di blindatura in tal senso, sicché essa potrà essere dichiarata equivalente ovvero soccombere al ricorrere di una o più attenuanti, persino generiche; fermo restando che si tratta, pur sempre, di un rimedio che presuppone che una qualche attenuante sia stata integrata.
Per altro verso, sebbene la lettura piana della disposizione non parrebbe legittimare alcuna interpretazione costituzionalmente orientata, è prevedibile, nonché profondamente auspicabile, che la giurisprudenza di merito si farà carico di correggere gli esiti incostituzionali indotti dal legislatore, con la conseguenza che si prospetta «una situazione di assestamento interpretativo che nella fase iniziale potrà determinare alcune applicazioni disomogenee»[11]. Imprescindibile ausilio ermeneutico in tal senso sarà il principio di offensività, il quale impone all'interprete di valutare la carica dannosa ovvero pericolosa del fatto in rapporto al bene giuridico meritevole di tutela, in questo caso, la sicurezza urbana.

2.2. La seconda novità normativa interessa le circostanze speciali del reato di truffa di cui all'art. 640 Cp. Quest'ultima disposizione, anzitutto, descrive gli elementi tipici della fattispecie incriminatrice base, prescrivendo la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa da 51 euro a 1.032 euro (co. 1); in seguito, contiene un elenco di circostanze aggravanti[12] per effetto delle quali la pena diventa quella della reclusione da uno a cinque anni e della multa da 309 Euro a 1.549 Euro (co. 2); infine, si occupa del regime di procedibilità (co. 3).
Il co. 2 dell'art. 11 ha eliminato la circostanza n. 2 *bis* di cui al co. 2, ossia la truffa commessa avendo approfittato di circostanze di tempo, luogo o persona, anche con riferimento all'età, tali da ostacolare la pubblica o privata difesa (c.d. minorata difesa di cui all'art. 61 n. 5 Cp), per farne un'autonoma ipotesi di truffa aggravata, costituita dai medesimi fatti.
Con l'iniziativa in parola, come autodichiarato in sede di Relazione di accompagnamento, il legislatore ha inteso far fronte al fenomeno della truffa ai danni degli anziani; fenomeno messo in evidenza dai copiosi casi di cronaca, per il cui contrasto si stanno prendendo diverse misure. In questo senso, si può ricordare che è oggetto di discussione parlamentare un disegno di legge (Atto Camera n. 1164) che intende intervenire sul reato di circonvenzione di incapace (art. 643 Cp), il quale punisce con la reclusione da 2 a 6 anni e con la multa da 206 a 2.065 euro «chiunque, per procurare a sé o ad altri un profitto, abusando dei bisogni, delle passioni o della inesperienza di un minore, ovvero abusando dello stato d'infermità o deficienza psichica di una persona, anche se non interdetta o inabilitata, la induce a compiere un atto che importi qualsiasi effetto giuridico per lei o per altri dannoso». In particolare, si vorrebbe modificare la

[11] *Parere della VI commissione del C.S.M. sul decreto sicurezza*.
[12] Per agevolare il confronto, si riporta la versione anteriore del testo dell'art. 640, co. 2, Cp: «La pena è della reclusione da uno a cinque anni e della multa da lire tremila a quindicimila: 1) se il fatto è commesso a danno dello Stato o di un altro ente pubblico o dell'Unione europea o col pretesto di far esonerare taluno dal servizio militare; 2) se il fatto è commesso ingenerando nella persona offesa il timore di un pericolo immaginario o l'erroneo convincimento di dovere eseguire un ordine dell'Autorità; 2-*bis*) se il fatto è commesso in presenza della circostanza di cui all'articolo 61, numero 5); 2-*ter*) se il fatto è commesso a distanza attraverso strumenti informatici o telematici idonei a ostacolare la propria o altrui identificazione.».

disposizione *de qua* prevedendo che tale reato si configuri anche nel caso in cui l'induzione della persona a compiere un atto dannoso per lei o per altri avvenga abusando delle condizioni di vulnerabilità, anche dovute all'età avanzata.
Giova ricordare che l'espresso riferimento all'età della vittima, quale specificazione delle circostanze relative alla persona di cui il soggetto attivo del reato abbia approfittato, era stato inserito nella previsione dell'art. 61 n. 5 Cp con legge 15 luglio 2009, n. 94, recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, andando così a codificare un orientamento della giurisprudenza, la quale già individuava, tra le circostanze relative alla persona valide ad integrare una situazione di minorata difesa, l'età della vittima. Allo stesso tempo, era stata introdotta un'aggravante a effetto speciale per il reato di truffa (appunto l'art. 640, co. 2, n. 2 *bis*, Cp), che rendeva il delitto procedibile d'ufficio quando commesso in presenza della circostanza di cui all'art. 61 n. 5 Cp.
All'indomani dell'entrata in vigore del Decreto "Sicurezza", disposizione poscia consolidata definitivamente dalla legge di conversione, la formulazione dell'art. 640 Cp risulta attualmente costituita da quattro commi, là dove, ferma la previsione del primo comma, all'elenco di cui al co. 2 è stata eliminata una fattispecie circostanziale, trasposta in un autonomo comma 3, seguito dal comma 4 dove ora si disciplina la procedibilità.
A parità di fatti penalmente rilevanti, la sostanza della novità normativa *de qua* si appunta, in definitiva, sul riconoscimento di una autonomia sistematica (nuovo comma 3) e, soprattutto, edittale, posto che si prevede oggi la pena della reclusione da due a sei anni e della multa da euro 700 ad euro 3.000. Pertanto, essa porta con sé implicazioni prettamente da un punto di vista sanzionatorio, considerato l'aumento della forbice edittale entro cui il giudice si può muovere nel determinare la pena.
Assodata la continuità sul piano della tipicità e valutata la natura sostanziale e *in malam partem* della modifica legislativa, vien da sé considerare che la nuova disciplina troverà applicazione per i fatti commessi successivamente all'entrata in vigore del decreto, secondo le ordinarie regole di cui all'art. 2 Cp.
Mentre appaiono ancora utili e perfettamente spendibili le coordinate ermeneutiche della giurisprudenza successiva alla legge del 2009 in ordine all'elemento della minorata difesa in considerazione dell'età della persona offesa.
Prima di allora, la giurisprudenza tendeva ad attribuire rilevanza all'età avanzata della vittima in quanto tale circostanza fosse anche accompagnata da fenomeni di decadimento o di indebolimento delle facoltà mentali o da ulteriori condizioni personali, quali il basso livello culturale del soggetto passivo, che determinassero un diminuito apprezzamento critico della realtà[13].
Invece, secondo la Cassazione, il legislatore del 2009 ha inteso attribuire all'età della vittima un maggiore, sebbene non esclusivo, rilievo, imponendo, pertanto, al giudice di verificare se la condotta sia stata agevolata dalla scarsa lucidità o incapacità di orientarsi da parte della vittima nella comprensione degli eventi secondo criteri di normalità[14].
Ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della cd. "minorata difesa" di cui all'articolo 61 n. 5 Cp, nei casi in cui il reato sia commesso a danno di una persona anziana, si è registrato un confronto tra due diversi orientamenti giurisprudenziali.
Per un primo indirizzo, l'agevolazione all'agire illecito si ricava *in re ipsa,* automaticamente, in ragione della sola caratteristica anagrafica del soggetto passivo, senza che gravi in capo al giudice di merito uno specifico e ulteriore onere motivazionale rispetto al riscontro obiettivo dell'età della persona offesa.

[13] Cass., 17.9.2008, n. 39023; Cass. 30.3.1994, n. 10531.
[14] Cass. 18.11.2014, n. 8998; Cass. 13.7.2011, n. 38347; Cass. 23.9.2010, n. 35997.

Secondo altro indirizzo, occorreva invece un accertamento in concreto in ordine all'effettiva configurabilità della circostanza aggravante della cd. "minorata difesa", sul rilievo che, diversamente, si tratterebbe di un meccanismo di valutazione presuntivo, palesemente confliggente con lo spirito costituzionale. Pertanto, esigenze di interpretazione conforme a Costituzione delle fattispecie incriminatrici, nonché di quelle aggravatrici, portano a ritenere che «ai fini della configurabilità dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 5, cod. pen., l'età avanzata della persona offesa non realizza una presunzione assoluta di minorata difesa per la ridotta capacità di resistenza, dovendosi valutare, invece, la ricorrenza di situazioni che denotano la particolare vulnerabilità della vittima dalla quale l'agente trae consapevolmente vantaggio»[15].
Non essendo, dunque, postulabile una presunzione legale di debolezza legata all'età, il giudice è chiamato a verificare, in concreto, prima, se la condizione della persona offesa abbia realmente reso più semplice la commissione del reato, poi, se l'agente abbia approfittato di questa concreta situazione di vulnerabilità; con la conseguenza che qualora la vittima, pur essendo anziana, si dimostri pronta e lucida, si dovrà escludere l'esistenza di un'effettiva minorata difesa e, quindi, l'aggravante non potrà essere contestata.
L'aggravamento della truffa per effetto della circostanza in esame si riflette sul piano procedimentale-processuale.
La truffa, infatti, a norma del co. 3 (ora co. 4) dell'art. 640 Cp, si configura come un delitto procedibile a querela di parte, salvo la sussistenza di specifiche circostanze aggravanti che ne determinano la perseguibilità d'ufficio. Le suesposte considerazioni, in termini di necessaria interpretazione costituzionalmente orientata della fattispecie di truffa aggravata dalla minorata difesa legata all'età della vittima, valgono anche ai fini del mutamento del regime di procedibilità. Sicché, così come l'assenza di un effettivo stato di vulnerabilità, dimostrato anche attraverso il ruolo attivo e le capacità gestionali del soggetto passivo, esclude l'integrazione dell'aggravante di cui all'art. 61 n. 5 Cp, allo stesso tempo il regime di procedibilità rimarrà vincolato alla querela di parte[16].
Ancora, nel primo capoverso dell'art. 380 Cpp, che disciplina l'arresto obbligatorio in flagranza, è elencata una serie di delitti non colposi, sia consumati sia tentati, per i quali ufficiali e agenti di polizia giudiziaria devono procedere ad arresto in flagranza in deroga al criterio edittale posto dal co. 1, e, cioè, per i reati astrattamente puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a 5 anni e nel massimo a 20 anni. Tra i primi risulta, oggi, incluso il delitto di truffa aggravato ai sensi del nuovo co. 3, secondo periodo, dell'art. 640 Cp (nuova lettera *f.1*).
A giudizio del Consiglio Superiore della Magistratura l'introduzione della obbligatorietà dell'arresto potrà non avere ricadute di ordine pratico, «giacché a rendere problematica l'adozione della misura precautelare non è tanto la previsione della sua mera facoltatività, quanto piuttosto la circostanza che le modalità della consumazione del reato appaiono difficilmente compatibili con il ricorrere del requisito della flagranza. Avrebbe forse presentato maggiori margini di efficacia l'estensione anche alla fattispecie in discorso di strumenti procedurali già sperimentati con successo in ambito penale, quale la possibilità di arresto in flagranza differita di cui all'art. 382 *bis* c.p.p., misura che avrebbe eventualmente anche consentito il mantenimento del previgente regime di facoltatività dell'arresto, utile per calibrare il ricorso alla misura precautelare limitativa della libertà personale all'effettiva gravità del caso concreto o, comunque, alla personalità criminale dell'autore del reato»[17].

[15] Cass. 14.3.2023, n. 16017.
[16] Tribunale Vicenza, 25.6.2025, n.471.
[17] Parere della VI commissione del Consiglio Superiore della Magistratura, 14.5.2025.

3. L'art. 13 del Decreto opera una serie di manipolazioni normative, che gravita principalmente attorno all'istituto del c.d. DACUR o daspo urbano, disciplinato dal decreto-legge 20 febbraio 2017, n. 14, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 aprile 2017, n. 48, in materia di sicurezza delle città.
Prima di entrare nel merito delle novità, giova ricordare che il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, ha introdotto una disciplina in materia di sicurezza urbana che mette a disposizione di sindaci e Autorità di pubblica sicurezza nuovi strumenti operativi per prevenire e contrastare l'insorgere di comportamenti che, pur non integrando *tout court* violazioni di legge, possano comunque ostacolare la piena disponibilità e il libero godimento di determinate aree pubbliche.
Nello specifico, l'art. 9 del decreto prevede una serie di misure a tutela del decoro di particolari luoghi. Da un lato, si prevede una sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 300 euro a carico di chi pone in essere condotte che impediscono la libera accessibilità e fruizione delle aree interne di infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano e delle relative pertinenze in violazione dei divieti di stazionamento o di occupazione di spazi ivi previsti. Dall'altro lato, il decreto predispone due misure che consentono di tutelare, per gradi, la sicurezza urbana nei confronti di chi ponga in essere condotte che impediscono la libera accessibilità e fruizione delle aree descritte.
Contestualmente alla sanzione, in primo luogo, è previsto che l'organo accertatore della violazione rivolga, per iscritto, al trasgressore un ordine di allontanamento dal luogo ove è stato commesso il fatto; lo stesso viene intimato nei confronti di chi ponga in essere le condotte vietate ai sensi degli artt. 688 (manifesta ubriachezza) e 726 Cp (atti contrari alla pubblica decenza, turpiloquio), dell'art. 29 del d.l. 114/1998 (esercizio del commercio senza le prescritte autorizzazioni o in violazione di divieti), dell'art. 7, co. 15 *bis*, del codice della strada (esercizio di attività di parcheggiatore abusivo e guardiamacchine), dell'art. 1-sexies del d.l. 28/2003 (bagarinaggio), nelle aree innanzi indicate nell'art. 9 del d.l. L'ordine, ai sensi dell'art. 10, co. 1, del decreto medesimo, deve contenere le motivazioni sulla base delle quali è stato adottato, la specificazione che ne cessa l'efficacia trascorse 48 ore dall'accertamento del fatto e che la sua violazione è soggetta alla sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 300 Euro, aumentata del doppio; copia del provvedimento deve essere trasmessa con immediatezza al questore competente per territorio, con contestuale segnalazione ai competenti servizi socio-sanitari, ove ne ricorrano le condizioni. In secondo luogo, in caso di recidiva, ove dalla condotta tenuta ritenga possa derivare pericolo per la sicurezza pubblica, ai sensi del co. 2, il questore ha la possibilità di disporre, con provvedimento motivato, il divieto di accesso ad una o più delle specifiche aree individuate e per non più di 12 mesi; mentre, in base al co. 3, la durata del divieto non può comunque essere inferiore a 12 mesi né superiore a 2 anni qualora le condotte indicate dall'art. 9 risultino commesse da soggetto condannato, con sentenza definitiva o confermata in grado di appello, nel corso degli ultimi cinque anni per reati contro la persona o il patrimonio. Le modalità applicative del divieto devono comunque essere compatibili con le esigenze di mobilità, salute e lavoro del destinatario dell'atto. Il contravventore al divieto emesso ai sensi del co. 2 è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e, nel caso del co. 3, con l'arresto da uno a due anni.

3.1. L'art. 13 in commento interviene, dapprima, sul co. 2 dell'art. 10 del decreto in materia di sicurezza delle città, onde estendere l'operatività del divieto d'accesso alle aree urbane anche nei confronti di coloro che risultino denunciati o condannati, anche con sentenza non definitiva, nel corso dei cinque anni precedenti, per delitti contro la persona o contro il patrimonio, di cui al libro secondo, titoli XII e XIII, del codice penale, quando commessi nelle aree di cui all'art. 9 co. 1 del Decreto (ossia le aree interne, e le pertinenze, di infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano).

Il co. 1 lett. *b* ed il co. 2 si possono leggere *in pendant* in quanto incidenti sull'istituto della sospensione condizionale della pena di cui all'art. 165 Cp. Da un lato, il co. 1 lett. *b* abroga il co. 5 dell'art. 10, relativo alla possibilità di subordinare la concessione della sospensione condizionale della pena all'osservanza del divieto di accesso a luoghi od aree specificamente individuate, imposto dal giudice, nei casi di condanna per reati contro la persona o contro il patrimonio commessi nei luoghi e nelle aree di cui all'art. 9. Dall'altro lato, il co. 2 introduce un nuovo ultimo comma all'art. 165 Cp.
Come è noto, è nella facoltà del giudice subordinare l'accesso all'istituto della sospensione condizionale della pena all'ottemperanza di alcuni obblighi da parte del condannato. Tra questi ultimi, la possibilità, per il giudice, di concedere la sospensione condizionale della pena, nei casi di condanna per reati contro la persona o il patrimonio commessi nelle aree delle infrastrutture, fisse e mobili, ferroviarie, aeroportuali, marittime e di trasporto pubblico locale, urbano ed extraurbano e nelle relative pertinenze, è subordinata incondizionatamente all'imposizione di un divieto di accesso a luoghi ed aree specificamente individuate. Sicché, dal lato del condannato, la violazione del divieto di accesso comporterà la doverosa (per il magistrato) revoca del beneficio sospensivo.

3.2. Simili previsioni destano riflessioni critiche in considerazione dell'istituto in commento.
Il daspo, infatti, appartiene alla categoria delle misure di prevenzione, ossia un insieme di «provvedimenti variamente afflittivi che vengono di norma adottati nei confronti di persone che, pur non avendo, o non avendo ancora, commesso reati, sono considerate, sulla base di parametri di diversa consistenza, pericolose per la società»[18].
Quelle evocate si considerano misure *ante* o, addirittura, *praeter delictum*, in quanto si applicano a prescindere dalla previa commissione di un reato e dal suo relativo accertamento con le garanzie del processo penale nei confronti di soggetti da considerarsi, a vario titolo, socialmente pericolosi; in ciò differenziandosi platealmente dalle pene in senso stretto e dalle misure di sicurezza. Esse, in altri termini, perseguono la precipua finalità di controllare, una volta individuato, il soggetto pericoloso, in modo da evitare che la sua pericolosità sfoci in episodi criminosi, presentando una spiccata capacità special-preventiva. Sebbene la stessa Corte Edu abbia ripetutamente escluso la natura sostanzialmente penale delle misure di prevenzione, tanto personali quanto patrimoniali, sul rilievo che esse intercettino la libertà di circolazione (art. 2, Protocollo IV), piuttosto che la libertà personale (art. 5, Cedu) [19], ad ogni modo, è indubbio che si abbia a che fare con misure afflittive non punitive che, come tali,

[18] La definizione è di G. P. Dolso, *Misure di prevenzione e Costituzione*, in (a cura di) F. Fiorentin, AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Torino 2006, 1-2). Si rinvia all'ampia letteratura sull'istituto: G. Vassalli, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi Petroccelli*, Milano 1972; P. Nuvolone, *voce Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1990; M. Gallo, *voce Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma 1990; G. Fiandaca, *voce Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino 1994.
[19] C. eur., Guzzardi vs Italia, cit., § 108; C. eur., Raimondo vs Italia, cit., § 43; C. eur., De Tommaso vs Italia, cit., § 143; C. eur., 28.10.2004, Bocellari e Rizza vs Italia (dec.). Analogamente, valutando la compatibilità di una misura in tutto e per tutto simile al nostro d.a.spo. adottata nell'ordinamento croato (l'analogia strutturale è stata rilevata dagli stessi Giudici), la Corte ha ritenuto che non costituisse una sanzione penale, per l'eminente connotazione preventiva che la caratterizza. La Corte EDU esclude la natura penale del DASPO e, conseguentemente, la violazione del principio 'ne bis in idem' in caso di misura disposta per fatti oggetto di una condanna penale, in www.penalecontemporaneo.it, 13.11.2018. La distinzione tra la misura afflittiva che attinge la libertà personale e quella che limita la libertà di circolazione passa, secondo la sentenza Gillan and Quinton vs U.K., attraverso un'attenta analisi della concreta situazione alla luce di una serie di criteri, tra cui tipo, durata, effetti e modalità di attuazione della misura fisica, poiché la differenza tra restrizione e privazione della libertà non è solo una questione di grado e intensità, né, al contempo, esclusivamente di natura e sostanza, cfr. C. eur., 15.3.2012, Gillian and Quinton vs U.K., § 56.

devono conformarsi alle coordinate garantistiche prescritte per lo specifico diritto che di volta in volta venga attinto da esse[20]. Pertanto, anche il loro regime giuridico deve avere un qualche «volto costituzionale»[21]. In particolare, la Corte costituzionale ha ritenuto applicabile il principio di legalità, richiamato tanto dall'art. 13, co. 2. Cost. ai fini della tutela della libertà individuale, quanto dall'art. 25, co. 3, Cost. in relazione alle misure di sicurezza, mettendo in evidenza «l'identità di fine (prevenzione dei reati) perseguito da entrambe (ritenute due species di un unico genus), aventi a presupposto la pericolosità sociale dell'individuo»[22]. La fattispecie presupposto di applicazione della misura, poi, deve essere altrettanto tassativa e determinata. Mentre non paiono mutuabili i principi di irretroattività, colpevolezza e presunzione di innocenza, in quanto esse «pongono al centro il destinatario della coercizione statale e la possibilità di quest'ultimo di comprendere il contenuto dei precetti a lui rivolti dall'ordinamento e orientarsi sulla base di essi, ponendo se necessario, in secondo piano le pretese di ordine e sicurezza avanzate dall'autorità e dai consociati»[23].
Tenuto conto della non secondaria afflittività di queste misure, dunque, appare irragionevole introdurre una nuova categoria di destinatari del daspo individuata in coloro che risultino denunciati o condannati, anche con sentenza non definitiva, nel corso dei cinque anni precedenti, per delitti contro la persona o contro il patrimonio, di cui al libro secondo, titoli XII e XIII, del codice penale, commessi in determinate aree urbane, là dove la valutazione di pericolosità sociale risulta esclusivamente ancorata al luogo in cui hanno commesso il fatto e, come tale, si presume, senza che sia richiesto un approfondimento della relazione tra fatto di reato e luogo di commissione. Sicché la scelta legislativa si pone al confine tra una legittima prevenzione del crimine e un'indebita anticipazione della punizione.
Allo stesso modo, la scelta di introdurre il divieto di accesso quale nuova condizione di accesso alla sospensione condizionale della pena non è apprezzabile dal punto di vista della riserva di legge, in quando si finisce per "contaminare" un istituto prettamente penalistico con dei divieti di accesso di natura amministrativa, con il rischio che l'organo giudicante si debba appiattire sulla decisione dell'autorità amministrativa. Il suggerimento è quello di «interpretare il potere del giudice sganciandolo dal contenuto del provvedimento del questore che impartisce il divieto di accesso, potendo il giudice determinare aree e luoghi in modo difforme da quanto previsto dal questore»[24].
In relazione alla nuova condizione di accesso alla sospensione condizionale della pena, si pone, infine, una questione di diritto intertemporale, da sciogliere tenendo conto della natura giuridica, sostanziale o processuale, dell'istituto in esame. L'orientamento assolutamente prevalente[25] è nel senso di riconoscere rilevanza sostanziale a questa causa di estinzione del reato, con la conseguenza che, trattandosi di un intervento *in malam partem* quanto alle condizioni di concessione del beneficio, è da escludersi l'operatività retroattiva della nuova disciplina rispetto ai fatti accaduti prima dell'entrata in vigore del decreto-legge, in accordo agli artt. 25 co. 2 Cost. e 2 Cp.

3.3. Da ultimo, la disposizione in commento (lett. *c*) modifica l'art. 10 co. 6 *quater* al fine di assoggettare il novellato delitto di cui all'art. 583 *quater* Cp al regime speciale dell'istituto

[20] V. Manes, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *RIDPP* 2017, p. 988 ss.
[21] F. Consulich, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18.3.2019, p. 6.
[22] Corte cost. 419, 14.12.1994.
[23] F. Consulich, *op. cit.*
[24] M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in www.sistemapenale.it, 27.5.2024.
[25] Così Cass. 24.6.2003, n. 29421; Cass. 30.1.2005, n. 47291; Cass. 10.5.2017, n. 26873.

dell'arresto in flagranza differita come previsto dalla normativa speciale sul c.d. daspo urbano: nel caso di reati commessi con violenza alle persone o alle cose, compiuti alla presenza di più persone anche in occasioni pubbliche, per i quali è obbligatorio l'arresto ai sensi dell'articolo 380 del codice di procedura penale, quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera comunque in stato di flagranza (…) colui il quale, sulla base di documentazione video fotografica dalla quale emerge inequivocabilmente il fatto, ne risulta autore, sempre che l'arresto sia compiuto non oltre il tempo necessario alla sua identificazione e, comunque, entro le 48 ore dal fatto.
Si fa notare che l'art. 20 del d.l. 48/2025 (non puntualmente in esame nel presente contributo) ha esteso la portata applicativa del delitto di cui all'art. 583 *quater* Cp a tutte le lesioni cagionate a ufficiali od agenti di pubblica sicurezza o di polizia giudiziaria nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni, coltivando la dichiarata finalità di potenziare gli strumenti di tutela dei pubblici ufficiali nello svolgimento delle loro funzioni. La principale conseguenza è apprezzabile sul piano del trattamento sanzionatorio, posto che si puniscono con la reclusione: da due a cinque anni in caso di lesioni semplici (lievi o lievissime), da quattro a dieci anni nel caso di lesioni gravi; da otto a sedici anni nel caso di lesioni gravissime.
Peraltro, non essendo stato esplicitamente circoscritto, il richiamo al delitto di cui all'art. 583 *quater* Cp deve intendersi *in toto*, con la conseguenza che la differibilità dell'arresto vale anche nei casi di lesioni in danno del personale sanitario là dove verificatesi in occasione di manifestazioni pubbliche. Tuttavia, si ricorda che, in caso di violenza nei confronti di questi ultimi soggetti passivi, la legittimazione per procedere all'arresto in flagranza differito è piuttosto da ricondursi all'art. 382 *bis* co. 1 *bis* Cpp, introdotto dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.l. n. 137 del 2024, conv., con modif., dalla legge n. 171 del 2024; mentre per l'arresto obbligatorio in flagranza di reato rileva l'art. 380 co. 1 *a-ter* Cpp.

4. Le tre novità normative in commento, pur conservando le loro peculiarità come istituti, possono essere unificate per alcuni profili.
In primo luogo, esse riflettono una visione politico-criminale che lega l'*an* e il *quantum* della risposta sanzionatoria al *locus commissi delicti*.
La previsione di una nuova aggravante comune di luogo e la misura del c.d. daspo urbano operano congiuntamente, rispettivamente, a valle e a monte del programma di tutela. Laddove la misura di prevenzione non sia riuscita a inibire la circolazione di determinati soggetti e, quindi, la frequentazione da parte loro del centro città, si rassicura il cittadino che agli stessi sarà comunque riservato un trattamento più sfavorevole rispetto a quello dei criminali operanti in altre aree urbane.
Dal punto di vista del *drafting* legislativo, poi, si predilige l'uso di presunzioni assolute per estendere l'area della punibilità. Questa tecnica normativa aumenta (quantomeno apparentemente) l'efficacia deterrente, ma genera forti dubbi di costituzionalità, soprattutto per il potenziale contrasto con il principio di ragionevolezza, proporzionalità e offensività. Il luogo di commissione del fatto, infatti, viene valorizzato al punto di blindare, se non neutralizzare, la valutazione discrezionale del giudice, presumendo una maggiore pericolosità o capacità a delinquere che non incontrovertibilmente troverà riscontro nel fatto concreto.
Infine, le disposizioni in esame espongono il fianco a censure anche in relazione agli scopi che il decreto dichiara di perseguire. Sul piano teleologico, infatti, le disposizioni in commento appartengono al gruppo delle disposizioni previste a tutela della sicurezza urbana. Quest'ultima, nell'ottica del legislatore, viene perseguita su due fronti, a monte attraverso l'allontanamento e l'esclusione dei soggetti socialmente pericolosi, a valle attraverso l'inasprimento del trattamento sanzionatorio in funzione general-preventiva. In questo senso, a tali interventi non è possibile attribuire diversa finalità, se non quella di rassicurare la

collettività attraverso il messaggio che ai responsabili di certi fatti, se non allontanati e, quindi, inibiti dal commettere determinati reati, sarà comunque assicurato un trattamento più afflittivo. Orbene, un simile approccio al tema della sicurezza urbana è insufficiente e, addirittura, fallisce anche nel suo intento di *far percepire* maggior sicurezza ai cittadini. Il ricorso a strumenti afflittivo-repressivi, massimizzanti la finalità general-preventiva del diritto penale, invero, se non accompagnati da interventi di contenimento delle cause sociali, radica e rafforza nella collettività il convincimento in ordine alla insicurezza in tali luoghi, nonché ingenera in quanti non ne abbiano quotidiana esperienza la convinzione che là dove si dovessero avvalere di questi mezzi, treni o metropolitane, potrebbero imbattersi in situazioni altamente rischiose. La teoria della pena imporrebbe un uso accorto del diritto penale, giacché assegnare rilevanza incriminatrice ad un fatto veicola messaggi per entrambe le parti, tanto per chi intenda commettere un reato e, quindi, debba convincersi ad astenervisi, quanto per chi potrebbe risultarne potenzialmente offeso e/o danneggiato. In altri termini, anche la legislazione penale contribuisce a rafforzare la narrazione alterata in senso negativo e spaventoso di queste realtà, al pari degli altri mezzi di comunicazione.

La sicurezza urbana non viene meglio tutelata con la garanzia di nuove incriminazioni e più pesanti trattamenti sanzionatori, perché, come prima cosa, non è detto che il precetto sia capace di esercitare pressione ai fini dell'astensione dal delinquere. Poi, rispondere ad un problema sociale in ottica *ex factum*, promettendo una punizione esemplare, è una risposta apparente, vana e inefficace, se nulla si appronta in ottica *ex ante* per contenere simili degenerazioni (che indubbiamente possono interessare questi luoghi) con strumenti più fisiologici e propri di uno Stato sociale, per esempio maggiori risorse per intensificare (e gratificare) le forze dell'ordine per fronteggiare e contenere simili fenomeni criminosi. Quest'ultima riflessione si lega anche a quella parte di disposizioni in materia di tutela del personale di forze di polizia e forze armate del Decreto (qui non oggetto di diretto approfondimento) ispirate al modello del diritto penale della persona offesa, là dove si assegna autonomia alle fattispecie incriminatrici comuni commesse ai danni delle forze dell'ordine.

La vera tutela della pubblica sicurezza si realizza, invece, mediante interventi sì generali e preventivi ma in ambito fisiologico, e cioè quando tutte le risorse sono concentrate nell'ostacolare o, quantomeno limitare, la creazione di fattori (edifici abbandonati, zone degradate, scarsa illuminazione, poca sorveglianza) che sfuggano al controllo delle forze di pubblica sicurezza.

La sicurezza urbana è senza dubbio un bene giuridico meritevole di tutela e protezione (Art. 117 Cost.), ma molteplici devono essere gli strumenti e i punti di osservazione per riuscire in questo fine, come rivela la stessa definizione di sicurezza urbana: «*il bene pubblico che afferisce alla vivibilità ed al decoro delle città, da perseguire anche attraverso interventi di riqualificazione, anche urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di marginalità e di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura del rispetto della legalità e l'affermazione di più elevati livelli di coesione sociale e convivenza civile, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato, le Regioni e Province autonome di Trento e Bolzano e gli enti locali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni*» (art. 4, d.l. n. 14/2017). Ciò restituisce una definizione complessa di sicurezza urbana, la quale non può essere affrontata in maniera riduttiva, tramite minacce punitive e ricorso alla forza pubblica, a discapito della libertà personale.

Nel voler dare l'impressione di fare, in definitiva, l'intervento legislativo appartiene al sistema del diritto penale simbolico, che si allontana dal modello dell'offesa in concreto del bene giuridico. A fronte dei tanti dubbi di incostituzionalità evidenziati, l'auspicio è che, nelle more di un intervento del Giudice delle leggi, si affermi un'interpretazione delle nuove previsioni

normative che valorizzi i canoni dell'offensività in concreto, nel senso che non possa ritenersi sufficiente l'idoneità astratta di circostanze di tempo, luogo o persona a favorire la commissione del reato, bensì debba essere approfondita, fino a raggiungerne la prova, la presenza di concludenti e concreti elementi di fatto atti a dimostrare che la difesa, pubblica o privata, sia rimasta effettivamente ostacolata, non ricorrendo ulteriori condizioni, di natura diversa, in grado di neutralizzare predetto effetto.

IURA NOVIT CURIA E DIRITTO DELL'IMPUTATO ALL'INFORMAZIONE SULL'ACCUSA TRA RINNOVATE SPINTE SOVRANAZIONALI E PERDURANTI RESISTENZE INTERNE

di Francesco Lazzarini (Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Milano)

Il potere del giudice di riqualificare il fatto, all'origine di problematiche note già in epoche risalenti, ha visto soltanto nella giurisprudenza delle Corti sovranazionali il decisivo fattore di crisi. Per un verso, ha giocato un ruolo determinante la pronuncia della Corte edu nel caso Drassich, nonostante la sua spinta propulsiva si sia ormai esaurita, sterilizzata dalla prassi interna. Per altro verso, una rinnovata messa in discussione degli assetti codicistici viene dalle decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea, per quanto anche queste siano vittima di un'analoga tendenza alla neutralizzazione da parte della giurisprudenza di legittimità. Il contributo, tirate le fila dell'evoluzione, nazionale e sovranazionale, del canone iura novit curia, punta a sondare come sia possibile garantire l'improcrastinabile adeguamento della disciplina interna alle fonti europee.

The power of the judge to amend the classification of the criminal offence, which has given rise to well-known issues since earlier periods, has found its most significant source of tension in the case law of the supranational courts. On the one hand, a key role has been played by the European Court of Human Rights' judgment in the Drassich case, although its driving force has by now largely been exhausted, having been neutralized by domestic practice. On the other hand, a renewed challenge has emerged from the case law of the European Court of Justice, notwithstanding the tendency of domestic case law to neutralize it. Drawing together the threads of both the national and supranational evolution of the iura novit curia principle, this paper seeks to examine whether it is possible to ensure the urgently needed adaptation of domestic law to European sources of law.

Iura novit curia, riqualificazione giuridica del fatto, diritto all'informazione sull'accusa

Iura novit curia, classification of the criminal offence, right to information in criminal proceedings

Sommario: 1. Il "doppio binario" codicistico. – 2. La riqualificazione giuridica del fatto nel codice del 1988. – 3. Le crepe aperte dalla riforma Cartabia. – 4. I fattori di crisi (interni e sovranazionali) del principio *iura novit curia*. – 5. La Corte edu nel caso Drassich. – 6. La sterilizzazione interna della pronuncia convenzionale: la prevedibilità della riqualificazione. – 6.1. *[Segue]*: il differimento del contraddittorio alle fasi delle impugnazioni. – 6.2. *[Segue]*: la latitudine delle prerogative difensive. – 7. La (povera) eredità di Drassich: le innovazioni nel giudizio di cassazione. – 8. La Corte di giustizia nel caso BK. – 9. Il destino della "prevedibilità" della variazione *in iure*. – 10. La (il)legittimità del rinvio del contraddittorio alle fasi delle impugnazioni. – 11. L'esercizio del diritto alla prova. – 11.1. Le istanze istruttorie nel giudizio di appello. – 11.2. Le richieste di prova nel procedimento di legittimità e nel successivo giudizio di rinvio. – 12. Il diritto di optare per i riti premiali. – 12.1. Le chiusure della giurisprudenza interna e sovranazionale. – 12.2. Gli spazi per una soluzione differente. – 13. Le ricadute interne: l'informativa precedente alla decisione. – 14. Le prerogative della difesa. – 15. Le conseguenze dell'omessa sollecitazione del contraddittorio. – 16. La (non) necessarietà di un rinvio pregiudiziale o di

una questione di legittimità costituzionale. – 17. Le criticità della soluzione individuata dalla Corte di giustizia. – 18. Le prospettive *de iure condendo*.

1. Con riguardo alle modifiche dell'imputazione, il codice del 1988 ha delineato un sistema di vero e proprio «doppio binario»[1].
Da un lato, per gli aspetti fattuali dell'addebito, vale un principio di stretta correlazione, posto a presidio della separazione delle funzioni di accusa e di giudizio, della neutralità dell'organo giurisdizionale e del diritto di difesa[2]: se il pubblico ministero è eletto a *dominus* esclusivo delle variazioni *in facto* dell'imputazione ed è onerato di assicurare la costante corrispondenza dell'accusa alle emergenze ai sensi degli artt. 516 ss. Cpp, al giudice che rilevi la diversità del fatto è consentita soltanto la restituzione degli atti alla parte pubblica ai sensi dell'art. 521 co. 2 Cpp.
Dall'altro lato, il principio di correlazione soffre una vistosa deroga con riferimento ai profili *in iure* dell'imputazione: l'art. 521 co. 1 Cpp riconosce all'organo giurisdizionale la piena «signoria» sulla qualificazione giuridica del fatto[3], abilitandolo a un controllo «pienamente sostitutivo»[4], che gli permette (*rectius*, gli impone) di sovrapporre il *nomen iuris* ritenuto

[1] La fortunata espressione, con riguardo al tema di cui si discute, si deve ad A. Colella, *La disciplina della modifica* in iure *dell'imputazione davanti alla Corte costituzionale per violazione del diritto di Strasburgo*, in *GM* 2009, 2538. La locuzione è stata ripresa, tra gli altri, da G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa: nuovi spunti di riflessione dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 9.11.2023, BK, C-175/22*, in *www.sistemapenale.it*, 9.1.2024, §2; G. Centamore, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto: un'interessante ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *DPenCont* 2018 (1), 40.
[2] S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, Pisa 2018, 20-21; D. Mastro, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza: "fatto diverso" e abnormità del provvedimento giurisdizionale*, in *DPP* 2026, 541.
[3] F. Dinacci, *La diversa qualificazione giuridica del fatto tra Costituzione e obblighi europei*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Pisani*, a cura di P. M. Corso ed E. Zanetti, II, Piacenza 2010, 177.
[4] T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*, in *GCos* 2010, 1163.

corretto a quello individuato dal pubblico ministero[5], per quanto ciò comporti conseguenze ad ampio spettro[6] sui piani sostanziale[7], processuale[8], sanzionatorio[9] ed esecutivo[10].
Le problematiche connesse alla prerogativa in esame, compendiata nello storico brocardo *iura novit curia*, erano ben presenti al legislatore del 1988, consapevole che questa impostazione «indubbiamente sacrifica in qualche misura le esigenze della difesa», ma, al tempo stesso, determinato a confermare la «regola tradizionale»: tanto l'estensione della disciplina relativa alle modifiche *in facto* dell'imputazione, quanto l'apertura di una finestra di contraddittorio, a iniziativa del giudice intenzionato a variare il titolo di reato, prima della decisione, «avrebbero […] comportato un dispendio di attività probabilmente eccessivo e il rischio, in pratica, di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al *nomen iuris* contestato»[11].
Si decise così di percorrere la via già battuta dal codice del 1930 (art. 477[12]) e, prima ancora, da quello del 1913 (art. 417[13]), nonostante la conferma dell'assetto fondato sul canone *iura novit curia* non potesse ritenersi una scelta obbligata, quantomeno sul piano della tradizione.
Sul punto, infatti, già a cavallo tra Ottocento e Novecento, si era sviluppato un intenso dibattito[14]. Muovendo dalla considerazione che ogni variazione *in iure* dell'addebito ha ricadute sul fatto[15], la Corte di cassazione era giunta a negare il potere del giudice di mutare il

[5] A. Bassi, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, in *CP* 2020, 3984 e 3993; T. Bene, *Contestazione suppletiva*, in *EG*, IX, Roma 2007, 1; G. Biondi, *Piccoli passi della Corte di cassazione verso una nuova disciplina della modifica della qualificazione giuridica del fatto*, in *CP* 2012, 612; G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §1; A. Cabiale, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica: da garanzia difensiva (nella Cedu) a strumento di legittimazione della prassi*, in *CP* 2015, 218; A. Capone, Iura novit curia. *Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova 2010, 58; A. Marabini, *La correlazione* in iure. *I limiti del potere del giudice di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione: dalla Corte di giustizia segnali di inadeguatezza del "modello Drassich"*, in *CP* 2025, 2139; S. Marcolini, *Il divieto di accedere ad un rito speciale a seguito di diversa qualificazione del fatto è conforme al diritto comunitario?*, in *CP* 2020, 341; S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 20; B. Nacar, *Una ricostruzione sistematica degli spazi di intervento del G.I.P. in sede di archiviazione*, in *GI* 2019, 445; L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, in *PPG* 2020, 565; T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio*, cit., 1163.
[6] A. Bassi, *op. cit.*, 3986.
[7] Rientra tra le "conseguenze sostanziali", per esempio, l'operatività di un diverso termine di prescrizione del reato.
[8] Sul piano processuale, rileva, per esempio, la diversa individuazione dei termini massimi di durata delle misure cautelari.
[9] Le conseguenze sanzionatorie più rilevanti sono senz'altro quelle derivanti dall'individuazione di diverse cornici edittali, da cui discendono effetti anche in punto di sostituibilità della pena detentiva. Peraltro, divergenze possono riguardare anche le pene accessorie e gli altri elementi che concorrono alla definizione del trattamento sanzionatorio.
[10] Con riguardo all'esecuzione, le conseguenze più significative attengono senz'altro al trattamento penitenziario e alle preclusioni che, in base al titolo di reato, impediscono o ritardano l'accesso ai benefici.
[11] *Relazioni al progetto preliminare e al testo definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico di imputati minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in *Gazz. Uff. n. 250 del 24 ottobre 1988, Suppl. ord. n. 93*, 116.
[12] La disposizione prevedeva che «nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nella sentenza di rinvio a giudizio, nella richiesta o nel decreto di citazione, infliggere le pene corrispondenti, quantunque più gravi, e applicare le misure di sicurezza, purché la cognizione del reato non appartenga alla competenza di un giudice superiore o speciale».
[13] Per la prima volta, il legislatore accolse espressamente il principio secondo cui «il giudice può definire il fatto in modo diverso da quello enunciato nella richiesta, nella istanza, o nel decreto di citazione, o nell'atto di accusa, o nella sentenza di rinvio, e infliggere la pena corrispondente, quantunque più grave, purché la cognizione del reato non ecceda la sua competenza».
[14] Lo ripercorre A. Capone, Iura novit curia, cit., 35 ss.
[15] G. Zironda, *Definizione giuridica del reato nella sentenza del giudice di merito*, in *RDPP* 1910, 417.

nomen iuris[16] e la più autorevole dottrina processualistica aveva considerato affetta da nullità assoluta la condanna per un titolo di reato diverso[17]. Pure chi riconosceva all'organo giurisdizionale il potere di ridefinire il fatto prospettava un suo esercizio conforme al diritto di difesa, ipotizzando la doverosità dell'avviso all'imputato prima della decisione[18]. Alla fine, erano state le istanze di tutela sociale a portare il legislatore del 1913 a non dare seguito alle aperture garantistiche di cui si è appena dato conto[19].
Analoghe perplessità, comunque, erano emerse anche in epoche successive: negli anni Sessanta, si sottolineava la necessità di riesaminare la questione, «essendo indubbiamente legato il diritto di difesa anche alla qualificazione giuridica del fatto»[20].

2. Nonostante le intenzioni del legislatore del 1988 fossero univoche, nel testo del codice il principio *iura novit curia* ha trovato accoglimento in modo puntiforme e disorganico.
Se ne riscontra un riconoscimento espresso soltanto in relazione al giudizio di primo grado, all'esito del quale l'art. 521 co. 1 Cpp abilita il giudice a dare al fatto, nella sentenza, una «definizione giuridica diversa».
Con riferimento all'appello, una prerogativa analoga si ricava dall'art. 597 co. 2 lett. *a* Cpp, che, nel caso di impugnazione del pubblico ministero, consente al giudice di optare per una «definizione giuridica più grave» rispetto a quella individuata dalla sentenza impugnata, e dall'art. 597 co. 3 Cpp, che ribadisce la stessa regola nell'ipotesi di appello dell'imputato, come eccezione al divieto di *reformatio in peius*[21].
Altrettanto implicita è l'attribuzione del potere in esame al giudice del rito abbreviato, come si desume dall'art. 443 co. 3 Cpp, a norma del quale il pubblico ministero può appellare la sentenza di condanna solo se questa «modifica il titolo del reato»[22].
Diversa è la soluzione adottata per il patteggiamento, nell'ambito del quale trova conferma il pieno controllo del giudice sul *nomen iuris* (art. 444 co. 2 Cpp), pur non riconoscendosi al medesimo un potere sostitutivo sul punto, in nome della logica negoziale sottesa al rito[23].
Nulla si è previsto, invece, né rispetto alla posizione della parte pubblica, né rispetto ai poteri degli organi giurisdizionali che intervengono in altre fasi del procedimento.
Quanto al primo profilo, va rilevato che all'accusa è esplicitamente consentito apportare modifiche all'addebito solo quando queste ultime ne riguardino gli aspetti fattuali (artt. 516 ss. Cpp). Peraltro, l'art. 521 co. 1 Cpp non implica il monopolio del giudice sulla definizione del

[16] Cass. 20.12.1910 Gerardi, in *GP* 1911, 1550-1552, secondo cui non sarebbe stato lecito «distinguere tra le circostanze del fatto e la configurazione giuridica del medesimo, per indurne che […] sia sempre libero il magistrato di configurare nel fatto quel reato che più e meglio ritenga attagliarsi», in ragione del *vulnus* al contraddittorio e al diritto di difesa e poiché non potrebbero variare gli aspetti *in iure* dell'imputazione senza che mutino anche quelli *in facto*.
[17] V. Manzini, *Manuale di procedura penale*, Torino 1912, 612, che, peraltro, limitava l'epilogo in questione alle ipotesi in cui il nuovo titolo di reato comportasse una pena equivalente o superiore a quella dell'illecito contestato.
[18] G. Escobedo, *Sulla modificabilità del titolo di imputazione in primo grado e in appello*, in *GP* 1911, 1554.
[19] L. Mortara-U Aloisi, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, II, Torino 1922, 130.
[20] G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli 1961, 391, nota 15. Sul punto, rivestono grande interesse anche le affermazioni di G. De Luca, *Intorno all'art. 477 c.p.p.*, in *Scuola pos.* 1964, 241, in cui si sottolinea, in linea generale, il rilievo della contestazione degli aspetti *in iure* dell'accusa. A detta dell'Autore, la difesa «investe non solo il profilo dell'esistenza storica del fatto, ma anche quello della sua qualificazione giuridica. Se così non fosse, il processo si trasformerebbe in una oscura vicenda kafkiana, con grave pregiudizio alla sicurezza dei diritti del singolo».
[21] Parte della dottrina ha ricondotto l'eccezione in esame proprio al principio *iura novit curia*: v., per esempio, M. Bargis e H. Belluta, *Impugnazioni penali, assestamenti del sistema e prospettive di riforma*, Torino 2013, 18.
[22] Sul punto, v. F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 290. In giurisprudenza, v. Cass. 17.2.2022 n. 15888, in *Onelegale.*
[23] Sul punto, v., per tutti, D. Vigoni, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano 2000, 279 s.

fatto, ben potendosi configurare, in capo al pubblico ministero, il dovere di contestare il diverso *nomen iuris*, non appena ne emergano i presupposti in dibattimento[24].
Con riferimento, poi, all'organo giurisdizionale, i dubbi generati dal silenzio legislativo sono stati presto risolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza che, per esempio, hanno sempre riconosciuto al giudice la prerogativa di ridefinire il fatto in sede di convalida delle misure precautelari[25], di applicazione o di impugnazione delle misure cautelari[26], di archiviazione della notizia di reato[27], di verifica dell'accusa nell'udienza preliminare[28] e di giudizio di cassazione[29].
Alla base dell'estensione della regola *iura novit curia*, idonea a valere «nell'arco dell'intero procedimento penale»[30], vi è sempre stato il suo preteso carattere generale, quale corollario del principio di legalità[31] e di quello di soggezione del giudice alla legge[32].
Invero, la prerogativa giurisdizionale in questione non appare costituzionalmente necessitata: la mancata correlazione *in iure*, infatti, ben si potrebbe risolvere con il diverso rimedio della restituzione degli atti, senza per questo violare i canoni costituzionali appena richiamati[33].

---

[24] A. Capone, Iura novit curia, cit., 69; F. Cassibba, *Riqualificazione del fatto, epiloghi dell'udienza preliminare e futuribili nel "processo Eternit* bis*"*, in *CP* 2017, 1631; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2139; In questo senso, pare esprimersi anche S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 47; L. Rapisarda, *L'accesso ai riti alternativi a seguito di nuove contestazioni alla luce delle modifiche dell'art. 519 c.p.p.*, in *AP* 2023 (3), 2. Se ne trae conferma anche dalla giurisprudenza: Cass. 17.7.2019 n. 44574, in *CEDCass*, m. 277761; Cass. 17.9.2010 n. 35350, in *CEDCass*, m. 248544.
[25] Cass. 22.11.2016 n. 16211, in *Onelegale*; Cass. 17.1.2012 n. 12891, in *Onelegale*; Cass. 28.11.1997 n. 5455, in *CEDCass*, m. 209563.
[26] Cass. S.U. 19.6.1996 n. 16, in *CP* 1997, 360 s. In seguito, v. Cass. 23.1.2020 n. 9948, in *CEDCass*, m. 279211; Cass. 28.11.2023 n. 7468, in *CEDCass*, m. 258983; Cass. 29.10.2009 n. 47563, in *CEDCass*, m. 242299; Cass. 4.12.2007 n. 4549, in *CEDCass*, m. 238697. In dottrina, sul punto, v., *ex multis*, R. Aprati, *La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale*, Napoli 2010, 204 s.; F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 249.
[27] Cass. 13.10.2009 n. 41409, in *CEDCass*, m. 245476; Cass. 7.10.2008 n. 43262, in *CEDCass*, m. 241724; Cass. 10.5.2005 n. 22390, in *CEDCass*, m. 231787. In dottrina, sul punto, v., *ex multis*, E. Andolina, *I poteri del g.i.p. dissenziente dalla richiesta di archiviazione*, in *DPP* 2014, 602; F. Alonzi, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull'inazione del pubblico ministero*, in *RIDPP* 2006, 979; F. Porcu, *Iscrizione e imputazione coatta oltre i confini oggettivi e soggettivi della richiesta di archiviazione*, in *DPP* 2013, 323; A. Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano 1993, 202; C. Santoriello, *Poteri del g.i.p. in presenza di una istanza di archiviazione relativa*, in *DPP* 2003, 1388.
[28] Cass. S.U. 19.6.1996 n. 16, in *CP* 1997, 360 s. In seguito, v. Cass. 13.12.2017 n. 21732, in *CEDCass*, m. 273341; Cass. 10.5.2017 n. 28262, in *CEDCass*, m. 270521; Cass. 4.12.2007 n. 4549, in *CEDCass*, m. 238697; Cass. 11.12.2003 n. 20160, in *CEDCass*, m. 228566. In dottrina, sul punto, v., *ex multis*, M. Daniele, *Profili sistematici della sentenza di non luogo a procedere*, Torino 2005, p. 84 e 94; D. Iacobacci, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?*, in *GI* 2008, 2587; D. Rocchi, *Sul principio della correlazione tra accusa e sentenza nel prevalente orientamento della Corte di cassazione*, in *GI* 2002, 145.
[29] Cass. 31.1.2023 n. 7023, in *Onelegale*; Cass. 3.5.2016 n. 22813, in *CEDCass*, m. 267133; Cass. 20.12.2013 n. 3211, in *CEDCass*, m. 258538. In dottrina, sul punto, v., *ex multis*, D. Iacobacci, *op. cit.*, 2585.
[30] F. Alonzi, Iura novit curia*: esclusa una nuova ipotesi di incompatibilità*, in *GCos* 2010, 2131.
[31] G. R. A. Miccoli, *Giudizio di legittimità e imputazione: le criticità rilevabili in Cassazione e le nuove prospettive dell'art. 611, commi 1*-quater *e 1*-sexies*, cod. proc. pen.*, in *www.scuolamagistratura.it,* 24.1.2025, 1-4; M. Minafra, *Sul diritto dell'indagato di impugnare il provvedimento con cui il giudice per le indagini preliminari ordini l'imputazione coatta per fatti diversi da quelli oggetto della richiesta di archiviazione*, in *PPG* 2019, 407; G. Sola, *Udienza preliminare, restituzione degli atti al p.m. e riqualificazione del fatto*, in *GI* 2005, 1938.
[32] L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, in AA.VV., *Giurisprudenza europea e processo penale italiano: nuovi scenari dopo il caso Dorigo e gli interventi della Corte costituzionale*, Torino 2008, 217.
[33] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 249.

3. Sull'assetto delineato dal codice del 1988, peraltro, ha inciso il d.lgs. 10.10.2022 n. 150 (c.d. riforma Cartabia), parzialmente invertendo la tendenza del sistema alla "generalizzazione" del principio *iura novit curia*.
Nella disciplina dell'udienza preliminare e di quella predibattimentale, gli artt. 423 co. 1-*bis* e 554-*bis* co. 6 Cpp escludono che il giudice titolare del controllo sull'azione possa modificare il titolo di reato contestato dalla parte pubblica: se rileva che «la definizione giuridica non è corretta», l'organo giurisdizionale «invita il pubblico ministero a operare le necessarie modificazioni» e, nell'inerzia di questi, «dispone con ordinanza, anche d'ufficio, la restituzione degli atti al pubblico ministero».
L'impatto sistematico della novella è tutt'altro che secondario: la disciplina in esame, infatti, «intacca […] il principio interpretativo sempre accolto dalla giurisprudenza secondo cui l'esatta attribuzione del *nomen iuris* è connaturale all'esercizio della giurisdizione»[34].
La rottura con l'impostazione tradizionale si comprende se si ha riguardo alla freddezza con cui sono state accolte le norme in esame.
A ridosso dell'approvazione della l. 27.9.2021 n. 134, che pure era chiara nel delegare il Governo a prevedere il congegno appena delineato[35], parte della dottrina aveva dato una lettura riduttiva della disposizione, ritenendo che rimanesse ferma l'applicabilità del canone *iura novit curia*[36].
Anche in seguito all'emanazione del d.lgs. 150/2022, pur a fronte di un testo inequivoco, vi è chi ha ritenuto che sia «ragionevole dubitare che, ove il pubblico ministero non ottemperi all'invito del giudice […], quest'ultimo debba disporre la restituzione degli atti, determinando una regressione del procedimento»[37].
È toccato alla Suprema Corte riconoscere che il giudice del vaglio preliminare ha perso la signoria sulla definizione giuridica del fatto, statuendo che «la restituzione degli atti al pubblico ministero, prevista dall'art. 423, comma 1-*bis*, c.p.p. […] prevale sulla possibilità […] di riqualificare il fatto all'atto dell'emissione del decreto che dispone il giudizio, in tal modo garantendosi, fin da subito, la corretta instaurazione del giudizio e il pieno esplicarsi del diritto di difesa dell'imputato»[38].
In dottrina, peraltro, permangono alcune resistenze, come dimostra la tesi secondo cui non sarebbero prospettabili sanzioni nel caso in cui il giudice riqualifichi il fatto nel decreto che dispone il giudizio: in assenza di una disposizione espressa, l'osservanza della norma sarebbe presidiata dal solo dovere di lealtà processuale di cui all'art. 124 Cpp[39].
La riforma è intervenuta anche sulla fase conclusiva del procedimento penale, modificando la disciplina del giudizio di cassazione.

---

[34] A. Capone, *I ritocchi in tema di udienza preliminare*, in *GI* 2023, 1196.
[35] L'art. 1 co. 9 lett. *n* l. 134/2021 aveva previsto che «al fine di consentire che […] [gli] articoli di legge siano indicati in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti, il giudice, sentite le parti, ove il pubblico ministero non provveda alle necessarie modifiche, restituisca, anche d'ufficio, gli atti al pubblico ministero».
[36] L. Pistorelli, *Riforma del processo penale: le direttive di intervento in materia di indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Iuspenale*, 8.10.2021. Perplessità erano state sollevate anche da G. Fiorelli, *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione in sede di udienza preliminare: tra tentativi di codificazione giurisprudenziale e resistenze dogmatiche*, in AA.VV., *"Riforma Cartabia" e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, a cura di A. Marandola, Padova 2022, 165.
[37] F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella riforma Cartabia*, in *CP* 2023, 60.
[38] Cass. 26.3.2024 n. 19109, in *CEDCass*, m. 286475. Analogamente, v. Cass. 23.9.2025 n. 33679, in *Onelegale*.
[39] A. Gaudieri, *Il controllo dell'imputazione da parte del giudice dell'udienza preliminare* ex *art. 423, comma 1-*bis*, c.p.p.: aspetti innovativi*, in *DPP* 2025, 208. Invero, nell'ipotesi esaminata, pare più corretto intravedere una fattispecie di nullità a regime intermedio ai sensi dell'art. 178 co. 1 lett. *c* Cpp, tenuto conto degli effetti che la pronuncia del decreto ha sull'esercizio dei diritti difensivi, in particolare in punto di accesso ai riti premiali.

A differenza di quanto avviene nel controllo sull'accusa, nel quale il potere di riqualificazione del fatto è stato escluso, con riferimento alla fase davanti alla Suprema Corte, la prerogativa in questione permane, ma viene sottoposta a un prerequisito di legittimità.
Come si vedrà (v., *infra*, §7), l'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp onera la Corte di cassazione della previa sollecitazione del contraddittorio nell'ipotesi in cui intenda mutare il *nomen iuris*, impedendo così riqualificazioni all'esito della camera di consiglio.
Ne risulta un quadro contrassegnato da una vistosa asimmetria[40]: mentre il giudice dell'udienza preliminare o di quella predibattimentale non può ridefinire il fatto in sede di verifica dell'accusa e la Corte di cassazione può modificare il titolo di reato solo dopo avere dato alle parti la facoltà di contraddire, il canone *iura novit curia* continua a valere nel giudizio di primo grado e in quello di appello.
Se è vero che, per effetto del vaglio imposto in sede preliminare, le discrepanze tra il *nomen iuris* contestato e quello ritenuto dal giudice di merito sono suscettibili di ridursi, è altrettanto vero che il problema è destinato a permanere quando il giudice dell'udienza preliminare o di quella predibattimentale ometta un controllo effettivo sull'imputazione, quando la necessità della riqualificazione sorga nel corso dell'istruttoria e, in ogni caso, quando non vi sia accordo tra il giudice della fase preliminare, quello del dibattimento e quello di appello sulla corretta individuazione del titolo di reato.
Le criticità, dunque, sono lontane dall'essere superate: la perdurante vigenza del canone *iura novit curia* nei giudizi di primo e di secondo grado impone di verificare come il principio si concili con le aporie che lo caratterizzano e, soprattutto, con gli sviluppi della prassi sovranazionale.

4. L'impostazione accolta dal codice del 1988, su cui già pesava l'ipoteca dei risalenti rilievi esaminati in precedenza (v., *supra*, §1), ha cominciato a vacillare quando, sul versante interno, ne è entrato in crisi il fondamento "ideale" e soprattutto quando, sul fronte europeo, la prerogativa di mutare il *nomen iuris* è stata sottoposta a prerequisiti sconosciuti alla legislazione nazionale.
È a questi sviluppi che si deve il ridimensionamento del canone *iura novit curia* ad opera della riforma Cartabia, di cui si è dato atto in precedenza (v., *supra*, §3).
È stato rimeditato, innanzitutto, il fondamento del principio in esame, che sottende l'idea tipica del positivismo giuridico illuminista, secondo cui l'intervento del giudice, "bocca della legge", si configura come operazione puramente meccanica[41]. In questa prospettiva, la sussunzione del fatto nello schema legale sarebbe un'attività neutra, scevra da valutazioni[42] e, soprattutto, prevedibile da qualsiasi giurista[43], così che, a fronte di un fatto regolarmente contestato[44], unico

[40] A. Capone, *Reati colposi e correlazione tra accusa e sentenza*, in *CP* 2025, 1403.
[41] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 67.
[42] G. Aimonetto, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti* de iure condendo, in *RIDPP* 2009, 1525; M. Caianiello, *Mutamento del* nomen iuris *e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa* ex *art. 6 CEDU: le possibili ripercussioni del sistema italiano*, in *GP* 2008 (1), 169.
[43] R. E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *GI* 2009, 2522; M. Caianiello, *op. cit.*, 170.
[44] Non è mancato chi ha ritenuto che la difesa dell'imputato si dispieghi in relazione al solo fatto, rimanendo irrilevante la selezione del *nomen iuris* da parte dell'organo requirente. Questa tesi istituisce un parallelismo tra l'art. 521 Cpp e l'art. 5 Cp, ritenendo che tanto la conoscenza, quanto l'applicazione del diritto sarebbero appannaggio degli organi giurisdizionali: essendo irrilevante l'errore sulla legge penale, altrettanto lo sarebbe quello sul titolo di reato: D. Iacobacci, *op. cit.*, 2586. A questa impostazione, peraltro, si è efficacemente ribattuto che il parallelismo non sia fondato, confondendo l'oggetto della colpevolezza con quello del contraddittorio: se

elemento davvero indefettibile dell'addebito[45], ben si potrebbe esigere dalla difesa l'argomentazione rispetto a tutte le qualificazioni astrattamente prospettabili[46].
Peraltro, è da tempo acquisito che il diritto non costituisce un insieme di norme dai confini chiari e che l'individuazione della norma incriminatrice può essere tutt'altro che scontata[47], in particolare alla luce dell'artificiosa proliferazione delle fattispecie incriminatrici, anche in adempimento degli obblighi sovranazionali[48]. Parimenti, vi è accordo sulla considerazione che l'applicazione del diritto rappresenta un'attività almeno in parte creativa, nella quale filtrano inevitabilmente anche scelte di valore[49].
A ciò si è aggiunto il rilievo che la distinzione tra fatto e diritto non sempre risulta agevole[50].
Si riconosce che le due entità sono «intimamente avvint[e] in una struttura logica di tipo circolare, in cui *quaestio facti* e *quaestio iuris* si condizionano reciprocamente»[51]. Se non altro, la norma penale esercita il proprio ruolo guida anche sulla progressiva ricostruzione del fatto da definire[52], in una dinamica in cui la qualificazione giuridica diventa la lente attraverso cui si determina lo stesso fatto[53]. Addirittura, secondo una tesi[54], pur non immune da critiche[55], le due componenti non sarebbero davvero distinguibili, in quanto parte di un percorso cognitivo unitario.
Accanto alle difficoltà di cui si è dato conto, a mettere in crisi l'assetto, apparentemente lineare, del codice di rito ha concorso anche la giurisprudenza, attraverso l'elaborazione di letture abrogatrici della disciplina di cui agli artt. 516 ss. Cpp, come la c.d. teoria funzionale del fatto. Si è così sterilizzato l'obbligo del pubblico ministero di modificare la contestazione *in facto*,

anche l'erronea conoscenza della legge penale può essere irrilevante ai fini della punibilità, ciò non può giustificare la scelta di sottrarre al contraddittorio la definizione giuridica del fatto: F. Dinacci, *op. cit.*, 180.
[45] Un'eco della concezione secondo cui la difesa si dispiegherebbe solo con riguardo agli aspetti fattuali dell'addebito si rinviene anche in alcuni indirizzi giurisprudenziali. Ne è esempio quello secondo cui, per quanto l'art. 417 co. 1 lett. *b* Cpp (in materia di contenuto della richiesta di rinvio a giudizio) e l'art. 429 co. 1 lett. *b* Cpp (in materia di contenuto del decreto che dispone il giudizio) impongano l'indicazione delle norme di legge violate, l'omissione costituirebbe una mera irregolarità (Cass. S.U. 21.6.2000 n. 18, in *CP* 2000, 3270 s.; Cass. 19.3.2004 n. 18027, in *CEDCass*, m. 227972; Cass. 5.4.2019 n. 30141, in *CEDCass*, m. 276602). Peraltro, come evidenziato da A. Capone, Iura novit curia, cit., 67-68, l'enunciazione delle norme costituisce un obbligo posto a garanzia della legalità dell'agire del pubblico ministero e dell'equità del processo. Nel senso che la qualificazione giuridica del fatto è un elemento costitutivo dell'imputazione, v. T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio*, cit., 1163.
[46] A. Capone, Much ado about nothing. *Obblighi convenzionali e riqualificazione giuridica del fatto*, in *www.legislazionepenale.eu*, 1.1.2017, 8.
[47] A. Cabiale, *Due pesi e due misure: la riqualificazione del fatto contestato non consente la rimessione in termini per chiedere l'oblazione*, in *GCos* 2020, 2100.
[48] S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 32-33.
[49] R. E. Kostoris, *op. cit.*, 2522; M. Caianiello, *op. cit.*, 170.
[50] A. Pizzorusso, Iura novit curia, in *EG*, Roma 1990, 1.
[51] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 251.
[52] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 68.
[53] F. Zacchè, *Cassazione e* iura novit curia *nel caso Drassich*, in *DPP* 2009, 786. Nel senso della circolarità, v. S. Ciampi, *L'eterna incompiuta: riflessioni sulla disciplina delle nuove contestazioni in dibattimento*, in *RIDPP* 2024, 111; R. E. Kostoris, *op cit.*, 2522-2523.
[54] Nella dottrina processualpenalistica, v. G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, 74 s.; G. Ubertis, *La ricostruzione giudiziale del fatto tra diritto e storia*, in *Argomenti di procedura penale*, II, Milano 2006, 144 s.
[55] Negare ogni rilevanza alla distinzione tra fatto e diritto si scontra con l'impostazione codicistica, cristallizzata non solo nell'art. 521 co. 1 Cpp, ma anche in altre disposizioni, come l'art. 530 Cpp. Quest'ultimo, in particolare, differenzia le formule "il fatto non sussiste" e "il fatto non è previsto dalla legge come reato": l'incidenza della distinzione anche sull'efficacia extrapenale della sentenza induce a ritenere che, sulla base dell'assetto vigente, rimanga necessario, per quanto problematico, distinguere fatto e diritto. Sul punto, v. A. Capone, Much ado about nothing, cit., 6; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano 1996, 293 s.

consentendo al giudice di variarla nella sentenza, ogniqualvolta non vi sia una trasformazione radicale della fattispecie concreta, tale da incidere sull'esercizio del diritto di difesa[56].
Inoltre, spesso accade che pesanti interventi del giudice sugli aspetti fattuali dell'addebito finiscano mascherati da semplici operazioni di modifica del titolo di reato: dietro all'esercizio del potere di cui all'art. 521 co. 1 Cpp, che presupporrebbe un addebito immutato nelle sue componenti materiali, si cela così un'opera di ridefinizione del fatto[57].
Peraltro, per quanto non siano da trascurare gli sviluppi interni, davvero decisiva per la crisi del canone *iura novit curia* è stata l'evoluzione prodottasi sul piano delle fonti e della giurisprudenza sovranazionali, che, con riguardo alla garanzia dei diritti della difesa, non distinguono tra profili *in facto* e *in iure* dell'imputazione: sia la Corte edu (v., *infra*, §5), sia, in modo ancora più incisivo, la Corte di giustizia (v., *infra*, §8) hanno gettato lunghe ombre sulla disciplina codicistica.

5. È alla Corte europea dei diritti dell'uomo, con la decisione nel caso Drassich c. Italia del 2007[58], che si riconduce la prima seria messa in discussione dell'art. 521 co. 1 Cpp.
Invero, già negli anni precedenti, la giurisprudenza di Strasburgo aveva acceso i propri fari sul potere di riqualificazione giuridica del fatto.
Nel 1999, nella sentenza relativa al caso Pélissier e Sassi c. Francia[59], riconosciuta come il *leading case* in materia[60], la Corte edu censurò il mutamento del *nomen iuris* operato dal giudice d'appello in camera di consiglio, ravvisando una violazione dell'art. 6 §3 Cedu. La

[56] Secondo Cass. 10.2.2023 n. 24932, in *CEDCass*, m. 284846, «per aversi mutamento del fatto occorre una trasformazione radicale, nei suoi elementi essenziali, della fattispecie concreta nella quale si riassume l'ipotesi astratta prevista dalla legge, in modo che si configuri un'incertezza sull'oggetto dell'imputazione da cui scaturisca un reale pregiudizio dei diritti della difesa». Nello stesso senso, tra le decisioni delle Sezioni Unite: Cass. S.U. 15.7.2010 n. 36551, in *CEDCass*, m. 248051; Cass. S.U. 19.6.1996 n. 16, in *CP* 1997, 360 s. Analogamente, nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, v. Cass., 4.2.2021 n. 7146, in *CEDCass*, m. 281477; Cass. 20.3.2019 n. 12264, in *Onelegale*; Cass. 24.10.2018 n. 12328, in *CEDCass*, m. 276955; Cass. 3.5.2017 n. 33878, in *CEDCass*, m. 271607; Cass. 11.11.2014 n. 899, in *CEDCass*, m. 261925; Cass. 6.2.2014 n. 17799, in *CEDCass*, m. 260156; Cass. 13.11.2013 n. 47527, in *CEDCass*, m. 257278; Cass. 10.2.2012 n. 18868, in *CEDCass*, m. 252822; Cass. 26.4.2010 n. 23288, in *CP* 2012, 1464 s.; Cass. 26.2.2010 n. 20118, in *CEDCass*, m. 247330; Cass. 31.1.2008 n. 13944, in *CEDCass*, m. 239595; Cass. 14.2.2008 n. 13408, in *CEDCass*, m. 239903; Cass. 28.6.2007 n. 35225, in *CP* 2008, 4769 s.; Cass. 25.10.2005 n. 41663, in *CEDCass*, m. 232423; Cass. 27.1.2005 n. 27355, in *CP* 2006, 3738 s.; Cass. 10.12.2004 n. 4655, in *CEDCass*, m. 230771.
[57] F. Alonzi, Iura novit curia, cit., 2131; M. Aranci, *Riqualificazione* in iure *dell'imputazione ed accesso al patteggiamento: tra disciplina interna e spunti sovranazionali*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 24.7.2019, 4; A. Cabiale, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica*, cit., 218 e 221; A. Cabiale, *Due pesi e due misure*, cit., 2102; A. Capone, Much ado about nothing, cit., 9-10; A. Capone, *Reati colposi e correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 1409 s.; S. Ciampi, *op. cit.*, 112; G. Dean, *Considerazioni minime su un caso di nullità della sentenza per difetto di contestazione*, in *CP* 1995, 366; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2140; S. Marcolini, *Il divieto di accedere ad un rito speciale*, cit., 342-343; S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 94; M. Minafra, *op. cit.*, 407; C. Naimoli, *Modifica dell'imputazione* in facto *e* in iure *e* restitutio *in termini per l'accesso ai riti alternativi*, in *DPP* 2020, 1510 s.; M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Bologna 1989, 340; L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 569 e 572. Sul problema in esame, da ultimo, v. D. Mastro, *op. cit.*, 544 s.
[58] Corte eur., 11.12.2007, Drassich c. Italia.
[59] Corte eur., 25.3.1999, Pélissier e Sassi c. Francia.
[60] G. Aimonetto, *op. cit.*, 1524; M. Aranci, *Riqualificazione* in iure *dell'imputazione*, cit., 6; F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 256; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e diritto di difesa*, in *CP* 2006, 3834; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, cit., 221; L. Mele, *La diversa qualificazione del fatto operata* ex officio *e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *DPP* 2011, 77; S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli 2011, 7; S. Quattrocolo, *Un auspicabile assestamento in tema di riqualificazione del fatto in sentenza*, in *CP* 2013, 2366.

Corte mosse dalla lettura congiunta del diritto dell'imputato di essere informato, oltre che dei motivi, anche della natura dell'accusa (art. 6 §3 lett. *a* Cedu) e del diritto di disporre del tempo e delle facilitazioni necessari a predisporre la difesa (art. 6 §3 lett. *b* Cedu). Desunse così la contrarietà ai parametri convenzionali della variazione *in iure* operata in condizioni che non avevano consentito all'imputato di esercitare in modo concreto ed effettivo (e in tempo utile) il diritto di difesa, in un caso in cui era plausibile l'adozione di una strategia diversa da quella messa in campo in relazione all'addebito originario.
Questo orientamento si consolidò finché, come anticipato, sotto la lente della Corte edu finì l'ordinamento italiano con il caso Drassich[61]. All'esito della camera di consiglio, la Suprema Corte aveva riqualificato il fatto, non intravedendovi una fattispecie di corruzione (art. 319 Cp), bensì il più grave illecito di corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* Cp), così che l'imputato aveva visto sfumare l'estinzione del reato per prescrizione. Davanti al giudice sovranazionale, il ricorrente aveva quindi lamentato la violazione dell'art. 6 Cedu.
La Corte di Strasburgo premise che l'informazione precisa e completa sul *nomen iuris* fosse una «condizione fondamentale dell'equità del processo» e che il potere del giudice di definire diversamente il fatto non fosse, di per sé, contrario alla Convenzione, ma che dovesse essere esercitato in modo compatibile con le garanzie dell'imputato.
I giudici, poi, rilevarono che, nel caso di specie, la riqualificazione non fosse «sufficientemente prevedibile», tenuto conto della diversa struttura delle norme incriminatrici, e che la difesa sarebbe stata plausibilmente diversa, pur non dovendosi valutare la fondatezza degli eventuali argomenti che l'imputato avrebbe potuto invocare.
L'aspetto di maggiore rilievo, reso manifesto nel caso in esame, è che, nella visione della Corte edu, fatto e diritto integrano nella stessa misura l'imputazione, così che ogni modifica dell'uno e dell'altro va resa nota all'imputato, senza distinzioni, per consentirgli l'esercizio effettivo del diritto di difesa[62]. In questi termini, lungi dall'essere espressione di una regola generale, il canone *iura novit curia* sembra costituire più un'eccezione al principio di correlazione fra accusa e sentenza[63].
Una parte minoritaria della dottrina ha contestato le conclusioni della Corte sovranazionale, che avrebbe negato al giudice di legittimità la sua prerogativa più tipica, da individuarsi nella corretta applicazione del diritto[64]. In verità, il *dictum* europeo, lungi dal mettere in discussione l'*an* del potere di ridefinire il fatto, ne ha contestato il *quomodo*, pretendendo che il mutamento del *nomen iuris* avvenga in modo conforme alle garanzie convenzionali[65].
La dottrina maggioritaria, d'altro canto, ha aderito apertamente alla sentenza in esame, leggendovi uno scardinamento dell'assetto fondato sull'art. 521 co. 1 Cpp. La pronuncia avrebbe rotto «in maniera irreversibile» l'equilibrio previgente, sancendo il principio secondo cui fatto e diritto sono «le "facce" di una stessa medaglia, l'imputazione»[66]. Di qui, la necessità

[61] Corte eur., 11.12.2007, Drassich c. Italia.
[62] M. Aranci, *Riqualificazione* in iure *dell'imputazione*, cit., 6; G. Centamore, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto*, cit., 41; G. Civita, *Il giusto processo tra garanzie convenzionali, rimedi interni ed esecuzione delle pronunce della Corte Edu*, in *DPP* 2021, 1654.
[63] G. Centamore, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto*, cit., 48.
[64] G. Riccio, *Ricorso per cassazione ed effetti (deleteri) della "Drassich"*, in *GP* 2012 (3), 514 e 518. Nel senso che quella dettata dall'art. 521 co. 1 Cpp sarebbe una «regola ovvia», potendo il giudice definire l'accaduto in base alle norme, ogniqualvolta il titolo di reato selezionato dall'accusa non lo convinca, v. F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2009, 462 e 997.
[65] M. Aranci, *Riqualificazione* in iure *dell'imputazione*, cit., 6; M. Caianiello, *op. cit.*, 174; F. Cassibba, *Art. 6 – Diritto a un processo equo*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*[2], a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino 2022, 225; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, cit., 216; L. Mele, *op. cit.*, 83.
[66] G. Biondi, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici che provengono dal diritto europeo.*

di riconoscere, anche nel caso di riqualificazione giuridica, il pieno reintegro dell'imputato nelle sue prerogative, in particolare con riguardo al diritto alla prova e al diritto di optare per un rito deflattivo del dibattimento[67]. Si è dunque giunti a ipotizzare l'incostituzionalità dell'art. 521 co. 1 Cpp, nella parte in cui non contempla la previa informativa sull'eventualità del mutamento del titolo di reato e non abilita la difesa al conseguente esercizio dei suoi diritti[68].

6. Sul versante interno, tuttavia, l'entusiasmo è stato presto ridimensionato dalla prassi: dopo alcune iniziali decisioni che hanno ravvisato una nullità a regime intermedio nei casi di riqualificazione del fatto operata soltanto nella sentenza di merito[69], la Cassazione ha virato presto verso letture riduttive della garanzia, riducendone, «fino quasi a estinguer[n]e», la portata[70].
La svolta restrittiva ha fatto leva sia sulle ambiguità della sentenza nel caso Drassich, che, in alcune sue parti, non si presta a letture univoche, sia sull'evoluzione, tutt'altro che lineare, della giurisprudenza di Strasburgo, profondamente segnata dal suo approccio "casistico"[71].
Ad avere generato le problematiche più significative è forse il riferimento, contenuto nella pronuncia nel caso Drassich, alla "prevedibilità" della riqualificazione giuridica.
Le Sezioni Unite della Suprema Corte, nella decisione del caso Lucci del 2015, hanno statuito che non ricorra alcuna violazione del precetto sovranazionale quando «la nuova definizione giuridica [sia] nota o comunque prevedibile per l'imputato» e, in particolare, quando i fatti costitutivi della nuova figura di reato siano già presenti nell'originaria imputazione[72].
Per quanto la Corte edu si riferisse alla nozione di "prevedibilità" avendo riguardo al rapporto tra la struttura delle norme incriminatrici, la Corte di cassazione ne ha dato un'interpretazione più ampia, escludendo ogni violazione della garanzia convenzionale, per esempio, quando il diverso *nomen iuris* sia stato espressamente preso in considerazione dall'imputato nel ricorso[73],

---

Uno sguardo alla direttiva 2012/12/UE sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in *www.penalecontemporaeo.it*, 29.4.2013, 2. La fortunata espressione è stata ripresa, tra gli altri, da E. Farinelli, *Sugli incerti confini della riqualificazione giuridica del fatto nell'ambito del giudizio abbreviato "allo stato degli atti"*, in *DPP* 2014, 108.

[67] G. Biondi, *Il ricorso straordinario per cassazione per errore materiale o di fatto quale possibile rimedio alle violazioni della Cedu*, in *GP* 2009 (3), 335; S. Lonati, *Il "caso Drassich": continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *CP* 2011, 275; G. Ubertis, *La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa tra Cedu e Trattato di Lisbona*, in *CP* 2010, 2500; F. Zacchè, *Cassazione e* iura novit curia, cit., 785.

[68] G. Aimonetto, *op. cit.*, 1527; G. Biondi, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., 338; R. Casiraghi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e* iura novit curia, in *PPG* 2012 (6), 119; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, cit., 230; F. Dinacci, *op. cit.*, 201; S. Lonati, *op. cit.*, 275; L. Mele, *op. cit.*, 82-83; F. Zacchè, *Brevi osservazioni su Drassich (n. 2) e diritto alla prova*, in *DPenCont* 2018 (3), 300; F. Zacchè, *Cassazione e* iura novit curia, cit., 787; F. Zacchè, *Riqualificazione del fatto in cassazione*, cit., 991. Sul punto, individuava nella Corte costituzionale il soggetto adeguato a risolvere i dubbi in materia S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto: una parola, ma non conclusiva, della Corte costituzionale*, in *LP* 2010, 344.

[69] Cass. 28.10.2011 n. 6487, in *CEDCass*, m. 251730; Cass. 29.4.2011 n. 18590, in *CEDCass*, m. 250275.

[70] A. Capone, *Reati colposi e correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 1402. Nel senso del "ridimensionamento" del *dictum* europeo, v. A. Marandola, *La Cassazione ridimensiona gli effetti della sentenza Drassich*, in *GI* 2014, 1241. Parallelamente, discorre di "sterilizzazione" della pronuncia S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 63.

[71] Sull'asistematicità e sulla frammentarietà della giurisprudenza di Strasburgo sul tema in esame, v., tra gli altri, L. Bernardini, *Turning labels – A sound interpretation of the right to be informed in criminal proceedings that still holds some drawbacks: BK (case C-175/22)*, in *EU Law Live* 29.11.2023.

[72] Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, in *CP* 2016, 1383 s.

[73] Cass. 26.2.2010 n. 14674, in *CEDCass*, m. 246922.

quando muova da una tesi difensiva[74] o quando sia stato sollecitato dal pubblico ministero con l'impugnazione[75]. Addirittura, è stato reputato sufficiente che il diverso titolo di reato sia stato oggetto di discussione nel procedimento incidentale *de libertate*[76].

6.1. La circostanza che la violazione dell'art. 6 Cedu sia stata riscontrata in un caso in cui la riqualificazione era avvenuta all'esito giudizio di legittimità ha indotto a domandarsi se, nelle fasi di merito, il contraddittorio sul *nomen iuris* debba essere preventivo o possa essere anche successivo alla decisione[77].
Sul punto, non si può dire che le pronunce precedenti a quella nel caso Drassich fossero univoche: talvolta, la Corte edu aveva escluso ogni violazione quando il mutato titolo di reato poteva essere censurato nelle fasi successive del procedimento[78], talaltra, invece, aveva rilevato l'inadeguatezza del giudizio di mera legittimità a consentire un esercizio effettivo del diritto di difesa, non potendosi contestare i profili fattuali dell'addebito[79].
Secondo una prima tesi, il contraddittorio, per essere effettivo, potrebbe esplicarsi solo in via preventiva[80]. Secondo una diversa impostazione, invece, la pronuncia nel caso Drassich non sarebbe inequivoca nel pretendere l'intervento delle parti in un momento precedente alla decisione di merito[81]. La relativa esigenza, quindi, si manifesterebbe nel solo giudizio di legittimità[82]: nel caso di riqualificazione operata con la sentenza di primo grado, il nuovo titolo di reato potrebbe essere contestato con l'appello, mentre, nell'ipotesi in cui il mutamento sia avvenuto con la decisione di seconde cure, ogni censura potrebbe essere proposta con il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 606 co. 1 lett. *b* Cpp[83].
Si è così aperta un'altra breccia: la giurisprudenza ha finito per considerare la sentenza di merito alla stregua di un «legittimo veicolo della previa contestazione»[84], ammettendosi la riqualificazione, anche se "a sorpresa", nelle pronunce di primo[85] e di secondo grado[86].

---

[74] Cass. 31.1.2018 n. 4622, in *CEDCass*, m. 271948; Cass. 23.1.2014 n. 3211, in *CEDCass*, m. 258538.
[75] Cass. 19.11.2019 n. 422, in *CEDCass*, m. 278093; Cass. 28.3.2019 n. 18793, in *CEDCass*, m. 275762.
[76] Cass. 8.3.2010 n. 9091, in *CEDCass*, m. 246494.
[77] Sul punto, v. E. M. Catalano, *Le invalidità alla deriva*, in *RIDPP* 2017, 123.
[78] Corte eur., 1.3.2001, Dallos c. Ungheria; Corte eur., 21.2.2002, Sipavincius c. Lituania.
[79] Corte eur., 20.4.2006, I.H. e altri c. Austria.
[80] G. Centamore, *L'applicazione dei principi dell'art. 6 Cedu in materia di riqualificazione giuridica del fatto: fra orientamenti tradizionali e nuove prospettiva*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.10.2013, 9. Nello stesso senso, v. M. Caianiello, *op. cit.*, 175, in cui si sottolinea l'incongruenza di consentire l'emissione di un atto potenzialmente conclusivo del giudizio, senza avere dato modo all'imputato di esercitare il proprio diritto di difesa.
[81] S. Quattrocolo, *La "vicenda Drassich" si ripropone come crocevia di questioni irrisolte*, in *DPenCont* 2013 (4), 169; S. Quattrocolo, *Un auspicabile assestamento*, cit., 2365. Sul punto, v. anche E. Aprile, *I "meccanismi" di adeguamento alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nella giurisprudenza penale di legittimità*, in *CP* 2011, 3232-3233.
[82] S. Lonati, *op. cit.*, 274. Nello stesso senso, v. A. Pasta, *Poteri del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione, incompatibilità e non prevedibili privilegi*, in *CP* 2017, 2944.
[83] S. Quattrocolo, *Un auspicabile assestamento*, cit., 2366-2367.
[84] A. Capone, *Reati colposi e correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 1402.
[85] Cass. 14.2.2012 10093, in *CEDCass*, m. 251961; Cass. 7.11.2012 n. 2341, in *CEDCass*, m. 254135; Cass. 5.11.2013 n. 44615, in *CEDCass*, m. 257750; Cass. 24.10.2014 n. 46786, in *CEDCass*, m. 261052; Cass. 13.11.2019 n. 49175, in *CEDCass*, m. 277948.
[86] Cass. 9.5.2012 n. 32840, in *CEDCass*, m. 253267; Cass. 24.5.2012 n. 23301, in *CEDCass*, m. 254055; Cass. 8.6.2012 n. 22301, in *CEDCass*, m. 254055; Cass. 21.8.2012 n. 32840, in *CEDCass*, m. 253267; Cass. 24.9.2012 n. 7984, in *CEDCass*, m. 254648; Cass. 13.11.2012 n. 45795, in *CEDCass*, m. 254357; Cass. 15.5.2013 n. 37413, in *CEDCass*, m. 256652; Cass. 11.4.2014 n. 17782, in *CEDCass*, m. 259564; Cass. 4.3.2015 n. 12612, in *CEDCass*, m. 262778; Cass. 9.1.2020 n. 422, *CEDCass*, m. 278093.

Nel 2020, una conferma in questo senso è venuta dalla stessa Corte edu, proprio con riguardo all'ordinamento italiano, nella decisione del caso Sula, in cui a mutare il *nomen iuris* era stata la sentenza di prime cure. La Corte non ha ravvisato violazioni, poiché, diversamente da quanto era avvenuto nel caso Drassich, l'imputato aveva potuto fare valere ogni censura con l'appello[87].
Parrebbe quindi che l'avviso alle parti sia dovuto nel solo giudizio di legittimità.
Peraltro, pure questo principio, infine accolto, come si vedrà (v., *infra*, §7), dal legislatore del 2022, è andato incontro a ridimensionamenti. Alcune pronunce, per esempio, hanno escluso la necessità del contraddittorio nel caso di variazione *in melius*[88], sulla base di una distinzione in verità smentita dalla Corte edu[89]. Altre sentenze, invece, hanno ammesso il mutamento del *nomen iuris* senza previo avviso quando lo stesso fosse comunque stato prevedibile[90].

6.2. Al di là del diritto di contraddire sulla qualificazione giuridica, si è posto il problema se l'imputato vada reintegrato anche nelle sue prerogative istruttorie.
Se, secondo alcuni, la sentenza nel caso Drassich implica il riconoscimento del diritto alla prova[91], secondo altri, la Corte di Strasburgo fa riferimento al solo contraddittorio argomentativo sul titolo di reato[92].
Su questa seconda linea, si è assestata la Suprema Corte nel dare attuazione alla stessa pronuncia convenzionale[93], operando un parallelismo con quanto dispone l'art. 384 co. 3 Cpc, a norma del quale il collegio, ogniqualvolta ritenga di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevabile d'ufficio, è onerato dell'instaurazione del contraddittorio con le parti, a cui è consentito depositare «osservazioni»[94]. Questa impostazione sembra avere trovato

[87] Corte eur., 3.3.2020, Sula c. Italia. Nella giurisprudenza di Strasburgo successiva al caso Drassich, nel senso che, se il contraddittorio è stato compresso in una fase del procedimento, una giurisdizione superiore può porre rimedio alla violazione, v. Corte eur., 14.4.2018, Uche c. Svizzera; Corte eur., 5.9.2013, Cepek c. Repubblica Ceca; Corte eur., 18.1.2011, Amirov c. Azerbaijan; Corte eur., 7.11.2019, Gelenizde c. Georgia.
[88] Cass. 21.6.2012 n. 24631, in *CEDCass*, m. 253109. In senso contrario, peraltro, v. Cass. 11.5.2011 n. 18590, in *CEDCass*, m. 250275.
[89] C. eur., 19.3.2007, Mattei c. Francia, in cui si è affermato che non si potesse speculare sulla pena che sarebbe stata effettivamente inflitta se la ricorrente avesse potuto difendersi in merito al nuovo titolo di reato; Corte eur., 24.07.2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, in cui si è riscontrata una violazione dell'art. 6 Cedu, ritenendo irrilevante che la modifica del titolo di reato fosse stata *in melius*, in un caso riguardante la Bulgaria, la cui normativa onerava dell'attivazione del contraddittorio nel solo caso di variazione *in peius*.
[90] Cass. 3.5.2021 n. 27905, in *CEDCass*, m. 281817, su cui v. anche A. Chelo, *L'innovata fisionomia del giudizio di legittimità*, in *PPG* 2022, 185. Sul punto, v. S. Beltrani, *Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica*, in *DPP* 2014, 42.
[91] F. Giunchedi, *Il giudice nazionale tra sistemi multilivello ed interpretazione conforme (a proposito del caso Drassich)*, in *GI* 2014, 181; D. Iacobacci, *op. cit.*, 2588; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2143-2144; S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 54; L. Mele, *op. cit.*, 78; C. Naimoli, *op. cit.*, 1515, che discorre del «riemergere dei diritti istruttori in capo all'imputato, in ragione dell'interesse all'assunzione di fonti di prova rilevanti in seguito alla riqualificazione dell'accusa»; F. Zacchè, *Cassazione e* iura novit curia, cit., 785.
[92] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 257. Nello stesso senso, v. S. Quattrocolo, *Giudicato interno e condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: la corte di cassazione "inaugura" la fase rescissoria*, in *CP* 2010, 2633; S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale*, cit., 11.
[93] Cass. 12.11.2008 n. 45807, in *CEDCass*, m. 241754; Cass. 25.5.2009 n. 36323, in *CEDCass*, m. 244974. Sul punto, v. R. Lopez, *Intervenuta inammissibilità dell'oblazione per derubricazione del reato, ovvero* emendatio iuris *e prerogative della difesa: le Sezioni Unite tornano sull'argomento fra fraintesi e omissioni*, in *CP* 2016, 2120.
[94] In senso critico, rispetto all'applicabilità del modulo processualcivilistico, v. A. Vele, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e violazione del principio del contraddittorio*, in *GI* 2010, 690.

l'avallo anche del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa in sede di verifica sull'esecuzione della sentenza del 2007[95].
Rispetto all'interpretazione più riduttiva, hanno fatto eccezione soltanto alcuni casi, in cui si è individuato nell'annullamento con rinvio l'esito del giudizio di legittimità, quando ciò fosse necessario a garantire l'esercizio del diritto di difesa in relazione alla nuova qualificazione[96].
Né la prassi successiva della Corte di Strasburgo ha dipanato i dubbi. Accanto a decisioni che hanno ritenuto sufficiente il solo contraddittorio argomentativo[97], si riscontrano pronunce più ambigue, come quella nel caso Drassich c. Italia "n. 2", risalente al 2018[98].
Chiamata a vagliare se fosse stata data adeguata attuazione al *dictum* del 2007[99], la Corte edu ha ritenuto infondata la doglianza del ricorrente, che lamentava la deprivazione del diritto alla prova. Il tenore del provvedimento, tuttavia, non è univoco: la motivazione, infatti, fa riferimento alla circostanza che il ricorrente si fosse limitato a chiedere l'annullamento senza

[95] Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights – 3rd annual report 2009*, Strasburgo 2010, 143 s.
[96] Cass. 17.10.2014 n. 47413, in *CEDCass*, m. 260960; Cass. 9.10.2014 n. 46401, in *CEDCass*, m. 261047, secondo cui, qualora il giudice di appello proceda, nella sentenza, a riqualificare il fatto, «la garanzia del contraddittorio resta comunque assicurata dalla possibilità di contestare la diversa definizione normativa mediante il ricorso per cassazione, a seguito del quale la Corte di legittimità può pronunciarsi in via definitiva sulla questione, salvo che risulti necessario assumere e valutare nuove prove vertenti su fatti in grado di rendere priva di fondamento la diversa qualificazione giuridica, nel qual caso è tenuta ad annullare la sentenza con rinvio al giudice di merito per un nuovo giudizio sul punto».
[97] Corte eur., 24.07.2012, D.M.T. e D.K.I. c. Bulgaria, in cui si è riscontrata una violazione dell'art. 6 Cedu nella riqualificazione operata dalla Corte bulgara di ultima istanza. Secondo i giudici di Strasburgo, la Suprema Corte avrebbe dovuto dare ai ricorrenti la possibilità di contraddire sul titolo di reato, «aggiornando l'udienza per permettere alle parti di esporre i loro argomenti o indic[ando] loro di presentare memorie scritte su questa questione».
[98] Corte eur., 22.2.2018, Drassich c. Italia (n. 2).
[99] Nella mancanza di uno strumento idoneo a dare attuazione alle sentenze della Corte di Strasburgo, il caso Drassich è stato l'emblema delle criticità derivanti da una lacuna colmata solo con l'introduzione dell'art. 628-*bis* Cpp («Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali») ad opera del d.lgs. 10.10.2022, n. 150. A seguito della pronuncia della Corte di Strasburgo, il ricorrente aveva adito la Corte d'appello di Venezia, in qualità di giudice dell'esecuzione, chiedendo alla medesima di dichiarare l'ineseguibilità del giudicato ai sensi dell'art. 670 Cpp. In senso conforme si era determinata la Corte d'appello, rinviando il ricorso iniziale del ricorrente alla Corte di cassazione, che si era limitata ad annullare parzialmente la propria precedente sentenza e aveva disposto procedersi a nuova trattazione del ricorso per cassazione soltanto in relazione al motivo relativo alla prescrizione, ritenendo applicabile, in via analogica, la disciplina del ricorso straordinario di cui all'art. 625-*bis* Cpp (Cass. 12.11.2008 n. 45807, in *CEDCass*, m. 241754). La Corte, dopo avere avvisato l'imputato dell'eventualità che il fatto potesse essere qualificato secondo il diverso *nomen iuris* e avere consentito alla sua difesa di contraddire in merito, aveva ribadito la precedente decisione (Cass. 25.5.2009 n. 36323, in *CEDCass*, m. 244974). A seguito della sentenza con cui la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 Cpp, introducendo la c.d. "revisione europea" (C. cost., 7.4.2011 n. 113), Drassich aveva avanzato l'istanza di revisione, che, però, era stata dichiarata inammissibile dalla Corte d'appello di Trento, con una decisione confermata dalla Suprema Corte. Drassich aveva allora presentato un nuovo ricorso alla Corte di Strasburgo, censurando l'omessa attuazione del *dictum* del 2007. Sul punto, v. A. Bigiarini, *Il caso Drassich dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, in *DPP* 2014, 848-849; G. Biondi, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., 328 s.; R. E. Kostoris, *op. cit.*, 2514 s.; S. Lonati, *op. cit.*, 263; R. Lopez, *Processo penale, errore giudiziario ed equa riparazione*, in AA.VV., *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. R. Dinacci, Milano 2010, 636-637; C. Musio, *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte edu: la Corte costituzionale conia un nuovo caso di revisione*, in *CP* 2011, 3321; L. Parlato, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, in *DPP* 2011, 842 s.; G. Pierro, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in *DPP* 2009, 1522 s.; S. Quattrocolo, *Giudicato interno*, cit., 2622; F. Zacchè, *Cassazione e* iura novit curia, cit., 785.

rinvio della sentenza. Non manca chi legge in questo passaggio un implicito riconoscimento delle prerogative probatorie delle parti, almeno laddove queste vi manifestino interesse[100].
Rimane del tutto in ombra, nella giurisprudenza di Strasburgo, la questione relativa al diritto di accedere ai riti premiali, per quanto si tratti, almeno nella prospettiva interna, di una fondamentale ramificazione del diritto di difesa dell'imputato[101] (v., *infra*, §12).
Nella decisione del caso Sula c. Italia del 2020, la Corte edu ha escluso la violazione dell'art. 6 Cedu in un procedimento in cui il ricorrente lamentava che la modifica del *nomen iuris* avesse compresso il suo diritto a determinare con cognizione di causa la sua strategia difensiva, anche optando per il giudizio abbreviato[102]. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto di non potere speculare sull'eventuale scelta dell'imputato per il rito deflattivo del dibattimento, soprattutto perché, tra i motivi di ricorso formulati, figurava anche la lesione del diritto di esaminare i testimoni a carico, «possibilità offerta dal rito ordinario»[103].
Nonostante la conclusione della Corte edu sia stata condizionata, in modo decisivo, dalle peculiarità del caso esaminato, nella giurisprudenza successiva, non si rinvengono altre indicazioni idonee a ricondurre l'opzione per i riti premiali alle modalità di esercizio concreto ed effettivo del diritto di difesa a seguito della riqualificazione giuridica del fatto[104].

7. Se si considerano gli sviluppi successivi alla sentenza nel caso Drassich, ben si comprende perché, a pochi anni di distanza dalla pronuncia, «l'unico elemento di autentica novità» fosse reputato «davvero minuscolo»[105], onerandosi la sola Corte di cassazione del previo avviso sull'eventuale (nonché imprevedibile) mutamento del *nomen iuris* e abilitandosi le parti a un contraddittorio meramente argomentativo[106].

---

[100] F. Cassibba, *Art. 6*, cit., 229; F. Zacchè, *Brevi osservazioni su Drassich (n. 2)*, cit., 299; F. Zacchè, *Riqualificazione del fatto in cassazione*, cit., 991.
[101] Nel senso che mancano, nelle pronunce della Corte edu, riflessioni approfondite sulla questione, v. A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2146.
[102] Corte eur., 3.3.2020, Sula c. Italia.
[103] Sul punto, l'affermazione della Corte edu può apparire, *prima facie*, imprecisa. Formulando la richiesta di giudizio abbreviato "condizionata", infatti, è consentito all'imputato optare per il rito contratto, senza sacrificare *in toto* il proprio diritto alla prova. La considerazione della Corte di Strasburgo, peraltro, risulta conforme all'assetto del giudizio abbreviato "condizionato", tenuto conto dell'indirizzo che ammette l'integrazione probatoria se "sostitutiva" rispetto alle risultanze già agli atti. Nel caso di specie, l'imputato lamentava l'avvenuta lettura dei verbali delle dichiarazioni delle persone informate sui fatti, formati nella fase delle indagini.
[104] Come evidenziato da G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §4, la questione dell'accesso ai riti premiali risulta affrontata soltanto indirettamente dalla Corte edu.
[105] A. Capone, Much ado about nothing, cit., 1.
[106] Oltretutto, la giurisprudenza interna è talvolta andata oltre la mera sterilizzazione della portata del *dictum* sovranazionale, non mancando di richiamare i relativi principi allo scopo di legittimare, sul piano convenzionale, la c.d. teoria funzionale del fatto (v., *supra*, §4). Va premesso, invero, che, anche nel caso Drassich, il confine tra la riqualificazione giuridica e la modifica del fatto non risultava in modo univoco. L'operazione svolta dalla Suprema Corte, che ha modificato la contestazione da corruzione a corruzione in atti giudiziari, non pare una mera riqualificazione del fatto, discendendo la variazione del *nomen iuris* dalla considerazione di elementi fattuali diversi e ulteriori rispetto a quelli dell'addebito originario. È sufficiente citare, in proposito, l'elemento intenzionale del reato di cui all'art. 319-*ter* Cp (favorire o danneggiare una parte processuale), diverso rispetto a quello dell'art. 319 Cp. (sul punto, v. R. E. Kostoris, *op. cit.*, 2522; S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale*, cit., 130). In ogni caso, la pronuncia europea si riferisce espressamente al solo caso del mutamento del titolo di reato. La Suprema Corte, invece, ha trasposto la necessità di assicurare il contraddittorio sulla modifica del *nomen iuris* anche alle ipotesi di diversità del fatto (Cass. 25.9.2013 n. 1697, in *CEDCass*, m. 258941). Un congegno volto a supplire alle lacune dell'art. 521 co. 1 Cpp ha così finito per consacrare una lettura abrogatrice della disciplina interna (quella degli artt. 516 ss. Cpp), di maggiore favore per l'imputato (Sul punto, v. A. Cabiale, *Il contraddittorio sulla riqualificazione giuridica*, cit., 221-223; C. Naimoli, *op. cit.*, 1515. Quanto segnalato non toglie che, effettivamente, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, la nozione di riqualificazione assuma un significato ampio, comprendendo sia la modifica del *nomen iuris* che incide sulla

Come si è anticipato, è su questa lettura "minimalista" della garanzia convenzionale che si è adagiato anche il d.lgs. 150/2022, intervenuto timidamente sui corollari del principio *iura novit curia*: al di là delle modifiche apportate all'udienza preliminare e a quella predibattimentale (v., *supra*, §3), il legislatore ha novellato la disciplina del solo giudizio di legittimità[107].
Con il dichiarato intento di adeguare l'ordinamento interno ai *dicta* dalla giurisprudenza sovranazionale[108], è stato introdotto l'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp, a norma del quale «se ritiene di dare al fatto una definizione giuridica diversa, la corte dispone con ordinanza il rinvio per la trattazione del ricorso in udienza pubblica o in camera di consiglio con la partecipazione delle parti, indicando la ragione del rinvio».
Si tratta dell'unica ipotesi in cui la Suprema Corte è vincolata a disporre d'ufficio la trattazione orale del ricorso: nell'altra fattispecie in cui si celebra l'udienza a iniziativa del collegio, che fa perno sulla «rilevanza delle questioni», il giudice di legittimità ha la mera facoltà di optare per il rito partecipato (art. 611 co. 1-*quater* Cpp). Lo si evince dal dato letterale: mentre, quando ritiene di riqualificare il fatto, la Corte «dispone» la trattazione orale, negli altri casi, la medesima «può disporre» che si proceda nelle forme più garantite[109].
Con riguardo ai presupposti del provvedimento, secondo parte della dottrina, manterrebbero la propria attualità gli indirizzi consolidatisi prima della riforma in punto di "prevedibilità" del mutamento del *nomen iuris*. In questo modo, il contraddittorio non andrebbe sollecitato quando l'attribuzione di un diverso titolo di reato «appare come uno dei possibili epiloghi decisori del giudizio, secondo uno sviluppo interpretativo assolutamente prevedibile»[110]. La disposizione, quindi, mirerebbe soltanto a evitare la possibilità di riqualificazioni «a sorpresa» nel giudizio di cassazione[111].

descrizione del fatto, sia quella che non si accompagna a una diversa definizione del fatto: F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 259).

[107] F. Zacchè, Iura novit curia *e obblighi informativi al vaglio della Corte di giustizia UE*, in *RIDPP* 2024, 387.

[108] *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, in *www.sistemapenale.it*, 20.10.2022, 172. Sul punto, v. anche H. Belluta, *Il contraddittorio sulla qualificazione giuridica*, in *DPP* 2024, 40; P. Bronzo, *Delega al governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d'appello*, in *CP* 2021, 3279.

[109] E. N. La Rocca e A. Mangiaracina, *Le impugnazioni ordinarie: tra "efficienza" e snellimento*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso e G. Varraso, Milano 2023, 908; L. Ludovici, *La trattazione in udienza delle impugnazioni ordinarie: il processo "cartolare" tra regola ed eccezioni*, in AA.VV., *La riforma Cartabia*, a cura di G. Spangher, Pisa 2022, 587-589. Con riguardo all'organo titolare del potere/dovere di disporre la trattazione orale, v. P. Di Geronimo, *Le novità del procedimento in Cassazione*, in AA.VV., *Nuove dinamiche del procedimento penale*, a cura di T. Bene. M. Bontempelli e L. Lupària Donati, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, diretto da G. L. Gatta e M. Gialuz, Torino 2024, 455, secondo cui il provvedimento in questione va assunto dal collegio a cui è assegnato il ricorso e non al presidente di Sezione, come si potrebbe ritenere con riguardo alle ipotesi dell'art. 611 co. 1-*quater* Cpp. In effetti, l'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp prevede che l'ordinanza disponga il rinvio, lasciando supporre che l'udienza cartolare sia già stata fissata. In secondo luogo, soltanto il collegio pare nella posizione di valutare l'eventualità del mutamento del *nomen iuris*, vertendosi su un aspetto relativo alla decisione del giudizio, a differenza dell'apprezzamento sulla rilevanza delle questioni sollevate con il ricorso.

[110] G. R. A. Miccoli, *op. cit.*, 22; P. Di Geronimo, *op. cit.*, 454-455.

[111] M. Cassano e C. Conti, *Due opposte letture della riforma Cartabia: mero efficientismo o ritorno al sistema?*, in *DPP* 2023, 1266.

Per quanto anche i lavori preparatori sembrino militare in questo senso[112], a dovere prevalere è il criterio dell'interpretazione letterale: la disposizione, che utilizza l'indicativo «dispone», è chiara nel prevedere un automatismo nell'instaurazione del contraddittorio[113].
Peraltro, se può giustificarsi nell'ambito del giudizio sostanzialistico svolto dalla Corte edu sul rispetto della Convenzione, la verifica sulla "prevedibilità" mal si attaglia, in assenza di richiami espressi, a una garanzia che, ormai, trova la sua fonte nel diritto interno.
Inoltre, al di là del fatto che, come si vedrà, la distinzione tra riqualificazioni "prevedibili" e "non prevedibili" è stata superata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea (v., *infra*, §9), rimane da rilevare che la possibilità di prefigurare il mutamento del *nomen iuris* rappresenta un parametro altamente discrezionale ed evanescente, che, in passato, ha legittimato le letture più restrittive della garanzia convenzionale.
È sufficiente richiamare, al riguardo, l'indirizzo della Suprema Corte che considera "prevedibile" la riqualificazione persino quando il diverso *nomen iuris* sia stato oggetto di discussione nel procedimento *de libertate* (v., *supra*, §6), pretendendosi che l'imputato articoli, in via preventiva, le proprie difese sulla base di un'eventualità concretizzatasi nel giudizio incidentale, in relazione a una piattaforma probatoria di regola inutilizzabile ai fini della decisione sulla responsabilità e dopo due gradi di giudizio in cui quell'ipotesi di definizione giuridica non ha trovato riscontro[114].
Rimane qualche interrogativo, alimentato dalla lettera dell'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp, circa i presupposti del rinvio dell'udienza.
La disposizione, prevedendo l'apertura del contraddittorio quando la Corte «ritiene di dare al fatto una definizione giuridica diversa», ha indotto parte della dottrina a ritenere che l'iniziativa officiosa non si leghi alla mera possibilità della variazione *in iure*, ma alla circostanza che sia già maturato il convincimento di dover procedere in questo senso[115].
Tuttavia, le esigenze di tutela dell'imparzialità dell'organo giudicante suggeriscono una soluzione diversa, imponendo che l'intervento delle parti venga disposto non appena emerga l'eventualità della riqualificazione e non all'esito di una decisione di fatto già assunta, rispetto alla quale il contraddittorio avrebbe una valenza solo formale.

---

[112] Equivoca, sul punto, è la relazione della Commissione Lattanzi, che aveva suggerito l'introduzione della disposizione per evitare la riqualificazione «a sorpresa da parte della Corte suprema»: Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2345*, in *www.sistemapenale.it*, 21.5.2021, 38. Più esplicita, invece, sembra la Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, in cui si legge che l'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp recepisce «la giurisprudenza CEDU di riferimento […] e [i]l consolidato orientamento della Suprema Corte che, in tema di correlazione tra accusa e sentenza, esclude la compressione o la limitazione del diritto al contraddittorio quando la diversa qualificazione giuridica del fatto non avvenga a sorpresa» e in cui si richiama una pronuncia della Corte di cassazione che aveva escluso l'instaurazione del contraddittorio nel giudizio di legittimità in un caso in cui il mutamento del *nomen iuris* doveva ritenersi prevedibile (Cass. 3.5.2021 n. 27905, in *CEDCass*, m. 281817): *Relazione illustrativa al decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134*, cit., 172.
[113] E. N. La Rocca e A. Mangiaracina, *op. cit.*, 908, secondo cui l'istituto è destinato a operare pure quando la riqualificazione non avvenga "a sorpresa". Pare esprimersi in questo senso anche L. Ludovici, *op. cit.*, 589. Sembra alludere all'automaticità dell'instaurazione del contraddittorio anche A. Chelo, *L'innovata fisionomia del giudizio di legittimità*, cit., 185, secondo cui la riforma Cartabia ha tradotto in legge «una buona pratica non sempre seguita o, comunque, non adeguatamente seguita dal Supremo Collegio».
[114] In questo senso, v. F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 268. Sul punto, v. anche L. Mele, *op. cit.*, 80 e 83.
[115] L. Ludovici, *op. cit.*, 589.

8. Così arenatasi la "rivoluzione" partita da Strasburgo, ben più fertili sono gli sviluppi che provengono dalla Corte di giustizia dell'Unione europea[116], a cui sembrano rimaste estranee le incoerenze e le ambiguità che hanno caratterizzato la giurisprudenza convenzionale.
Del resto, la prassi dei giudici di Lussemburgo, avendo per oggetto uno strumento di armonizzazione processuale (la dir. 2012/13/UE), marca la distanza dall'approccio della Corte di Strasburgo, che, apprezzando l'equità del procedimento "*as a whole*"[117], non è immune da una certa tendenza alla flessibilizzazione delle garanzie[118].
L'elaborazione della Corte di giustizia ruota attorno all'art. 6 dir. 2012/13/UE, a norma del quale si impone che, al più tardi al momento in cui il merito dell'accusa è sottoposto all'esame di un'autorità giudiziaria, siano fornite informazioni dettagliate sull'accusa, inclusa la natura e la qualificazione giuridica del reato (§3), e che, quando mutino le indicazioni in questione, ne sia data tempestiva informazione all'accusato, ove ciò sia necessario per salvaguardare l'equità del procedimento (§4).
Già a ridosso dell'entrata in vigore della dir. 2012/13/UE, si evidenziava che la stessa avrebbe riservato evoluzioni più radicali di quelle originate dalla giurisprudenza di Strasburgo, all'epoca già prossime a esaurirsi (v., *supra*, §§6 ss.)[119].
Tra le decisioni che hanno interessato l'art. 6 dir. 2012/13/UE, risultano centrali, per le ricadute interne, la sentenza nel caso Kolev del 2018[120] e quella nel caso BK del 2023[121].
Nella prima, di più ampio respiro, la Corte di giustizia ha chiarito che eventuali modifiche alle informazioni sull'accusa debbano essere comunicate all'imputato o al suo difensore «in un momento in cui questi ultimi abbiano ancora la possibilità di replicare in modo effettivo, prima della deliberazione», fermo restando il dovere di attuare ogni misura necessaria a garantire i diritti della difesa e l'equità del procedimento.
Ancora più rilevante, però, è la decisione nel caso BK, dedicata proprio al potere del giudice di modificare il *nomen iuris*. Nel procedimento *a quo*, il giudice bulgaro, prefigurandosi la possibilità della riqualificazione del fatto contestato, aveva dubitato della conformità alla dir. 13/2012/UE del diritto nazionale, che consente al giudice di ridefinire il fatto *in melius*, senza informare preventivamente la difesa. Inoltre, aveva ipotizzato che l'eventuale obbligo di

[116] A. Capone, *Reati colposi e correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 1403, che attribuisce agli indirizzi della Corte di giustizia la capacità di segnare il percorso verso la tendenziale assimilazione tra variazioni in fatto e in diritto dell'addebito.
[117] Sul punto, *ex multis*, v. Corte eur., 26.9.1996, Miailhe c. Francia (n. 2); Corte eur., 24.11.1993, Imbrioscia c. Svizzera.
[118] Sul punto, v. S. Ciampi, *op. cit.*, 117, che richiama la centralità delle operazioni di bilanciamento che caratterizzano, in modo sempre più evidente, l'operato della Corte edu in materia processualpenalistica. Un rilievo di questo genere si rinviene nelle conclusioni dell'Avvocato generale nel caso BK, intenzionato a marcare la distanza dalla giurisprudenza di Strasburgo: «è comprensibile che un siffatto approccio caso per caso possa sembrare accettabile nella giurisprudenza della Corte EDU. Tale giudice è incaricato di valutare *a posteriori* se il modo in cui è stato condotto un determinato procedimento penale abbia violato i diritti fondati sulla Convenzione. Tale giudice può, quindi, valutare retroattivamente, tenendo conto di tutte le circostanze del caso di cui trattasi, se un giudice che non abbia dato all'imputato la possibilità di difendersi contro le accuse oggetto di riqualificazione abbia violato la Convenzione. Tuttavia, se la direttiva 2012/13 mira a rafforzare la fiducia reciproca, tale opzione interpretativa presenta degli inconvenienti» (*Conclusioni dell'avvocato generale T. Ćapeta, presentate il 25 maggio 2023*, in *www.infocuria.curia.europa.eu*). Sul tema, più in generale, v. D. Negri, *Diritto costituzionale applicato: destinazione e destino del processo penale*, in AA.VV., *Nei limiti della Costituzione. Il codice repubblicano e il processo penale contemporaneo*, a cura di D. Negri e L. Zilletti, Milano 2019, 28.
[119] G. Biondi, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici*, cit., 19.
[120] C.G.UE, 5.6.2018, C-612/15, Kolev.
[121] C.G.UE, 9.11.2023, C-175/22, BK.

rendere edotto l'imputato dell'eventuale mutamento del titolo di reato potesse mettere in discussione la sua imparzialità e l'equità del procedimento.
La Corte di giustizia ha riconosciuto che «qualsiasi modifica della qualificazione giuridica dei fatti […] può avere un incidenza determinante sull'esercizio dei diritti della difesa». Ciò, all'evidenza, quando la diversa figura di reato contenga «elementi costitutivi nuovi», su cui l'imputato non abbia ancora avuto la possibilità di difendersi, ma anche quando la nuova fattispecie sia sovrapponibile, quanto a elementi costitutivi, a quella precedentemente contestata, non potendosi escludere che la difesa predisponga diversamente la propria strategia.
Né assume rilevanza, a questo fine, la circostanza che la riqualificazione sia *in melius* o *in peius*, trattandosi di un dato neutro rispetto all'esercizio delle prerogative difensive.
Ne consegue, secondo la Corte di Lussemburgo, una «regola chiara e di semplice applicazione», secondo cui «il giudice che si pronuncia nel merito di un procedimento penale è tenuto, quando intende riqualificare il reato, a informare tempestivamente l'imputato, o il suo avvocato […] in un momento e in condizioni che consentano a tale persona di predisporre efficacemente la propria difesa, dandole la possibilità di esercitare in modo concreto ed effettivo i diritti della difesa».
A giustificare la conclusione, secondo i giudici, è, in prima battuta, lo scopo della dir. 2012/13/UE, volta a rafforzare la fiducia reciproca tra gli Stati membri e, quindi, a facilitare il reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie. Né la soluzione elaborata profilerebbe una lesione all'imparzialità del giudice, tenuto conto che la mera informativa in ordine al possibile mutamento del *nomen iuris* non sarebbe indicativa di una decisione già assunta sulla colpevolezza dell'imputato[122].
La sentenza appena esaminata sembra mettere in crisi le soluzioni ermeneutiche consolidatesi tanto sul piano convenzionale, quanto su quello interno, con riguardo sia alla "prevedibilità" della riqualificazione (v., *infra*, §9), sia al differimento del contraddittorio alla fase delle impugnazioni (v., *infra*, §10), sia alla latitudine delle prerogative difensive (v., *infra*, §§11 ss.)[123].
Peraltro, nonostante la portata innovativa degli sviluppi appena esaminati, la Suprema Corte continua a pronunciarsi senza curarsi della decisione nel caso BK, *tamquam non esset*.
In alcune sentenze, addirittura, la Corte di cassazione, pur a fronte di motivi di ricorso che richiamano espressamente anche il *dictum* della Corte di giustizia, motiva il rigetto delle relative doglianze facendo riferimento alla sola giurisprudenza di Strasburgo[124].

[122] In senso critico rispetto alle argomentazioni fondate sulla fiducia reciproca e sull'assenza di pregiudizi per l'imparzialità del giudice, v. L. Bernardini, *op. cit.* In particolare, con riguardo alla fiducia reciproca, l'Autore sottolinea il rischio che, in altra occasione, questa possa rappresentare una leva non per rafforzare, ma per comprimere le garanzie processuali.
[123] A. Gaudieri, *op. cit.*, 208.
[124] Cass. 4.3.2025 n. 10496, in *Onelegale*. Come si legge nel "Ritenuto in fatto", contenete il sommario dei motivi di impugnazione, il ricorrente aveva dedotto che la sentenza impugnata, recante la riqualificazione giuridica del fatto, contravvenisse «a Corte di Giustizia UE, 9 novembre 2023, BK (Causa C-175/22) […], nella quale si chiarisce che qualsiasi modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione che incida su elementi costitutivi del fatto deve essere tempestivamente comunicata all'imputato o al suo avvocato prima della decisione, in modo da consentirgli di esercitare i diritti di difesa, così intendendo assicurare la piena tutela dell'imputato anche a fronte di modifiche in iure dell'imputazione, indipendentemente dall'eventuale loro prevedibilità». Nel "Considerato in diritto", peraltro, la Corte si è limitata a statuire come segue: «si replica al ricorso là dove richiama la giurisprudenza CEDU, che tale giurisprudenza non contrasta, nel caso concreto, con Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264438 – il cui insegnamento va, dunque ribadito in questa sede».

In altre pronunce, il giudice nomofilattico, pur dando atto dell'intervento della Corte di giustizia, sostiene che quest'ultimo vada «accomunato a quanto espresso dalla sentenza Drassich e dalla giurisprudenza di legittimità che ne è derivata»[125].

9. Negli orientamenti della Corte di cassazione, continua a trovare pieno riscontro la lettura fondata sulla "prevedibilità" della riqualificazione giuridica del fatto, quale fattore che legittima l'omessa sollecitazione del contraddittorio sul *nomen iuris* (v., supra, §6)[126].
Alla questione in esame è dedicata anche gran parte delle conclusioni dell'Avvocato generale nel caso BK. Richiamando il principio secondo cui il diritto dell'Unione europea può accordare una protezione più estesa rispetto a quella garantita dalla Corte edu (art. 52 §3 CDFUE), l'Avvocato generale ha rivendicato la praticabilità di un'interpretazione più rigorosa del diritto all'informazione sull'accusa, sollecitando la Corte a superare la distinzione, operata, anche se in modo non del tutto univoco, dalla giurisprudenza di Strasburgo (v., *supra*, §6), tra i casi in cui la nuova figura di reato contempli gli stessi elementi costitutivi di quella originariamente contestata e le fattispecie in cui ciò non avvenga[127].
I giudici di Lussemburgo si sono mossi in questa direzione[128], statuendo espressamente che «anche nell'ipotesi in cui il nuovo reato prospettato non contenga nuovi elementi costitutivi rispetto al reato precedentemente contestato […], la riqualificazione del reato da parte del giudice penale che statuisce nel merito resta nondimeno idonea a influire in modo non trascurabile sull'esercizio dei diritti della difesa»[129].
Se questo è il tenore del *dictum* europeo, la prassi interna non risulta condivisibile.
Vi sono pronunce in cui la Corte di cassazione, ribadendo la necessità di un vaglio sulla "prevedibilità" della riqualificazione, si limita a ribadire i principi di diritto consolidatisi a riguardo, richiamando, accanto alle pronunce della Corte edu, la sentenza nel caso BK[130].
L'accostamento, però, è del tutto infondato: la lettura offerta dalla Corte di giustizia si caratterizza proprio per la presa di distanza dagli indirizzi della giurisprudenza di Strasburgo.
In altre decisioni, poi, la Suprema Corte asserisce che non vi sia alcuna lesione della garanzia eurounitaria in una seria di casi e, cioè, quando: «il fatto è rimasto lo stesso nella sua dimensione storico-materiale»[131]; le condotte attribuite all'imputato «sono le medesime»[132]; la variazione del *nomen iuris* avviene «senza tuttavia alterare alcuno degli elementi contestati»[133]; il mutamento della cornice accusatoria non comporta «una novazione dei termini

[125] Cass. 19.2.2026 n. 6787, in *Onelegale*.
[126] Cass. 15.7.2025 n. 33171, in *Onelegale*; Cass. 17.6.2025 n. 25519, in *Onelegale*; Cass. 7.11.2024 n. 4713, in *Onelegale*; Cass. 24.4.2024 n. 26628, in *CEDCass*, m. 286754; Cass. 19.1.2024 n. 9457, in *CEDCass*, m. 286026.
[127] *Conclusioni dell'avvocato generale T. Ćapeta*, cit. Sul punto, v. G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §5.
[128] In senso adesivo rispetto all'approccio della Corte di giustizia, fondato sul diritto eurounitario, v. L. Bernardini, *op. cit*.
[129] C.G.UE, 9.11.2023, C-175/22, BK.
[130] Cass. 19.1.2024 n. 9457, in *CEDCass*, m. 286026, in cui, dopo avere ribadito i principi enunciati dalla sentenza Drassich, la Corte si limita a un fugace riferimento al caso BK («C. EDU, sent. del 11/12/2007, n. 25575/04, Drassich c. Italia; di recente, Corte di giustizia UE, sent. 9 novembre 2022, BK, C-175/22»). Nello stesso senso, v. Cass. 17.6.2025 n. 25519, in *Onelegale*; Cass. 24.4.2024 n. 26628, in *CEDCass*, m. 286754.
[131] Cass. 17.6.2025 n. 25519, in *Onelegale*, in un caso in cui il giudice d'appello aveva mutato il titolo di reato da concorso esterno in associazione mafiosa ad associazione per delinquere di stampo mafioso di cui all'art. 416-*bis* Cp.
[132] Cass. 15.7.2025 n. 33171, in *Onelegale*, in un caso in cui il giudice di primo grado aveva riqualificato il reato di atti persecutori di cui all'art. 612-*bis* Cp in quello di molestie di cui all'art. 660 Cp.
[133] Cass. 3.4.2025 n. 25393, in *Onelegale*, in un caso in cui, vertendosi sull'inosservanza degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale, il giudice di prime cure aveva riqualificato la contravvenzione di cui all'art. 75 co. 1 d.lgs. 6.9.2011 n. 159 nel più grave delitto di cui all'art. 75 co. 2 d.lgs. 159/2011.

dell'addebito»[134]; «nell'imputazione figurino *ab origine* elementi di fatto che rendano prevedibile la diversa qualificazione giuridica come uno dei possibili epiloghi decisori del giudizio, in relazione al quale il difensore abbia avuto la possibilità di interloquire»[135].
Le statuizioni in esame appaiono in aperto contrasto con la pronuncia nel caso BK. Per un verso, poco rileva che il fatto rimanga lo stesso: del resto, la sua identità è il presupposto perché si possa discorrere di mera riqualificazione giuridica. Per altro verso, se la variazione del *nomen iuris* senza previo contraddittorio non è ammissibile quando le due figure di reato condividono gli stessi elementi costitutivi, *a fortiori* non è legittimo quando queste constano di elementi diversi, per quanto le relative circostanze di fatto siano esplicitate nell'imputazione.
Inoltre, nonostante la Corte di Lussemburgo abbia preso in esame una sola delle declinazioni della prevedibilità, afferente alla struttura delle norme incriminatrici, la sua giurisprudenza sembra superare la distinzione tra modifiche prefigurabili e non prefigurabili del titolo di reato, su cui si fonda, invece, la prassi nazionale (v., *supra*, §6).
Lo si evince anche dalle conclusioni dell'Avvocato generale, su cui riposa l'intera *ratio decidendi* della Corte: l'interpretazione proposta, pienamente accolta dai giudici, si fonda proprio sull'elaborazione di una regola chiara, «molto più semplice, poiché non implica valutazioni soggettive da parte del giudice»[136], a cui si possono ascrivere tutti gli apprezzamenti sull'asserita prevedibilità della riqualificazione.

10. La Suprema Corte non ha messo in discussione nemmeno la legittimità della scelta di differire alle impugnazioni il contraddittorio sul mutato titolo di reato, ribadendo che sia sufficiente, perché l'imputato possa esercitare in modo concreto ed effettivo il diritto di difesa, la possibilità di contestare il nuovo *nomen iuris* con l'appello o con il ricorso per cassazione[137].
Anche in questo caso, però, di diverso tenore sono le indicazioni che provengono dalla Corte di giustizia, che ha interpretato in modo rigoroso il riferimento, contenuto nell'art. 6 §4 dir. 2012/13/UE, alla "tempestività" dell'informazione sulla modifica della natura dell'accusa.
La decisione nel caso BK, infatti, chiarisce che l'art. 6 §4 dir. 2012/13/UE «osta a una giurisprudenza nazionale che consente a un giudice che si pronuncia nel merito di un procedimento penale di adottare una qualificazione giuridica dei fatti contestati diversa da quella inizialmente adottata dal pubblico ministero senza informare tempestivamente l'imputato della nuova qualificazione prospettata in un momento e in condizioni che gli consentano di predisporre efficacemente la propria difesa».
L'obbligo grava in modo univoco sul «giudice che si pronuncia nel merito di un procedimento penale», come è, pacificamente, il giudice di primo grado. Ciò ben si comprende se si considera che il rinvio pregiudiziale era stato sollevato da un tribunale di prima istanza, che dubitava della sua prerogativa di dare al fatto un *nomen iuris* diverso da quello contestato dall'accusa.

[134] Cass. 19.2.2026 n. 6787, in *Onelegale*.
[135] Cass. 7.11.2024 n. 4713, in *Onelegale*, in un caso in cui il giudice d'appello aveva mutato il titolo di reato da furto di cui all'art. 624 Cp a furto in abitazione di cui all'art. 624-*bis* Cp.
[136] Appaiono illuminanti, a riguardo, le parole spese sul punto dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni, secondo cui l'impostazione proposta, poi accolta dalla Corte di giustizia, «anche se suscettibile di prolungare il procedimento, è molto più semplice, poiché non implica valutazioni soggettive da parte del giudice. Di converso, essa impone una norma chiara: qualora il giudice ritenga necessario riqualificare i fatti di reato, esso deve informare l'imputato della nuova accusa e consentirgli di reagire all'accusa come riqualificata presentando una nuova difesa»: *Conclusioni dell'avvocato generale T. Ćapeta*, cit.
[137] Cass. 19.2.2026 n. 6787, in *Onelegale*; Cass. 15.7.2025 n. 33171, in *Onelegale*; Cass. 27.5.2025 n. 25433, in *Onelegale*; Cass. 12.5.2025 n. 27860, in *Onelegale*; Cass. 3.4.2025 n. 25393, in *Onelegale*; Cass. 24.1.2025 n. 6528, in *CEDCass*, m. 287589; Cass. 10.9.2024 n. 42635, in *Onelegale*.

Che, nella visione della Corte di giustizia, il contraddittorio sul nuovo titolo di reato non possa essere procrastinato all'appello o, addirittura, al ricorso per cassazione[138] lo si evince anche avendo riguardo alla necessità di assicurare l'esercizio «concreto ed effettivo» del diritto di difesa, in tutte le sue ramificazioni. Quest'ultimo, infatti, non può ridursi al solo contraddittorio argomentativo, a cui paiono guardare sia la giurisprudenza di Strasburgo (v., *supra*, §6.2), sia l'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp (v., *supra*, §7). Il semplice diritto di «disquisire»[139] sul titolo di reato, infatti, rappresenta la meno significativa delle facoltà dell'imputato[140], l'unica che pare potersi adeguatamente tutelare in sede di impugnazione[141].
Di ben altra pregnanza sono, invece, le prerogative istruttorie, che, come ci si appresta a vedere, non trovano sufficiente garanzia nelle fasi successive al dibattimento (v., *infra*, §§11.1 ss.).

11. Il profilo relativo al diritto alla prova risulta pressoché trascurato dalla prassi interna: a seguito della pronuncia nel caso BK, non vi è stata, nella giurisprudenza della Suprema Corte, una chiara rimeditazione in ordine alla latitudine del diritto di difesa, ancora concepito come mero apporto argomentativo.
Eppure, la Corte di giustizia attribuisce espressa rilevanza alle prerogative istruttorie.
Nell'esigere che l'eventualità della variazione del titolo di reato venga resa nota prima della decisione sul merito, la decisione del caso BK ha fatto riferimento alla necessità di assicurare all'imputato la possibilità «di contestare la sua colpevolezza cercando di dimostrare l'assenza di uno o più elementi costitutivi del reato contestato»[142]. Ancora più esplicita, sul punto, è la sentenza nel caso Kolev, secondo cui l'informazione sul possibile mutamento del *nomen iuris* va fornita in un momento in cui sia consentito all'imputato «formulare qualsiasi richiesta, in particolare, istruttoria», che avrebbe diritto di presentare «ai sensi del diritto nazionale»[143].
Il riconoscimento del diritto alla prova, dunque, è una condizione necessaria perché si possa discorrere di esercizio «concreto ed effettivo» del diritto di difesa: ciò, invero, non solo sul versante eurounitario, ma, già prima, su quello costituzionale (art. 111 co. 3 Cost.).
Del resto, ogni operazione di riqualificazione giuridica ha riflessi anche sugli elementi di fatto[144], ridefinendo il *thema probandum*[145]. L'individuazione del titolo di reato «funge da parametro selettivo per valutare la rilevanza degli enunciati di prova», così che la modifica *in iure* può rendere rilevanti temi di prova che prima non erano tali[146].

---

[138] G. Varraso, *Le nullità dell'imputazione tra quadro normativo nazionale e giurisprudenza europea*, in *www.sistemapenale.it*, 17.10.2024, 24; F. Zacchè, Iura novit curia *e obblighi informativi*, cit., 387. Già prima della sentenza nel caso BK, nel senso che la posticipazione del contraddittorio alle fasi delle impugnazioni potesse presentare profili di contrasto con l'art. 6 dir. 2012/13/UE, v. A. Capone, Much ado about nothing, cit., 20; L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 569.
[139] A. Bigiarini, *Il caso Drassich dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, in *DPP* 2014, 851.
[140] Sul punto, v. G. Varraso, *Le nullità dell'imputazione*, cit., 25, secondo cui la sufficienza dell'ascolto delle parti è da considerarsi del tutto eccezionale; F. Zacchè, *Cassazione e* iura novit curia, cit., 785, che sottolinea come la mera «disquisizione in diritto» non garantisca l'esercizio concreto ed effettivo del diritto di difesa.
[141] S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale*, cit., 146.
[142] C.G.UE, 9.11.2023, C-175/22, BK.
[143] C.G.UE, 5.6.2018, C-612/15, Kolev. L'affermazione è stata confermata, in seguito, in C.G.UE, 13.6.2029, C-646/17, Moro.
[144] M. Aranci, *Riqualificazione* in iure *dell'imputazione*, cit., 18.
[145] G. Centamore, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto*, cit., 49; R. E. Kostoris, *op. cit.*, 2522-2523; C. Naimoli, *op. cit.*, 1518; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 299-300.
[146] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 66 e 68. In senso analogo, R. Casiraghi, *op. cit.*, 118; F. Dinacci, *op. cit.*, 179; R. E. Kostoris, *op. cit.*, 2522-2523.

Ciò avviene, per esempio, quando la nuova figura di reato contempli elementi costitutivi diversi, rispetto ai quali si pone l'esigenza di assicurare all'imputato il diritto alla prova contraria: «i fatti incompatibili […] variano a seconda della qualificazione giuridica»[147].
Lo stesso si verifica quando, per effetto del mutamento del *nomen iuris*, divenga rilevante la prova di fatti a cui la legge correla cause di non punibilità o circostanze attenuanti speciali.
Ciò emerge chiaramente se si ha riguardo alla particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* Cp, che soffre preclusioni quantitative e qualitative, o a disposizioni speciali, come quella di cui all'art. 649 Cp, riservata ad alcuni reati contro il patrimonio.
Nel primo caso, per esempio, a fronte di una contestazione per la quale può operare la causa di non punibilità, l'imputato potrebbe valorizzare la propria condotta susseguente al reato (art. 131-*bis* co. 1 Cpp), che, per ragioni di strategia difensiva, potrebbe avere interesse a non fare emergere, a fronte di un addebito per cui la disposizione non si applica.
Con riguardo alla seconda ipotesi, invece, è sufficiente ipotizzare che, contestato il reato di circonvenzione di incapace, il giudice propenda per la qualificazione del fatto come truffa: a detta di parte della giurisprudenza di legittimità, la causa di non punibilità di cui all'art. 649 Cp, non applicabile ai delitti commessi con violenza alla persona, opera solo per la seconda fattispecie[148]. La difesa, quindi, potrebbe volere dimostrare la coabitazione con la persona offesa, se fratello o sorella dell'imputato, per escludere la punibilità della truffa, mentre, a fronte dell'originaria contestazione, potrebbe avere interesse a mantenere riservata la circostanza.
Alla luce di quanto si è detto, è sul versante delle prerogative istruttorie che il differimento del contraddittorio mostra più il fianco: l'esercizio del diritto alla prova, infatti, deve fare i conti con i parametri ammissivi delle richieste istruttorie nelle fasi delle impugnazioni.
È la stessa Corte di giustizia, del resto, a richiamare la disciplina interna, con il cenno alla proposizione di istanze «ai sensi del diritto nazionale»[149]. Non pare trattarsi, peraltro, di un rinvio in bianco ai criteri previsti dalle legislazioni degli Stati membri, quali che questi siano. Il riferimento, infatti, va letto in uno con quello alla necessità di garantire l'esercizio «concreto ed effettivo» del diritto di difesa, che sembra presupporre un esercizio altrettanto «concreto ed effettivo» del diritto alla prova. Perché sia garantita la conformità alla disciplina eurounitaria, quindi, è necessario che i parametri alla stregua dei quali vengono valutate le richieste istruttorie siano sufficientemente flessibili da servire l'obiettivo, espressamente considerato dalla Corte sovranazionale, di consentire all'imputato la possibilità «di dimostrare l'assenza di uno o più elementi costitutivi del reato contestato»[150].

11.1. Nel giudizio di appello, le richieste di prova soggiacciono ai criteri dell'art. 603 Cpp[151].
Ad assicurare appieno le prerogative dell'imputato sarebbe soltanto la regola dell'art. 603 co. 2 Cpp, che, in materia di prove *noviter repertae*, rinvia ai criteri tipici del primo grado di cui all'art. 495 Cpp. Per quanto parte della dottrina suggerisca una lettura correttiva, facendo

[147] A. Capone, Iura novit curia, cit., 64.
[148] Cass. 27.4.2021 n. 18997, in *CEDCass*, m. 281231, secondo cui «se al reato in questione [la circonvenzione di incapace] è estraneo il requisito della violenza fisica, non è così per quello della violenza morale. D'altronde il richiamo alla "violenza" contenuto nel comma menzionato va, alla stregua dei precedenti prima citati, riferito non solo alla violenza fisica, bensì pure a quella morale, poiché essa rappresenta una forma di coazione psichica, che può essere parificata alla violenza materiale»; Cass. 4.7.2008 n. 35528, in *CEDCass*, m. 241512.
[149] C.G.UE, 5.6.2018, C-612/15, Kolev. L'affermazione è stata confermata, in seguito, da C.G.UE, 13.6.2029, C-646/17, Moro.
[150] C.G.UE, 9.11.2023, C-175/22, BK.
[151] Sul punto, v. V. Vasta, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello (un carattere poliedrico)*, Bari 2025, 28 s.

ricorso al parametro in esame[152], le prove la cui rilevanza sia sopravvenuta a seguito della sentenza di primo grado non paiono potersi inquadrare nella fattispecie dell'art. 603 co. 2 Cpp, limitata a quelle sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di prime cure.
Le prove in esame sembrano piuttosto da ricondurre al *genus* di quelle *noviter productae* di cui all'art. 603 co. 1 Cpp[153]. A questa categoria, secondo l'orientamento dominante, si ascrivono tutte quelle prove, già note alle parti ma non assunte nel giudizio di prima istanza, della cui «importanza, rilevanza e incidenza sulla vicenda processuale [le parti stesse] non avevano avuto consapevolezza, prima del giudizio di appello»[154].
Si ricadrebbe, così, in una delle fattispecie di "rinnovazione facoltativa"[155], vincolata alla "non decidibilità allo stato degli atti". Il parametro ammissivo risulta ben più rigido di quello previsto nell'ipotesi di "rinnovazione obbligatoria" di cui all'art. 603 co. 2 Cpp[156], chiamando il giudice a una valutazione discrezionale che può emergere anche solo implicitamente dalla motivazione della sentenza di appello[157] e che, di regola, è incensurabile in cassazione[158].
La situazione è ancora più critica se si ha riguardo alla riqualificazione operata all'esito del giudizio abbreviato, nel quale «la rinuncia all'acquisizione di ulteriori elementi è difficilmente conciliabile con il recupero di poteri probatori nel giudizio di secondo grado»[159].
Proprio in ragione della rinuncia al diritto alla prova, manifestata "a monte" con la richiesta di definizione alternativa, si esclude che l'art. 603 co. 1 Cpp possa essere impiegato per l'assunzione di prove che avrebbero potuto essere acquisite nel giudizio di prima istanza. Rimane ferma soltanto la facoltà di sollecitare l'esercizio dei poteri officiosi di cui all'art. 603 co. 3 Cpp[160]. Del resto, nel rito contratto, non è pacifica nemmeno la disciplina delle prove

---

[152] A. Capone, Much ado about nothing, cit., 18, secondo cui, per evitare lesioni al diritto di difesa, occorre che, nel giudizio di appello «si valutino con una certa larghezza le eventuali richieste istruttorie delle parti»; L. De Matteis, *Diversa qualificazione del reato*, in *CP* 2008, 1648. Sul punto v. anche S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale*, cit., 148, secondo cui, pur dovendosi escludere, a rigore, la riconduzione delle prove in esame a quelle di cui all'art. 603 co. 2 Cpp, si potrebbe optare per una lettura correttiva: «non essendovi stato motivo, in base all'imputazione, di orientare le proprie istanze probatorie verso gli elementi che ora, invece, nell'appello che segue la riqualificazione, assumerebbero grande importanza, la prova richiesta potrebbe essere stata effettivamente scoperta solo dopo il giudizio di primo grado».
[153] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 273. Sul punto, v. anche R. Casiraghi, *op. cit.*, 119, secondo cui l'art. 603 Cpp non riconosce alle parti il diritto incondizionato alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.
[154] P. Gaeta e A. Macchia, *L'appello*, in *Trattato di procedura penale*, V, a cura di G. Spangher, Torino 2009, 534. Nello stesso senso, v. C. Fiorio, *Funzioni, caratteristiche ed ipotesi del giudizio d'appello*, in AA.VV., *Le impugnazioni penali*, diretto da A. Gaito, I, 343, secondo cui la categoria delle "prove nuove" di cui all'art. 603 co. 1 Cpp si ricava per differenza rispetto al novero delle prove *noviter repertae*; L. Pulito, *La rinnovazione istruttoria "europea". Overturning in appello e giusto processo*, Bari 2020, 35, secondo cui, nella categoria delle prove *noviter productae* rientrano tutte quelle non assunte in primo grado, anche se conosciute all'epoca della sua celebrazione, ma ritenute non rilevanti o incidenti sulla vicenda processuale prima della sentenza.
[155] Sulla distinzione tra rinnovazione "facoltativa" e "obbligatoria", V. Vasta, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, cit., 24-25.
[156] L. Pulito, *La rinnovazione istruttoria "europea"*, cit., 36; S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale*, cit., 148, secondo cui il criterio della "non decidibilità allo stato degli atti" può arrivare a inibire completamente l'introduzione di nuovi elementi.
[157] Cass. 4.12.2024 n. 2910, in *CEDCass*, m. 287482; Cass. 13.09.2016 n. 47963, in *CEDCass*, m. 268657.
[158] Cass. 10.10.2018 n. 48093, in *CEDCass*, m. 274230; Cass. 19.2.2004 n. 18660, in *CEDCass*, m. 228353.
[159] D. Vigoni, *L'appello contro la sentenza nel giudizio abbreviato fra lacune normative e regole giurisprudenziali*, in *DPP* 2019, 416. Sul tema, v. anche R. Aprati, *Giudizio abbreviato e imprevedibilità della rinnovazione istruttoria in appello*, in *AP* 2013 (3), 1 s.
[160] V. Vasta, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, cit., 188. In giurisprudenza, in questo senso, v. Cass. 5.12.2017 n. 7012, in *CEDCass*, m. 272579; Cass. 20.7.2017 n. 560449, in *CEDCass*, m. 272426. Come sottolineato da D. Vigoni, *L'appello contro la sentenza nel giudizio abbreviato*, cit., 416, la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale ai sensi dell'art. 603 co. 1 Cpp può essere ammessa nei soli casi in cui debba essere riassunta una prova già acquisita in primo grado, perché oggetto di una richiesta di giudizio abbreviato

noviter repertae[161]: se alcune pronunce applicano parametri analoghi a quelli dell'art. 603 co. 2 Cpp[162], altre decisioni, rimarcando il carattere definitivo della rinuncia al diritto alla prova, consentono la rinnovazione soltanto ai sensi dell'art. 603 co. 3 Cpp[163].
Tanto nel procedimento ordinario, quanto nel rito abbreviato, la disciplina dell'assunzione della prova in appello è inidonea a garantire il pieno esercizio delle prerogative istruttorie dell'imputato. Si trae così ulteriore conferma del fatto che è il giudizio di primo grado, nel quale il diritto alla prova trova il suo più ampio riconoscimento, la sede idonea allo sviluppo del contraddittorio sul *nomen iuris*, dovendosi escludere la legittimità del suo differimento al giudizio di seconda istanza. Oltretutto, si tratta dell'unica soluzione in grado di garantire il diritto al doppio grado di merito[164].

11.2. I problemi si complicano se si considera l'eventualità che la riqualificazione del fatto venga operata, senza previa interlocuzione con le parti, nella sentenza di primo grado inappellabile o in quella di secondo grado oppure, pur dopo avere sollecitato il contraddittorio ai sensi dell'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp, nel giudizio di legittimità.
Muovendo dal rilievo per cui il procedimento davanti alla Suprema Corte è strutturalmente inidoneo allo svolgimento di attività istruttoria[165], si potrebbe ipotizzare l'annullamento con rinvio della sentenza di merito[166] ogniqualvolta l'imputato, con il ricorso per cassazione o nell'udienza fissata ai sensi dell'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp, manifesti l'intenzione di formulare nuove richieste di prova con riferimento al mutato titolo di reato.
Non mancano, nella giurisprudenza di legittimità, decisioni che sembrano andare in questa direzione. La Suprema Corte ha affermato che, qualora la nuova qualificazione incida sulle strategie difensive, l'imputato debba essere restituito nella facoltà di esercitare pienamente il diritto di difesa, anche attraverso la proposizione di richieste di prova rilevanti in relazione al diverso *nomen iuris*[167]. La Corte di cassazione, sul punto, ha richiamato una propria pronuncia, risalente al 2014, che aveva individuato proprio nell'annullamento con rinvio la soluzione volta a garantire l'esercizio del diritto di difesa, anche attraverso la formulazione di richieste istruttorie[168].

condizionato o di un'integrazione officiosa.
[161] Sul punto, v. la posizione espressa da D. Vigoni, *L'appello contro la sentenza nel giudizio abbreviato*, cit., 416, secondo cui, nell'ipotesi di prove *noviter repertae*, la rinnovazione dovrebbe disporsi nel solo caso di sentenza di condanna e al fine di dimostrare l'innocenza dell'imputato, in ossequio alle esigenze di economia processuale e a quelle di giustizia sostanziale: in questa eventualità, infatti, sarebbe comunque consentita la revisione del giudicato di condanna e la possibilità di ricorrere in appello al supplemento istruttorio conduce al medesimo risultato dell'impugnazione straordinaria, anticipandone l'esito.
[162] Cass. 17.10.2013 n. 44947, in *CEDCass*, m. 257977; Cass. 3.2.2012 n. 9267, in *CEDCass*, m. 252108.
[163] Cass. 30.11.2021 n. 5629, in *CEDCass*, m. 282585; Cass. 19.9.2019 n. 51901, in *CEDCass*, m. 278061; Cass. 21.5.2019 n. 37901, in *CEDCass*, m. 276913; Cass. 7.11.2018 n. 12968, in *CEDCass*, m. 276318; Cass. 19.4.2013 n. 19253, in *AP* 2013 (3), 1 s.; Cass. 18.1.2011 n. 3609, in *CEDCass*, m. 249161.
[164] G. Biondi, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., 337; F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 273; F. Cassibba, *Art. 6*, cit., 230. Fa riferimento al profilo in questione anche A. Capone, Much ado about nothing, cit., 20. Il problema è stato segnalato, pur isolatamente, anche in giurisprudenza: sul punto, v. la risalente Cass. 19.2.2010 n. 20500, in *CEDCass*, m. 247371, in cui si rilevava che, per effetto della riqualificazione operata dalla sentenza di appello, l'imputato avesse potuto contestare il nuovo titolo di reato soltanto con il ricorso per cassazione, così «perdendo una fase di merito».
[165] R. E. Kostoris, *op. cit.*, 2524; S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 62.
[166] In questo senso, v. G. Aimonetto, *op. cit.*, 1528; M. Caianiello, *op. cit.*, 176; A. Capone, Much ado about nothing, cit., 18; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2150; C. Naimoli, *op. cit.*, 1519; S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale*, cit., 269; G. Varraso, *Le nullità dell'imputazione*, cit., 25.
[167] Cass. 15.7.2025 n. 33171, in *Onelegale*; Cass. 27.5.2025 n. 25433, in *Onelegale*; Cass. 3.4.2025 n. 25393, in *Onelegale*; Cass. 10.9.2024 n. 42635, in *CEDCass*, m. 287235.
[168] Cass. 17.10.2014 n. 47413, in *CEDCass*, m. 260960. Nello stesso senso, v. Cass. 9.10.2014 n. 46401, in

Nelle pronunce più recenti, peraltro, non si rinvengono annullamenti delle sentenze di appello. Talvolta, il principio appena esaminato è richiamato come mero *obiter dictum*[169]. Talaltra, la Suprema Corte ha rigettato i ricorsi, rilevando che l'imputato non avesse dedotto in modo specifico la lesione alle prerogative difensive[170].
In ogni caso, nemmeno il giudizio di rinvio sembra consentire, allo stato, un esercizio concreto ed effettivo del diritto alla prova, nonostante l'art. 627 co. 2 Cpp ponga il criterio, apparentemente meno stringente di quello previsto dall'art. 603 co. 1 Cpp, della "rilevanza per la decisione"[171]. La giurisprudenza, infatti, adotta una lettura fortemente restrittiva del canone in esame: muovendo da quanto dispone l'art. 627 co. 2 Cpp, a norma del quale il giudice del rinvio decide con gli stessi poteri che aveva il giudice la cui sentenza è stata annullata, la Suprema Corte sostiene che, anche nel giudizio rescissorio, si applichi l'art. 603 Cpp[172].
Si ripropongono così le aporie già esaminate in precedenza[173] (v, *supra*, §11.1).

12. Tanto premesso sulle prerogative istruttorie, va dato atto che al diritto di difesa si riconduce unanimemente, oltreché il diritto di argomentare sul *nomen iuris* e il diritto alla prova, anche il diritto di optare per un procedimento speciale[174].
Occorre comprendere, allora, se la necessità di assicurare l'esercizio «concreto ed effettivo» del diritto di difesa, a cui fa riferimento la Corte di giustizia, postuli pure la necessità di assicurare la rimessione in termini per la scelta del rito a seguito della riqualificazione giuridica del fatto.
Il titolo di reato incide in modo decisivo sulle forme di definizione alternativa: da una parte, la disciplina dei procedimenti speciali contiene condizioni ostative che fanno leva sul *quantum* di pena[175] o sul *nomen iuris*[176]; dall'altra parte, a fronte di una certa contestazione, il rito premiale, pur in astratto consentito, può risultare in concreto non conveniente[177].

CEDCass, m. 261047; Cass. 9.3.2017 n. 22296, in *CEDCass*, m. 269992; Cass. 17.2.2022 n. 15888, in *Onelegale*.
[169] Cass. 15.7.2025 n. 33171, in *Onelegale*; Cass. 3.4.2025 n. 25393, in *Onelegale*.
[170] Cass. 27.5.2025 n. 25433, in *Onelegale*; Cass. 7.11.2024 n. 4173, in *Onelegale*; Cass. 10.9.2024 n. 42635, in *CEDCass*, m. 287235. Su questa linea, v. anche Cass. 19.2.2026 n. 6787, in *Onelegale*.
[171] V. Vasta, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, cit., 202, in cui si sottolinea che il parametro dell'art. 627 co. 2 Cpp si giustifica poiché il giudizio rescissorio rappresenta l'ultima fase di merito, idonea a definire il procedimento e, per questo, svincolata dai parametri più rigidi di cui all'art. 603 Cpp.
[172] Cass. 3.12.2019 n. 12690, in *CEDCass*, m. 278703; Cass. 9.5.2014 n. 28225, in *CEDCass*, m. 260939. Quanto al giudizio di rinvio a seguito di giudizio abbreviato, nel senso della specialità dell'art. 627 co. 2 Cpp rispetto all'art. 603 Cpp, v. V. Vasta, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello*, cit., 216-217.
[173] Pare esprimersi in questo senso anche L. De Matteis, *Diversa qualificazione del reato*, in *CP* 2008, 1648, laddove, riflettendo sui criteri che governano l'attività istruttoria nelle fasi delle impugnazioni, afferma che, per correggere le storture che si manifestano nel giudizio di legittimità, occorrerebbe una modifica normativa o una questione di legittimità costituzionale.
[174] G. Biondi, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici*, cit., 8. Nello stesso senso, v. anche A. Bellucci, *Errori di qualificazione giuridica. La difesa paga per* tutti, in *D&G* 2025 (131), 6; G. Biondi, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., 335; F. Giunchedi, *op. cit.*, 181; S. Ciampi, *op. cit.*, 94; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2141.
[175] V., per esempio, l'art. 438 co. 1-*bis* Cpp, che esclude il giudizio abbreviato per i reati puniti con la pena dell'ergastolo; l'art. 444 co. 1 Cpp, che preclude l'accesso al patteggiamento allargato quando la pena da applicare superi i cinque anni; l'art. 464 co. 1 Cpp, che, in combinato disposto con l'art. 168 co. 1 Cp, esclude la sospensione del procedimento con messa alla prova per i reati puniti con la pena detentiva superiore a quattro anni.
[176] V., per esempio, l'art. 444 co. 1-*bis* Cpp, che esclude l'accesso al patteggiamento allargato per alcuni gravi reati, individuati a mezzo del *nomen iuris*; l'art. 464 co. 1 Cpp, che, in combinato disposto con gli artt. 168 co. 1 Cp e 550 co. 2 Cpp, limita l'accesso alla sospensione del procedimento con messa alla prova ai reati per cui il pubblico ministero procede nelle forme della citazione diretta a giudizio.
[177] A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2145.

Sul piano interno, per quanto si riconosca unanimemente che la facoltà di optare per un procedimento deflattivo del dibattimento rappresenti una delle modalità «tra le più qualificanti» e «incisive» di esercizio del diritto di difesa[178], la prassi ha sempre escluso la necessità di parificare, sul punto, la disciplina delle modifiche *in facto* e di quelle *in iure* dell'addebito.
Invero, nell'impostazione codicistica originaria, nemmeno le variazioni ai primi davano diritto di accedere ai procedimenti speciali[179], muovendosi dalla presunta inconciliabilità tra l'avvenuto avvio del giudizio e la *ratio* di economia processuale sottesa ai riti premiali. Su questa linea, si era mossa anche la Corte costituzionale, ponendo l'accento sulle finalità di deflazione sottese alle forme di definizione alternativa[180].
A rivoluzionare il quadro è stata, negli anni, la Consulta, con una «storia giurisprudenziale»[181] iniziata nel 1994, quando fu dichiarata l'illegittimità costituzionale degli artt. 516 e 517 Cpp, nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il patteggiamento, in caso di nuova contestazione "patologica" e, cioè, laddove il nuovo addebito concernesse un fatto già risultate dagli atti di indagine[182].
Cominciò in questo modo una lunga scia di declaratorie di incostituzionalità[183], che ha finito per superare la distinzione tra nuove contestazioni "patologiche" e "fisiologiche", consentendo l'opzione per il rito premiale anche nei casi in cui la modifica dell'imputazione si fosse giustificata in ragione degli sviluppi dell'istruttoria dibattimentale e relegando la *ratio* di

[178] Tra le tante, v. C. cost., 26.10. 2012 n. 237; C. cost. 25.5.2004 n. 148; C. cost., 11.12.1995 n. 497. In questi termini, v. anche C. cost., 11.4.2019 n. 82, secondo cui «la possibilità di richiedere riti alternativi si salda a fil doppio al diritto di difesa, in particolare, al diritto di scegliere il modello processuale più congegnale all'esercizio di quel diritto».
[179] C. Naimoli, *op. cit.*, 1504.
[180] C. cost., 31.5.1990 n. 277; C. cost., 28.12.1990 n. 593; C. cost., 11.05.1992 n. 213; C. cost., 8.7.1992 n. 265
[181] M. Santoro, *Nuove contestazioni e accesso ai riti alternativi: verso un percorso assiologicamente definito*, in *CP* 2021, 3047.
[182] C. cost., 30.6.1994 n. 265.
[183] Nel 1995, fu dichiarata l'incostituzionalità degli artt. 516 e 517 Cpp, nella parte in cui non prevedevano la facoltà dell'imputato di proporre la domanda di oblazione relativamente al fatto diverso o al reato concorrente contestato in dibattimento, senza distinzioni in ordine alla natura della modifica (C. cost., 29.12.1995 n. 530). Nel 2009, fu accertata l'illegittimità dell'art. 517 Cpp nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente contestato in dibattimento, in caso di nuova contestazione "patologica" (C. cost., 18.12.2009 n. 333). Nel 2012, fu dichiarata l'illegittimità dell'art. 517 Cpp, nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al reato concorrente emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione (C. cost., 26.10.2012 n. 237). Nel 2014-2015, fu accertata l'incostituzionalità dell'art. 517 Cpp, nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il patteggiamento (C. cost., 25.6.2014 n. 184) e il giudizio abbreviato (C. cost., 9.7.2015 n. 139), in seguito alla contestazione "patologica" nel dibattimento di una circostanza aggravante. Sempre nel 2014, la stessa sorte toccò all'art. 516 Cpp, nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il giudizio abbreviato relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale, che forma oggetto della nuova contestazione (C. cost., 5.12.2014 n. 273). Nel 2017, è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 516 Cpp, nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento il patteggiamento relativamente al fatto diverso emerso nel corso dell'istruzione dibattimentale (C. cost., 17.7.2017 n. 206). Nel 2018, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 517 Cpp, nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevedeva la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova (C. cost., 5.7.2018 n. 141). Nel 2019, è stato dichiarato illegittimo l'art. 517 Cpp, nella parte in cui non prevedeva la facoltà dell'imputato di accedere al medesimo rito per un reato concorrente (C. cost., 11.4.2019 n. 82). Nel 2020, la declaratoria di incostituzionalità ha riguardato l'art. 516 Cpp, nella parte in cui non consentiva all'imputato di chiedere, a seguito della modifica dell'imputazione, la sospensione del procedimento con messa alla prova (C. cost., 11.2.2020 n. 14). Infine, nel 2022, è stata dichiarata l'illegittimità dell'art. 517 Cpp, nella parte in cui non prevede, in seguito alla contestazione di reati connessi ai sensi dell'art. 12 co. 1 lett. *b* Cpp, la facoltà dell'imputato di chiedere la sospensione del procedimento con messa alla prova (C. cost., 14.6.2022 n. 146).

economia processuale a una posizione «subvalente rispetto alla […] garanzia del diritto di difesa»[184].
Sulla materia, è infine intervenuto il d.lgs. 150/2022, novellando gli artt. 519 e 520 Cpp e 141 co. 4-*bis* NAttCpp. La riforma ha messo ordine sul punto[185], palesando «contenuti per larga parte non inediti»[186]: si tratta, in effetti, dell'obbligata trasposizione nel tessuto codicistico dei numerosi interventi della Corte costituzionale. A seguito di ogni modifica ai profili fattuali dell'addebito (artt. 516-518 Cpp), l'imputato ha diritto di richiedere un rito premiale[187].

12.1. È rimasto totalmente estraneo alla riforma Cartabia, peraltro, il profilo relativo all'accesso ai procedimenti speciali a seguito delle modifiche *in iure* dell'accusa, così confermando l'impostazione consolidata della giurisprudenza di legittimità e di quella costituzionale.
La Corte di cassazione ha stabilito che il mutamento del *nomen iuris*, a differenza della variazione *in facto*, «che è evento processuale eccezionale e non prevedibile», è «espressione della discrezionalità tecnica del giudice, il quale è sempre tenuto a ricondurre la fattispecie nell'esatto perimetro normativo». Ne discende che l'imputato «ha il dovere di esercitare tutte le proprie opzioni nella previsione che tale eventualità si verifichi»[188]. La difesa è così onerata della formulazione dell'istanza di definizione alternativa, unitamente alla prospettazione della diversa qualificazione giuridica del fatto, entro i termini stabiliti a pena di decadenza per l'accesso ai riti premiali (di regola, entro l'udienza preliminare)[189].

---

[184] L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 571. Sul punto, v. anche M. Aranci, *Riqualificazione* in iure *dell'imputazione*, cit., 3; F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi: necessitato protagonismo della Consulta e perdurante silenzio del legislatore*, in *GCos* 2018, 1618-1619; A. Macchia, *Note minime su messa alla prova e giurisprudenza costituzionale*, in *CP* 2022, 958; S. Marcolini, *Il divieto di accedere ad un rito speciale*, cit., 340-341.
[185] A. Chelo, *Saldi intenti di razionalizzazione e timidi tentativi di recupero delle garanzie nel giudizio "secondo Cartabia"*, in *DPP* 2023, 175. Nel senso che la riforma segna il definitivo superamento dell'approccio originario, basato sull'inconciliabilità tra riti alternativi e dibattimento, v. F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi*, cit., 183.
[186] F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi*, cit., 182.
[187] Sui problemi che la disciplina codicistica ancora porta con sé, nonostante l'intervento del d.lgs. 150/2022, v. S. Ciampi, *op. cit.*, 92. In particolare, sulla disparità di trattamento tra l'imputato e le altre parti del procedimento, in ordine alle facoltà esercitabili a seguito delle nuove contestazioni, v. F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi*, cit., 183. Su quest'ultimo aspetto, nel vigore del previgente art. 519 Cpp, v. C. cost., 3.6.1992 n. 241; C. cost., 20.2.1995 n. 50.
[188] Cass. 12.3.2010 n. 13597, in *CP* 2012, 633 s. Analogamente, v. Cass. 24.1.2025 n. 6528, in *CEDCass*, m. 287589; Cass. 5.7.2023 n. 39774, in *CEDCass*, m. 285771; Cass. 21.10.2022 n. 1345, in *Onelegale*; Cass. 7.7.2021 n. 25693, in *Onelegale*; Cass. 14.10.2021 n. 45068, in *CEDCass*, m. 282435, che ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 co. 1 Cpp, in relazione all'art. 111 Cost., nella parte in cui non prevede la rimessione in termini dell'imputato al fine di consentirgli di chiedere l'ammissione a riti alternativi, qualora il giudice, all'esito del processo, attribuisca una qualificazione giuridica diversa al fatto contestato, immutato nella sua dimensione storica. A fondare il diniego della trasmissione degli atti alla Consulta è stata la considerazione che il mutamento del *nomen iuris* non determina uno scenario processuale non prevedibile per la difesa e non richiede interventi additivi rispetto al nucleo delle opzioni processuali da essa esercitabili. Non ha trovato seguito la soluzione prospettata a inizio anni Duemila da un isolato indirizzo giurisprudenziale, che, in materia di oblazione, aveva optato per la pronuncia della sentenza di condanna "condizionata". La decisione, restituendo d'ufficio nel termine l'imputato, oltre alla statuizione di condanna, avrebbe incluso anche l'ammissione al beneficio (Cass. 22.10.2001 n. 40509, in *CP* 2003, 526 s.). La soluzione appena esaminata non è stata reputata percorribile da Cass. S.U. 26.6.2014 n. 32351, in *CEDCass*, m. 259925. Sul punto, v. G. Romeo, *Derubricazione del reato e oblazione: l'imputato come novello Nostradamus?*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 16.9.2014, 11 s.
[189] Questa impostazione ha trovato conferma anche negli interventi della l. 12 aprile 2019 n. 33, che ha reintrodotto la preclusione all'accesso al giudizio abbreviato per i reati puniti con la pena dell'ergastolo. A norma dell'art. 438, comma 6-*ter*, Cpp, se il giudice, all'esito del dibattimento, riqualifica il fatto, rimuovendo la condizione ostativa, lo stesso è tenuto ad applicare la diminuente per il rito, quando la richiesta di giudizio abbreviato sia stata proposta

Questa ricostruzione ha trovato conferma anche nella giurisprudenza della Consulta, secondo cui gli approdi raggiunti in punto di variazioni *in facto* dell'imputazione «non [sono] estensibili *sic et sempliciter* alle modifiche giuridiche, che nel sistema del codice hanno una distinta disciplina»[190]. Il Giudice delle Leggi, pronunciandosi in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova[191] e di oblazione[192], ha quindi escluso ogni rimessione in termini.

L'assetto che si è descritto trova conforto nella giurisprudenza della Corte di giustizia, pronunciatasi nel caso Moro del 2019, su rinvio pregiudiziale di un giudice italiano[193].

Il Tribunale di Brindisi si era chiesto se la dir. 2012/13/UE e l'art. 48 CDFUE ostino a una disciplina in base alla quale l'accesso a un rito premiale (nel caso di specie, il patteggiamento) è consentito a seguito di modifiche *in facto*, ma non *in iure*, dell'addebito[194].

La Corte di Lussemburgo ha escluso qualsiasi contrasto con la disciplina europea, dopo avere ampiamente richiamato gli approdi della Corte di Strasburgo in ordine al diritto all'informazione sull'accusa. Leggendo l'art. 6 dir. 2012/13/UE alla luce della prassi della Corte edu, i giudici hanno affermato che, né in base alle pronunce di quest'ultima, né in base ai precedenti della stessa Corte di giustizia, si possa configurare il diritto dell'imputato di scegliere il rito contrattato a seguito della modifica del *nomen iuris*.

---

nell'udienza preliminare e ivi dichiarata inammissibile. Come ha stabilito la Corte di Cassazione, la diminuzione di un terzo è applicabile «solo se l'imputato abbia presentato la richiesta di accesso al rito abbreviato nei termini previsti dalla legge, prospettando la necessità della riqualificazione» (Cass. 5.7.2023 n. 39774, in *CEDCass*, m. 285771). Sul punto, v. D. Vigoni, *Ancora una riforma del giudizio abbreviato: l'inammissibilità per i delitti puniti con l'ergastolo*, in *DPP* 2019, 924, secondo cui la disposizione disegna un «peculiare tipo di richiesta di giudizio abbreviato relativa a reato ostativo, che rispetto alle altre possibili – semplice, associata alle indagini difensive, condizionata all'integrazione probatoria – denota forti caratteri atipici, in quanto, per un verso, va incontro a una certa la declaratoria d'inammissibilità e, per altro verso, è funzionale all'eventuale recupero del rito o della riduzione di pena».

[190] C. cost., 31.7.2020 n. 192.

[191] C. cost., 29.5.2019 n. 131, su cui v. A. Capone, *"Derubricazione" del reato e richiesta di messa alla prova*, in *GCos* 2019, 1534 s.; G. Fiorelli, *Riqualificazione giuridica del fatto e messa alla prova, al vaglio della Consulta*, in *RIDPP* 2020, 1709 s.

[192] C. cost., 31.7.2020 n. 192, su cui v. A. Cabiale, *Due pesi e due misure*, cit., 2097 s.; G. Spangher, *Modifica della qualificazione del fatto e diritto all'oblazione*, in *www.penaledp.it*, 3.9.2020. Risultano così confermati gli approdi a cui erano giunte ben due sentenze delle Sezioni Unite a riguardo: Cass. S.U. 28.2.2006 n. 7645, in *CEDCass*, m. 233029; Cass. S.U. 26.6.2014 n. 32351, in *CEDCass*, m. 259925.

[193] C.G.UE, 13.6.2029, C-646/17, Moro.

[194] In verità, il caso all'attenzione del giudice italiano non riguardava una mera riqualificazione del fatto, poiché il mutamento del titolo di reato si giustificava per via di una variazione degli aspetti di fatto. Nel corso dell'udienza dibattimentale, l'imputato, accusato di ricettazione di gioielli, aveva confessato di avere rubato lui stesso i beni. Dopo che il pubblico ministero si era rifiutato di modificare l'imputazione, il giudice aveva informato l'imputato della possibilità della "riqualificazione giuridica del fatto" nel reato di furto. La difesa aveva allora avanzato la richiesta di patteggiamento. Il giudice, ritenendosi impossibilitato ad accoglierla, aveva quindi sollevato il rinvio pregiudiziale. Invero, sul piano della disciplina interna, il caso si sarebbe dovuto risolvere ai sensi dell'art. 516 Cpp, versandosi nell'ipotesi del "fatto diverso" e non della mera riqualificazione giuridica: all'omessa modifica dell'imputazione da parte del pubblico ministero, sarebbe dovuta seguire la restituzione degli atti. La questione era stata rilevata e poi superata anche dall'Avvocato generale, che, nelle sue conclusioni, si era espresso in questi termini: «devo riconoscere che non mi pare immediatamente evidente in che modo, in considerazione della loro diversa natura, gli elementi materiali del reato (*actus reus*) di "furto" potrebbero completamente realizzarsi sulla base degli elementi materiali del reato di "ricettazione" senza la necessaria realizzazione di ulteriori elementi di fatto. Tuttavia, il giudice del rinvio lo ritiene espressamente possibile, in base al diritto nazionale o nel particolare contesto fattuale di cui al caso di specie. Darò pertanto per assodato che vi sia stata una "semplice" modifica della qualificazione giuridica ma non una modifica dei fatti riportati nell'imputazione» (*Conclusioni dell'avvocato generale M. Bobek, presentate il 5 febbraio 2019*, in *www.infocuria.curia.europa.eu*). Sul punto, v. E. Crippa, Iura novit curia *tra garanzie minime europee e principi costituzionali*, in *RIDPP* 2019, 2256.

A questa lettura ha aderito parte della dottrina, secondo cui dalle fonti eurounitarie non può ricavarsi l'obbligo della rimessione in termini per i riti premiali[195], non avendo questa facoltà nulla a che vedere con il diritto all'informazione sui nuovi termini dell'accusa[196].
Parrebbe da escludere, quindi, che l'esercizio «concreto ed effettivo» del diritto di difesa, a cui fa riferimento la Corte di Lussemburgo, esiga il riconoscimento della facoltà in questione.

12.2. Non è scontato, peraltro, che la decisione del 2019 cristallizzi la posizione del giudice europeo sul punto. La stessa sentenza nel caso BK costituisce, rispetto alla pronuncia nel caso Moro, una «significativa evoluzione» della prassi della Corte di giustizia[197].
Appare dirimente, a questi fini, il mutato approccio della Corte di Lussemburgo alla giurisprudenza della Corte edu. Nel caso Moro, in aderenza alle conclusioni dell'Avvocato generale[198], l'art. 6 dir. 2012/13/UE è stato oggetto di un'esegesi minimalista, in gran parte giustificata dalla volontà di adeguarsi agli esiti ermeneutici dei giudici di Strasburgo. Nel caso BK, invece, vi è un'esplicita presa di distanza da questi approdi: la Corte di giustizia, infatti, ha rivendicato uno spazio di interpretazione autonoma dell'art. 6 dir. 2012/13/UE, nell'ottica di una più efficace tutela delle garanzie processuali, funzionalizzata a un obiettivo del tutto interno all'ordinamento eurounitario, quale è la fiducia reciproca tra gli Stati membri[199].
Non sembra fondata, perciò, l'impostazione della giurisprudenza nazionale che, per escludere i dubbi di legittimità della disciplina in punto di accesso ai riti premiali, fa leva proprio su quanto statuito dalla Corte di giustizia nel caso Moro[200].
A ben vedere, a indurre a conclusioni diverse potrebbe essere proprio la necessità, ribadita da ultimo nella decisione del caso BK, che, a seguito del mutamento del titolo di reato, l'imputato sia posto nelle condizioni di esercitare, in modo «concreto ed effettivo», il diritto di difesa.
Nel caso di variazione del *nomen iuris*, del resto, non sembra vi siano esigenze di tutela inferiori rispetto a quelle segnalate, sul piano interno, dalla Consulta, in occasione delle plurime declaratorie di incostituzionalità, che hanno consentito la scelta dei riti premiali a seguito delle modifiche *in facto*[201]. In una delle sue decisioni più recenti, inerente al tema in esame, il Giudice delle Leggi ha evidenziato che «se è la regiudicanda, nelle sue dimensioni "cristallizzate", a costituire la base su cui operare [le] scelte [difensive], non può che desumersi l'incoerenza con quel diritto di qualsiasi preclusione che ne limiti l'esercizio concreto»[202]. Non pare vi siano ragioni per limitare l'operatività del principio alle sole variazioni fattuali dell'addebito[203].

---

[195] M. Aranci, *Riqualificazione* in iure *dell'imputazione*, cit., 16.
[196] M. Aranci, *Riqualificazione* in iure *dell'imputazione*, cit., 16; S. Marcolini, *Il divieto di accedere ad un rito speciale*, cit., 339. Nello stesso senso, v. C. Naimoli, *op. cit.*, 1520.
[197] G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §9.
[198] Nelle conclusioni depositate dall'Avvocato generale, si legge che l'obbligo informativo dell'art. 6 §4 dir. 2012/13/UE non è concepito per essere applicato a tutti i possibili aspetti della procedura penale. In questa prospettiva, le uniche ulteriori garanzie a potere venire in rilievo sarebbero quelle disciplinate da altri strumenti di armonizzazione. «Altri aspetti non coperti dalle direttive […] o dalla direttiva 2012/13, come i requisiti per l'applicazione della pena su richiesta delle parti, continuano evidentemente ad essere sottoposti alla disciplina del diritto penale nazionale» (*Conclusioni dell'avvocato generale M. Bobek*, cit.).
[199] G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §9; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2158.
[200] Cass. 14.10.2021 n. 45068, in *CEDCass*, m. 282435.
[201] A. Capone, *"Derubricazione" del reato*, cit., 1537.
[202] C. cost., 20.2.2019 n. 82.
[203] A. Cabiale, *Due pesi e due misure*, cit., 2098. Sulle discrasie della giurisprudenza sul punto, v. A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2147, secondo cui l'insistenza sulla "prevedibilità" della *mutatio* rievoca la distinzione, invero del tutto superata nella stessa giurisprudenza della Consulta, tra nuove contestazioni "fisiologiche" e "patologiche".

Pretendere che, ai fini dell'accesso al rito premiale, l'imputato prospetti, in via cautelativa, una diversa qualificazione giuridica, risulta problematico sotto più profili.
Sembra illogico, innanzitutto, imporre alla difesa un vero e proprio «oner[e] di preveggenza»[204], pretendendo la formulazione di una richiesta tuzioristica di rito speciale, sganciata dall'attuale contestazione, allo stato inammissibile e sviluppata in previsione dell'eventualità che il giudice modifichi il titolo di reato[205]. Ciò, a maggior ragione, nei casi in cui la riqualificazione del fatto discenda dagli sviluppi dell'istruttoria dibattimentale.
L'onere imposto all'imputato dalla prassi, inoltre, contrasta con la garanzia fondamentale del *nemo tenetur se detegere*: la prospettazione di una diversa qualificazione giuridica rischia di suggerire al giudice nuove ipotesi accusatorie[206].
L'assetto che si è delineato, infine, opera un'illegittima riallocazione in capo all'imputato della responsabilità della corretta definizione giuridica del fatto, che spetta al pubblico ministero, prima, e al giudice, poi. Ai sensi dell'art. 6 dir. 2012/13/UE, come anche, in verità, dell'art. 111 co. 3 Cost., l'imputato della natura dell'accusa deve essere «informato»: non paiono conformi al sistema oneri di cooperazione a suo carico, il cui mancato assolvimento si riverberi negativamente su una delle primarie espressioni del diritto di difesa quale è l'opzione per i riti premiali. Del resto, il diritto all'informazione si riferisce all'imputazione corretta: altrimenti, non avrebbe senso specificare che lo stesso si estende ai casi di modifica dell'accusa[207].

13. Esaminati gli sviluppi della giurisprudenza convenzionale e di quella eurounitaria, occorre verificare quali ne siano le ricadute nell'ordinamento interno.
Gli orientamenti della Corte edu non fanno presagire scossoni: al di là del meccanismo consacrato nell'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp (v., *supra*, §7), relativo al solo giudizio di legittimità, le speranze suscitate dalla decisione nel caso Drassich sono state sterilizzate dalla prassi, che, nel neutralizzare il *dictum* sovranazionale, ha avuto gioco facile proprio per via delle incongruenze della stessa giurisprudenza di Strasburgo, incapace di sviluppare una linea chiara e costante in materia (v., *supra*, §5 ss.).
D'altro canto, a differenza di come si è finora orientato il giudice di legittimità (v., *supra*, §8), non sono ugualmente eludibili le indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia che, come esplicitato nella sentenza del caso BK, ha inteso fornire una «regola chiara e di semplice applicazione», prescrivendo l'obbligo di informare l'imputato dell'eventualità della diversa qualificazione giuridica del fatto prima della decisione sul merito[208].
Si è peraltro osservato che «i silenzi e le carenze della disciplina recata dall'art. 521 comma 1 c.p.p.» sono entrati «in una nuova era: quella dell'effetto diretto dell'art. 6 direttiva 2012/13/UE»[209] e lo hanno rimarcato gli stessi giudici di Lussemburgo[210].
Al cospetto dell'effetto diretto, il destino delle disposizioni interne incompatibili con la fonte eurounitaria si risolve nell'interpretazione conforme o nella non applicazione[211].

---

[204] L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 572. Sul punto, v. anche G. Romeo, *op. cit.*, 10; A. Bellucci, *Errori di qualificazione giuridica*, cit., 6.
[205] L. Cuomo, *L'esercizio del diritto di oblazione tra derubricazione dell'imputazione ed esigenze difensive*, in *CP* 2015, 106; C. Naimoli, *op. cit.*, 1522; G. Spangher, *op. cit.*
[206] A. Capone, *"Derubricazione" del reato*, cit., 1542; L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 572.
[207] A. Capone, *"Derubricazione" del reato*, cit., 1539.
[208] G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §8.
[209] S. Ciampi, *op. cit.*, 117-118.
[210] C.G.UE, 14.5.2020, C-615/18, UY.
[211] Già nel 2013, si rilevava che questa sarebbe stata la sorte dell'art. 521 co. 1 Cpp, qualora si fosse riconosciuto effetto diretto all'art. 6 dir. 2012/13/UE G. Biondi, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici*, cit., 20. Secondo l'Autore, qualora non si fosse riconosciuto l'effetto diretto della normativa eurounitaria, non

Secondo parte della dottrina, non si ravvisano ostacoli a riconoscere, in capo al giudice, il potere-dovere di informare l'imputato dell'eventualità del mutamento del titolo di reato.
Nel caso in cui l'esigenza si manifestasse in sede decisoria, alcuni hanno sostenuto che l'art. 521 co. 1 Cpp non impedisca al giudice di riaprire il dibattimento, al pari di quanto dispone l'art. 525 co. 3 Cpp., che ammette la sospensione della deliberazione «per assoluta impossibilità» e che consente, nell'interpretazione datane dalla prassi[212], anche l'adozione di provvedimenti non definitori[213]. Altri, invece, prospettano l'applicazione analogica dell'art. 545-*bis* co. 1 Cpp, in materia di pene sostitutive[214]. Non si esclude, peraltro, che, qualora l'eventualità del mutamento del *nomen iuris* sia riscontrata nel corso del dibattimento, si possa fare ricorso al meccanismo dell'art. 423 co. 1-*bis* Cpp[215] (v., *supra*, §3).
In ogni caso, qualora l'interpretazione conforme dell'art. 521 co. 1 Cpp non risultasse possibile, vi è accordo sul fatto che si dovrebbe procedere alla disapplicazione della disposizione[216].
Quale che sia la strada prescelta, il risultato non cambia: al giudice di primo grado non è consentito riqualificare il fatto nella sentenza, senza avere preventivamente sollecitato il contraddittorio tra le parti.
Se l'eventualità della modifica *in iure* si palesa in sede decisoria, pare potersi applicare l'art. 525 co. 3 Cpp, senza ricorrere al più complesso congegno delineato dall'art. 545-*bis* co. 1 Cpp, che risente delle peculiarità del procedimento volto alla sostituzione della pena detentiva breve.
Qualora, invece, l'esigenza si manifesti prima della fase decisoria, la via da preferire sembra quella dell'ordinanza atipica.
Non pare possibile rifarsi all'*iter* dell'art. 423 co. 1-*bis* Cpp, che è diverso da quello delineato dalla Corte di giustizia: il provvedimento del giudice dell'udienza preliminare, infatti, consta di una sollecitazione al pubblico ministero alla modifica dell'imputazione, prevedendosi, in caso di inerzia, la restituzione degli atti, senza che l'organo giurisdizionale sia autorizzato all'esercizio di un potere sostitutivo (v., *supra*, §3). Nell'interpretazione datane dalla Corte di Lussemburgo, invece, l'art. 6 dir. 2012/13/UE si limita a richiedere un'informativa del giudice in ordine alla possibile variazione *in iure*.

14. Resta da analizzare, ora, il profilo più delicato, che attiene alle prerogative da riconoscere alla difesa a seguito dell'avviso dell'organo giurisdizionale.
Se, come si è visto, si deve escludere il differimento all'appello del contraddittorio sul *nomen iuris*, proprio perché è il dibattimento la sede nella quale il diritto alla prova trova il suo più ampio riconoscimento (v., *supra*, §§11.1 ss.), si rende necessaria una precisazione concernente il parametro ammissivo delle richieste istruttorie nel corso del giudizio di primo grado[217].
Ipotizzando che l'informativa alle parti sulla possibile riqualificazione giuridica del fatto venga data all'esito dell'istruttoria dibattimentale, va compreso come possa essere assicurata

sarebbe rimasta altra scelta che sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 co. 1 Cpp per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.
[212] Cass. 10.1.2012 n. 7886, in *CEDCass*, m. 252749.
[213] F. Zacchè, Iura novit curia *e obblighi informativi*, cit., 388-389. Nello stesso senso, addirittura prima della pronuncia della Corte edu nel caso Drassich, v. L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e diritto di difesa*, cit., 3839.
[214] A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2156-2158.
[215] A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2156-2158; G. Varraso, *Le nullità dell'imputazione*, cit., 25.
[216] G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §10; S. Ciampi, *op. cit.*, 117-118; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2156-2158.
[217] Pare segnalare il problema L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 569, secondo cui la prospettazione, *in limine* alla fase decisoria, di una diversa qualificazione giuridica del fatto rischia di porre problematiche con riguardo all'esercizio del diritto alla prova, mancando uno strumento che lo assicuri ai sensi dell'art. 190 c.p.p.

l'applicazione, anche in una fase avanzata del giudizio, dell'art. 190 Cpp, che risulta l'unico criterio idoneo a garantire appieno il diritto alla prova dell'imputato.
Un'indicazione viene, a riguardo, dalle vicende che hanno riguardato le facoltà riconosciute alle parti a seguito delle modifiche *in facto* dell'imputazione, ai sensi dell'art. 519 co. 1 Cpp, nel testo precedente al d.lgs. 150/2022.
La disposizione, che abilitava l'imputato a chiedere l'ammissione di nuove prove a norma dell'art. 507 Cpp, era stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale già nel 1992: secondo la Consulta, «in un sistema processuale imperniato su un ampio riconoscimento del diritto alla prova […], è indubbiamente incongruo che la regolamentazione dell'attività probatoria che si rende necessaria in caso di nuove contestazioni sia effettuata mediante il richiamo all'art. 507». Muovendo da questi presupposti, il Giudice delle Leggi aveva rilevato che «in ben diversa fase si colloca l'ammissione dei mezzi di prova conseguente a nuove contestazioni del pubblico ministero», non essendovi «ragione, in questa fase, di non riconoscere a ciascuna delle parti l'esercizio pieno del diritto alla prova […] secondo i criteri generali previsti dall'art. 190». In conclusione, sarebbe «evidentemente irragionevole, nonché lesivo del diritto di difesa, che di fronte a nuove contestazioni […] il diritto alla prova delle parti possa incontrare limiti diversi e più penetranti di quelli vigenti in via generale per i "*nova*"»[218].
La riforma Cartabia, adeguando il testo dell'art. 519 Cpp alla declaratoria di incostituzionalità risalente a trent'anni prima, ha infine eliminato il riferimento all'art. 507 Cpp.
Si può ipotizzare, a questo punto, un'applicazione analogica dell'art. 519 Cpp[219], facendo operare, sulla scia di quanto affermato dalla Corte costituzionale, il criterio dell'art. 190 Cpp, nonché riconoscendosi il diritto al termine a difesa. Si scorge, infatti, una perfetta identità di *ratio*: in entrambi i casi, la modifica incide sul perimetro del *thema probandum* e si pone l'analoga esigenza di assicurare l'esercizio del diritto alla prova.
Resta, tuttavia, il problema del coordinamento dei principi appena tracciati con la disciplina del giudizio abbreviato. Da una parte, fatti salvi gli spazi riconosciuti nel rito contratto "condizionato", l'architettura del procedimento speciale si fonda sulla rinuncia del diritto alla prova; dall'altra parte, trova una disciplina espressa nell'art. 441-*bis* Cpp soltanto l'ipotesi della modifica della contestazione *in facto*, che, oltretutto, risulta possibile solo a seguito dell'integrazione probatoria richiesta dall'imputato o disposta d'ufficio dal giudice[220].
Pure in questo caso, peraltro, non resta che rifarsi all'applicazione analogica della disciplina delle variazioni ai profili fattuali dell'addebito: anche in questa eventualità, del resto, ricorre la medesima *ratio*, già esaminata. Si deve ipotizzare, quindi, che, a fronte dell'informativa del giudice, all'imputato sia consentito optare per il "ritorno" al procedimento ordinario (art. 441-*bis* co. 1 Cpp) o, in alternativa, proseguire nelle forme del rito contratto e chiedere l'ammissione di nuove prove «anche oltre i limiti previsti dall'articolo 438, comma 5» (art. 441-*bis* co. 5 Cpp)[221].
Rimane da capire, ora, come procedere quando la necessità della riqualificazione giuridica del fatto si manifesti nel corso del giudizio di appello[222], a seguito della rinnovazione

[218] C. cost., 3.6.1992 n. 241.
[219] F. Zacchè, Iura novit curia *e obblighi informativi*, cit., 388-389.
[220] Peraltro, come chiarito da Cass. S.U. 18.4.2019 n. 5788, in *CEDCass*, m. 277706, la modifica dell'imputazione è possibile solo per i fatti emergenti dagli esiti istruttori di cui agli artt. 438 co. 5 e 441 co. 5 Cpp
[221] Prospettava una soluzione analoga, ben prima della pronuncia nel caso BK, F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 291-292.
[222] *De iure condendo*, prospettava l'introduzione di nuove fattispecie di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale F. Dinacci, *op. cit.*, 200.

dell'istruttoria dibattimentale o del diverso orientamento del giudice di secondo grado in ordine all'individuazione del titolo di reato, oppure nel corso del giudizio di legittimità[223].
In relazione all'appello, esclusa l'applicabilità tanto dell'art. 603 co. 1 Cpp, inidoneo a garantire l'esercizio del diritto alla prova, quanto dell'art. 603 co. 2 Cpp, riferito alla sola fattispecie delle prove *noviter repertae* (v., *supra*, §11.1), è necessario prospettare un'interpretazione correttiva. Si potrebbe ricorrere a uno schema sovrapponibile a quello tracciato dalle Sezioni Unite della Suprema Corte, con riguardo all'obbligatorietà della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nell'ipotesi di impugnazione proposta dal pubblico ministero contro la sentenza di proscioglimento per motivi inerenti alla valutazione della prova dichiarativa[224], prima che il legislatore intervenisse introducendo l'art. 603 co. 3-*bis* Cpp. Si potrebbe ritenere che, tanto nel rito ordinario, quanto nel giudizio abbreviato, le prove divenute rilevanti in relazione al nuovo titolo di reato vadano considerate "assolutamente necessarie", in ossequio all'obbligo derivante dalla fonte eurounitaria[225].
Quando l'esigenza sorga nel giudizio di cassazione, invece, l'art. 611 co. 1-*sexies* Cpp offre uno modello, pur parziale, di riferimento. Qualora, a seguito dell'avviso, le parti manifestino l'intenzione di argomentare in fatto, se del caso deducendo la necessità di formulare richieste di prova, dovrebbe disporsi l'annullamento con rinvio. Nel giudizio rescissorio, poi, le istanze istruttorie potrebbero essere ammesse, se rilevanti, ai sensi dell'art. 603 co. 3 Cpp, analogamente a quanto si è prospettato in relazione all'appello.
La soluzione appena delineata, inoltre, potrebbe applicarsi anche nel caso in cui si ammetta, come fa, pur non condivisibilmente, la Suprema Corte, che il contraddittorio possa essere differito alle fasi delle impugnazioni, consentendo la riqualificazione giuridica del fatto anche nella sentenza di primo o di secondo grado (v., *supra*, §10). L'art. 603 co. 3 Cpp potrebbe costituire, infatti, un rimedio idoneo a contenere la lesione alle prerogative istruttorie dell'imputato.
Tanto premesso sull'esercizio del diritto alla prova, va ancora definito, pur a fronte delle chiusure della giurisprudenza sovranazionale e di quella interna, se vi sia spazio per riconoscere all'imputato anche il diritto di optare per un procedimento premiale.
Come si è visto, vi sono alcuni timidi indici di apertura. In primo luogo, la lettura riduttiva dell'art. 6 dir. 2012/13/UE, fatta propria dalla Corte nel caso Moro, risulta superata, nei suoi presupposti, dalla successiva pronuncia nel caso BK (v., *supra*, §8). In secondo luogo, ben si

[223] Sul problema del rapporto tra la prerogativa di riqualificare il fatto e il principio devolutivo (artt. 597 co. 1 e 609 co. 1 Cpp), in sede sia di appello, sia di legittimità, v. A. Capone, Iura novit curia, cit., 87 e 122 s.; S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale*, cit., 211 s. e 250 s.
[224] Cass. S.U. 28.4.2016 n. 27620, in *CP* 2016, 3203 s., in cui le Sezioni Unite, rilevato che la percezione diretta della prova orale è condizione imprescindibile alla luce della regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio, avevano stabilito che, ai fini della *reformatio in peius* della sentenza di proscioglimento di primo grado, la rinnovazione dovesse ritenersi «assolutamente necessaria» *ex* art. 603 co. 3 Cpp. In un *obiter dictum*, la Suprema Corte aveva ritenuto estensibile il principio in esame anche al giudizio abbreviato.
[225] Va dato atto anche di un altro problema interpretativo, che inerisce all'obbligo di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello quale prerequisito di legittimità non solo della riforma della sentenza di assoluzione, ma anche di riqualificazione *in peius* del titolo di reato individuato dalla sentenza di condanna. Un primo orientamento giurisprudenziale afferma che, qualora il mutamento del *nomen iuris* sia la conseguenza di una diversa valutazione della prova dichiarativa, il giudice di seconde cure sia tenuto a rinnovare l'istruttoria: Cass. 21.2.2023 n. 14444, in *CEDCass*, m. 284579; Cass. 18.5.2017 n. 29165, in *CEDCass*, m. 270280; Cass. 2.3.2017 n. 53601, in *CEDCass*, m. 271638. Un secondo indirizzo, invece, ha escluso l'obbligo di procedere a una nuova escussione dei dichiaranti: Cass. 13.7.2023 n. 36824, in *CEDCass*, m. 284913; Cass. 27.11.2019 n. 5769, in *CEDCass*, m. 278210; Cass. 25.6.2019 n. 38823, in CEDCass, m. 277094; Cass. 28.11.2018 n. 973, in *CEDCass*, m. 274571. Sul punto, v. P. Messini D'Agostini e F. Sanvitale, *Le Sezioni Unite oltre la Corte di Strasburgo in tema di rinnovazione istruttoria in appello*, in *CP* 2021, 3067 s.; E. Scorza, *Equità processuale e giudizio di appello, tra dimensione nazionale e sovranazionale*, in *CP* 2025, 1714.

potrebbe ritenere che l'equiparazione, quanto all'esercizio dei diritti difensivi, delle modifiche *in facto* e di quelle *in iure* imponga l'applicazione analogica dell'art. 519 Cpp, in conformità al principio di uguaglianza *ex* art. 3 Cost.[226].
Resta, tuttavia, qualche dubbio sulla possibilità di conciliare la facoltà di scegliere un procedimento premiale con il meccanismo delineato dalla Corte di giustizia. Quando il pubblico ministero varia gli aspetti fattuali dell'addebito ai sensi dell'art. 516 Cpp, infatti, alla contestazione originaria se ne sostituisce un'altra e, con riferimento a quest'ultima, all'imputato è consentito optare per un rito speciale. Invece, quando il giudice rende nota la possibilità di una diversa riqualificazione giuridica del fatto, all'addebito originario se ne aggiunge un altro: rimane poco chiaro come la difesa possa, a questo punto, determinarsi per una forma di definizione alternativa su un'accusa "eventuale".

15. Chiarita l'estensione degli obblighi di informativa del giudice e delle prerogative dell'imputato, occorre capire quali siano gli effetti dell'omessa sollecitazione del contraddittorio sul *nomen iuris* e della riqualificazione "a sorpresa" nella sentenza.
Non sembra vi siano ostacoli a configurare una nullità a regime intermedio per violazione delle disposizioni concernenti l'intervento dell'imputato ai sensi dell'art. 178 co. 1 lett. *c* Cpp, con la conseguente invalidità della sentenza, alla cui declaratoria segue la regressione del processo nella fase o nel grado in cui si è verificata la lesione alle prerogative difensive[227].
Accertata la nullità, il giudice dell'impugnazione è sollevato dalla verifica circa la lesione concreta alle prerogative difensive e all'imputato non può essere richiesto di indicare specificamente in cosa sia consistito il *vulnus* al diritto di difesa, come oggi sembrano pretendere alcune decisioni della Suprema Corte perché possa disporsi l'annullamento con rinvio della sentenza di merito, al fine di consentire all'imputato l'esercizio del diritto alla prova (v., *supra*, §11.2).
Ci si può chiedere se, trattandosi di una nullità a regime intermedio, la difesa sia onerata di formulare la relativa eccezione subito dopo la lettura del dispositivo ai sensi dell'art. 182 co. 2 Cpp, a norma del quale, quando la parte assiste all'atto nullo, deve eccepire il vizio «prima del suo compimento ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo».
La questione, peraltro, sembra da risolvere in senso negativo.
Va rilevato, innanzitutto, che la lettura del dispositivo rappresenta l'atto con cui il giudice si spoglia del suo potere decisorio, non potendo più intervenire sulla pronuncia per modificarla. Difetterebbe, dunque, la *ratio* dell'art. 182 co. 2 Cpp, che risiede anche nel permettere, grazie alla sollecita attivazione delle parti, una tempestiva sterilizzazione della nullità e nell'evitare così il propagarsi del vizio agli atti successivi. Anche avvedutosi dell'invalidità, il giudice non sarebbe abilitato a emendare la decisione.
In ogni caso, occorrerebbe formulare tempestiva eccezione nel ristretto spazio compreso tra la lettura del dispositivo e la chiusura del verbale dell'udienza.
Delle difficoltà pratiche al riguardo si rinviene traccia anche nella giurisprudenza della Suprema Corte, pur espressasi in una diversa *sedes materiae*. In un caso in cui il Tribunale del riesame aveva disposto, a seguito del rilievo di un vizio di notifica, il rinvio a nuova udienza, in violazione del termine dilatorio di cui all'art. 309 co. 8 Cpp, il Tribunale aveva rigettato

[226] F. Zacchè, Iura novit curia *e obblighi informativi*, cit., 388-389. Nello stesso senso, v. G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §5; G. Centamore, *Ancora in tema di riqualificazione giuridica del fatto*, cit., 49.
[227] Nella giurisprudenza della Suprema Corte, avevano optato per questa conclusione, dopo la sentenza nel caso Drassich, Cass. 28.10.2011 n. 6487, in *CEDCass*, m. 251730; Cass. 29.4.2011 n. 18590, in *CEDCass*, m. 250275. In dottrina, ipotizzava questo esito, con riguardo ai principi sanciti dalla Corte edu, A. Marandola, *op. cit.*, 1243. In senso critico, v. S. Quattrocolo, *La "vicenda Drassich"*, cit., 169.

l'eccezione di nullità formulata all'udienza successiva dal difensore, ritenendo che, ai sensi dell'art. 182 co. 2 Cpp, la questione dovesse essere sollevata subito dopo la lettura del provvedimento di rinvio. La Corte di cassazione, tuttavia, ha disatteso gli argomenti del Tribunale, considerato che, conclusasi l'udienza con la comunicazione della nuova data, «non vi sarebbe stato comunque spazio per sollevare un'eccezione»[228].
In senso analogo si è espressa la dottrina con riguardo all'omessa formulazione dell'avviso di cui all'art. 545-*bis* Cpp in materia di applicazione delle pene sostitutive, quando, prima del d.lgs. 19.3.2024 n. 31 (c.d. decreto correttivo), l'adempimento doveva ritenersi "doveroso", in base ai soli presupposti formali per la sostituzione della pena detentiva[229]. Come si è condivisibilmente sostenuto, «sul piano pratico, non sembra agevole […] ipotizzare – nell'angusto spazio processuale intercorrente tra la lettura del dispositivo e la chiusura del verbale di udienza – un intervento del difensore volto ad eccepire la nullità»[230].

16. Ai risultati che si sono tracciati pare potersi giungere sulla base dell'assetto attuale. Sembra superfluo un nuovo rinvio pregiudiziale, pur ipotizzato da parte della dottrina[231]: la Corte di giustizia, infatti, ha elaborato una «regola chiara e di semplice applicazione», che si impone a tutti i giudici nazionali e che non necessita di ulteriori chiarimenti.
A diverse conclusioni, peraltro, potrebbe indurre l'approccio della prassi interna, che, a più di due anni, ormai, dalla sentenza nel caso BK, dimostra di non averne in alcun modo percepito l'effetto innovativo. Potrebbe quindi essere decisivo un rinvio pregiudiziale volto ad accertare se l'art. 6 dir. 2012/13/UE osti a una disciplina come quella dell'art. 521 co. 1 Cpp.: a fronte di una risposta calibrata sulla disposizione nazionale, non sarebbero più percorribili le letture abrogatrici della garanzia eurounitaria.
Si è ipotizzato, infine, che la questione possa essere risolta anche sul piano interno, attraverso il giudizio di costituzionalità. Si verserebbe in un'ipotesi di "doppia pregiudizialità": oltre ai dubbi di compatibilità con la disciplina europea, sull'art. 521 co. 1 Cpp si addenserebbero anche quelli di conformità con la Carta fondamentale, così che, aderendo all'insegnamento della Consulta[232], sarebbe percorribile la via dell'incidente di costituzionalità[233].
La tesi ha senz'altro il pregio di evidenziare che l'assetto vigente collide, prima ancora che con la dir. 2012/13/UE, con gli artt. 24 e 111 co. 2 e 3 Cost.[234].

---

[228] Cass. 4.10.2022 n. 42067, in *Onelegale*.
[229] Nella versione originaria dell'art. 545-*bis* c.p.p., secondo l'interpretazione prevalente, il giudice era tenuto a dare avvio alla fase di *sentencing* sulla base delle sole condizioni "formali" di sostituibilità (pena inferiore ai quattro anni, non applicazione della sospensione condizionale della pena, assenza di condizioni ostative di cui all'art. 59 l. 24.11.1981 n. 698): L. Bigazzi, *Pene sostitutive e rinnovato meccanismo di sentencing*, in GI 2024, 2003; L. Calò, *Le pene sostitutive. Il punto di vista delle parti*, in *PPG* 2024, 1379; G. Varraso, *Riforma Cartabia e pene sostitutive: la rottura "definitiva" della sequenza cognizione-esecuzione*, in *www.giustiziainsieme.it* 7.2.2023, §3.1.
[230] G. Della Monica, *La nuova fisionomia della udienza di sentencing e le persistenti criticità nell'applicazione e nell'esecuzione delle pene sostitutive*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 20.9.2024, 16.
[231] G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §10; S. Ciampi, *op. cit.*, 117-118; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2156-2158.
[232] C. cost., 14.12.2017 n. 269, secondo cui «laddove una legge sia oggetto di dubbi di illegittimità tanto in riferimento ai diritti protetti dalla Costituzione italiana, quanto in relazione a quelli garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in ambito di rilevanza comunitaria, debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale per le questioni di interpretazione o di invalidità del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 del TFUE».
[233] G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §10; S. Ciampi, *op. cit.*, 117-118; A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2156-2158; F. Zacchè, Iura novit curia *e obblighi informativi*, cit., 388-389.
[234] G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §10; F. Cassibba,

Tuttavia, se è vero che il diritto all'informazione sull'accusa, alla difesa, al contraddittorio e alla prova trovano tutela, innanzitutto, nella Costituzione, è altrettanto vero che l'atteggiamento del Giudice delle Leggi, in relazione alle garanzie da riconoscere nell'ipotesi di riqualificazione giuridica del fatto, è sempre stato di sostanziale chiusura (v., *supra*, §12.1).
Del resto, la spinta al superamento dei corollari più problematici del principio *iura novit curia* è sempre venuta dalle fonti e dalla giurisprudenza europee.

17. Va chiarito se l'informativa precedente alla decisione sia la soluzione da preferire o se, *de iure condendo*, siano percorribili strade alternative, parimenti rispettose del diritto sovranazionale e però idonee a una migliore tutela delle garanzie.
La soluzione individuata dalla Corte di giustizia, che, allo stato, si impone al giudice nazionale, si rivela problematica da una pluralità di punti di vista.
Vi è, innanzitutto, il *vulnus* arrecato al principio di terzietà del giudice e al divieto di manifestazione anticipata del convincimento[235]. L'individuazione di un diverso titolo di reato, infatti, sembra sottendere l'avvenuta decisione in ordine alla sussistenza del fatto. Ne risulta incisa la stessa vocazione *adversarial* del processo: l'imputato subisce una precisazione dell'imputazione da parte del giudice che, di fatto, rappresenta «uno schema anticipato di sentenza». Dal canto suo, l'organo giurisdizionale adegua *in extremis* l'accusa per assicurarne la corrispondenza rispetto a una decisione già cristallizzata[236].
Occorre dare atto che non è questa l'opinione della Corte di giustizia, come espressa nel caso BK, in cui il giudice del rinvio aveva chiesto di chiarire se, affermato il suo obbligo di informare l'imputato dell'eventualità del mutamento *in iure*, si potessero profilare dubbi di compatibilità con il principio di imparzialità di cui all'art. 47 CDFUE.
La Corte, allargando il perimetro della questione al rispetto della presunzione di innocenza di cui alla dir. 2016/343/UE, ha dato risposta negativa, affermando, analogamente a quanto fatto, in passato, anche da parte della dottrina italiana[237], che «la circostanza che il giudice di merito decida di riqualificare il reato […] indica che tale giudice considera che i fatti contestati potrebbero, se accertati, corrispondere a tale nuova qualificazione, e non che detto giudice abbia già preso posizione sulla colpevolezza dell'imputato»[238].
Va rilevato, peraltro, che la risposta della Corte non sembra affrontare la specifica questione pregiudiziale posta dal giudice bulgaro. Quest'ultimo domandava di accertare la compatibilità con il diritto eurounitario non (in generale) della prerogativa di ridefinire giuridicamente il fatto, bensì di quel congegno che, imponendo l'informativa preventiva, onera il giudice di rappresentare, prima della decisione, un *nomen iuris* diverso da quello contestato.
Non paiono superate, quindi, le distorsioni segnalate in precedenza.
È proprio in ragione di queste ultime che parte della dottrina ha suggerito di porre un limite temporale all'informativa del giudice, esigendo che l'ordinanza venga pronunciata in una fase anticipata, quale quella della discussione delle questioni preliminari ai sensi dell'art. 491 Cpp:

Nuove contestazioni e riti alternativi, cit., 193; F. Cassibba, *Riqualificazione del fatto*, cit., 1633; G. Centamore, *L'applicazione dei principi dell'art. 6 C.E.D.U.*, cit., 13; C. Naimoli, *op. cit.*, 1518.
[235] G. Biondi, *Piccoli passi della Corte di cassazione*, cit., 613; F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 278; E. Crippa, Iura novit curia, cit., 2258; L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 569. Nel senso che, in un sistema accusatorio, è al pubblico ministero che spetta la definizione dei temi che formano oggetto del processo, a tutela dell'imparzialità del giudice, v. A. Capone, Iura novit curia, cit., 55.
[236] A. Capone, Iura novit curia, cit., 76-78; G. Biondi, *Il ricorso straordinario per cassazione*, cit., 336.
[237] F. Alonzi, Iura novit curia, cit., 2132; S. Quattrocolo, *La Corte costituzionale ancora alle prese con i rapporti tra potere di riqualificazione del fatto e principi generali*, in *LP* 2010, 514.
[238] C.G.UE, 9.11.2023, C-175/22, BK. In senso critico con le conclusioni della Corte, v. L. Bernardini, *op. cit*.

in questo modo, la correzione verrebbe operata sulla base della sola descrizione del fatto contenuta nel decreto che dispone il giudizio e non dei risultati dell'istruttoria[239].
Si misurano con il rischio di violazioni del divieto di manifestazione anticipata del convincimento anche quanti, ammettendo che l'informativa possa essere data in una fase successiva, ipotizzano che la sede opportuna sia quella deliberativa[240], eventualmente sul modello dell'art. 545-*bis* Cpp[241], o, al più, «a dibattimento avanzato», così da non intralciare l'ipotesi ricostruttiva del pubblico ministero[242].
Occorre segnalare, tuttavia, che nessuna delle soluzioni prospettate sembra confrontarsi con un altro difetto genetico dell'informativa del giudice: quale che sia lo stadio in cui si ammette l'intervento officioso, l'avviso finisce per configurare una vera e propria imputazione aggiuntiva, proveniente dal giudice, che si affianca a quella formulata dal pubblico ministero[243].
Si manifestano, così, le note criticità dell'imputazione alternativa[244]. In particolare, l'imputato potrebbe vedersi costretto a difendersi dalla qualificazione più grave producendo la prova a carico per quella meno grave[245] o comunque ad argomentare criticamente un'ipotesi accusatoria, finendo per corroborare l'altra[246].
Per orientare in modo ragionevole l'attività delle parti, il diverso *nomen iuris*, segnalato dal giudice, dovrebbe sostituirsi, e non semplicemente aggiungersi, a quello originario: una soluzione di questo tipo, peraltro, lederebbe tanto le prerogative del pubblico ministero in ordine alla formulazione dell'accusa, quanto la terzietà dell'organo giurisdizionale[247].
Potrebbe superare queste criticità la proposta di chi suggerisce l'introduzione di uno snodo tra la chiusura dell'istruttoria e la discussione finale, in cui consentire all'accusa di valutare i risultati del dibattimento e decidere se confermare o modificare l'addebito, anche su

[239] A. Capone, Iura novit curia, cit., 76-82-83, che, nelle ipotesi in cui l'esigenza della riqualificazione sorga successivamente, propone l'applicazione dell'art. 521 co. 2 Cpp; A. Capone, Much ado about nothing, cit., 22. *Contra*, nel senso che questa soluzione porrebbe rimedio solo a errori più macroscopici, v. F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 279
[240] R. E. Kostoris, *op. cit.*, 2524; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e tutela del diritto di difesa*, cit., 231-232, secondo cui «se si ipotizzasse l'intervento d'ufficio del giudice prima della sentenza per provocare il contraddittorio, si dovrebbe aspettare la fase deliberativa, poiché solo in tale momento legittimamente il giudice potrebbe esprimere un proprio, sia pur parziale, provvisorio o speculativo, convincimento in merito alle risultanze fattuali». *Contra*, nel senso che queste soluzioni stridono con l'economia processuale, poiché la riqualificazione in uno stadio così avanzato rischierebbe di fare ripartire l'istruttoria da capo, v. F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 279. Analogamente, nel senso che, a dibattimento concluso e a decisione pressoché deliberata, il convincimento del giudice potrebbe essere difficilmente scalfito da un'ultima finestra di contraddittorio, che rischierebbe così di risolversi in una pura formalità, v. A. Capone, Much ado about nothing, cit., 22.
[241] A. Marabini, *La correlazione* in iure, cit., 2156.
[242] T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 303; T. Rafaraci, *Poteri d'ufficio e contraddittorio*, cit., 1168
[243] A. Capone, Iura novit curia, cit., 76-81; F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 278; E. Crippa, Iura novit curia, cit., 2258.
[244] Sul punto, da ultimo, v. F. Porcu, *Imputazioni alternative, imputazioni "ibride" e abnormità al vaglio della Suprema Corte*, in *DPP* 2025, 1066 s.
[245] A. Capone, Iura novit curia, cit., 64 e 76-78, secondo cui una diversa qualificazione giuridica può mutare le circostanze rilevanti a discarico, non potendosi richiedere all'imputato di difendersi alla cieca, adducendo prove che *rebus sic stantibus* sono irrilevanti e addirittura controproducenti.
[246] A. Capone, Much ado about nothing, cit., 21. In generale, sottolinea come la difesa rispetto a qualificazioni giuridiche diverse possa rilevarsi autolesionista per la difesa M. Nobili, *op. cit.*, 339.
[247] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 279.

suggerimento del giudice, che potrebbe indicare i temi o gli aspetti meritevoli di attenzione e che, in caso di inerzia della parte pubblica, sarebbe tenuto al provvedimento restitutorio[248].
Pur risolvendo le problematiche connesse all'imputazione alternativa, questa soluzione non supera i rilievi, sopra passati in rassegna, sul sacrificio imposto alla terzietà del giudice, trasformato in "suggeritore dell'accusa" e, di fatto, "coautore" dell'imputazione definitiva.
Sono le stesse ragioni per le quali non pare trasponibile alla fase del giudizio la soluzione dettata dall'art. 423 co. 1-*bis* Cpp per l'udienza preliminare e dall'art. 554-*bis* co. 6 Cpp per l'udienza predibattimentale. Se quella soluzione si apprezza per l'equiparazione tra modifiche *in facto* e *in iure* dell'addebito, nonché per l'effetto sostitutivo e non semplicemente aggiuntivo della nuova contestazione, la stessa si rivelerebbe altamente problematica in dibattimento, ancora più di quanto non lo sia in sede di controllo sull'accusa[249], incrinando la corretta ripartizione delle funzioni processuali e aprendo a una singolare co-gestione dell'atto imputativo, in contrasto, ancora una volta, con il principio di terzietà del giudice.

18. Gli effetti collaterali dell'informativa d'ufficio inducono chiedersi se sia preferibile una diversa soluzione, invero già da tempo sollecitata da una parte della dottrina: l'assoggettamento della modifica *in iure* alle stesse regole previste per la variazione *in facto* di cui agli artt. 516 ss. Cpp[250].
Così, a fronte di qualsiasi aggiornamento dell'imputazione a iniziativa dell'accusa, l'imputato godrebbe delle prerogative di cui all'art. 519 Cpp e, in sede decisoria, il giudice, rilevato il difetto di correlazione *in iure*, sarebbe tenuto alla restituzione degli atti al pubblico ministero secondo lo schema degli artt. 521 co. 2, 604 co. 1 e 620 co. 1 lett. *e* e lett. *f* Cpp[251].
Per quanto le Corti sovranazionali non esigano l'equiparazione dei due regimi, pretendendo semplicemente che, anche a fronte delle modifiche del titolo di reato, l'imputato sia messo nelle condizioni di esercitare il diritto di difesa, l'allineamento delle discipline appare coerente con

[248] S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 218-219.
[249] In senso critico rispetto alla soluzione adottata per l'udienza preliminare e per quella predibattimentale, v. M. Canepa, *Brevi riflessioni critiche in merito alla "udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta", in particolare, sulla separazione delle funzioni*, in *www.dirittodidifesa.eu*, 9.12.2022, 3; R. Del Coco, *I nuovi presupposti per non procedere*, in AA.VV., *La giustizia penale dopo la c.d. riforma Cartabia. Aggiornato alla legge 24 novembre 2023, n. 168 e al d.lgs. 19 marzo 2024, n. 31*, a cura di R. M. Geraci, Torino 2024, 261; G. Della Monica, *Il filtro della ragionevole previsione di condanna*, in *AP* 2023 (2), 11; O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia: la procedura penale del nemico*, in *DPP* 2023, 488; W. Nocerino, *Le modifiche "fisiologiche" dell'imputazione e i rinnovati poteri di controllo del giudice dell'udienza preliminare*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 11.2.2025, 23; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *DPP* 2023, 164; T. Rafaraci, *Correlazione tra accusa e sentenza e circostanza aggravante non contestata: la Consulta respinge la lettura "inquisitoria"*, in *CP* 2023, 1611; C. Santoriello, *Quando il legislatore manca gli obiettivi e fa confusione di ruoli: la nuova disciplina in tema di controlli del giudice dell'udienza preliminare sul contenuto dell'imputazione*, in *AP* 2025, 9; G. Sola, *Udienza preliminare*, cit., 1937; C. Torrente, *La nuova disciplina dell'imputazione non corrispondente agli atti di indagine: qualcosa non torna*, in *www.sistemapenale.it*, 8.10.2024.
[250] G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa*, cit., §10; F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi*, cit., 193; F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 283-288; F. Cassibba, *Riqualificazione del fatto*, cit., 1633; E. Crippa, Iura novit curia, cit., 2259. In questo senso, quantomeno per i casi in cui dalla riqualificazione giuridica del fatto discenda l'applicazione di una pena più grave, v. G. Illuminati, *Il giudizio*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova 1996, 605.
[251] Con riguardo al giudizio di cassazione, v. G. Biondi, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici*, cit., 2. Per quanto le disposizioni citate si riferiscano ai soli casi del reato concorrente non contestato e del fatto nuovo, l'Autore ne evince il principio più generale secondo cui, nell'ipotesi di acclarata diversità in fatto dell'addebito, gli atti devono essere restituiti al pubblico ministero.

la concezione unitaria dell'atto imputativo accolta dalle stesse fonti europee, secondo cui fatto e diritto rappresentano «le "facce" di una stessa medaglia, l'imputazione»[252].
Si tratta di una visione che, per quanto lontana dalla tradizione nazionale, è penetrata nel diritto positivo grazie al d.lgs. 150/2022[253]: per la prima volta, per quanto limitatamente all'udienza preliminare e a quella predibattimentale, il riscontro della diversità del fatto e quello dell'erronea qualificazione giuridica trovano una disciplina unitaria, ricondotta, come esplicitato dalla rubrica dell'art. 423 co. 1-*bis* Cpp, alla nozione di «modificazione dell'imputazione» (v., *supra*, §3).
Questa soluzione, oltretutto, scoraggerebbe la prassi di contrabbandare le modifiche che incidono su aspetti fattuali dell'accusa per mere operazioni di riqualificazione giuridica[254] (v., *supra*, §4). Si potrebbero così contrastare, almeno in parte, le interpretazioni abrogatrici degli artt. 516 ss. Cpp: quando il mutamento *in facto* incida sul titolo di reato, infatti, l'obbligo di restituzione degli atti non potrebbe essere eluso facendo ricorso alla flessibilità della nozione di "diversità del fatto".
Due sono le principali controindicazioni: il pregiudizio arrecato all'economia processuale, causato dall'incremento delle ipotesi di regressione[255], e il colpo inferto all'affidabilità dell'accertamento, derivante dalla rinnovazione dell'istruttoria, che allontana la decisione dal fatto e sottopone i dichiaranti a escussioni plurime, quando è ormai svanito l'effetto sorpresa della prima *cross-examination*.
Se ciò è vero, però, è parimenti vero che le alternative presentano un conto troppo elevato in termini di sacrificio per il principio di terzietà del giudice, per il divieto di manifestazione anticipata del convincimento e per lo stesso diritto di difesa.
Forse, proprio le gravi conseguenze che deriverebbero dall'erroneo inquadramento giuridico del fatto favorirebbero una maggiore responsabilizzazione del pubblico ministero, incentivato ad assicurare l'aderenza del titolo di reato agli atti di indagine, prima, e agli sviluppi dell'istruttoria dibattimentale, poi.

[252] G. Biondi, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici*, cit., 2. Nel senso che, se fatto e diritto sono elementi intimamente connessi e avvinti nell'imputazione, non è ragionevole mantenere regimi differenziati, v. F. Cassibba, L*'imputazione e le sue vicende*, cit., 272 e 274.
[253] Sottolinea la portata sistematica della modifica S. Ciampi, *op. cit.*, 114, secondo cui, dopo la riforma Cartabia, ci si potrebbe chiedere se sia sostenibile che il giudice dibattimentale sia abilitato a riqualificare autonomamente il fatto, quando, in sede preliminare, la disparità di vedute con il pubblico ministero in ordine al titolo di reato non gli consente interventi autonomi.
[254] L. Tassi, *Riti premiali e fatto diverso contestato in dibattimento: l'imputato può chiedere anche la "messa alla prova"*, in *RIDPP* 2020, 1118-1119. Peraltro, nel senso che le proposte di equiparazione tra modifiche *in facto* e *in iure* non fanno i conti con la prassi elusiva della teoria funzionale del fatto, v. L. Pulito, *Diplopie nella correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 576.
[255] A. Capone, Iura novit curia, cit., 76-79; S. Marcolini, *Il principio di correlazione tra accusa e sentenza*, cit., 49, secondo cui, a fronte del proliferare delle norme incriminatrici e degli incerti confini applicativi delle medesime, sarebbe inevitabile riconoscere al giudice il potere di riqualificare il fatto come correttivo necessario, a pena di sacrificare in modo inaccettabile la posizione del pubblico ministero e le istanze di difesa sociale, tenuto conto della impredicibilità dell'operazione di definizione giuridica del fatto.

I RAPPORTI FRA PROCESSO PENALE E PROCESSO TRIBUTARIO ALLA LUCE DELLA RIFORMA FISCALE: CHE SIA GIUNTA L'ORA DI SALUTARE IL DOPPIO BINARIO?

di Nicolò Di Paco (Dottore di ricerca in Diritto processuale penale presso l'Università di Pisa)

Sommario: 1. A mo' di premessa, una breve cronistoria. – 2. All'origine della riforma: il *ne bis in idem* secondo l'interpretazione delle Alte Corti. – 3. La valenza istruttoria della sentenza tributaria e degli atti di accertamento. – 4. (*Segue*) E il processo verbale di constatazione? – 5. Il valore della "cosa giudicata" penale fra dato testuale … – 6. … e (dis)orientamenti delle Corti. – 7. *Close connection in time* e coordinamento informativo. – 8. Conclusioni.

1. L'ampio progetto di riforma in materia tributaria[1] ha fornito al legislatore l'occasione di tornare su un tema che, nel corso degli anni[2], ha visto un susseguirsi particolarmente vivace di interventi di modifica, spesso animati da logiche fra loro antitetiche[3]. Ci si riferisce, in particolare, alle interazioni fra il procedimento penale e quello, per l'appunto, tributario.
Cercando di procedere per gradi e prima di esaminare il recente tentativo di riassetto di questa «coppia di fatto»[4], conviene ripercorrere, anzitutto, le principali tappe che hanno segnato l'evoluzione dei rapporti fra i due sistemi.
Come noto, inizialmente vi era la c.d. "pregiudiziale tributaria". L'art. 21 co. 3 l. 7.o1.1929 n. 4[5] stabiliva che «[p]er i reati previsti dalle leggi sui tributi l'azione penale [avesse] corso dopo che l'accertamento dell'imposta e della relativa sovrimposta [fosse] divenuto definitivo a norma delle leggi regolanti tale materia»[6]. Da qui, un «duplice vincolo per la giurisdizione penale»[7]: non solo l'esercizio dell'azione penale veniva a essere condizionato alla definitività dell'atto di accertamento del valore dell'imposta evasa, ma tale accertamento faceva anche stato nel processo che in detta azione rinveniva la propria genesi[8]. La ragione alla base di una

[1] … che troverà completa attuazione solo dal 1° gennaio 2027, data a partire dalla quale si applicheranno le disposizioni dei due testi unici di riordino della normativa (v. *infra*).
[2] Per una panoramica più diffusa sui differenti interventi normativi che si sono succeduti nel tempo, si rinvia, *ex multis*, a F. D'Arcangelo, *Il volto costituzionale del processo penale tributario*, in R. Crepaldi, F. D'Arcangelo, A. Ingrassia, M. Scoletta, *Il volto costituzionale del sistema penale tributario*, Milano 2025, 191-226; D. Guidi, *I rapporti tra processo penale e processo tributario ad oltre dieci anni di distanza dal d.lgs. n. 74 del 2000*, in *DPP* 2012, 1384-1387; A. Podigghe, *Profili Storici del processo penale tributario*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da A. Giovannini, t. I, *Diritto penale e processuale*, a cura di A. Giovannini, A. di Martino, E. Marzaduri, Milano 2016, 1093-1114; G. Tabet, *Collegamento tra fattispecie tributaria e fattispecie penale: riflessi di diritto processuale*, in *Rass. trib.* 2015, 303-312.
[3] In questo senso, P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, in *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, a cura di A. Giarda, A. Perini, G. Varraso, Vicenza 2016, 462. G. Ardizzone, *Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un'analisi del D.lgs. 14 giugno 2024 n. 87*, in www.lalegislazionepenale.eu 31.1.2025, 1, parla di «filosofie di fondo opposte».
[4] L'evocativa definizione è di O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, in *Rass. trib.* 2020, 233.
[5] Recante «[n]orme generali per la repressione delle violazioni delle legge finanziarie».
[6] A tale disposizione facevano eco l'art. 58 co. 5 d.P.R. 26.10.1972 n. 633 in materia di IVA («l'azione penale ha corso dopo che l'accertamento dell'imposta è divenuto definitivo») e l'art. 56 co. 5 d.P.R. 29.9.1973 n. 600 in punto di accertamento delle imposte sui redditi («[l]'azione penale per i reati di cui ai commi precedenti non può essere iniziata o proseguita prima che l'accertamento dell'imposta sia divenuto definitivo»).
[7] F. D'Arcangelo, *op. cit*, 194.
[8] *Contra*, G. Mangione, *L'atto di accertamento tributario nel diritto penale*, Padova 1970, 221 ss., a parere del quale la disposizione in parola non avrebbe introdotto una pregiudiziale fra l'atto di accertamento tributario e il giudizio penale: «non fu intenzione del legislatore porre al giudice penale alcun vincolo e, in particolar modo,

siffatta previsione era da rinvenirsi in una sostanziale sfiducia nelle competenze del magistrato chiamato a decidere sul reato, il quale veniva ritenuto sprovvisto di quella conoscenza «tecnica e [di quelle] nozioni specialistiche» imprescindibili per effettuare «le complesse valutazioni estimative retrostanti all'esatta determinazione dell'*an* e del *quomodo* dell'imposta evasa»[9].
Pur tuttavia, con sentenza 12 maggio 1982, n. 88, la Corte costituzionale ebbe a dichiarare contrario alla nostra Carta fondamentale l'art. 21 co. 3 l. 4/1929 (nonché l'art. 60[10] della stessa legge), per violazione degli artt. 3, 24 e 101 co. 2 Cost.[11]. Segnatamente, ad avviso della Corte, la preclusione per il giudice penale, derivante dall'accertamento svolto in sede tributaria, «differenzia[va] irrazionalmente la condizione degli imputati secondo che la imputazione [fosse] conseguente a un accertamento amministrativo tributario o no e, nell'ambito degli accertamenti amministrativi tributari, [fosse] relativa a imposte dirette o indirette»; inoltre, la pregiudiziale «impedi[va] l'esercizio del diritto inviolabile di difesa» dell'imputato che si trovava impossibilitato a contestare il *decisum* tributario e risultava «certamente incompatibile con il principio del libero convincimento».
Il definitivo superamento a livello normativo della pregiudiziale[12] si deve al d.l. 10.7.1982 n. 429 (convertito con modificazioni dalla l. 7.8.1982 n. 516) e, segnatamente, al suo art. 12; tale disposizione, per un verso, prevedeva che «in deroga a quanto disposto dall'[allora] articolo 3 del codice di procedura penale[13] il processo tributario non [poteva] essere sospeso»; per l'altro, stabiliva – in piena antitesi con il sistema previgente – che fosse «la sentenza irrevocabile di condanna o di proscioglimento pronunciata in seguito a giudizio relativa a reati previsti in materia di imposte sui redditi e di imposta sul valore aggiunto» ad avere «autorità di cosa giudicata nel processo tributario per quanto concerne[va] i fatti materiali che [erano] stati oggetto del giudizio penale». Due, pertanto, le novità introdotte: innanzitutto, la creazione di

[…] prevedere una figura di atto di imposizione come pregiudiziale» (244). Per converso, sostiene l'A., «[s]i volle, soltanto, impedire che la finanza denunziasse [i] reati [a carattere tributario] prima di aver delibato attentamente tutti gli atti acquisibili».

[9] Così, D. Guidi, *op. cit.*, 1385, il quale rileva come lo strumento *de quo* determinò «la pressoché totale disapplicazione delle fattispecie di reato in materia tributaria allora presenti nell'ordinamento», destinate perlopiù a estinguersi per prescrizione, in ragione dei lunghi tempi di definizione del processo tributario. Si tratta di un'osservazione già effettuata a suo tempo da C.F. Grosso, *Sanzioni penali e sanzioni non penali nell'illecito fiscale*, in *RIDPP* 1978, 1178, secondo cui all'introduzione della pregiudiziale era conseguita «la completa paralisi della giurisdizione penale nell'inutile attesa che le risultanze definitive dell'accertamento del debito di imposta fossero trasmesse per l'inizio dell'azione penale».

[10] Tale disposizione prevedeva l'inapplicabilità in materia di redditi soggetti a tributi diretti dell'art. 22 l. 4/1929, che attribuiva al tribunale chiamato a decidere sul reato tributario la competenza a conoscere della controversia relativa all'imposta, con ciò vincolando il giudice penale agli accertamenti dell'autorità amministrativa.

[11] Anche gli articoli 58 co. 5 d.P.R. 633/1972 e 56 co. 5 d.P.R. 600/1973 caddero sotto la scure della Corte costituzionale; cfr. C. Cost., 27.4.1982 n. 89 e C. Cost., 15.7.1983 n. 247. È interessante notare come, mentre l'art. 56 co. 5 d.P.R. 600/1973 venne ritenuto incostituzionale per violazione dell'art. 24 della Carta, nel giudicare illegittimo l'art. 58 co. 5 d.P.R. 633/1972 il giudice delle leggi abbia assunto a parametro di costituzionalità l'art. 112 Cost. In particolare, a detta della Corte, quando «il reato [fosse] del tutto indipendente dalla entità del tributo» e, pertanto, non fosse necessario attendere la puntuale determinazione dell'imposta evasa, «il divieto di procedere fino a quando l'accertamento [della stessa] non [fosse] divenuto definitivo integra[va] una deroga, senza alcuna giustificazione, al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale».

[12] Ad avviso di A. Podigghe, *op. cit.*, 1104 s., a favorire l'abbandono della pregiudiziale fu anche la nuova conformazione dei reati tributari, maggiormente incentrati sulla «violazione delle regole formali e procedurali prodromiche alla determinazione della base imponibile» piuttosto che sul *quantum* dell'imposta evasa: il giudice penale, così, era chiamato ad «accertare illeciti procedimentali» e, quindi, a «indaga[re] su un fatto tipico a lui più congeniale, giacché si sganciava dal tecnicismo dell'accertamento dell'imposta evasa che […] aveva giustificato l'introduzione» della regola fissata dall'art. 21 co. 3 l. 4/1929.

[13] … che sanciva, nel caso in cui la cognizione di un reato avesse influito su una controversia civile, la sospensione del giudizio inerente a quest'ultima fintantoché non fosse divenuta irrevocabile la sentenza penale volta ad accertare la sussistenza del reato.

un sistema a "doppio binario", improntato a «realizzare un regime di autonomia reciproca fra gli accertamenti penali e tributari»[14]. In secondo luogo, la previsione dell'efficacia vincolante per il giudice tributario delle sentenze penali emesse al termine di giudizi relativi a reati riguardanti le imposte sui redditi o l'IVA.

La portata e la validità della previsione ora richiamata vennero, però, a essere messe in dubbio con l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale.

La questione si poneva nei seguenti termini. In forza del nuovo art. 654 Cpp, la sentenza emessa all'esito del dibattimento non poteva (e non può tuttora) far stato in tutti quei giudizi, civili o amministrativi, che si caratterizza(va)no per «limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa». Ebbene, dal momento che il processo tributario presentava forti contrazioni sul versante istruttorio[15], ne discendeva che, in ossequio alla disposizione codicistica, il giudicato penale non potesse irradiare i propri effetti in ambito fiscale. Ciò si poneva in evidente contrasto con quanto sancito dalla disposizione del 1982. Ci si chiedeva, allora, se l'art. 12 d.l. 429/1982 fosse da ritenersi norma speciale rispetto all'appena licenziato art. 654 Cpp e, pertanto, ancora in vigore, oppure se fosse stato sostituito dalla disposizione codicistica, in virtù del principio *lex posterior abrogat priori*[16].

Il dibattito si venne a comporre in maniera risolutiva con il d.lgs. 10.3.2000 n. 74, il cui art. 25 sancì l'abrogazione del titolo I del d.l. 429/1982 e, di conseguenza, dell'art. 12. Al riguardo, merita anticipare come, secondo parte della dottrina, il d.lgs. 74/2000 non avesse in realtà fornito una soluzione definitiva alla questione dell'efficacia della sentenza penale nel giudizio tributario: l'intervento normativo aveva sì «il merito di aver risolto l'ormai annoso problema della sopravvivenza o meno dell'art. 12 […], ma non aiuta[va] a chiarire quale [fosse] il valore da attribuire al giudicato penale nel processo tributario ancora in corso»[17].

Ad ogni modo, la riforma del 2000 confermò l'opzione del doppio binario: «[i]n sostanziale *continuum* con il panorama normativo vigente» – e rifuggendo da «qualsiasi soluzione che postulasse l'affermazione di un rapporto di pregiudizialità tra procedimenti nell'uno o nell'altro senso […] per l'inaccettabile dilatazione dei tempi di intervento della decisione che ne [sarebbe seguita], e che in fatto [avrebbe preluso] […] ad un drastico illanguidimento dell'efficacia del sistema sanzionatorio»[18] – l'art. 20 stabiliva che «il procedimento amministrativo di accertamento ed il processo tributario non [potessero] essere sospesi per la pendenza del

---

[14] In questi termini, G. Spangher, sub *Art. 12, 1° comma*, in *Diritto e procedura penale tributaria. Commentario alla Legge 7 agosto 1982 n. 516*, a cura di I. Caraccioli, A. Giarda e A. Lanzi, Padova 1989, 444. In proposito, R. Kostoris, *L'utilizzabilità delle prove, ivi*, 575 rileva come la normativa del 1982 avesse «inaugurato un modello di accertamenti paralleli (tributario e penale) che implica[va] non secondarie interferenze tra i due procedimenti». Per un'analisi ad ampio spettro della disciplina introdotta dalla riforma e delle questioni da questa poste, si rinvia, per tutti, a M. Nobili, *Questioni interpretative generali. Normativa da applicare* notitia criminis *e obbligo di rapporti*, in E. Di Nicola, G. Flora, C.F. Grosso, M. Nobili, T. Padovani, *Responsabilità e processo penale nei reati tributari. Legge 7 agosto 1982 n. 516*, Milano 1986, 361-401; Id. *Formazione e valutazione della prova*, *ivi*, 403-436; Id., *I singoli articoli della legge n. 516/82*, *ivi*, 437-477.

[15] Il riferimento corre, soprattutto, al divieto di testimonianza nel processo tributario, che, però, è stato eliminato dall'art. 4 co. 1 lett. *c* l. 31.8.2022 n. 130.

[16] Per una più approfondita disamina delle differenti impostazioni, si rimanda, *ex multis*, a P. Corvi, sub *Art. 20*, in *Diritto e procedura penale tributaria. (Commentario al Decreto Legislativo 10 marzo 2000 n. 74)*, a cura di I. Caraccioli, A. Giarda e A. Lanzi, Padova 2001, 493 s. Propendevano per la persistente vigenza dell'art. 12, A. Ghiara, sub *Art. 654 Cpp*, in *Commento Chiavario*, VI, Torino 1991, 471-472 e F. Terrusi, voce *Rapporti tra giudicato penale e giudizio amministrativo*, in *DigDPen*, XI, Torino 1996, 45-46.

[17] P. Corvi, sub *Art. 20*, cit., 496.

[18] …nonché in ragione delle «diverse regole probatorie valevoli nei due processi, non esportabili *sic et simpliciter* dall'uno all'altro»: cfr. *Relazione di accompagnamento allo schema di decreto legislativo recante "Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto, ai sensi dell'articolo 9 della legge 25 giugno 1999, n. 205" approvata il 5.1.2000 dal Consiglio dei ministri*, in *Fisc*. 2000, 2093.

procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento comunque dipende[va] la relativa definizione».
Per contro, dagli artt. 3 e 479 Cpp si ricavava, in via interpretativa, l'impossibilità di "congelare" il processo penale in attesa della definizione di quello amministrativo[19]: l'uno, infatti, accorda la sospensione del processo quando la decisione dipenda dalla risoluzione delle sole controversie sullo stato di famiglia e di cittadinanza; l'altro permette di attendere la decisione del giudice civile o amministrativo, a condizione che la legge non ponga limitazioni alla prova soggettiva. Segnatamente, con riferimento all'art. 479 Cpp a essere messa in risalto era, ancora una volta, la circostanza per cui la disciplina tributaria vietasse la prova testimoniale.
Seppur con qualche "aggiustamento" teso ad attribuire valore in sede penale all'adempimento del debito tributario così come quantificato in ambito amministrativo[20], l'impostazione originaria del d.lgs. 74/2000 si è mantenuta intatta fino ai nostri giorni, quando, con la l. 9.8.2023 n. 111[21], il Parlamento ha delegato il Governo a: «razionalizzare il sistema sanzionatorio amministrativo e penale, anche attraverso una maggiore integrazione tra i diversi tipi di sanzione, ai fini del completo adeguamento al principio del *ne bis in idem*»; «rivedere i rapporti tra il processo penale e il processo tributario»; nonché, «attribuire specifico rilievo alle definizioni raggiunte in sede amministrativa e giudiziaria ai fini della valutazione della rilevanza penale del fatto» (art. 20 co. 1 lett. *a* nn. 1 e 3 e lett. *b*, n. 2).
Ecco allora che, in attuazione di tali criteri direttivi, l'Esecutivo, con il d.lgs. 14.6.2024 n. 87[22], è intervenuto tanto sul d.lgs. 74/2000, quanto sul codice di procedura penale. Sul primo

[19] *Ibidem*. Nello stesso senso si era espressa la dottrina; v., *ex multis*, P. Corvi, sub *Art. 20*, cit., 511.
[20] Il riferimento corre, a titolo esemplificativo, al d.lgs. 24.9.2015 n. 158 che ha modificato l'art. 13 co. 1 d.lgs. 74/2000 (trasfuso nell'art. 89 d.lgs. 5.11.2024 n. 173), prevedendo una causa di non punibilità per i reati di omesso versamento di ritenute dovute o certificate, di omesso versamento di IVA e di indebita compensazione tramite crediti non spettanti là dove, «prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari, comprese sanzioni amministrative e interessi, [siano] stati estinti mediante integrale pagamento degli importi dovuti, anche a seguito delle speciali procedure conciliative e di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, nonché del ravvedimento operoso». Per un più completo quadro delle ipotesi di rilevanza dell'estinzione del debito tributario ai fini del processo penale, si rimanda a P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., 467-469 e D'Arcangelo, *op. cit.*, 205-209. Vale la pena notare come la riforma del 2024 (cfr. *infra*) sia intervenuta, estendendone il raggio d'azione, anche su siffatte cause di punibilità: v. G. Micheli, *Procedure conciliative e sospensione del procedimento penale: quando la rateizzazione tributaria è vantaggiosa per l'erario e per l'imputato*, in *Pen. dir. e proc. (web)* 4.9.2025; E. Penco, *Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l'efficacia esimente della crisi di liquidità: il D.Lgs. 87/2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità*, in *DPP* 2024, 1577 ss.; P. Veneziani, *Reati tributari e ipotesi di riparazione, ravvedimento, pagamento del debito*, in *CP* 2025, 1058 ss. Si tratta di un approccio alla riparazione del danno che è stato definitivo in dottrina «riscossivo» – in contrapposizione al paradigma «ingiunzionale», in cui l'attività riparatoria è conseguenza di un ordine dell'autorità di controllo volto a far cessare le condotte illegittimi e a eliminare le conseguenze dannose, e a quello «ripristinatorio», tipico del diritto penale dell'ambiente, in cui il reo è chiamato a «farsi carico della reintegrazione delle conseguenze offensive materiali del reato» – dal momento che incentiva «il versamento dell'imposta evasa dal contribuente attraverso meccanismi premiali, privilegiando la finalità di recupero del gettito rispetto all'applicazione della sanzione penale»; così, A. Gullo, *La riparazione nel diritto penale dell'economia: linee evolutive*, in *www.archiviopenale.it* 22.12.2025, 6 e 11-15. In tema, E.M. Mancuso, Ne bis in idem *e giustizia sovranazionale*, in *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – il processo*, cit., 554 osserva come «[l]a valorizzazione delle procedure conciliative e del ravvedimento operoso in chiave lenitiva o neutralizzante della responsabilità penale» determini di fatto «la sostanziale reviviscenza di una sorta di pregiudiziale tributaria».
[21] Per un commento si rinvia, *ex multis*, a P. Veneziani, *La legge delega per la riforma fiscale: una prima lettura dei profili penalistici*, in *Sist. pen.* 2023, 9, 23-48.
[22] Per una più generale disamina delle innovazioni apportate dal d.lgs. 87/2024 si veda G. Ardizzone, *Il D.lgs. n. 87/2024 e la riforma del doppio binario tributario*, in *DPP* 2024, 1590-1598; Id., *Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un'analisi del D.lgs. 14 giugno 2024 n. 87*, cit., 1 ss.; V. Mongillo, *Il "particolarismo"*

versante, per ciò che è di nostro interesse, si sono registrate due importanti novità[23]. Al surrichiamato art. 20 d.lgs. 74/2000 è stato aggiunto il comma 1-*bis*, in forza del quale «le sentenze rese nel processo tributario, divenute irrevocabili, e gli atti di definitivo accertamento delle imposte in sede amministrativa, anche a seguito di adesione, aventi a oggetto violazioni derivanti dai medesimi fatti per cui è stata esercitata l'azione penale, possono essere acquisiti nel processo penale ai fini della prova del fatto in essi accertato». Inoltre, è stato introdotto l'art. 21-*bis* in tema di «[e]fficacia delle sentenze penali nel processo tributario e nel processo di Cassazione».
Con riferimento al codice di rito, si è operato sull'art. 129 NAttCpp, prevedendo, al nuovo comma 3-*quater*, il dovere dell'organo inquirente di informare «la competente direzione provinciale dell'Agenzia delle entrate, dando notizia» dell'esercizio dell'azione penale per uno dei delitti previsti dal d.lgs. 74/2000.
Da ultimo, con due decreti legislativi del novembre 2024[24] (il n. 173 del 5 novembre e il n. 175 del 14 novembre) sono state riordinate in due testi unici le disposizioni vigenti in materia di sanzioni tributarie, amministrative e penali, nonché in materia di giustizia tributaria. Così, l'art. 20 d.lgs. 74/2000 è stato trasfuso nell'art. 97 d.lgs. 173/2024 (*Testo unico delle sanzioni tributarie amministrative e penali*) e l'art. 21-*bis* nell'art. 119 d.lgs. 175/2024 (*Testo unico della giustizia tributaria*)[25].

2. Nel confrontarci con le emende apportate dal legislatore del 2024, conviene ricordare – seppur per brevissimi tratti – il panorama giurisprudenziale che ha fatto da retroterra alla novella, onde comprendere le ragioni che l'hanno animata. E invero, nella relazione illustrativa di accompagnamento alla riforma, si legge che il d.lgs. 87/2024 ha avuto come obiettivo primario il consolidamento dell'«integrazione dei due modelli sanzionatori», quello tributario e quello penale per l'appunto, «valorizzando i principi espressi» dai giudici sovranazionali in materia di *ne bis in idem*[26].
Il riferimento corre, *in primis*, alla sentenza *A e B c. Norvegia* della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo[27]. Nella pronuncia in parola il giudice alsaziano[28] ha precisato che

---

cangiante del diritto penale tributario: riflessioni introduttive sul D.lgs. n 87/2024, in *DPP* 2024, 1558-1566; T. Sabbatini, *La riforma dei reati tributari: appunti sul D.lgs. 87/2024*, in *Giur. pen. web*. 2024, 9, 1 ss.; A.F. Tripodi, *Prime osservazioni sulla riforma fiscale nella prospettiva del* ne bis in idem *europeo*, in *discrimen.it* 2.10.2024.

[23] Alle quali va aggiunto l'art. 21-*ter* d.lgs. 74/2000 (ora trasposto nell'art. 124 d.lgs. 175/2024), in forza del quale, «[q]uando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del soggetto, una sanzione penale ovvero una sanzione amministrativa o una sanzione amministrativa dipendente da reato», si impone al giudice o all'autorità amministrativa di tener conto delle sanzioni «già irrogate con provvedimento o con sentenza assunti in via definitiva» «al momento della determinazione delle sanzioni di propria competenza e al fine di ridurne la relativa misura».

[24] … in attuazione dei principi e dei criteri direttivi fissati dall'art. 21 l. 111/2023.

[25] Le disposizioni, a seguito del c.d. "Decreto Milleproroghe 2026" (d.l. 31.12.2025 n. 200 conv. in l. dalla l. 27.2.2026 n. 26), si applicheranno a far data dal 1° gennaio 2027, giorno a partire dal quale, in forza degli artt. 101-102 d.lgs. 173/2024 e 131-132 d.lgs. 175/2024, sarà altresì abrogato l'intero articolato normativo di cui al d.lgs. 74/2000.

[26] Queste le parole della relazione illustrativa al d.lgs. 87/2024, 6 reperibile al sito: *documenti.camera.it*.

[27] C. eur. GC, 15.11.2016, *A. e B c. Norvegia*.

[28] … in sostanziale discontinuità con quanto affermato nella sentenza *Grande Stevens c. Italia*. Come noto, infatti, in tale pronuncia, riconosciuta la natura sostanzialmente penale dell'illecito previsto dall'art. 187-*ter* d.lgs. 24.2.1998 n. 58 e delle relative sanzioni e avendo rilevato la medesimezza dei fatti sottoposti a giudizio, prima, amministrativo e, poi, penale, la Corte di Strasburgo ha concluso che la semplice pendenza del processo penale, a fronte di sanzioni amministrative già comminate, costituisse una violazione del divieto stabilito dall'art. 4 del protocollo n. 7 alla Cedu; cfr. C. eur., 4.3.2014, *Grande Stevens e al. c. Italia*. In proposito, E.M. Mancuso, *op. cit.*, 536, osserva come «[n]ell'affermare la violazione del divieto di doppio giudizio», il giudice alsaziano abbia riconosciuto «l'esistenza di una duplicazione dell'apparato sanzionatorio interno, accedendo a una verifica

il divieto del doppio giudizio, come fissato dall'art. 4 § 1 del Protocollo n. 7 alla Cedu[29], non preclude la previsione di un duplice binario "punitivo", a condizione, però, che fra i due procedimenti vi sia una «connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta» («*sufficiently close connection in susbtance and time*»)[30].
Come noto, la connessione di tipo sostanziale si perfeziona al verificarsi di quattro condizioni: anzitutto, i due procedimenti devono perseguire scopi fra loro complementari e devono guardare ad aspetti differenti della stessa condotta. La duplicazione della risposta statuale deve, inoltre, risultare prevedibile per l'interessato; occorre, poi, che i procedimenti interagiscano sul piano istruttorio, ovvero siano condotti in modo da evitare il più possibile duplicazioni in sede di acquisizione e valutazione delle prove. Infine, la sanzione inflitta nel procedimento che si è concluso per primo deve essere tenuta in considerazione dall'altro giudice, onde assicurare una pena nel complesso proporzionata[31].
Sul versante temporale, non si impone che i due procedimenti siano condotti "in contemporanea" per tutto il loro corso, ma è comunque richiesta una contiguità tale da «*protect the individual from being subjected to uncertainty and delay and from proceedings becoming protracted over time*»[32].
«[S]eppur attraverso un percorso argomentativo diverso da quello seguito dalla giurisprudenza di Strasburgo»[33], nelle cause *Garlsson Real Estate SA*[34] e *Menci*[35] – relative a ipotesi di doppio

sostanziale della natura penale delle sanzioni già inflitte e ribadendo la necessità di un sindacato *multilivello* del rispetto delle garanzie fondamentali dell'individuo» (corsivo nel testo).

[29] A detta della Corte, la disposizione non vieta che i sistemi adottino «*an "integrated" approach to the social wrongdoing in question, and in particular an approach involving parallel stages of legal response to the wrongdoing by different authorities and for different purposes*» (cfr. pt. 123 della sentenza). In proposito, G. Spangher, sub *Protocollo 7 – Art. 4*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova 2001, 958 rileva come la disposizione abbia segnato «il punto d'incontro fra due tradizioni giuridiche profondamente distinte»: quella «continentale europea, nella quale il divieto del *bis in idem* è concepito quale effetto del giudicato e si ricollega, quindi, all'oggettiva esigenza di certezza delle situazioni giuridiche», e quella «anglossasone, la quale […] conosce la *protection against double jeopardy*, in stretta correlazione con la tematica dei limiti alle facoltà di impugnazione dell'accusa».

[30] Pt. 131. In realtà, come rileva S. Quattrocolo, *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di* ne bis in idem *e i suoi effetti sull'ordinamento italiano*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Torino 2018, 142 ss., già nella sentenza *Nilsson c. Svezia* del 2005 la Corte europea aveva ritenuto non violato il divieto di doppio giudizio alla luce della «contiguità funzionale e temporale tra i procedimenti per l'applicazione della sanzione amministrativa e il processo penale»; l'approccio, sottolinea l'A., è stato accantonato nella sentenza *Grande Stevens c. Italia* (cfr. *supra*, nota n. 28) per poi essere «più ampiamente sviluppato dalla Corte nella […] sentenza *A e B c. Norvegia*, che [ha ripreso], elaborandoli, i suddetti criteri».
Sul punto, T. Rafaraci, Ne bis in idem *e doppio binario sanzionatorio (reati tributari)*, in *Il* ne bis in idem, a cura di A. Mangiaracina, Torino 2021, 197 osserva come la clausola della *close connection* configuri un «limite all'esercizio del margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati»; difatti, mediante una verifica elastica, il giudice alsaziano «si riserva un vaglio di ragionevolezza delle scelte nazionali, teso a verificare, di volta in volta, se i procedimenti *in idem* siano sufficientemente "integrati" da evitare che la loro pluralità produca inconvenienti sproporzionati per l'interessato».

[31] Pt. 132.

[32] Cfr. pt. 134 della sentenza. In proposito, F. Cassibba, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di* ne bis in idem *e "doppio binario" sanzionatorio*, in *PPG* 2017, 1102 s. sottolinea come il criterio della *close connection in time* finisca per far dipendere «il *ne bis in idem* […] da profili del tutto casuali (come ad esempio il passaggio in giudicato di uno dei provvedimenti)».

[33] Così, B. Galgani, Ne bis in idem *e spazio giudiziario europeo*, in *Il* ne bis in idem, cit., 260, la quale mette in luce come le pronunce in oggetto abbiano segnato «un arretramento dal punto di vista della tutela dell'iterazione di un secondo procedimento *in idem*».

[34] C.G.UE GS, 20.3.2018, C-537/16, *Garlsson Real Estate SA*.

[35] C.G.UE GS, 20.3.2018, C-524/15, *Menci*.

binario sanzionatorio in materia, rispettivamente, di manipolazioni di mercato e di omesso versamento dell'IVA – la Corte di giustizia dell'Unione europea è giunta a conclusioni in linea con quelle espresse nella sentenza *A e B* richiamata.
In particolare, operando lungo la dorsale della proporzionalità[36] *ex* art. 52 CDFUE, i giudici lussemburghesi hanno ritenuto conforme al diritto unionale una normativa che sancisce la duplice via punitiva, sempreché «sia volta ad un obiettivo di interesse generale» che giustifichi «un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni» e contenga disposizioni che garantiscano e «una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti», e una severità sanzionatoria «limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti»[37].
Messa così a fuoco la cornice giurisprudenziale che fa da contesto alla riforma, si può adesso procedere all'esame degli istituti e dei meccanismi introdotti dal legislatore domestico onde assicurare quella "relazione nella sostanza e nel tempo" fra i due procedimenti, fissata dalle Alte Corti quale elemento di discrimine per valutare il rispetto del divieto del *bis in idem*.

3. Prendendo le mosse dalle innovazioni tese a realizzare la *connection in substance*, l'attenzione va, in prima istanza, rivolta all'art. 97 co. 2 d.lgs. 173/2024, che – nel ricalcare quanto fissato dall'art. 20 co. 1-*bis* d.lgs. 74/2000, come modificato dal d.lgs. 87/2024 – ammette l'acquisizione, ai fini di prova del fatto in esse accertato, delle sentenze rese dal giudice tributario e divenute irrevocabili, che abbiano «a oggetto violazioni derivanti dai medesimi fatti per cui è stata esercitata l'azione penale». In proposito, viene facile osservare come il legislatore del 2024 si sia limitato a recepire – dandole così veste normativa – quella giurisprudenza che, ormai da tempo, aveva aperto all'impiego istruttorio del provvedimento conclusivo del processo tributario in forza dell'art. 238-*bis* Cpp[38].

---

[36] In proposito, M. Scoletta, *Nuovi e vecchi profili di illegittimità costituzionale del doppio binario punitivo degli illeciti tributari*, in R. Crepaldi, F. D'Arcangelo, A. Ingrassia, M. Scoletta, *Il volto costituzionale del sistema penale tributario*, cit., 163 evidenzia come, con la sentenza in parola, il principio del *ne bis in idem* venga «sostanzialmente degradato a vincolo di "proporzionalità di scopo", garantito dal solo riconoscimento in capo al giudice nazionale del potere di disapplicare il *quantum* di sanzione che ritenga *eccessivo* rispetto all'obiettivo della deterrenza». Sul punto, si tornerà più avanti; cfr. §§ 7.
[37] C.G.UE GS, 20.3.2018, C-524/15, *Menci* § 63.
[38] Il riferimento corre, a titolo esemplificativo, a Cass. 30.3.2017 n. 25008; Cass. 28.10.2015 n. 1628; Cass. 19.12.2011 n. 14855; e Cass. 24.9.2008 n. 39358. In proposito, M. Ceresa-Gastaldo, *L'accertamento dei tributi tra disciplina amministrativa, penale e processuale. Circolazione dei materiali istruttori ed autonomia dei giudizi*, in *Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile*, SSM, *Quaderno 14*, Roma 2022, 48 osserva come, se l'art. 238-*bis* Cpp «viene normalmente lett[o] come riferibile alla sola circolazione probatoria delle sentenze dei giudici penali […] soprattutto in considerazione della necessità di evitare "travasi" da ordinamenti processuali caratterizzati da standard probatori più bassi, che finirebbero per compromettere l'affidabilità della decisione penale», proprio con riguardo alla sentenza tributaria (e prima della riforma) la Cassazione si fosse attestata su conclusioni diametralmente opposte; e, ciò, «nonostante [fosse] evidentissima la profonda differenza tra le regole probatorie e di giudizio» del processo tributario «rispetto a quelle operanti nel processo penale».
In dottrina, propendevano per l'estensibilità dell'art. 238-*bis* alle sentenze tributarie P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., 491; F. D'Arcangelo, *op. cit.*, 201 e 227; G. Piziali, *Il processo penale per l'accertamento dei reati tributari*, in *Profili critici del diritto penale tributario*, a cura di R. Borsari, Padova 2013, 337. *Contra*, v. S. Astarita, voce *Circolazione della prova e delle sentenze*, in *DigDPen*, Agg., Torino 2014, 36, a parere della quale «la disposizione si riferisce a tutte le sentenze – *penali* – pronunciate dal giudice italiano» (enfasi nostra). In modo ancor più netto si esprimeva M. Busetto, *Utilizzabilità delle prove tributarie nell'ambito del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu 28.3.2020, secondo cui «la sentenza delle commissioni tributarie non [doveva] essere considerata utilizzabile in sede penale come prova dei fatti in essa accertati». Ad avviso dell'A., deponevano a favore di tale conclusione indici tanto testuali, quanto sistematici. Sul primo versante, si faceva notare, «il termine irrevocabilità», impiegato dalla disposizione, «risulta tecnicamente improprio rispetto alle sentenze non penali, e perciò non pare riferibile ad esse»; a ciò si aggiunge che «l'art. 238 Cpp (nel disciplinare il trasbordo dei verbali di prova) considera anche i processi non penali,

E proprio come la previsione codicistica[39], assunta – salve alcune differenze di cui si dirà – a "cartamodello", anche la disposizione di nuovo conio pare porsi «totalmente al di fuori della logica accusatoria»[40]: le perplessità riguardano, in particolare, la compatibilità con i principi costituzionali del contraddittorio, dell'oralità e dell'immediatezza[41].
Muovendo dal contraddittorio, se è pur vero che l'art. 111 co. 4 Cost. afferisce alle sole prove costituende[42] e che, in caso di prove precostituite, l'apporto dialettico delle parti si sviluppa solamente sull'elemento istruttorio già formato, in letteratura è stato, tuttavia, messo in luce come la sentenza non sia una prova, ma un atto di apprezzamento delle risultanze probatorie[43].
Viene allora da chiedersi, anche con riferimento all'ipotesi "speciale" di acquisizione contemplata dall'art. 97 d.lgs. 173/2024, come «le parti possano confrontarsi in relazione a una fonte che non fornisce una rappresentazione documentaria del fatto oggetto di accertamento», quanto piuttosto una «valutazione dello stesso»[44].
Come se ciò non bastasse, mettere a disposizione del giudice la sentenza tributaria significa altresì autorizzarlo a conoscere (se non proprio a utilizzare) le presunzioni tributarie[45] e le prove

sottoponendoli ad una apposita disciplina, cosicché il fatto che l'art. 238-*bis* Cpp non li menzioni sembra deporre nel senso dell'inapplicabilità». Sul versante sistematico, venivano invece evidenziate le marcate differenze sul piano probatorio fra il processo penale e quello tributario.

[39] Per una critica all'art. 238-*bis* Cpp si vedano, *ex multis*, F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 802-803; P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*[3], Bologna 2012, 259-268; L. Marafioti, *Trasmigrazione di atti, prova "per sentenze" e libero convincimento del giudice*, in *Studi sul processo penale. In ricordo di Assunta Mazzarra*, coordinato da A. Gaito, Padova 1996, 247-273; N. Rombi, *La circolazione delle prove penali*, Padova 2003, 179-211; R.A. Ruggiero, *I limiti dell'art. 238*-bis *c.p.p. alla luce dell'art. 111 Cost.*, in *CP* 2004, 3170 ss. Più in generale, per un'approfondita disamina della disposizione si rinvia a L. Iafisco, *La sentenza penale come mezzo di prova*, Torino 2002.

[40] Le parole sono di S. Astarita, *op. cit.*, 35.

[41] Come noto, nonostante le forti perplessità manifestate dalla dottrina, la Corte costituzionale ha avallato la disciplina di cui all'art. 238-*bis* Cpp, dapprima con l'ordinanza n. 159 del 13.5.1996 e, poi, con la sentenza 6.2.2009, n. 29. Nella prima occasione, i giudici di Palazzo della Consulta hanno chiarito che la disposizione, «lungi dall'assumere la portata di statuizione idonea a risolvere ogni aspetto del *thema* devoluto alla cognizione del giudice ricevente si limita a regolare il modo di valutazione della» sentenza «resa in separato giudizio, in una logica di economia nella raccolta del materiale utile alla decisione che non intacca il basilare principio» del libero convincimento del giudice. Nel 2009, riconosciuto che «in relazione alla specifica natura della sentenza irrevocabile, il principio del contraddittorio trova il suo naturale momento di esplicazione non nell'atto dell'acquisizione – nel quale, del resto, non sarebbe ipotizzabile alcun contraddittorio, se non in ordine all'*an* dell'acquisizione – ma in quello successivo della valutazione e utilizzazione», il giudice delle leggi ha fatto salva la disposizione rilevando che «le parti rimangono libere di indirizzare la critica che si andrà a svolgere, in contraddittorio, in funzione delle rispettive esigenze». Da qui, la conclusione per cui la decisione del legislatore di permettere al «giudice di apprezzare liberamente l'apporto probatorio» proveniente «dagli esiti di altro processo conclusosi con sentenza irrevocabile», nonché di acconsentire a che le parti utilizzino, «come elementi di prova, i risultati che da quella sentenza sono emersi […] si salda logicamente alla scomparsa, nel nuovo sistema processuale, della pregiudiziale penale». Per alcuni appunti a quest'ultima sentenza si rimanda, *ex multis*, P. Ferrua, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte costituzionale*, in *RDPr* 2010, 1453 ss.

[42] Per tutti, O. Mazza, voce *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale penale)*, in *ED*, Annali VII, 2014, 253.

[43] P. Ferrua, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte costituzionale*, cit., 1461-1462.

[44] N. Rombi, *op. cit.*, 186.

[45] In merito, la Corte di cassazione ha ritenuto a più riprese che le presunzioni tributarie possano essere intese quali indizi ai sensi dell'art. 192 co. 2 Cpp, per cui, pur «non potendo […] costituire via più breve per una condanna, essendo assunte non con l'efficacia di certezza legale», sono «elementi utili a formare, nella disamina completa e critica del compendio probatorio acquisito nel corso del dibattimento, il libero convincimento del giudice» e, «per assurgere a dignità di prova, dovranno trovare un riscontro oggettivo o in distinti elementi probatori o in altre presunzioni, purché gravi, precise e concordanti»; così, Cass. 3.11.2020 n. 36915 in *Rass. trib.* 2021, 1086 ss., con nota di R. Borsari, *Processo penale e presunzioni tributarie. Il punto sul dibattito giurisprudenziale*. Più di recente, v. Cass. 21.9.2022 n. 42916 in *RTrimDPenEc* 2023, 384 ss. Per converso, la dottrina ritiene che le presunzioni non sia utilizzabili dal giudice penale, tutt'al più potrà «trovare spazio nel

– su tutte il processo verbale di constatazione – su cui quella sentenza si basa[46] e che, anche secondo quanto si avrà modo di osservare[47], non potrebbero, per contro, transitare nel giudizio penale, poiché formate in contesti non garantiti e al di fuori della dialettica processuale.
Con riferimento agli altri due principi, è sufficiente qui ricordare come la dottrina abbia visto nella possibilità di acquisire una sentenza irrevocabile emessa *aliunde* uno snaturamento della specifica «concezione dell'oralità-immediatezza che vuole non soltanto un rapporto diretto senza l'interferenza di alcuna mediazione tra il giudice e la fonte di prova […] ma altresì far sì che tale relazione tra il giudice e la prova intercorra con prove in rapporto il più possibile diretto con il *thema probandum*»[48].
Ancora, l'art. 238-*bis* Cpp prevede che le sentenze acquisite ai fini di prova devono essere «valutate a norma degli articoli 187 e 192, comma 3», dello stesso codice di rito. Giusto per ricordare alcune coordinate di fondo, il rimando all'art. 187 Cpp viene letto come un «riferimento vuoto»[49], «pleonastico»[50], «inutile [ed] eccentrico»[51], dal momento che detta disposizione, per un verso, riguarda l'ammissione della prova e non la sua valutazione e, per l'altro, essendo previsione generale, valevole per l'acquisizione di ogni mezzo o fonte probatoria, opererebbe pure per la prova-sentenza a prescindere dal "richiamo" esplicito contenuto nell'art. 238-*bis* Cpp[52]. Per suo conto, il rinvio all'art. 192 co. 3 Cpp determina un'«eccezion[e] al libero convincimento, prescrivendo [una] regol[a] di valutazione negativa»[53] in forza della quale quanto accertato nella sentenza emessa in diverso procedimento deve necessariamente trovare conferma in altri elementi acquisiti nel processo in cui quella sentenza assume valore di prova. Con tale previsione, si è fatto notare, il legislatore[54] ha inteso

processo penale [il] dato probatorio fattuale che è alla [loro] base»; così, G. Varraso, *Procedimento penale e reati tributari*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. VII, *I modelli differenziati*, a cura di G. Garuti, Torino 2011, 906. In proposito, v. altresì M. Nobili, *Formazione e valutazione della prova*, cit., 408 il quale afferma che la «trasformazione della presunzione tributaria in indizio […] svuota di pratico significato qualsivoglia distinzione 'scientifica' tra prove legali e regime del libero convincimento».

[46] Con riferimento al 238-*bis* Cpp, v., *ex multis*, P. Ferrua, *Il contraddittorio nel processo penale e il doppio volto della Corte costituzionale*, cit., 1462 e A. Pisconti, *La sentenza come prova (pre)valutata tra efficientismo giudiziario e giusto processo*, in *DPP* 2023, 1389. Osserva F. Cordero, *op. cit.*, 802 come i «precedenti giudiziari serv[a]no a vari fini ma non provano niente: l'eventuale apporto viene dal materiale là raccolto, comunque l'abbiano usato, bene o male; e bisogna pescarlo nei relativi verbali, a frammenti».

[47] Cfr. *infra*, § 4.

[48] L. Marafioti, *op. cit*., 270.

[49] F. Cordero, *op. cit.*, 802.

[50] A. Gaito, *La circolazione delle prove e delle sentenze*, in *AP* 2011, 3, 33.

[51] F. Zacchè, *La prova documentale*, Milano 2012, 181.

[52] V., per tutti, S. Astarita, *op. cit.*, 40; L. Marafioti, *op. cit*., 253; e F. Zacchè, *La prova documentale*, cit., 181. *Contra*, M. Curtotti, *Una faticosa ricostruzione del contenuto dell'art. 238*-bis *tra incrinature sistematiche ed esigenze contingenti in chiave «emergenziale»*, in *CP* 1996, 3360 ritiene che il riferimento sia fatto «"a proposito" dal legislatore»; senza, infatti, «potrebbe sorgere la tentazione di non ritenere applicabile il principio generale contenuto nell'art. 187 c.p.p. in presenza di norme speciali che non lo richiamano espressamente». Prova a dare un significato al rinvio anche L. Iafisco, *op. cit.*, 155 ss., secondo il quale con il richiamo si è inteso «configurare un elemento di raccordo tra le *regiudicande* dei diversi processi, consentendo così al giudice, nel momento della valutazione delle prove, di (ri)verificare ciò che, di quanto è contenuto nel documento-sentenza, risulta effettivamente utile alla ricostruzione del fatto nel processo in corso, alla luce dell'intero complesso delle acquisizioni processuali». Sul punto, si vedano inoltre I. Calamandrei, *La prova documentale*, Padova 1995, 126-128 e L. Kalb, *Il documento nel sistema probatorio*, Torino 2000, 174.

[53] M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino 2009, 126. Come noto, le regole di valutazione negativa «comportano un'operazione logica di "corroborazione"», proibendo «al giudice di condannare o, comunque, di ritenere accertato un fatto se non in presenza di ulteriori elementi conoscitivi tali da confermare l'attendibilità della prova stigmatizzata dal legislatore» (121).

[54] In proposito, si veda P.P. Rivello, sub *Art. 238*-bis *Cpp*, in *Commento Chiavario*, II Agg., Torino 1993, 92, ad avviso del quale sarebbe stato più opportuno «evitare la tecnica, comoda ma imprecisa, del rinvio ad altre norme»,

introdurre un «utile raccordo tra il provvedimento conclusivo di un determinato procedimento e la diversa realtà processuale in cui esso va ad inserirsi», nonché «garantire un, sia pur limitato e residuale, recupero del fondamentale principio del contraddittorio»[55]. Anche con riferimento alla richiesta di *corroboration* prevista dall'art. 238-*bis* Cpp la dottrina non ha, per vero, lesinato critiche[56], intravedendovi, in particolare, l'«espressione della "cattiva coscienza" del legislatore che, anziché invitare alla cautela e alla prudenza nell'apprezzamento della prova-sentenza, avrebbe dovuto negarne l'utilizzabilità a fini probatori»[57].

Tuttavia, la previsione ha quantomeno il pregio di imporre al giudice del processo *ad quem* di verificare l'attendibilità dell'accertamento operato dal collega, «senza [poter] beneficiare della comodità del giudizio preformato»[58].

Una siffatta verifica non è, invece, richiesta dall'art. 97 co. 2 d.lgs. 173/2024: diversamente dalla disposizione codicistica, infatti, quella di recente introduzione non menziona l'art. 192 co. 3 Cpp, né chiama in altro modo il giudice a ricercare elementi a sostegno di ciò che viene affermato nella sentenza tributaria. Pertanto, non è necessario che il *decisum* trovi ulteriori riscontri all'interno del processo penale: si riconosce pieno valore a quanto stabilito al termine del giudizio fiscale, il cui "prodotto" può essere, allora, utilizzato *sic et simpliciter* ai fini dell'accertamento della responsabilità dell'imputato.

Lo scenario si fa vieppiù grave se si considera che l'art. 97 co. 2 d.lgs. 173/2024, proprio come l'art. 238-*bis* Cpp, non fissa alcuna condizione o presupposto che legittimi il "travaso": ci si limita a sancire che le sentenze «possono essere acquisit[e]». Viene, così, a essere introdotto, anche con riferimento alla nuova ipotesi di "trasfusione" istruttoria, «un elemento di incertezza attributivo di un'ampia discrezionalità al giudice»[59]. In altre parole, spetta a quest'ultimo, in assoluta autonomia, scegliere se imboccare la via breve e, quindi, utilizzare il documento-sentenza, senza nemmeno doversi sforzare di trovare riscontri a sostegno di quanto accertato dalla corte tributaria, oppure assumere quell'elemento di prova nel contraddittorio fra le parti, con tutto ciò che ne consegue in termini di garanzie ma anche di dilatazione dei tempi processuali. È facile supporre quale delle due soluzioni possa essere preferita.

Si rende, allora, imprescindibile chiarire che "cosa" dimostra il *decisum* tributario, onde cercare di circoscriverne il più possibile l'incidenza nel processo penale. Sul punto, deve registrarsi

---

magari indicando che «ai fini del processo in corso le risultanze offerte dalle precedente sentenze divenute irrevocabili devono risultare corroborate da ulteriori elementi di prova».

[55] Così, L. Parlato, *Acquisizione a fini di prova di sentenze irrevocabili e utilizzazione delle risultanze di fatti emergenti dalle motivazioni*, in *CP* 1996, 3676, la quale mette in luce come il compito di confermare ciò che è statuito nella sentenza acquisita dovrebbe essere affidato a elementi estranei al processo al termine del quale è stata pronunciata quella stessa sentenza; in caso contrario, fa notare, siffatti elementi finirebbero per «assolvere a due diverse funzioni che sembrerebbero intuitivamente incompatibili»: concorrere «alla formazione del libero convincimento del giudice che pronuncia la sentenza che si intende acquisire» e fungere quale strumento di asseverazione dell'«attendibilità delle circostanze emergenti da tale provvedimento». In proposito, si veda M. Daniele, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, cit., 140, ad avviso del quale «è illusorio ritenere» che la sussistenza di riscontri esterni possa riequilibrare l'assenza del contraddittorio: anche se trova corroborazione nelle prove assunte nel processo *ad quem*, la sentenza è pur sempre emessa all'esito di un differente giudizio, «contaddistint[o] da diverse coordinate soggettive e oggettive».

[56] I. Calamandrei, *op. cit.*, 128 definisce «poco comprensibile e formalmente inopportuno» il rinvio all'art. 192 co. 3 Cpp. Più di recente, M. Daniele, *Le finzioni d'algebra dell'art. 192 c.p.p.*, in *CP* 2025, 1745 osserva come le regole di valutazione sancite dall'art. 192 co. 2-4 Cpp «present[i]no almeno tre difetti capitali: *i*) risultano perlopiù irrilevanti; *ii*) non sono realmente capaci di vincolare il giudice, generando solo un'illusione meccanicistica; *iii*) possono addirittura arrivare a distorcere la valutazione delle prove».

[57] N. Rombi, *op. cit*., 209.

[58] H. Belluta, voce *Prova (circolazione della) (diritto processuale penale)*, in *ED*, Annali II, t. 1, 2008, 964.

[59] In questo senso, con riferimento all'art. 238-*bis* Cpp, N. Rombi, *op. cit*., 188. Analoghe le considerazioni di L. Marafioti, *op. cit*., 252.

una quantomai opportuna differenza testuale fra la disposizione speciale e il modello codicistico: mentre l'art. 238-*bis* Cpp, «con una tecnica legislativa sconcertante»[60], dispone che la sentenza può essere «acquisit[a] ai fini della prova *di* fatto in ess[a] accertato», l'art. 97 co. 2 d.lgs. 173/2024 chiarisce che il provvedimento conclusivo del giudizio tributario può essere utilizzato «ai fini di prova *del* fatto» ivi accertato. Il cambio di formulazione, lungi dall'essere una mera accortezza grammaticale, assume rilevanza primaria per meglio delimitare quanto il giudice può trarre dalla sentenza emessa *aliunde*.

È risaputo, infatti, che l'uso della particella "di" ha indotto la giurisprudenza e parte della dottrina a leggere l'espressione contenuta nell'art. 238-*bis* Cpp non solo come «prova *del* fatto», ma anche come «prova d*ei* fatt*i*»[61], di talché la capacità rappresentativa della sentenza abbraccerebbe oltre al fatto ritenuto in sentenza anche gli «eventi storici»[62] che lo supportano[63].

Ebbene, la scelta del legislatore del 2024 di ricorrere alla preposizione "del", unita all'utilizzo del singolare "fatto", porta ad affermare che l'efficacia probatoria della sentenza tributaria non possa che essere limitata ai soli elementi costitutivi dell'illecito accertato in ambito tributario e rilevante in sede penale e, in particolare quando si tratta di imposte, al *quantum debeatur* dal contribuente-imputato. Null'altro potrà essere inferito dalla sentenza tributaria dal giudice: al contrario dell'art. 238-*bis* Cpp, in cui la formulazione lascia spazio ad alternative, nella disposizione di nuovo conio il dato testuale è chiaro.

Al profilo letterale si assomma, poi, una considerazione di carattere logico-sistematico: se i riformatori avessero inteso estendere la portata istruttoria della sentenza oltre il *dictum*, fino a ricomprendere ciò che è affermato nelle relative premesse, non solo lo avrebbero potuto stabilire *expressis verbis*, ma avrebbero potuto altresì rinviare *tout court* alla disciplina dell'art. 238-*bis* Cpp.

Inoltre, è appena il caso di ribadire come l'art. 97 d.lgs. 173/2024 non richieda alcuna sorta di corroborazione per ciò che è scritto nella sentenza tributaria, sicché appare doveroso contenerne al massimo la capacità dimostrativa[64]. Del resto, ne va della stessa funzione del

---

[60] *Ivi*, 253.

[61] Le espressioni sono riprese da A. Gaito, *op. cit.*, 25.

[62] Così, di recente, Cass. 6.7.2022 n. 38184. Similmente, in Cass. 3.12.2021 n. 6599 si legge che «la sentenza definitiva resa in altro procedimento penale, acquisita ai sensi dell'art. 238-*bis* c.p.p., può essere utilizzata non soltanto in relazione al fatto storico dell'intervenuta condanna o assoluzione ma anche ai fini della prova dei fatti in essa accertati».

[63] In dottrina, si veda, *ex multis*, L. Iafisco, *op. cit.*, 156-162, secondo il quale l'oggetto su cui ricade l'efficacia di giudicato della sentenza non è «circoscritto al solo fatto dedotto nell'imputazione, ma [deve essere] comprensivo di quella serie di fatti secondari investiti dall'accertamento giudiziale». L. Marafioti, *op. cit.*, 257 ritiene che «[a] valere come prova» siano «i fatti posti a fondamento dell'accertamento» contenuto nella sentenza e non il dispositivo. *Contra*, R.A. Ruggiero, *op. cit.*, 3172 s. valuta «più coerente con la lettera della norma, e quindi già per questo preferibile», attribuire il valore di cosa giudicata al solo dispositivo: in tal modo, la sentenza acquisita *ex* art. 238-*bis* Cpp sarebbe diretta a provare, nel processo *ad quem*, la sola esistenza del fatto dedotto in imputazione e in essa accertato, affinché il «diverso organo giudicante [non] sia costretto a compiere un nuovo accertamento su quella ipotesi di reato, potendo invece tener conto della valutazione compiuta in altro procedimento concluso con decisione irrevocabile». Per una panoramica più puntuale sulla questione si rinvia a F. Zacchè, *La prova documentale*, cit., 168-171.

[64] In proposito, possono richiamarsi *a contrario* le considerazioni svolte da L. Marafioti, *op. cit.*, 258 s. Nel commentare l'art. 238-*bis* Cpp, l'A. rileva come sia «difficile […] continuare a ritenere che fatto sia soltanto quello sancito dal *dictum* giudiziale sul dovere di punire o, in altri termini, esclusivamente quello ritenuto in sentenza ed emergente dal dispositivo». D'altra parte, si fa notare, «[n]on avrebbe […] senso sancire che, ai fini della prova di quel fatto accertato in sentenza, la sentenza stessa rappresenta un elemento che va valutato dal secondo giudice unitamente agli altri che ne dimostrano l'attendibilità». Da qui, la conclusione che «[s]ancire l'acquisibilità della sentenza irrevocabile al fine di provare, non in sé ma unitamente ad altri elementi che ne confermano l'attendibilità, soltanto che Tizio ha commesso o non ha commesso quel determinato fatto di reato oggetto del processo definito con sentenza irrevocabile sembra un po' poco per giustificare un intervento

processo penale: aprire le porte anche alla prova degli "eventi ulteriori" significherebbe, invero, che la totalità dei fatti che concorrono alla determinazione della responsabilità dell'imputato potrebbe essere considerata come accertata, a prescindere da ogni dialettica dibattimentale. Ci troveremmo di fronte a nuova forma di pregiudiziale tributaria a carattere assoluto; tutto verrebbe, insomma, già stabilito in sede fiscale e il giudice penale svolgerebbe una mera attività di ratifica, riservando la propria discrezionalità decisionale alla sola pena. Il processo penale si farebbe allora simulacro, ossia una fedele riproduzione di quanto già avvenuto nel giudizio tributario[65].

Considerazioni non dissimili a quelle fin ora svolte valgono altresì per la possibilità, sempre sancita dall'art. 97 co. 2 d.lgs. 173/2024, di acquisire ai fini di prova «gli atti di definitivo accertamento delle imposte in sede amministrativa, anche a seguito di adesione»[66]. Espressione dalla latitudine assai ampia e di difficile circoscrizione quella utilizzata, in cui vi rientrano però senza dubbio gli avvisi di accertamento[67]. Ed è su tale tipologia di atti impositivi[68] che conviene porre l'attenzione.

Provvedimento «unilaterale di natura autoritativa»[69], «che compendia la potestà di imposizione dell'Amministrazione»[70] finanziaria, l'avviso di accertamento è un atto di definizione della pretesa tributaria che, a pena di nullità, deve essere motivato «in relazione ai presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che lo hanno determinato»[71]. Ancora, l'avviso deve, in forza dell'art. 6-*bis* co. 4 dello Statuto del contribuente[72], spiegare i motivi di rigetto delle osservazioni presentate dal contribuente allo schema di atto[73], nonché, ai sensi dell'art. 7 co. 1 dello stesso Statuto, indicare «specificatamente» i mezzi di prova[74].

---

novellistico del legislatore».

[65] In proposito, si veda O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, cit., 237, il quale, prima della riforma, notava come la giurisprudenza non si fosse spinta fino a ritenere le sentenze del giudice tributario vincolanti per il giudice penale, in ragione del fatto che l'art. 238-*bis* Cpp richiede(va) gli elementi a sostegno *ex* art. 192 co. 3 Cpp: ne discendeva «che le pronunzie del giudice tributario, pur definitive, non vincola[va]no il giudice penale, ma [potevano] soltanto essere acquisite agli atti del dibattimento per essere valutate ai fini della prova dei fatti in esse affermati, salva la necessità di ulteriori riscontri».

[66] Anche in questo caso, nulla di nuovo. Difatti, come ricorda O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, cit., 237, la Cassazione ha avuto già modo di legittimare l'acquisizione dell'avviso di accertamento quale "semplice" documento e, quindi, secondo le forme di cui all'art. 234 Cpp. Si veda, a titolo esemplificativo, Cass. 12.4.2016 n. 35295, in *Riv. dott. comm.* 2016, 686 ss., in cui si afferma (pt. 3.7) che «in sede penale l'avviso di accertamento subisce una trasformazione genetica: non è più atto di impulso, ma documento che veicola informazioni»; consegue a tale trasformazione – si chiarisce – che «[l]e patologie dell'avviso di accertamento si esauriscono nell'ambito del rapporto giuridico processual-tributario e attengono esclusivamente la pretesa che con esso viene esercitata dall'Erario», non incidendo, per converso, «sulla attitudine dell'atto a veicolare nel processo penale le informazioni che se ne possono trarre». In senso conforme, v. altresì Cass. 26.06.2019 n. 36491.

[67] In tema, v., per tutti, M. Basilavecchia, voce *Accertamento (dir. trib.)*, in *Diz. dir. pubbl.* diretto da S. Cassese, Vol. I, Milano 2006, 50-53.

[68] Sono atti impositivi tutti «quei provvedimenti che concludono procedimenti tesi ad accertare un tributo»: così, B. Bellè, *Lineamenti di diritto tributario*, Padova 2023, 234.

[69] G. Melis, *Manuale di diritto tributario*[7], Torino 2025, 398.

[70] Letteralmente, E. Marello, voce *Avviso di accertamento nel diritto tributario*, in *DigDPriv*, sez. comm., Agg., Torino 2012, 55.

[71] Cfr. art. 42 co. 2 d.P.R. 600/1973.

[72] Trattasi, come noto, della l. 27.7.2000 n. 212.

[73] Si ricorda, infatti, come in virtù dell'art. 6-*bis* co. 3 dello Statuto, «per consentire il contraddittorio» sull'avviso di accertamento, l'amministrazione finanziaria è tenuta a comunicare al contribuente, «con modalità idonee a garantirne la conoscibilità», lo schema dell'atto, «assegnando un termine non inferiore a sessanta giorni per consentirgli eventuali controdeduzioni ovvero, su richiesta, per accedere ed estrarre copia degli atti del fascicolo».

[74] Sul tema, si veda, *ex multis*, M. Mauro, *La motivazione dei provvedimenti di accertamento tributario alla luce delle modifiche dello Statuto dei diritti del contribuente*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.* 2024, 177 ss.

Già solo da queste brevi indicazioni, ben s'intuisce come, analogamente a quanto rilevato in merito alla sentenza tributaria, anche con riferimento all'avviso di accertamento sorge il concreto rischio che, per il suo tramite, il giudice penale venga a conoscere – e, quindi, finisca per impiegare nel proprio percorso decisionale – elementi (le osservazioni del contribuente e le prove indicate nell'atto) di cui non dovrebbe avere contezza, con violazione, in un tempo, del *nemo tenetur se detegere* e dei principi del contraddittorio nella formazione della prova, dell'immediatezza e dell'oralità.

La prospettiva, va da sé, si aggrava a fronte della possibilità che l'avviso di accertamento sia motivato *per relationem*, ossia riprendendo quanto scritto in altri atti e documenti[75]: è appena il caso di ricordare, infatti, che l'art. 42 co. 2 d.P.R. 600/1973 sancisce un dovere di allegazione[76] degli atti e dei documenti richiamati, allorquando non siano conosciuti né ricevuti in precedenza dal contribuente e salvo che il provvedimento impositivo «non ne riproduca il contenuto essenziale».

L'aspetto certamente più problematico della riforma sta però nell'aver legittimato «l'immissione» nel processo penale «di un prodotto non solo preconfezionato ma soprattutto» "settario", proveniente da un soggetto che può costituirsi parte civile[77] e il «cui contenuto potrebbe […] essere acquisito mediante [la] normale dialettica istruttoria»[78], attraverso cioè l'escussione orale e nel contraddittorio di coloro che hanno redatto l'avviso: *mutatis mutandis*, sarebbe come utilizzare ai fini di prova – e, sia inteso, fuori dalle ipotesi di un consenso all'uopo prestato dall'imputato – la querela della persona offesa e le investigazioni difensive eventualmente condotte dal difensore della medesima.

Non va neppure dimenticato che il risultato dell'accertamento sembrerebbe avere una «valenza probatoria autosufficiente»[79], posto che, nemmeno in tale occasione, sono espressamente richiesti elementi che confermino l'attendibilità di quanto scritto nell'atto; ecco, allora, che emerge la necessità, per non dire l'urgenza, di circoscrivere, negli stessi termini espressi per la sentenza tributaria, la capacità dimostrativa dell'avviso, sì da evitare che al giudice penale sia sufficiente fare un semplice "copia-incolla" per dichiarare l'imputato colpevole del reato che gli è ascritto[80].

Da ultimo, giusto qualche parola sul richiamo all'accertamento con adesione. Ai sensi dell'art. 7 d.lgs. 19.6.1997 n. 218[81], il provvedimento di determinazione concordata della pretesa erariale deve indicare, «separatamente per ciascun tributo, gli elementi e la motivazione su cui la definizione si fonda, nonché la liquidazione delle maggiori imposte, delle sanzioni e delle altre somme eventualmente dovute, anche in forma rateale». L'atto ha, pertanto, contenuto

---

[75] Sulla motivazione *per relationem* al processo verbale di constatazione, v. B. Santamaria, *Accertamenti fiscali e sistema sanzionatorio*, Milano 2019, 14-18.

[76] Previsto altresì dall'art. 7 dello Statuto del contribuente, ai sensi del quale «[s]e nella motivazione si fa riferimento ad un altro atto, che non è già stato portato a conoscenza dell'interessato lo stesso è allegato all'atto che lo richiama, salvo che quest'ultimo non ne riproduca il contenuto essenziale e la motivazione indica espressamente le ragioni per le quali i dati e gli elementi contenuti nell'atto richiamato si ritengono sussistenti e fondati».

[77] In tema, si vedano le riflessioni di F. Callari, *La costituzione di parte civile dell'amministrazione finanziaria*, in A. Giovannini (diretto da), in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da A. Giovannini, t. I, *Diritto penale e processuale*, cit., 1207-1238.

[78] Così, anche per la citazione precedente, G. Biscardi, *Processo penale e riforma delle sanzioni tributarie. L'efficacia del giudicato*, in *PPG* 2025, 629.

[79] *Ibidem* (nota n. 139).

[80] In proposito, fra l'altro, si ricorda come la giurisprudenza sia stata costante nel ritenere che l'avviso di accertamento possa essere acquisito ancorché viziato, ritenendo che le patologie dell'atto siano questione circoscritta al solo rapporto giuridico processual-tributario e riguardino esclusivamente la pretesa esercitata dall'Amministrazione finanziaria. V. *supra*, nota n. 66.

[81] … recante «[d]isposizioni in materia di accertamento con adesione e di conciliazione giudiziale».

analogo a quello dell'avviso di accertamento non compartecipato, se non fosse che lo stesso contribuente interviene nella sua predisposizione. Evidenti sono, dunque, le implicazioni che l'acquisizione istruttoria di tale documento comporta rispetto al diritto a non autoincriminarsi[82]: per accedere alle premialità derivanti dalla fissazione condivisa della pretesa fiscale[83], l'imputato si espone alla concreta possibilità di collaborare al "preconfezionamento" della prova della propria responsabilità penale.

4. Compreso il valore istruttorio che possono assumere, ai sensi del nuovo art. 97 d.lgs. 173/2024, la sentenza e gli atti di definitivo accertamento dell'imposta, rimane ora da interrogarsi sull'utilizzabilità nel processo penale[84] dell'ulteriore "carteggio" raccolto e

[82] Sul diritto al silenzio del contribuente e sui suoi riflessi nel procedimento penale si veda F. D'Arcangelo, *op. cit.*, 233-240 e F. Zacchè, Nemo tenetur se detegere *e procedimenti tributario-penali*, in *RIDPP* 2023, 314-316. Più in generale, in tema di diritto a non autoincriminarsi nel contesto dell'accertamento tributario, si rinvia, *ex multis*, a R. Geraci, *Il diritto al silenzio del contribuente in materia tributaria: dinamiche evolutive*, in *Dir. prat. trib.* 2025, 1876-1895; A. Marcheselli, *Diritto al silenzio e obblighi di collaborazione del contribuente, un equilibrio – delicato ma possibile e necessario – tra interesse pubblico e diritti fondamentali*, in *Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile*, cit., 65-74; A. Marinello, *Diritto al silenzio e sistema tributario: il processo di osmosi tra Corti europee e corti nazionali innalza lo* standard *di tutela del contribuente*, in *Dir. prat. trib. int.* 2022, 629-665.
In tema, invece, di doveri di collaborazione del contribuente c'è da registrare una recente sentenza della Corte costituzionale che ha ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32 co. 4 e 5 d.P.R. 600/1973 «sollevate, in riferimento agli artt. 24, secondo comma, 25, 111, primo comma, Cost. e, per il tramite degli artt. 10, primo comma, e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e all'art. 14, comma 3, lettera g), del Patto internazionale sui diritti civili e politici»; cfr. C. cost., 28.7.2025 n. 137. In particolare, si ricorda come, in forza della prima previsione, «le notizie ed i dati non addotti e gli atti, i documenti, i libri ed i registri non esibiti o non trasmessi in risposta agli inviti dell'ufficio non possono essere presi in considerazione a favore del contribuente, ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa»; il comma 5 precisa, poi, che le suddette cause di inutilizzabilità «non operano nei confronti del contribuente che depositi in allegato all'atto introduttivo del giudizio di primo grado in sede contenziosa le notizie, i dati, i documenti, i libri e i registri, dichiarando comunque contestualmente di non aver potuto adempiere alle richieste degli uffici per causa a lui non imputabile». Ebbene, ad avviso dei giudici di Palazzo della Consulta, le disposizioni oggetto di censura, «[n]ella misura in cui sono funzionali all'instaurarsi di un dialogo anticipato», non appaiono «in contraddizione con il cambio di paradigma che la Costituzione ha realizzato rispetto alle precedenti concezioni statualistiche, che esaurivano la dinamica fiscale nell'ambito dei doveri di soggezione cui il suddito era tenuto in forza dell'appartenenza allo Stato». Tuttavia, si chiarisce, «la previsione dell'inutilizzabilità degli elementi informativi non consegnati in sede di controllo, per potere trovare giustificazione all'interno di questa dimensione costituzionale, deve essere interpretata in senso fortemente restrittivo». Per un commento alla sentenza, si rinvia a N. Galantini, *Dovere di collaborazione e inutilizzabilità dei dati favorevoli nel rito tributario*, in *www.sistemapenale.it*. 25.8.2025.
[83] Cfr. art. 7 co. 5 d.lgs. 218/1997, in forza del quale, in caso di definizione "concordata", «le sanzioni per le violazioni concernenti i tributi oggetto dell'adesione commesse nel periodo d'imposta, nonché per le violazioni concernenti il contenuto delle dichiarazioni relative allo stesso periodo, si applicano nella misura di un terzo del minimo previsto dalla legge», fatte salve le eccezioni espressamente previste.
[84] Va da sé che considerazioni differenti da quelle che verranno svolte nel prosieguo possono essere fatte con riferimento all'impiego, in sede di indagini preliminari, di udienza preliminare e di riti alternativi, del materiale formato *aliunde*; in tali momenti, infatti ci si potrà avvalere di tutti gli elementi di prova raccolti dalla Guardia di Finanza e dall'amministrazione finanziaria nel corso delle proprie attività ispettive e di vigilanza, sempreché, là dove si tratti di attività svolte a seguito dell'emersione di indizi di reato, siano osservate nel loro compimento le disposizioni del codice di rito, secondo quanto prescritto dall'art. 220 NAttCpp. Così, secondo parte della dottrina, oltre alla sentenza e agli atti di accertamento, potranno confluire nel fascicolo del pubblico ministero anche il processo verbale di constatazione, i verbali di perquisizione e sequestro, i documenti rinvenuti nella disponibilità del contribuente e dei terzi e gli esiti degli accertamenti bancari. In questo senso, v. P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., 479 e A. Traversi, *La difesa del contribuente nel processo penale tributario*, Milano 2014, 153 s. *Contra*, M. Bontempelli, *L'utilizzabilità del verbale di constatazione degli illeciti tributari*, in *Corr. trib.* 2002, 1315 ss. il quale osserva che, in realtà, la scoperta di indizi di reato

prodotto in sede tributaria dagli organi accertatori[85], in particolare quello che concorre a formare il processo verbale di constatazione.
A riguardo, occorre anzitutto ricordare come tale atto, conclusivo della verifica fiscale, abbia un contenuto variegato, «complesso»[86], dal momento che non solo consta di «un'esposizione organica di tutte le violazioni»[87] addebitate al contribuente, ma deve altresì tratteggiare gli accessi, i rilievi, le ispezioni e gli accertamenti compiuti dagli operatori, contenere analisi e valutazioni del materiale raccolto (fatture, scritture contabili, copie degli assegni, documenti extracontabili e così via), nonché riportare le dichiarazioni rese dal contribuente e da soggetti terzi[88].
Ora, è noto come la Corte di cassazione sia ferma nell'ammettere l'utilizzo istruttorio del processo verbale di constatazione nella sua totalità, come prova documentale ai sensi dell'art. 234 Cpp[89], in quanto atto amministrativo extraprocessuale[90]. Tuttavia, il giudice di legittimità opera un distinguo: in forza di quanto sancito dall'art. 220 NAttCpp[91], «la parte di documento compilata prima dell'insorgere degli indizi ha sempre efficacia probatoria ed è utilizzabile, mentre non è tale quella redatta successivamente, qualora non siano state rispettate le disposizioni del codice di rito»[92].

---

costituirebbe, *ex* art. 220 NAttCpp, un argine all'impiego del processo verbale di constatazione anche in sede di indagini preliminari, nei procedimenti speciali, nell'applicazione di misure cautelari, così come nella valutazione in punto di esercizio dell'azione penale. Ciò perché in ragione della disposizione in parola, una volta emersa la *notitia criminis*, «ciò che non è atto processuale penale di indagine non può essere inserito nel fascicolo delle indagini preliminari» e il processo verbale di constatazione non può dirsi tale; e ciò ancorché sia redatto da operatori, gli agenti appartenenti alla Guardia di Finanza, che al contempo svolgono attività di polizia tributaria e di polizia giudiziaria. Sul rapporto fra funzioni di polizia giudiziaria e funzioni di polizia tributaria si veda L. Cordì, *Gli organi di polizia giudiziaria legittimati a svolgere indagini relative ad illeciti penali tributari*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da A. Giovannini, t. I, *Diritto penale e processuale*, cit., 1141-1152.

[85] Per quanto concerne l'utilizzabilità delle prove penali nel procedimento tributario, si rinvia, *ex multis*, a G. Bocellari, *La reciproca utilizzabilità degli atti nell'accertamento tributario e nel procedimento penale*, in *La nuova giustizia penale tributaria. I reati – Il processo*, cit., 514-531; P. Corvi, *I rapporti tra accertamento tributario e accertamento penale*, cit., 474-479; N. Galantini, *La circolazione della prova nei rapporti tra procedimento tributario e procedimento penale*, in *RIDPP* 2022, 1001-1007; S. Loconte-I. Barbieri, *La circolazione delle prove tra il processo tributario e il processo penale*, in *Il Processo* 2022, 501-544; R. Schiavolin, *I rapporti tra accertamenti*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da A. Giovannini, t. I, *Diritto penale e processuale*, cit., 1239-1263.

[86] L'espressione è di O. Mazza, *L'utilizzabilità processuale del verbale di constatazione redatto dalla Guardia di finanza*, in *Corr. trib.* 2000, 1280.

[87] B. Santamaria, *op. cit.*, 12.

[88] Cfr. M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit.*, 46 e O. Mazza, *L'utilizzabilità processuale del verbale di constatazione redatto dalla Guardia di finanza*, cit., 1280.

[89] … in forza di una concezione particolarmente ampia di prova documentale, che informa gran parte della giurisprudenza della Corte; si legga, a titolo esemplificativo, Cass. 9.10.2019 n. 44672, in *PPG* 2020, 905 ss. con nota di L. Agostino, *La consulenza tecnica svolta in un processo civile non ancora concluso con sentenza passata in giudicato è acquisibile in sede penale come prova documentale*, in cui gli Ermellini hanno ritenuto «legittima l'acquisizione nel processo penale della consulenza tecnica depositata nel procedimento civile non ancora definito con sentenza passata in giudicato» in ragione della sua natura di prova documentale «alla luce della nozione generale […] contenuta nell'articolo 234 del c.p.p».

[90] In questi termini, *ex multis*, Cass. 21.1.1997 n. 1969; Cass. 30.1.2015, n. 7930; Cass. 23.10.2018 n. 54379; e, più di recente, Cass. 11.4.2024 n. 26527 e Cass. 20.6.2024 n. 39969. In dottrina, v. G. Bocellari, *op. cit.*, 510.

[91] Per un più puntuale quadro sull'art. 220 NAttCpp, si rimanda, *ex multis*, a M. Rampioni, *Le c.d. indagini "anfibie": linee di fondo sul controverso legame tra attività ispettive e processo penale*, in *PPG* 2019, 232-248 e a L.G. Velani, *I rapporti tra attività amministrativa di ispezione o di vigilanza e l'accertamento dei reati tributari (art. 220 disp. att. c.p.p.)*, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da A. Giovannini, t. I, *Diritto penale e processuale*, 1177-1206.

[92] Cfr. Cass. 11.4.2024 n. 26527, pt. 2 della parte in diritto.

Ebbene, non sembrerebbero esserci dubbi sulla possibilità di acquisire *ex* art. 234 Cpp le scritture contabili, le fatture e gli altri documenti rinvenuti nel corso della verifica fiscale[93], anche tramite il verbale di constatazione là dove gli originari mancassero[94]. Per contro, non possono trarsi conclusioni analoghe rispetto alle analisi e alle valutazioni che gli organi ispettivi hanno condotto di tale compendio documentale, ai verbali dei rilievi, degli accertamenti e delle ispezioni effettuate dai medesimi, nonché con riferimento alle dichiarazioni eventualmente rese dal contribuente e da soggetti terzi[95]; materiale, questo, che invece troverebbe spazio nel fascicolo del dibattimento, se si ammettesse l'introduzione «in blocco»[96] del processo verbale di constatazione.

Difatti, si tratta, all'evidenza, di contributi informativi che ben possono essere veicolati all'interno del processo tramite gli ordinari mezzi di prova dichiarativa o tecnica: la testimonianza dell'operatore rispetto all'attività che ha compiuto, la testimonianza del terzo, l'esame dell'imputato, di un esperto di parte o, ancora, di un perito nominato dal giudice[97]. Tutt'al più, il processo verbale di constatazione potrebbe essere acquisito in funzione surrogatoria, quando, cioè, non sia possibile ottenere in giudizio le dichiarazioni già raccolte nel corso della verifica fiscale[98].

Ancora, si deve convenire con chi reputa del tutto erronea la stessa catalogazione in termini di prova documentale del processo verbale di constatazione operata dalla giurisprudenza, quantomeno nella parte riguardante l'attività condotta dalla Guardia di Finanza successivamente all'emersione degli indizi di reato[99]. Il processo verbale di constatazione, infatti, altro non è che il mezzo di documentazione degli atti di investigazione svolti dagli organi di polizia finanziario-giudiziaria. Ne consegue che tale fonte informativa, al pari di tutti

---

[93] V. M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit.*, 46.

[94] In questo senso, O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, cit., 239.

[95] Con riferimento in generale agli atti amministrativi riportanti dichiarazioni di testimoni, C. Cesari, *Atti del procedimento amministrativo e processo penale tra limiti del codice ed urgenze della prassi*, in *CP* 1993, 218 evidenzia come la loro ammissione quali prove documentali comporterebbe «un'ingiustificabile disparità di trattamento rispetto alle dichiarazioni rese di fronte alla […] polizia giudiziaria» secondo le forme codicistiche: mentre le dichiarazioni contenute negli atti amministrativi sarebbero acquisibili «integralmente al fascicolo del dibattimento», quelle raccolte in sede di indagine penale non potrebbero essere utilizzate se non in caso di assoluta impossibilità di ripetizione *ex* art. 512 Cpp o a fini di contestazione, ai sensi dell'art. 500 Cpp.

[96] L'espressione è di M. Busetto, *op. cit.*, 3.

[97] Come rileva M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit.*, 47.

[98] O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, cit., 240. L'A. mette altresì in luce come, quando il verbale riproduce dichiarazioni di colui che viene poi ad assumere la qualifica dell'imputato, il «solo criterio dell'irripetibilità non sembr[i] sufficiente»; ciò perché il codice di rito «inquadra nell'ambito dell'irripetibilità sopravvenuta contegni processuali legittimi, quali il rifiuto dell'esame o l'assenza». La questione dell'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dal futuro imputato in sede fiscale deve essere, allora, risolta ampliando la portata prescrittiva del divieto probatorio previsto dall'art. 63 Cpp. Siffatto divieto, infatti, non solo dovrebbe trovare estrinsecazione per le dichiarazioni raccolte dall'autorità amministrativa quando questa abbia «titolo per svolgere simultaneamente funzioni di polizia giudiziaria» – del resto, questo appare «uno degli effetti di quel rinvio che l'art. 220 disp. att. c.p.p. fa all'applicazione di norme processuali nel corso di attività ispettive e di vigilanza» – ma dovrebbe essere esteso, non fosse altro che per «ragioni di equità», alle dichiarazioni *contra se* rilasciate all'autorità amministrativa quandanche non abbia compiti di polizia giudiziaria: così, anche per le citazioni precedenti, R. Orlandi, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano 1992, 177. Sul punto, si vedano altresì le riflessioni di N. Galantini, *La circolazione della prova nei rapporti tra procedimento tributario e procedimento penale*, cit., 1008-1011.

[99] In questo senso, M. Busetto, *op. cit.*, 6 e M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit.*, 47. In tema, R. Orlandi, *op. cit.*, 41 distingue fra gli atti amministrativi «successivi all'insorgere di indizi di reato e compiuti da organi che svolgono al tempo stesso atti di investigazione penale» e «[q]uelli compiuti prima di tale momento o anche successivamente, ma da agenti pubblici privi della qualifica di polizia giudiziaria»: i primi, essendo atti di investigazione penale, «hanno valore probatorio nei limiti previsti dalla legge processuale», i secondi, invece, «rientrano nell'ampio *genus* delle prove documentali».

gli altri verbali di polizia, non potrà essere acquisita e utilizzata in dibattimento se non nei casi eccezionali e tassativi delle letture previsti dal codice[100].
Al riguardo, appare altresì inconferente il rinvio all'art. 220 NAttCpp effettuato dalla Cassazione, la quale sembrerebbe confondere l'inutilizzabilità fisiologica con quella patologica[101]: mentre la disposizione ora richiamata osta all'impiego di materiale *lato sensu* istruttorio, se acquisito in diversione rispetto alle forme stabilite dal codice di rito, secondo il paradigma dell'inutilizzabilità patologica, a impedire l'acquisizione del processo verbale di constatazione nella porzione concernente gli atti compiuti dopo la notizia di reato è il principio di separazione delle fasi. Ciò significa che, anche se formati *secundum legem*, tali atti non possono trasmigrare nel dibattimento, giacché assunti senza quelle garanzie che sono proprie del modello dialettico. Spetterà all'operatore riferire, in sede testimoniale, l'attività svolta e tratteggiare la situazione (stato dei luoghi, modalità di conservazione dei registri e della contabilità, esistenza delle scritture contabili e via dicendo[102]) esistente al momento degli accessi e degli accertamenti compiuti; al massimo, il documento potrà essere consultato, *ex* artt. 499 co. 5 e 514 co. 2 Cpp, in aiuto della memoria e la sua componente descrittiva potrà essere acquisita là dove divenga impossibile l'esame testimoniale[103].
Non solo. Alla luce del suo carattere composito, ammettere l'indiscriminato utilizzo a fini istruttori del processo verbale di constatazione significa, di fatto, "dare il la" a processi penali «interamente istruiti da organi pubblici e, quindi, [a] sentenze dibattimentali» fondate in via esclusiva su «prove formate fuori delle possibilità di intervento delle parti e in assenza dell'organo chiamato a valutarle»[104].
Uno scenario – quello appena lumeggiato – che si fa ancor più preoccupante se si tiene a mente che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha da poco ritenuto sistemicamente violato l'art. 8 Cedu in caso di accessi e ispezioni della Guardia di Finanza e dell'Agenzia delle entrate presso società, imprese individuali o studi professionali.
Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza *Italgomme Pneumatici S.r.l. e altri c. Italia*[105], in cui il giudice alsaziano ha rilevato come la normativa italiana – anche alla luce della lettura che ne viene data dalla Corte di cassazione – non richieda che il provvedimento autorizzativo dell'attività ispettiva sia motivato: ciò comporta, per un verso, che le autorità godano di una discrezionalità illimitata («*unfettered discretion*»), non dovendo neppure giustificare l'esercizio dei propri poteri, e, per l'altro, che gli organi accertatori possano procedere ad

[100] M. Busetto, *op. cit.*, 6.
[101] *Ibidem*. Dello stesso avviso è M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit.*, 47.
[102] In proposito, deve tuttavia registrarsi un approdo della Cassazione secondo cui il verbale di constatazione deve essere considerato atto irripetibile e, come tale, acquisibile nel fascicolo del dibattimento, allorquando descriva lo stato di luoghi, cose o persone suscettibile di modificazione nel tempo. L'atto, infatti, avrebbe anche la funzione di "cristallizzare" la situazione esistente in quel preciso istante; così, Cass. SU 18.12.2006 n. 41281, in *Corr. trib.* 2007, 1632 ss., con nota di P. Corso, *Quando il verbale di constatazione della polizia tributaria va considerato atto «irripetibile»*. Al riguardo, F. Nicolicchia, *Irripetibilità originaria degli atti e c.d. lettura in aiuto della memoria*, in *DPP* 2015, 229 s., nel sottolineare «la natura concettualmente errata della soluzione offerta dalla giurisprudenza», osserva come quest'ultima adotti, sul tema, «una nozione […] di irripetibilità, caratterizzata da un'estensione maggiore con riferimento a quelle attività a più elevato contenuto tecnico, i cui risultati potrebbero essere riferiti assai difficilmente in maniera compiuta attraverso l'esame orale in dibattimento».
[103] O. Mazza, *L'utilizzabilità processuale del verbale di constatazione redatto dalla Guardia di finanza*, cit., 1283.
[104] Le espressioni, riguardanti più in generale l'utilizzazione di prove formate in sede amministrativa, sono di R. Orlandi, *op. cit.*, 30.
[105] C. eur., 6.2.2025, *Italgomme Pneumatici S.r.l. e altri c. Italia*. Per un commento alla sentenza si rinvia ad A. Marcheselli, *La Corte EDU e il diritto "canzonatorio" dei diritti fondamentali: le garanzie durante gli accessi e il diritto al silenzio*, in *il Fisco* 2025, 743-748; D. Stevanato, *Accessi, ispezioni e verifiche violano i diritti di libertà secondo la Corte EDU*, in *Corr. trib.* 2025, 417-427; Id., *Indagini fiscali on-site e libertà fondamentali secondo la CEDU: il caso Italgomme Pneumatici Srl v. Italia*, in *www.giustiziainsieme.it* 27.6.2025.

accessi e ispezioni a carattere meramente esplorativo[106]. Inoltre, la Corte sottolinea come, in forza della disciplina interna, le verifiche possano essere estese ad «*all books, records, documents and written statements, including those which are not required to be kept and retained, that are located on the relevant premises or are otherwise accessible by means of digital devices installed therein*»[107]. Senza considerare che – ancora ad avviso della Corte di Strasburgo – l'ordinamento domestico non garantisce nemmeno un controllo giurisdizionale effettivo sulle misure adottate[108].

Ma vi è di più. Vale la pena ricordare come, ancor più recentemente, sempre la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel caso *Ferrieri e Bonassisa c. Italia*[109], abbia affermato, con argomentazioni in larga parte sovrapponibili a quelle espresse nella sentenza *Italgomme Pneumatici S.r.l. e altri c. Italia*, che il sistema tributario italiano viola l'art. 8 Cedu anche per quanto concerne le indagini bancarie condotte dall'Agenzia delle entrate e dalla Guardia di Finanza ai fini degli accertamenti fiscali.

Insomma, se si seguitasse nell'impostazione fatta propria dal nostro giudice di legittimità e volta ad ammettere senza distinzione l'utilizzo generalizzato del verbale, il rischio sarebbe quello di sentenze di condanna motivate sulle risultanze di atti di indagine condotti non solo senza alcuna dialettica processuale ma, altresì, secondo modalità lesive dei diritti fondamentali della persona.

A ben vedere, anche dalla recente riforma può trarsi un argomento, di ordine sistematico, contrario all'utilizzo istruttorio del processo verbale di constatazione. Andiamo con ordine.

Nella porzione in cui riporta le analisi e le valutazioni tecniche di coloro che hanno condotto la verifica fiscale e gli esiti degli accertamenti compiuti, l'atto in parola consta di giudizi di fatto. In questo senso, il contenuto del verbale non differisce dalla sentenza tributaria e dall'avviso di accertamento.

Nondimeno, l'art. 97 co. 2 d.lgs. 173/2024 – nel sancire che a poter «essere acquisiti nel processo penale ai fini di prova del fatto in essi accertato» sono «[l]e sentenze rese nel processo tributario» e «gli atti di definitivo accertamento delle imposte in sede amministrativa» – sembra «attegg[iarsi] in termini di tipicità tassatività»[110], sicché la sua disciplina non può essere estesa in via analogica a ulteriori atti che abbiano contenuto similare a tali "mezzi di prova". In altri termini, al netto – è beninteso – delle criticità che la caratterizzano, la disposizione di nuovo conio traccia dei confini precisi: i giudizi di fatto elaborati nel contesto dell'accertamento fiscale acquistano efficacia probatoria se e soltanto se contenuti nei provvedimenti indicati dalla stessa previsione.

Ed ecco, allora, che il processo verbale di constatazione, non essendo menzionato, non potrà essere adoperato ai fini di prova nella parte in cui, per l'appunto, espone giudizi di fatto[111].

---

[106] Cfr. C. eur., 6.2.2025, *Italgomme Pneumatici S.r.l. e altri c. Italia*, pptt. 113-114.

[107] *Ivi*, pt. 116.

[108] *Ivi*, pptt. 121-134.

[109] C. eur., 8.1.2026, *Ferrieri e Bonassisa c. Italia*.

[110] L'espressione, utilizzata con riferimento agli artt. 238 e 238-*bis* Cpp, è di M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano 2009, 261.

[111] Analogamente, O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, cit., 239-241 conclude nel senso dell'inammissibilità del verbale nella parte in cui contiene valutazioni di natura tecnica espresse dagli operatori. In particolare, secondo l'A., là dove tali valutazioni richiedano specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche, cioè siano valutazioni che possono essere veicolate nel processo da un soggetto esperto (consulente tecnico o perito) «alla loro acquisizione processuale si oppone […] un reticolo di norme (art. 223 norme att. c.p.p., artt. 220 ss., 360 e 392 ss. c.p.p.) che impone di rispettare determinate garanzie assenti in sede di verifica fiscale». Per converso, se le valutazioni «non superano l'orizzonte delle nozioni di comune esperienza e conoscenza», la loro ammissibilità dovrebbe essere «preclusa per evitare una pericolosa sovrapposizione delle stesse con il libero convincimento del giudice».

D'altronde, come insegna autorevole dottrina, «[l]e norme sul 'trasferimento' della prova hanno […] carattere eccezionale; perciò "non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati"»[112].
Né vale richiamare, in proposito, l'art. 234 Cpp. *In primis*, perché, come in precedenza ricordato, il processo verbale di constatazione non pare potersi ricondurre alla categoria dei documenti, nell'accezione propria del codice. In secondo luogo, anche a voler superare la precedente obiezione, la scelta del legislatore del 2024 di riconoscere in maniera espressa una capacità dimostrativa ai giudizi di fatto contenuti nella sentenza e negli atti di accertamento dovrebbe indurre a ritenere che tali accertamenti non hanno valore probatorio in forza della sola disciplina della prova documentale[113]; diversamente opinando, l'art. 97 d.lgs. 173/2024 sarebbe sostanzialmente inutile. Il che porta, però, a escludere che i rilievi contenuti nel processo verbale di constatazione, in assenza di una esplicita previsione, possano essere utilizzati a fini istruttori sulla base della generale normativa codicistica.
In definitiva, neppure alla luce della riforma sembra residuare alcuna possibilità per cui il processo verbale di constatazione possa essere acquisito come prova, se non negli stretti limiti dell'eventuale funzione surrogatoria di cui si è già detto.

5. Anche il nuovo art. 119 d.lgs. 175/2024 si pone nella prospettiva di realizzare la "*close connection in substance*" fra il sistema penale e quello tributario.
Il primo comma della disposizione sancisce l'efficacia di giudicato, in ogni stato e grado del processo tributario, della «sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, pronunciata in seguito a dibattimento nei confronti del medesimo soggetto e sugli stessi fatti materiali oggetto di valutazione nel processo tributario». Tale sentenza, chiarisce il secondo comma, «può essere depositata anche nel giudizio di Cassazione fino a quindici giorni prima dell'udienza o dell'adunanza in camera di consiglio». Infine, ai sensi del terzo alinea, la (sola) sentenza di assoluzione perché il "fatto non sussiste" vale altresì «nei confronti della persona fisica nell'interesse della quale ha agito il dipendente, il rappresentante legale o negoziale, ovvero nei confronti dell'ente e società, con o senza personalità giuridica, nell'interesse dei quali ha agito il rappresentante o l'amministratore anche di fatto, nonché nei confronti dei loro soci o associati».
Prima di procedere alla disamina della disposizione, s'impone una notazione preliminare.
Abbiamo anticipato in apertura come l'abrogazione dell'art. 12 d.l. 429/1982 a opera del d.lgs. 74/2000 avesse risolto i dubbi circa la persistente validità della previsione a fronte dell'entrata in vigore dell'art. 654 Cpp; d'altro canto, però, aveva lasciato insoluto l'interrogativo se il provvedimento conclusivo del processo penale avesse autorità di cosa giudicata nel giudizio tributario. In particolare, l'ostacolo più consistente all'efficacia vincolante della sentenza penale era rappresentato dalla clausola prevista dalla disposizione codicistica[114], in virtù della quale «la legge civile» che regola il processo di destinazione «non [deve porre] limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa»: fino al 2022[115], infatti, nel processo tributario vigeva il divieto di testimonianza[116]. Inoltre, l'art. 654 Cpp circoscrive la forza vincolante della

[112] M. Nobili, *Formazione e valutazione della prova*, cit., 417, nota n. 61.
[113] In senso più generale sugli artt. 238 e 238-*bis* Cpp, v. M. Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, cit., 266.
[114] Cfr. A. Comelli, *Circolazione dei materiali probatori dal processo penale al processo tributario, autonomia decisoria e libero convincimento del giudice*, in *Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile*, cit., 18.
[115] Cfr. *supra*, nota n. 15.
[116] V. A. Marcheselli, *La circolazione dei materiali istruttori dal procedimento penale a quello tributario*, in *Rass. trib.* 2009, 101, secondo cui «[i]l divieto di prova testimoniale vigente nel processo tributario preclude[va] pertanto l'efficacia di giudicato». In senso analogo, S. Golino, B. Lo Giudice, *Principio del doppio binario*

«sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento» nei soli confronti «dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale»; ne discendeva allora – anche a voler superare la clausola di cui sopra e, comunque, a seguito dell'abrogazione del divieto di testimonianza nel processo tributario[117] – che la sentenza penale era destinata ad acquisire autorità di cosa giudicata in sede tributaria soltanto nel caso in cui l'amministrazione finanziaria si fosse costituita parte civile nel processo penale[118].
La riforma mette fine all'annosa questione, affermando l'autorità di cosa giudicata nel processo tributario (che, beninteso, abbia a oggetto gli stessi fatti materiali) della sentenza irrevocabile di assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, purché pronunciata a seguito di dibattimento.
L'art. 119 d.lgs. 175/2024 si pone, così, in un rapporto di specialità rispetto all'art. 654 Cpp[119]: ciò significa che il giudicato penale varrà in sede tributaria a prescindere da eventuali verifiche in merito a limitazioni probatorie nel processo *ad quem* e, soprattutto, indipendentemente dalla costituzione di parte civile e, quindi, dalla presenza nel processo penale dell'amministrazione tributaria[120]. Significa, altresì, che la sentenza di condanna non avrà valore vincolante nel

interferenze fra contezioso tributario e procedimento penale, in *il fisco* 2013, 2729-2730 e G. Melis, M. Golisano, *Il livello di implementazione del principio del* ne bis in idem *nell'ambito del sistema tributario*, in *Riv. trim. dir. trib.* 2020, 605. In proposito, E. Fortuna, *I rapporti tra processo penale e processo tributario*, in *il fisco* 2008, 1787 s. osservava come si dovesse, comunque, riconoscere «rilievo al giudicato penale, tanto più se irrevocabile»; del resto, «[s]e il giudice tributario [era] tenuto ad apprezzare, sia pure liberamente, senza esserne vincolato, i dati acquisiti in sede penale […] e i provvedimenti giudiziali come i decreti, le ordinanze, e le sentenze di ogni fase e grado», allora «sicuramente non [poteva] contestarsi il rilievo probatorio del giudicato irrevocabile».

[117] In riguardo, G. Biscardi, *op.cit.*, 617 ritiene che l'ammissione nel processo tributario del mezzo di prova testimoniale fosse «già idone[a] a certificare la rimozione dei limiti di prova che ostavano all'applicazione, nel settore, dell'art. 654 c.p.p.».

[118] Per una ricostruzione più puntuale e diffusa in merito all'efficacia del giudicato penale nel contenzioso tributario, in forza dell'art. 654 Cpp, anche alla luce della l. 130/2022 che ha abrogato il divieto di testimonianza nel processo tributario, si veda V. De Bonis, *La circolazione e la rilevanza del giudicato tra processo penale e processo tributario: le ricadute della l. n. 130 del 2022 e gli approdi del d.lgs. n. 87 del 2024*, in *Dir. prat. trib.* 2024, spec. 2091-2137 e D. Vigoni, *Giudicato penale e processo tributario (dopo due riforme)*, in *Dir. pen. proc.* 2023, 564-574.

[119] In questo senso, V. De Bonis, *La circolazione e la rilevanza del giudicato tra processo penale e processo tributario: le ricadute della l. n. 130 del 2022 e gli approdi del d.lgs. n. 87 del 2024*, cit., 2142; Id., *Il* ne bis in idem *e gli approdi del d.lgs. N. 87 del 2024: la latenza di un conflitto irrisolto nella prospettiva della complementarità e del collegamento cronologico dei trattamenti sanzionatori*, in *Dir. prat. trib.* 2025, 1434; A. Giovannini, *Diritto punitivo tributario: residualità applicativa del* ne bis in idem *e rapporti fra processi*, in *Riv. dir. trib. – suppl. online*, 4.9.2024, 4.

[120] Circostanza questa che, unitamente al mancato richiamo della sentenza di condanna, ha indotto la Corte di giustizia tributaria di secondo grado del Piemonte a sollevare, con ordinanza n. 64 dell'11.2.2025, questione di costituzionalità dell'art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000 per violazione degli artt. 3, 24 (anche in combinato disposto con l'art. 111) e 97 Cost. In particolare, a detta della Corte piemontese, la previsione (trasfusa nell'art. 119 d.lgs. 175/2024), da un lato, «lede[rebbe] irrimediabilmente il diritto di difesa dell'Agenzia delle Entrate in relazione all'interesse, di cui è portatrice concreta, alla corretta riscossione delle imposte ed al recupero dell'evasione fiscale», dal momento che l'amministrazione finanziaria non può intervenire nel processo penale «per la tutela dell'interesse alla ripresa fiscale, di cui è istituzionalmente portatrice»; dall'altro, determinerebbe un'irragionevole disparità di trattamento: tanto in relazione all'art. 652 Cpp, in forza del quale la «sentenza penale di assoluzione può incidere nei giudizi civili o amministrativi solo se il danneggiato si sia costituito o sia stato posto in condizione di costituirsi parte civile», quanto con riferimento alla circostanza per cui l'amministrazione finanziaria «non può giovarsi con analogo automatismo» della sentenza penale di condanna. Simili le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di giustizia tributaria di Roma con ordinanza 13.5.2025 n. 1838; i giudici romani hanno altresì rilevato la violazione da parte dell'art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000 degli artt. 3 e 53 Cost., posto che si darebbe luogo a «una situazione di disuguaglianza tributaria tra il contribuente assolto in sede penale il quale ottiene l'automatico annullamento giudiziale dell'avviso di accertamento o l'atto impoesattivo

processo tributario[121]: la disposizione di nuovo conio è, infatti, chiara nel circoscrivere alle sole sentenze definitive di assoluzione il novero dei provvedimenti conclusivi della vicenda penale che incidono nel contezioso tributario[122].

quand'anche egli manifesti una propria capacità contributiva, mentre eguale sorte non è assicurata al contribuente che non sia mai stato attinto da procedimento penale, nonostante abbia commesso violazioni tributarie, giustappunto, meno gravi». Inoltre, la Corte capitolina sosteneva che la disposizione si ponesse in contrasto anche con gli art. 102 co. 1 e 111 co. 1 e 2 Cost. in quanto lederebbe la funzione giurisdizionale del giudice tributario, al quale sarebbe preclusa la valutazione autonoma degli effetti della sentenza penale assolutoria.
Ebbene, la Corte costituzionale non ha accolto le eccezioni di incostituzionalità sollevate dalle due corti di giustizia tributaria; v. C. cost., 13.4.2026 n. 50. Quanto all'asserita lesione del diritto di difesa dell'Agenzia dell'entrate, il giudice delle leggi osserva come le disposizioni introdotte dalla riforma, da un lato, garantiscano un «forte raccordo istituzionale» fra l'organo dell'accusa e la stessa Agenzia (v. *infra*, § 7) e, dall'altro, abbiano consolidato la «finalizzazione» del processo penale al recupero del tributo (basti pensare, a titolo esemplificativo, alle modifiche operate agli artt. 13 e 13-*bis* d.lgs. 74/2000 che hanno esteso le ipotesi di non punibilità oppure di riconoscimento di circostanze attenuanti in caso di estinzione del debito tributario in pendenza del giudizio penale). Il che testimonia come «il processo penale, ben lungi, dal disinteressarsi della pretesa impositiva […] s'incentra, invece, con diversi e significativi istituti, proprio su di essa, rafforzando l'obiettivo della riscossione dell'imposta evasa». A ciò, poi, deve aggiungersi che l'Agenzia delle entrate può sempre costituirsi parte civile nel processo penale onde ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza della condotta evasiva. Da qui, l'infondatezza della questione di illegittimità per contrasto con l'art. 24 Cost. Analogamente, i giudici di Palazzo della Consulta hanno ritenuto prive di rilievo le censure fondate sui principi di uguaglianza e di parità delle armi. Il fatto che l'art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000 (e, quindi, l'art. 119 d.lgs. 175/2024) non richieda, contrariamente alla regola generale di cui all'art. 652 Cpp, la partecipazione dell'Agenzia delle entrate al giudizio penale perché si estenda nei suoi confronti l'effetto di giudicato e limiti alla sola sentenza di assoluzione la deroga al principio del doppio binario viene vista come una scelta legittima del legislatore che non si traduce in «un'arbitraria violazione del principio di eguaglianza» né oltrepassa «la soglia della manifesta irragionevolezza».
Infine, con riferimento alle eccezioni avanzate dalla Corte di giustizia tributaria di Roma, la Corte costituzionale, nel rigettarle, sottolinea come l'art. 21-*bis* abbia riconosciuto al contribuente «il medesimo livello di garanzia che viene assicurato all'imputato nel processo penale, in termini di standard probatorio e di presupposti per un giudizio di colpevolezza». Si tratta di un'opzione garantista legittima se «inquadrata nei limiti di una interpretazione costituzionalmente orientata»; così, conclude il giudice delle leggi, la pronuncia penale perché il fatto non sussiste o perché l'imputato non lo ha commesso ha «sempre efficacia di giudicato nel processo tributario», tranne che in due ipotesi: qualora «vengano in considerazione fattispecie riconducibili a presunzioni legali tipiche, essendo necessario, in questi casi, che la suddetta sentenza consegua a un accertamento positivo della non esistenza del fatto»; oppure là dove «l'assoluzione sia stata pronunciata esclusivamente in conseguenza dell'inutilizzabilità delle prove nel giudizio penale, le quali siano suscettibili però di esserlo, in quanto formate nel rispetto delle regole fiscali, in quello tributario». Su tali ultime affermazioni si tornerà approfonditamente più avanti; cfr. *infra*, § 6. Per un primo commento alla sentenza, si rinvia a F. Giovannini, *A margine della Corte costituzionale su sentenza d'assoluzione e processo tributario*, in *Tax New – Supplemento online alla Rivista Trimestrale di Diritto Tributario* 23.4.2026; A. Iorio, *Giudicato penale assolutorio: efficacia nel processo tributario tra diritto di difesa e pretesa impositiva*, in *il fisco* 2026, 1723-1729; A. Marcheselli, *La Consulta e la prova tributaria: una sentenza storica*, in *Corr. trib.* 2026, 439-447.

[121] Ritiene, invece, ancora applicabile l'art. 654 Cpp in relazione alla sentenza di condanna, A. Lovisolo, *"Doppio binario" fra esiti del processo penale e tributario: necessità di un coordinamento normativo e inconfigurabilità di automatici effetti delle sentenze penali nel processo tributario; (limitata) rilevanza nel processo penale delle sentenze e "definizioni" tributarie*, in *Dir. prat. trib.* 2024, 1310-1322; Id., *Superamento (limitato) del "doppio binario" e funzione interpretativa del giudice tributario, con particolare riferimento alle presunzioni legali*, in *Giur. trib.* 2025, 16-21. In proposito, v. anche S.F. Cociani, *I rapporti tra processo penale e processo tributario. La giurisprudenza di legittimità tra Antigone e Creonte*, in *Riv. trim. dir. trib.* 2025, 424-427.

[122] Si tratta di una scelta – quella di escludere la forza di cosa giudicata alla sentenza di condanna – di politica criminale, intesa a evitare che il contribuente possa patire anche nel processo tributario la pronuncia sfavorevole emessa in sede penale; in questi termini, A. Giovannini, *Processo tributario ed efficacia extrapenale della sentenza di assoluzione*, in *Rass. trib.* 2025, 534-536.

Non tutte le sentenze di assoluzione, però, fanno stato nel processo tributario, ma – lo si è visto – solo quelle emesse all'esito del dibattimento e che escludono la sussistenza del fatto oppure il coinvolgimento dell'imputato[123]. Entrambi i requisiti meritano un approfondimento.
Anzitutto, non pare condivisibile la scelta di escludere, sulla scia dell'art. 654 Cpp, l'efficacia vincolante della sentenza di non luogo a procedere[124] e di quella resa a seguito di giudizio abbreviato[125], in ragione di un'asserita minor idoneità accertativa di tali provvedimenti poiché emessi allo stato degli atti e senza che sia svolta alcuna attività istruttoria[126]. Difatti, non è un mistero che – alla luce delle sempre più dense e «ipertrofic[he]»[127] indagini preliminari, anche dovute alle nuove "regole di giudizio"[128] – le decisioni assunte al termine dell'udienza preliminare e del rito speciale in parola arrivino a fondarsi su un *plafond* cognitivo in qualche modo paragonabile (solo per consistenza, sia chiaro) a quello proprio della fase dibattimentale[129]. Per non dire dell'apporto istruttorio risultante dalla possibile attività di integrazione probatoria che può essere condotta sia nell'"udienza filtro" ai sensi dell'art. 422

[123] Nel senso che il provvedimento di archiviazione non fa stato in sede fiscale, v. Cass. civ. 14.1.2025 n. 1292, in *IUS tributario*, con nota di F. Gallo, *La residenza fiscale delle persone fisiche tra nuova e precedente normativa*, 3.2.2025.
[124] G. Biscardi, *op. cit*., 623. *Contra*, A. Giovannini, *Processo tributario ed efficacia extrapenale della sentenza di assoluzione*, cit., 533.
[125] Così, G. Flora, *Profili penali della legge delega per la riforma fiscale*, in *DPP* 2023, 1415; T. Sabbatini, *op. cit*., 22; P. Veneziani, *La legge delega per la riforma fiscale: una prima lettura dei profili penalistici*, cit., 39.
[126] In questo senso, Cass. civ. 3.12.2024 n. 33830, secondo cui «[l]a sentenza di non luogo a procedere non produce effetti suscettibili di rilevare ai sensi dell'art. 21-*bis* D.Lgs. n. 74 del 2000, giacché non contiene alcun accertamento in fatto, essendo resa allo stato degli atti in esito all'udienza preliminare, a sua volta celebrata in camera di consiglio senza istruttoria». Similmente, v. Cass. civ. 21.11.2024 n. 1144.
[127] Così, F. Morelli, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *Sist. pen.* 2023, 5, 24, il quale si chiede «se sia ancora attuale parlare dell'indagine preliminare come momento, almeno in una certa misura preparatoria rispetto al dibattimento». A fondare tale «ipertrofia investigativa» è quell'esigenza – «a più riprese considerata ineludibile dalla Corte costituzionale» (così, anche per la citazione precedente, F. Cassibba, *L'"insostenibile leggerezza" dell'udienza preliminare*, in *Tavola rotonda. Il controllo sull'accusa nella fase intermedia del processo: del processo penale: condizione attuale e prospettive future*, in *Criminalia* 2015, 70) – di completezza delle indagini preliminari ossia, come ebbe modo di precisare la Corte costituzionale, di «predisporre un esaustivo quadro probatorio in vista dell'esercizio dell'azione penale»: cfr. C. Cost., 9.5.2001 n. 115, pt. 4.4. In tema, v., per tutti, F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005.
[128] Si intende fare riferimento alla "ragionevole previsione di condanna", come cristallizzata negli art. 408 e 425 Cpp a seguito delle modifiche operate dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. "riforma Cartabia"); in proposito, 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, Torino 2023, 28, evidenzia come il legislatore del 2022 parrebbe aver insistito «nella direzione di una ipervalorizzazione dei compiti investigativi»; ciò, verosimilmente, ha determinato «una crescita dell'importanza di una fase nella quale la raccolta probatoria vede l'indagato, se non disarmato rispetto ai poteri del pubblico ministero, quantomeno in una posizione di netta inferiorità»: in questi termini, Id., *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in www.lalegislazionepenale.eu 25.1.2022, 28. Per una disamina delle "nuove" regole di giudizio per la presentazione della richiesta di archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere, v., *ex multis*, R. Del Coco, *La verifica preliminare dell'accusa*, *La riforma Cartabia del processo penale tra adeguamenti europei e scelte valoriali*, a cura di in A. Marandola, Milano 2022, 169-192; Ead., *I nuovi presupposti per non procedere*, in *La giustizia penale dopo la c.d. riforma Cartabia*, a cura di R.M Geraci, Torino 2024, 244-261; J. Della Torre, *La ragionevole previsione di condanna alla prova della realtà giudiziaria*, in www.lalegislazionepenale.eu 19.7.2024; S. Lonati, *L'udienza preliminare*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso e G. Varraso, Milano 2023, 708-718; S. Ruggeri, *Azione e inazione*, *ivi*, 627 ss.; G. Varraso, *«Ragionevole previsione di condanna» ed esercizio dell'azione penale*, in www.lalegislazionepenale.eu 27.10.2025.
[129] G. Biscardi, *op. cit*., 623.

Cpp, sia nell'abbreviato, a seguito della richiesta condizionata oppure nell'ipotesi di un'indecidibilità allo stato degli atti, *ex* art. 441 co. 5 Cpp[130].
Non solo. Come noto, in tema di rito abbreviato, l'art. 442 co. 1 Cpp estende l'applicazione dei criteri decisori dettati per il giudizio ordinario; ciò implica che la valutazione che il giudice del rito speciale ha da effettuare sugli atti di indagine è del tutto sovrapponibile a quella che il collega dibattimentale svolge sulle risultanze istruttorie formate nel contraddittorio delle parti.
Quanto, invece, all'accertamento che deve essere condotto in udienza preliminare, la dottrina ha avuto modo di evidenziare che «l'analisi circa la ragionevole previsione di una condanna comporta», per chi è chiamato a decidere, «la necessità di esaminare e soppesare nel merito gli elementi probatori sin lì raccolti dal pubblico ministero» e, là dove quest'ultimo consegni «un quadro insufficiente o contraddittorio», «il giudice deve comportarsi […] come se si trovasse a conclusione del processo e perciò prosciogliere l'imputato»[131]. In riguardo, vi è anche chi ritiene (in maniera assai condivisibile) che, a discapito delle emende apportate nel 2022, il G.u.p. «manda e manderà a processo ogni iniziativa del pubblico ministero», fatta eccezione per «quelle per cui il proscioglimento o l'assoluzione rappresentino esiti inevitabili»[132]. Il che fa presumere che, perlomeno in caso di esito liberatorio, la valutazione nel merito condotta dal giudice dell'udienza preliminare sarà particolarmente approfondita, atteso anche l'obbligo di motivazione a cui è tenuto il giudicante[133]. E anzi, l'insussistenza dell'illecito penale-tributario (o, comunque, l'estraneità dai fatti dell'imputato) potrà dirsi ancor più "certa", considerando che la decisione del giudice si fonda su un cospicuo stuolo di elementi che, in quanto raccolti in via esclusiva (o maggioritaria) dal pubblico ministero, hanno, all'evidenza, natura accusatoria.
Dunque, se la ricognizione espletata nell'udienza preliminare o nel giudizio abbreviato si regge su una base conoscitiva equiparabile (nella sostanza) a quella dibattimentale ed è condotta secondo modelli decisionali analoghi o rapportabili a quello espresso all'art. 530 Cpp, non si comprende perché l'imputato destinatario di una decisione liberatoria emessa in quelle sedi non debba godere, al pari di chi è assolto all'esito della «fase […] "scenograficamente" più interessante dell'intero processo»[134], dell'efficacia vincolante della sentenza penale. Non sembra, perciò, azzardato avanzare sul punto sospetti di eterodossia costituzionale dell'art. 119 d.lgs.175/2024 in relazione all'art. 3 della Carta fondamentale[135].
Ma vi è di più. Anche a voler superare siffatti dubbi di incostituzionalità, è probabile che il mancato riconoscimento dell'efficacia di cosa giudicata al provvedimento conclusivo del rito disciplinato dagli artt. 438 ss. Cpp possa concretamente tradursi in un fattore dissuasivo per la scelta di tale rito da parte dell'imputato[136]: la disposizione si porrebbe, così, in controtendenza

[130] *Ibidem*. Sul punto, si veda anche C. Santoriello, *Rapporti fra processo penale e giudizio tributario: verso un punto di equilibrio?*, in *il fisco* 2024, 1396.
[131] S. Lonati, *op. cit*., 714. Va da sé che il contraltare di un simile accertamento è quello di «caricare il decreto che dispone il giudizio di una ipoteca troppo pesate per l'imputato, dalla quale quest'ultimo potrebbe emanciparsi solo optando in favore di un rito alterativo»: così, R. Del Coco, *I nuovi presupposti per non procedere*, cit., 259.
[132] F. Morelli, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, cit., 34.
[133] In tema, E.N. La Rocca, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *www.archiviopenale.it* 1.12.2021, 27.
[134] Le parole sono di G. Ubertis, voce *Dibattimento (principi del) nel diritto processuale penale*, in *DigDPen*, III Torino 1989, 454.
[135] Così, in riferimento al previgente art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000, A. Kostner, *Sull'ordinanza interlocutoria per l'eventuale rinvio alle Sezioni Unite del nuovo art. 21*-bis *d.lgs. n. 74/2000: prime osservazioni*, in *www.rivistadirittotributario.it* 20.3.2025, 7, la quale solleva dubbi di legittimità costituzionale anche con riferimento all'art. 24 Cost. e al principio del *ne bis in idem*.
[136] In questo senso, T. Sabbatini, *op. cit*., 22 e C. Santoriello, *op. cit.*, 1396.

rispetto agli altri e precedenti interventi normativi, volti invece a incentivare l'adozione dei giudizi alternativi[137].
Proseguendo nella disamina, l'art. 119 d.lgs. 175/2024 attribuisce l'efficacia di giudicato esclusivamente alle sentenze irrevocabili di assoluzione «perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso». Si tratta di quelle formule liberatore "piene" che, negando il nucleo materiale dello stesso illecito penale, escludono anche la ricorrenza degli elementi oggettivi di quello tributario.
A tal proposito, è lecito chiedersi se a vincolare il giudice tributario sia la "semplice" formula adoperata dal collega penale oppure l'accertamento da egli condotto e le ragioni alla base della decisione.
La questione appare di assoluta rilevanza, specialmente se si tiene conto della possibilità – tutt'altro che remota – di un errore nella scelta della formula[138], oppure dell'eventualità che vi sia uno scollamento fra l'icastica espressione collocata nel dispositivo e quanto poi il giudice ha, invece, scritto nella parte motiva, una volta ripercorse le risultanze del processo[139]. S'intuisce, infatti, che se si assegnasse valore decisivo alla sola formula liberatoria, nel caso in cui il *dictum* penale non presentasse una delle due locuzioni richiamate dall'art. 119 d.lgs. 175/2024, il contribuente mandato assolto non potrebbe giovarsi dell'efficacia estensiva della decisione, anche là dove il giudice avesse, poi, accertato – in positivo oppure in negativo, come si avrà modo di constatare da qui a breve – che il fatto non sussiste o che egli non lo ha commesso, dandone puntualmente conto nell'incedere argomentativo.
Ebbene, se le formule liberatorie costituiscono, come opportunamente osservato da parte della dottrina, «una mera sintesi della motivazione disponibile»[140] e «non sembrano *tout court* idonee a definire i rapporti tra le giurisdizioni»[141], il "perché" «della mancata condanna e tutte le conseguenze giuridiche ad essa collegate» dovrebbe affiorare, non dalla locuzione richiamata nel dispositivo, quanto piuttosto «dal discorso giustificativo»[142] svolto nella motivazione.
Deve, allora, escludersi che la formula liberatoria "da sé" considerata possa svolgere «un ruolo determinante nell'individuazione del significato che è destinata ad assumere la decisione all'interno dell'ordinamento»[143]. In altri termini, è senz'altro da respingere l'idea che l'autorità tributaria possa negare la forza vincolante della sentenza penale in ragione della sola formula impiegata; dovrà, per contro, esaminare in maniera più concreta le ragioni alla base dell'esito

[137] Ci si riferisce, è di tutta evidenza, alle modifiche introdotte, sempre dalla riforma Cartabia, al Libro VI del codice di rito. Per una panoramica sulle emende, si veda, fra gli altri, A. Barazzetta, *Le modifiche al giudizio abbreviato*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., 719 ss.; A. Cabiale, S. Quattrocolo, *Un filtro più potente precede un bivio più stretto: nuove possibili prospettive di equilibrio tra udienza preliminare, riti speciali e giudizio nel quadro della riforma Cartabia*, in *www.giustiziainsieme.it* 9.1.2023, § 4 ss.; E. Zaletti, *Gli innesti di premialità sui riti alternativi*, in *La giustizia penale dopo la c.d. riforma Cartabia*, cit., 265-286.
[138] Sul tema si veda anche G. Biscardi, *op. cit.*, 625. Si pensi, ad esempio, al caso in cui il giudice, a fronte di un'ipotesi di mancata integrazione della soglia di punibilità del reato di omesso versamento – poiché che il fatto contestato sia risultato sotto-soglia a seguito dell'accertamento dibattimentale oppure siccome nelle more del processo è intervenuta una normativa che ha alzato il limite del penalmente rilevante – assolva l'imputato "perché il fatto non costituisce reato" e non "perché il fatto non sussiste", in contrasto con l'indirizzo della Corte di cassazione secondo la quale il superamento della soglia fissata per legge è elemento costitutivo del reato e non condizione di punibilità (cfr. Cass. sent. 18.11.2015 n. 6105 e Cass. 18.2.2021 n. 11986).
[139] Sull'eventuale "conflitto" fra dispositivo e motivazione, si veda, *ex multis*, F. Morelli, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino 2014, 407 ss.
[140] *Ivi*, 357.
[141] Letteralmente, E. Marzaduri, *Verso l'abolizione delle formule di proscioglimento? Opinioni a confronto*, in *Criminalia* 2011, 425.
[142] F. Morelli, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, cit., 357. Proprio per tali motivi, l'A. conclude nel senso della non «"essenzialità" della locuzione liberatoria presente nel dispositivo».
[143] Ancora, E. Marzaduri, *Verso l'abolizione delle formule di proscioglimento? Opinioni a confronto*, cit., 426.

propizio del processo penale per verificare se, a prescindere dall'espressione impiegata nel dispositivo, il giudice penale abbia escluso la sussistenza del fatto o il coinvolgimento dell'imputato[144].
A fugare ogni dubbio sovviene pure il dato letterale. L'art. 119 d.lgs.175/2024 circoscrive, invero, l'efficacia di giudicato della sentenza agli «stessi fatti materiali»[145] «oggetto di valutazione nel processo tributario». Il che significa che nel giudizio *ad quem* si dovrà verificare la corrispondenza fra il *thema decidendum* tributario e quanto statuito in sede penale; ma tale vaglio implica, inevitabilmente, l'approfondita analisi dell'accertamento fattuale contenuto nella decisione di assoluzione e, quindi, delle cause alla base della stessa, indipendentemente dalla formula liberatoria adoperata. Ed è in questa direzione che deve leggersi quella giurisprudenza di legittimità per la quale «ciò che interessa non è il valore extrapenale del dispositivo della sentenza, ma il valore extrapenale degli accertamenti di fatto»[146].

6. Si impongono ulteriori riflessioni sulla portata dell'art. 119 d.lgs. 175/2024[147].
Lo spunto, in particolare, ci è offerto – oltreché dalla già menzionata sentenza della Corte costituzionale n. 50/2026 – da un contrasto interpretativo sorto in seno alla Suprema Corte in merito alla puntuale perimetrazione dell'efficacia di cosa giudicata della sentenza penale assolutoria nel processo tributario, nonché all'applicabilità dell'art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000 (e, dunque, dello stesso art. 119) alle sentenze emesse ai sensi del secondo comma dell'art. 530 Cpp; conflitto, questo, che ha suggerito alla sezione tributaria della Corte di cassazione di rimettere gli atti al Primo Presidente affinché valutasse l'assegnazione delle questioni alle Sezioni Unite[148].

---

[144] Di diverso avviso sembrerebbe essere il giudice delle leggi, il quale – sebbene con riferimento alla questione se possa assumere efficacia di giudicato nel processo tributario anche la sentenza penale con "formula dubitativa" (v. *infra*) – ha affermato che «occorre evitare che ogni giudice tributario sia chiamato di volta in volta, a definire l'esatta portata, mediante l'esame del contenuto della sentenza assolutoria»; così, C. Cost., 13.4.2026 n. 50, pt. 30.1.1.
[145] In proposito, è da notare l'uso – a differenza dell'art. 97 d.lgs. 173/2024 – del plurale, circostanza, questa, che corrobora le riflessioni svolte in precedenza circa la volontà del legislatore di restringere la capacità dimostrativa della sentenza tributaria e degli atti di accertamento dell'imposta nel processo penale.
[146] Cfr. Cass. civ. 20.9.2024 n. 936. In tema, si veda anche Cass. civ. 23.4.2025 n. 13358, secondo cui «[l]a mera allegazione della sentenza penale con cui il contribuente viene assolto, con una delle formule rilevanti, non consente di per sé di estendere il giudicato al giudizio tributario poiché occorre che siano indicati gli specifici fatti ed elementi, oggetto di puntuale accertamento nella sentenza penale, rispetto ai quali viene ravvisata l'identità tra i due giudizi».
[147] Quanto all'efficacia temporale della disposizione, giurisprudenza (cfr., fra le altre, Cass. civ. 20.6.2024 n. 23570; Cass. civ. 20.6.2024 n. 23609; Cass. civ. 4.7.2024 n. 21584; Cass. civ. 20.9.2024 n. 30814; Cass. civ. 24.10.2024 n. 30900 e Cass. civ. 22.3.2024 n. 1021) e dottrina (v. *ex multis*, A.F. Uricchio, L. Petruzzella, *Sentenza penale assolutoria nel processo tributario: l'art. 21*-bis *del d.lgs. 74/2000 tra giudicato e valore probatorio*, in *Il Processo* 2025, 302-303) concordano nel senso che, in quanto norma a natura processuale, l'art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000 (e, di conseguenza, l'art. 119 d.lgs. 175/2024) si applica, quale *ius superveniens*, anche ai processi riguardanti fatti commessi in precedenza all'entrata in vigore del d.lgs. 87/2024, secondo il principio racchiuso nel «noto (e talora abusato) latinetto *tempus regit actum*»: così, seppur in altro contesto, B. Galgani, *Diritto probatorio e successione di leggi nel tempo*. Tempus regit actum*?*, Torino 2012, 98. Pertanto, la sentenza penale assolutoria è destinata a spiegare i suoi effetti vincolanti anche se divenuta irrevocabile prima della piena operatività della novella.
[148] Cfr. Cass. civ. 5.2.2025 n. 5714. Per una critica all'ordinanza, si veda A. Kostner, *op. cit*., 1 ss. Con ordinanza del 7 ottobre 2025, le Sezioni Unite avevano rinviato la trattazione del ricorso in attesa della pronuncia della Corte costituzionale sulle questioni di legittimità dell'art. 21-*bis* sollevate dalle corti di giustizia tributaria del Piemonte e di Roma (v. *supra*, nota n. 120).

A voler scendere nei dettagli, secondo un iniziale orientamento della Corte[149], in forza dell'art. 21-*bis* d.lgs 74/2000 (leggi anche: art. 119 d.lgs. 175/2024), il provvedimento conclusivo del giudizio penale in senso liberatorio farebbe stato pure ai fini dell'accertamento del presupposto impositivo; e, ciò, anche qualora la pronuncia penale fosse resa con formula c.d. "dubitativa"[150].

In senso contrario, in alcuni più recenti approdi[151], per vero fortemente criticati dalla dottrina[152], i giudici di Piazza Cavour hanno affermato, da un lato, che la disposizione «esplica i suoi effetti in termini diretti esclusivamente con riguardo alla sanzione irrogata, mentre con riguardo all'imposta la valutazione della sentenza penale di assoluzione resta tuttora ancorata ai principi […] afferenti alla circolazione della prova, esclusa ogni automatica estensione al giudizio tributario»[153]; dall'altro, che «non è suscettibile di rilievo, con valenza di giudicato»[154], l'assoluzione pronunciata ai sensi dell'art. 530 co. 2 Cpp.

Sul primo versante, secondo tale impostazione interpretativa, l'autorità tributaria, verificata la medesimezza dei fatti, sarebbe vincolata dalla decisione emessa in sede penale solo in relazione ai profili sanzionatori. Quanto alla definizione dell'imposta, «il giudizio, i criteri di ripartizione dell'onere della prova e la valutazione da parte del giudice rest[erebbero] soggetti agli ordinari criteri e principi che disciplinano il giudizio civile e tributario»; di talché, «la sentenza penale di assoluzione conserv[erebbe] la sua rilevanza nell'alveo dei principi della circolazione della prova ai sensi dell'art. 654 cod. proc. pen. e 20 D.Lgs. n. 74 del 2000» (poi, art. 97 d.lgs. 173/2024), «dunque quale prova, soggetta all'autonoma valutazione del giudice, da apprezzare insieme alle altre prove acquisite nel giudizio»[155].

Detto altrimenti, l'area di operatività dell'art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000 (e, di conseguenza, dell'art. 119 d.lgs. 175/2024) viene a essere ricondotta esclusivamente alle sanzioni che dovrebbero essere irrogate. Per ciò che attiene all'imposta, invece, il giudice tributario rimarrebbe libero di ponderare il provvedimento assolutorio, dando allo stesso il valore che riterrebbe più opportuno nelle dinamiche decisorie[156].

---

[149] Si veda Cass. civ. 20.6.2024 n. 23570; Cass. civ. 20.6.2024 n. 23609; Cass. civ. 4.7.2024 n. 21584; Cass. civ. 20.9.2024 n. 936; Cass. civ. 20.9.2024 n. 30814; Cass. civ. 24.10.2024 n. 30900 e Cass. civ. 22.3.2024 n. 1021.

[150] Così, in particolare, Cass. civ. 20.6.2024 n. 23570 e Cass. civ. 20.6.2024 n. 23609.

[151] Il riferimento corre a Cass. civ. 15.1.2025 n. 3800; Cass. civ. 15.1.2025 n. 4916; Cass. civ. 15.1.2025 n. 4921; Cass. civ. 15.1.2025 n. 4924; Cass. civ. 15.1.2025, n. 4935; Cass. civ. 15.1.2025 n. 9157.

[152] V., *ex multis*, A. Carinci, *"Quer pasticciaccio brutto" del nuovo art. 21*-bis *del. D.lgs. n. 74/2000*, in *il fisco* 2025, 1421-1423; S.F. Cociani, *op. cit.*, 431-439; A. Giovannini, *Processo tributario ed efficacia extrapenale della sentenza di assoluzione*, cit., 507 ss.; A. Kostner, *op. cit*., 1 ss.; A. Marcheselli, *Dal doppio binario al capolinea giusto processo*, in *Riv. dir. trib.* 1.3.2025; A. Salvati, *Innocenti evasori: la Cassazione verso il triplo binario (e oltre). Osservazioni a Cass. civ., sez. V, 14 febbraio 2025, n. 3800*, *ivi* 20.2.2025; M. Stella, *Giudicato penale assolutorio e fissazione dei fatti rilevanti nel processo tributario*, in *GI* 2025, 1545-1550; A.F. Uricchio, L. Petruzzella, *op. cit.*, 293-313.

[153] Cass. civ. 15.1.2025 n. 3800, pt. 16.

[154] *Ivi*, pt. 21.3.

[155] *Ivi*, pt. 22.2.

[156] Secondo tale orientamento, infatti, «l'esigenza tutelata dal legislatore» del 2024 sarebbe esclusivamente «quella di trattare in termini unitari, per evitare criticità o incongruenze, gli esiti finali sanzionatori derivanti dalla necessaria separatezza dei giudizi, penale e tributario, e del procedimento amministrativo tributario». Per converso, il rapporto di imposta, intercorrente tra il contribuente e l'erario, non parteciperebbe, «in quanto tale, al rapporto penale, che attiene, invece, all'aspetto sanzionatorio, per il quale si pone, differentemente l'esigenza di una valutazione unitaria e contemperata del complessivo trattamento afflittivo» (pt. 14.1). A sostegno delle proprie conclusioni, la Corte avanza anche un argomento letterale: l'impiego, nel comma 3 dell'art. 21-*bis*, del termine "anche" «si spiega soltanto in chiave sanzionatoria, poiché l'accertamento del tributo è naturalmente riferito al soggetto passivo, che è l'imprenditore individuale o la società, non certo alla persona che abbia agito per loro, né i soci e gli associati, che rispondono ad altro titolo» (pt. 15).

Lasciando in disparte i profili di attrito con il principio della capacità contributiva e i rilievi sulla collocazione sistematica della disposizione[157], ciò che preme qui evidenziare è come simile indirizzo giurisprudenziale, nel comprimere l'ambito applicativo della disposizione, si ponga in netto contrasto con il dato testuale e con il principio di non contraddizione.
Spieghiamoci meglio.
In primo luogo, l'art. 21-*bis* (leggi: art. 119 d.lgs. 175/2024) non prevede alcuna distinzione, in «rapporto a questo o a quell'altro capo di domanda»[158], sulla portata vincolante della decisione di assoluzione. E anzi, nell'accordare il potere di giudicato all'accertamento fattuale contenuto nella pronuncia penale, detta previsione sembra riferirsi anzitutto al presupposto sostanziale dell'illecito penale e tributario, ossia l'imposta evasa. Non per niente, il comma 3 sancisce che la sentenza[159] fa stato non solo nei confronti di chi è coinvolto direttamente nel processo penale, ma anche in relazione al contribuente da questi rappresentato; e, ciò, a testimonianza della volontà del riformatore di estendere l'effetto vincolante anche all'imposta, tenuto conto che il contribuente è il soggetto chiamato al suo pagamento[160].
Sull'altro piano, è evidente che, là dove il processo penale si concluda con una sentenza ampiamente liberatoria perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso, sarebbe «illogico e incoerente che» in sede fiscale, ove si discute delle stesse circostanze, «si attest[i] una realtà fenomenica del tutto opposta»[161]. Ne va, d'altronde, della coerenza del sistema e del principio di certezza del diritto[162]: tanto più se si pensa che, secondo l'impostazione fatta propria da ultimo dalla Corte di cassazione, il giudice tributario, dopo aver affermato la fondatezza della richiesta impositiva, nel riconoscere gli effetti sul versante sanzionatorio della sentenza penale assolutoria, negherebbe, nella sostanza, la ricorrenza dello stesso evento illecito[163]. Qui, insomma, la contraddizione sarebbe "al quadrato": «a fronte di un'assoluzione penale perché il fatto non sussiste, il medesimo fatto potrebbe essere ritenuto esistente per l'accertamento di un'imposta evasa, ma non per le sanzioni»[164], benché, come evidenziato in dottrina, la pretesa erariale e le sanzioni amministrative risultino legate da un rapporto di interdipendenza[165].
Sulla base dei rilievi appena operati non appare praticabile altra lettura se non quella strettamente legata al dato testuale per cui l'efficacia di giudicato della pronuncia penale attiene

---

[157] … ben evidenziati dalla dottrina che ha commentato l'orientamento in parola; cfr. V. De Bonis, *La prova legale dei fatti accertati dalla sentenza penale: il* ne bis in idem *e la circolazione della prova tra processi contermini*, in *Dir. prat. trib.* 2026, spec. 614 ss.; S.F. Cociani, *op. cit*., 435; A. Giovannini, *Processo tributario ed efficacia extrapenale della sentenza di assoluzione*, cit., 523 s.; A. Kostner, *op. cit*., 5; A. Marcheselli, *Dal doppio binario al capolinea giusto processo*, cit., § II; A. Salvati, *op. cit.* § VII.
[158] M. Stella, *Giudicato penale assolutorio e fissazione dei fatti rilevanti nel processo tributario*, cit., 1549.
[159] … ma solo quella di assoluzione "perché il fatto non sussiste".
[160] S.F. Cociani, *op. cit.*, 436; A. Kostner, *op. cit.*, 3; A.F. Uricchio, L. Petruzzella, *op. cit*., 309.
[161] A. Salvati, *op. cit*. § V.
[162] In proposito, vale la pena osservare come la Corte di Strasburgo, proprio facendo leva sul principio di certezza del diritto e della stabilità dei rapporti giuridici (definito «*inhérent à l'article 6 de la Convention*»), abbia affermato la prevalenza dell'assoluzione penale anche su un giudicato tributario definitivo. Il riferimento è C. eur., 22.10.2024, *Tasoncom s.r.l. c. Moldavia*.
[163] M. Stella, *Giudicato penale assolutorio e fissazione dei fatti rilevanti nel processo tributario*, cit., 1549 parla di un'applicazione «"a intermittezza"» dell'«effetto di fissazione del fatto materiale». Sul punto, S.F. Cociani, *op. cit*., 437 opportunamente domanda: «se il fatto materiale è stato accertato non sussistere in sede penale (con le garanzie forti del relativo processo), come fa a ipotizzarsi che esso, al contrario, possa sussistere in sede tributaria, anche solo limitatamente all'imposta, laddove il relativo processo è connotato da un minor grado di accuratezza?».
[164] V. A. Salvati, *op. cit*., § IX, secondo la quale, così facendo, si andrebbe «a sostituire il doppio binario con uno triplo, atteso lo sdoppiamento del processo tributario quanto agli esiti attinenti all'imposta, da un lato, e alla sanzione, dall'altro».
[165] Come ricordano A. Kostner, *op. cit.*, 3; M. Stella, *Giudicato penale assolutorio e fissazione dei fatti rilevanti nel processo tributario*, cit., 1549; e A.F. Uricchio, L. Petruzzella, *op. cit.*, 309.

ai "fatti materiali" e, cioè, investe anche il «presupposto impositivo delle riprese fiscali»[166]. Nella scelta del legislatore deve, così, leggersi la consapevolezza che il processo penale costituisce ancora il sistema migliore per ottenere un accertamento dei fatti attendibile, un sistema che, pertanto, può, in ragione proprio di questa sua maggiore affidabilità euristica, estendere i suoi effetti anche su altri ordinamenti, primo fra tutti quello fiscale, vincolando, quantomeno sugli aspetti inerenti alla (non) ricorrenza degli elementi costitutivi dell'illecito, la libertà decisionale dei giudici tributari[167].

Come anticipato, il secondo orientamento della Corte di cassazione ha, poi, escluso il valore di cosa giudicata della sentenza di assoluzione emessa ai sensi dell'art. 530 cpv Cpp[168], ossia «quando manca, è insufficiente o è contraddittoria la prova che il fatto sussiste [o] che l'imputato lo ha commesso». Le motivazioni della Corte si snodano lungo due (concise) direttrici.

Per un verso, essa richiama la cospicua giurisprudenza civile che, da anni, ritiene «esportabili», *ex* artt. 651-654 Cpp[169], «esclusivamente le pronunce basate sull'accertamento positivo delle cause assolutorie» e non anche quelle decisioni che si fondano su un «quadro probatorio equivoco»[170].

Sotto altro profilo, rileva che «il fondamento sostanziale della scelta di attribuire efficacia di giudicato alla sentenza penale di assoluzione» "perché il fatto non sussiste" o "perché l'imputato non lo ha commesso" discende «dal maggior approfondimento istruttorio» che il processo penale può garantire «rispetto a quello civile (e tributario) e dalla possibilità, propria del processo penale, di ricostruire la situazione fattuale con estrema certezza»[171]. Tuttavia, puntualizza il Collegio di Piazza Cavour, una siffatta «ricostruzione della situazione fattuale con estrema certezza» ricorre solo allorquando la pronuncia di assoluzione sia resa ai sensi del primo comma dell'art. 530 Cpp e non anche quando il giudice dichiari la mancanza, l'insufficienza o la carenza di prova.

Ancora una volta, ci si pone al di là della *littera legis*. Difatti, l'art. 21-*bis* d.lgs. 74/2000 (*rectius*, art. 119 d.lgs. 175/2024) non «contempla, espressamente, alcuna causa e/o ipotesi di esclusione»[172], bensì fa generico riferimento alla "sentenza irrevocabile di assoluzione", termine, questo, che ben può essere ricondotto al provvedimento reso ai sensi sia del primo che del secondo comma dell'art. 530 Cpp. Del resto, come ha negato espressamente la forza vincolante alle sentenze di assoluzione non dibattimentali, il legislatore avrebbe potuto escludere, altrettanto esplicitamente, che le pronunce rese con formula c.d. "dubitativa" facessero stato nel processo tributario[173].

---

[166] Cass. civ. 5.2.2025 n. 5714, cit., pt. 7.1.

[167] Sul punto, v. A. Giovannini, *Processo tributario ed efficacia extrapenale della sentenza di assoluzione*, cit., 514.

[168] Concordano con le conclusioni della Corte sul punto, A. Carinci, *op. cit.*, 1424; M. Stella, *Giudicato penale assolutorio e fissazione dei fatti rilevanti nel processo tributario*, cit., 1550; Id, *Il c.d. giudicato penale sui fatti: prime applicazioni dell'art. 21*-bis *d.lgs. n. 74 del 2000 nel processo tributario*, in *Dir. prat. trib.* 2025, 2070 s.

[169] Cfr., *ex multis*, Cass. civ. sent. 4.10.2007 n. 22883; Cass. civ. 17.2.2010 n. 5676; Cass. civ. 12.6.2013 n. 19863; Cass. civ. 11.1.2016 n. 4764; Cass. civ. 8.6.2022 n. 26811; e, più di recente, Cass. civ. 19.12.2023 n. 4201.

[170] Le parole sono di F. Morelli, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, cit., 402, a parere del quale, comunque, «la mancata applicazione dell'art. 652 in presenza di una assoluzione motivata dal dubbio [può] generare forti perplessità sulla ragionevolezza complessiva della disciplina».

[171] Così, Cass. civ. 15.1.2025 n. 3800, pt. 21.3 e Cass. civ. 15.1.2025 n. 9157, pt. 18.3. In dottrina, v. A. Giovannini, *Diritto punitivo tributario: residualità applicativa del* ne bis in idem *e rapporti fra processi*, cit., 4, secondo il quale le sentenze di cui al comma 2 dell'art. 530 «non si radic[herebbero] su ricostruzioni sufficienti o sufficientemente esaustive dei fatti materiali» e, dunque, non fonderebbero un «accertamento dotato di un livello di verosimiglianza […] tale da poter essere riprese a verità processuale incontrovertibile» nel processo tributario.

[172] In questi termini, A. Kostner, *op. cit.*, 6.

[173] Cass. civ. 5.2.2025 n. 5714, pt. 11.3. Analoghe considerazioni sono espresse dalla Corte costituzionale; v. C.

Peraltro, come fatto notare opportunamente dalla stessa Corte di cassazione nell'ordinanza interlocutoria di rimessione degli atti al Primo Presidente, la previsione di recente introduzione «sfugge al sistema degli artt. 651-654 c.p.p., ponendosi», lo si è visto, «come regola autonoma e speciale»[174]; sicché, non sembra trovare un terreno fertile su cui attecchire la (seppur consolidata) giurisprudenza volta a restringere l'ambito applicativo delle previsioni codicistiche[175].

Risulta, poi, non sufficientemente suffragata l'affermazione per cui una sentenza *ex* art. 530 cpv. Cpp non garantirebbe una «ricostruzione della situazione fattuale con estrema certezza», di talché non potrebbe far stato nel processo tributario.

In primis, perché, come sottolineato dalla dottrina[176], pure il sistema tributario riconosce, in stretta somiglianza con l'art. 530 co. 2 Cpp, valore a un *deficit* della prova: ci si riferisce all'art. 7 co. 5-*bis* d. lgs. 31.12.1992 n. 546 (trasfuso nell'art. 52 co. 5 d.lgs. 174/2024)[177], in forza del quale «[i]l giudice […] annulla l'atto impositivo se la prova della sua fondatezza manca o è contraddittoria o se è comunque insufficiente a dimostrare, in modo circostanziato e puntuale, comunque in coerenza con la normativa tributaria sostanziale, le ragioni oggettive su cui si fondano la pretesa impositiva e l'irrogazione delle sanzioni».

Inoltre (e soprattutto), è il caso di tenere a mente che la funzione del processo penale – «strumento di attuazione del diritto penale sostanziale» – è quella «di accertare se l'imputato […] sia colpevole»[178]. In tale prospettiva, l'art. 530 co. 2 Cpp altro non afferma – secondo taluno in maniera anche «pleonastica»[179] – che «l'impossibilità di *decidere* circa la fondatezza degli addebiti si trasforma pur sempre nell'impossibilità di *attribuire* gli stessi»[180] all'accusato, ossia proprio di considerarlo colpevole. Ne discende, quindi, che anche a fronte di una sentenza emessa con formula dubitativa, la "ricostruzione della situazione fattuale", per dirla con le parole della Corte, è certa: si attesta l'insussistenza di quei fatti materiali oggetto di imputazione e che sono comuni a quelli posti alla base della pretesa impositiva[181]. Insomma, «l'accertamento» deve essere riscontrato «nell'assoluzione in quanto tale» e non «nella circostanza che» a tale dichiarazione di non colpevolezza «si sia giunti per mezzo

Cost., 13.4.2026 n. 50, pt. 30.1.1.

[174] *Ibidem*.

[175] Senza considerare la differente formulazione dell'art. 119 d.lgs. 175/2024 rispetto alle disposizioni codicistiche; mentre quest'ultime si riferiscono in generale a un «accertamento» dei fatti o a «fatti accertati», la norma "speciale" sancisce che la sentenza assolutoria deve riguardare «gli stessi fatti materiali oggetto di valutazione nel processo tributario». Sul punto, v. C. Cost., 13.4.2026 n. 50, pt. 30.1.1.

[176] A. Kostner, *op. cit.*, 6.

[177] In tema, v. A. Lovisolo, *Profili di riforma dell'art. 7 d.lgs. N. 546 del 1992: prova testimoniale scritta ed effetti della sua introduzione. Le prove presuntive con particolare riferimento alle società a ristretta base*, in *Dir. prat. trib.* 2026, spec. 475 ss.

[178] Così, anche per la citazione precedente, P. Ferrua, voce *Regole di giudizio (diritto processuale penale)*, in *ED*, Annali X, 2017, 738.

[179] P. Ferrua, *Onere della prova, regola di giudizio e standard probatorio: alla ricerca della perduta proposizione da provare*, in *CP*, 2020, 2645. Del resto, «a reclamare l'assoluzione quando non sia provata oltre ogni ragionevole dubbio la colpevolezza è la stessa struttura della fattispecie penale alla quale corrisponde il tema del processo»; v. Id., *Regole di giudizio (diritto processuale penale)*, cit., 739.

[180] M. Scarabello, *L'efficacia esterna del giudicato che assolve per insufficienza della prova*, in *DPP* 1998, 1400 (corsivo nel testo).

[181] Lo evidenzia anche Cass. civ. 5.2.2025 n. 5714, pt. 11.4. Si tratta, d'altra parte, di una conclusione che sembra altresì maggiormente rispondente al principio di non colpevolezza. Al riguardo, si veda E. Crippa, *I riflessi extrapenali del giudicato sotto una mutata luce costituzionale*, in *CP* 2021, 3813, il quale, riprendendo una nota pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. SU 29.5.2008 n. 40049), ritiene «anacronistico» circoscrivere la parificazione degli effetti delle sentenze formulate ai sensi dei primi due commi dell'art. 530 – quale corollario della presunzione di non colpevolezza – al solo sistema penale, dal momento che «il principio sancito dagli artt. 27, comma 2, Cost. e 6» § 2 CEDU «rileva anche in ambito extrapenale».

dell'acquisizione della prova negativa, della constatazione della prova mancante o di quella contraddittoria o insufficiente»[182].
Sulla questione, come anticipato, si è dilungata anche la Corte costituzionale nella recente sentenza con la quale ha rigettato le eccezioni di illegittimità sollevate dalle corti di giustizia tributaria del Piemonte e di Roma[183]. Nell'occasione, infatti, il giudice delle leggi ha affermato che la decisione penale che assolve l'imputato perché il fatto non sussiste o perché non lo ha commesso ha «*sempre* efficacia di giudicato nel processo tributario»[184], anche quando emessa con formula dubitativa.
Tuttavia, i giudici di Palazzo della Consulta, in ragione di un'«interpretazione costituzionalmente orientata», ammettono due eccezioni. Anzitutto, si esclude l'efficacia extra-penale alla sentenza *ex* art. 530 co. 2 Cpp quando «veng[o]no in considerazione fattispecie riconducibili a presunzioni legali tipiche»[185], vale a dire quelle fattispecie in cui, nel contesto tributario, ricade sul contribuente l'onere dimostrare l'insussistenza del fatto. In tali casi, infatti, per irradiare i propri effetti in sede fiscale, la pronuncia di assoluzione deve – specifica la Corte – conseguire necessariamente «a un accertamento positivo della non esistenza del fatto»; in senso contrario, rischierebbe di determinarsi «un'eccessiva compressione dello standard probatorio di cui dispone il giudice tributario al fine di verificare il corretto assolvimento del dovere inderogabile di concorrere alle spese pubbliche», dal momento che – in assenza di un *decisum* penale – al giudice tributario, salva la prova contraria da parte del contribuente, sarebbe sufficiente applicare la presunzione legale per ritenere legittima la pretesa erariale. Del resto, si precisa, in simile evenienza non verrebbe a configurarsi «quella medesimezza dei fatti materiali in valutazione su cui si sviluppa il meccanismo della norma»[186].
In secondo luogo, non viene riconosciuta forza vincolante alla sentenza penale se «l'assoluzione [è] stata pronunciata esclusivamente in conseguenza dell'inutilizzabilità delle prove nel giudizio penale»[187], là dove tali prove risulterebbero, per contro, «formate nel rispetto delle regole fiscali» e sarebbero, pertanto, utilizzabili nel processo tributario. In una circostanza del genere, invero, il decisore penale non baserebbe il proprio convincimento «su elementi di prova posti alla sua attenzione, neppure in termini negativi», ma si fermerebbe «alla "soglia" processuale della loro utilizzabilità nel giudizio»[188].
Ebbene, anche nell'ottica del futuro pronunciamento delle Sezioni Unite della Cassazione, se l'affermazione della prevalenza del giudicato penale merita di essere accolta con favore, le specificazioni operate dalla Corte non possono essere condivise. Esse, infatti, non solo rischiano di privare di contenuto il principio proclamato, ma sembrano convergere verso la prevalenza delle istanze di recupero del tributo sul riconoscimento dell'innocenza del contribuente.
Che le regole a governo del processo penale e di quello tributario – con il primo particolarmente attento alle modalità con cui si raccolgono le prove e il secondo retto da presunzioni legali – siano differenti non è da mettere in discussione; nondimeno, tale differenza non può certamente giustificare l'irrilevanza del giudicato penale in ambito fiscale. Invero, secondo quanto sottolineato in precedenza, in entrambe le evenienze prese in esame dalla Corte costituzionale, l'autorità giudiziaria penale giunge indiscutibilmente all'accertamento della non colpevolezza dell'imputato, a prescindere dalle ragioni che l'hanno indotta a decidere in senso favorevole. E

[182] Così, M. Scarabello, *op. cit.*, 1401.
[183] Cfr. *supra*, § 5, nt. 121.
[184] C. Cost., 13.4.2026 n. 50, pt. 30.1.3 (corsivo nostro).
[185] *Ibidem*.
[186] *Ivi*, pt. 30.1.2.
[187] *Ivi*, pt. 30.1.3.
[188] *Ivi*, pt. 30.1.2.

in questa prospettiva, ancora più sconcerto desta la considerazione finale avanzata dalla Corte, a detta della quale deve ritenersi «difficilmente ipotizzabile che il contribuente non sia spinto, al fine di evitare la prosecuzione o l'avvio del processo tributario, a fornire, se esiste, la prova contraria [dell'illecito fiscale] già all'interno del processo penale»[189]. Insomma, l'imputato, che non ha «necessità di [dimostrare] alcunché sino a quando la parte pubblica non abbia fornito prove circa la sua responsabilità»[190], si trova per contro gravato di un onere probatorio estraneo al *thema decidendum* penale, ma inevitabilmente a esso collegato, in pieno spregio della presunzione di non colpevolezza.

7. Spostando l'attenzione sul versante della connessione a carattere cronologico, deve anzitutto ricordarsi che, nella sentenza *A e B c. Norvegia*, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha specificato come tale nesso non comporti necessariamente che i due procedimenti siano condotti "in contemporanea" per tutto il loro corso; pur tuttavia, la contiguità deve essere sufficientemente stretta da impedire che la persona sia sottoposta a procedimenti che si dilungano eccessivamente nel loro complesso[191].
Ebbene, nella prospettiva di ridurre il «disallineamento temporale»[192] fra il procedimento penale e quello tributario, con il d.lgs. 87/2024 il legislatore ha inteso agire sul piano del coordinamento informativo[193]; così, ai sensi del nuovo art. 129 co. 3-*quater* NAttCpp, l'organo inquirente deve comunicare alla «competente direzione provinciale dell'Agenzia delle entrate» l'esercizio dell'azione penale per i delitti previsti dal d.lgs. 74/2000, «dando notizia della imputazione». Seguono le modifiche agli artt. 32 d.P.R. 600/1973 e 51 d.P.R. 633/1972 in forza dei quali, una volta ricevuta l'avviso da parte del pubblico ministero, l'amministrazione finanziaria deve rispondere «senza ritardo trasmettendo, anche al competente Comando della Guardia di finanza, l'attestazione relativa allo stato di definizione della violazione tributaria».
Quanto all'ipotesi speculare, quella cioè riguardate il flusso informativo dall'amministrazione finanziaria all'autorità giudiziaria, non si è intervenuti, ritenendo sufficiente ed esaustivo il dovere in capo ai componenti della polizia finanziaria di trasmettere la denuncia o di riferire la notizia di reato – in entrambi i casi «senza ritardo» – *ex* artt. 331 e 347 Cpp.
Nonostante siano state accolte positivamente[194], le emende non appaiono, tuttavia, risolutive nell'assicurare l'avanzamento (e, come si dirà, la conclusione) in parallelo dei procedimenti, per due ordini di fattori.
Primo. Contrariamente al dovere di denuncia o di comunicazione della *notitia criminis*, la cui violazione può configurare un reato[195] e può determinare la comminazione di una sanzione

[189] *Ivi*, pt. 30.1.3.
[190] P.P. Paulesu, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *DigDPen*, IX, Torino 1995, 688.
[191] Cfr. *supra*, § 2.
[192] L'espressione è di T. Sabbatini, *op. cit.*, 23.
[193] Sul punto si ricorda come la Corte costituzionale, nella già richiamata sentenza 222/2019, sottolineasse che il coordinamento informativo fra l'amministrazione giudiziaria e quella finanziaria ha un rilievo di prim'ordine «nell'assicurare una sostanziale contestualità dell'avvio dell'accertamento tributario e di quello penale» (pt. 2.2.3 della sentenza). In proposito, si rinvia altresì a G. Melis, M. Golisano, *op. cit.*, 599 ss.
[194] In proposito, si veda M. Scoletta, *op. cit.*, 175 secondo il quale, «[u]n maggiore impatto, quanto all'adeguamento strutturale alla garanzia, è apprezzabile in relazione alla *connection in time*, poiché gli obblighi di comunicazione […] dovrebbero 'di regola' evitare il potenziale sfalsamento temporale nella fase di avvio dei procedimenti punitivi dello stesso fatto». Similmente, v. A.F. Tripodi, *Doppio binario sanzionatorio: lunga vita o destino segnato?*, in *DPenCont* 2025, 2, 36-37.
[195] Ci si riferisce all'art. 361 Cp che, al primo comma, punisce con la multa da euro 30 a euro 516, il pubblico ufficiale che «omette o ritarda di denunciare all'Autorità giudiziaria, o ad un'altra Autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, un reato di cui ha avuto notizia nell'esercizio o a causa delle sue funzioni». Il secondo comma, poi, stabilisce che la «pena è della reclusione fino ad un anno, se il colpevole è un ufficiale o un agente di polizia giudiziaria, che ha avuto comunque notizia di un reato del quale doveva fare rapporto».

disciplinare[196], l'osservanza della previsione di recente introduzione non è presidiata da alcuna sanzione: tutto è rimesso alla solerzia dell'organo dell'accusa. Perlomeno, sarebbe stato opportuno sancire, se non una sanzione (processuale o disciplinare), dei meccanismi compensativi a favore del contribuente imputato nel caso in cui l'autorità inquirente non comunicasse, o comunicasse in ritardo, all'amministrazione finanziaria l'evoluzione dell'incedere penale: si pensi a uno scomputo della pena in caso di condanna, oppure, là dove si giunga a un esito assolutorio, a un risarcimento del danno sulla falsariga di quelli previsti dalla l. 24.4.2001 n. 89 (c.d. "legge Pinto")[197].

Secondo. Nel prevedere, da un lato, il dovere di riferire la notizia di reato e, dall'altro, l'avviso dell'esercizio dell'azione penale, si elegge a elemento determinante per la *close connection in time* la contestuale apertura dei due procedimenti.

Si tratta, invero, di un'impostazione che trova un addentellato nella giurisprudenza della Corte di cassazione che, in più occasioni, ha avuto modo di specificare come «il requisito della connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta [vada] valutato con riferimento all'avvio dei procedimenti, i quali, essendo governati da regole e principi affatto diversi, hanno necessariamente tempi di definizione non coincidenti, anche in regione delle differenti modalità di formazione ed acquisizione della prova e dei mezzi di impugnazione previsti nei rispettivi ordinamenti»[198].

Sennonché, come evidenziato in dottrina, le pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo successive alla sentenza *A e B c. Norvegia*[199] hanno chiarito che, nel caso in cui i due procedimenti avviati (più o meno) simultaneamente siano stati svolti "in parallelo" solamente per un breve lasso temporale oppure l'uno si sia protratto molto più a lungo dell'altro, «non risulterebbe integrato il requisito della» *connection in time* «e, di conseguenza, il doppio binario non sarebbe legittimo»[200].

---

[196] Cfr. art. 16 NattCpp, ai sensi del quale «[g]li ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria che senza giustificato motivo omettono di riferire nel termine previsto all'autorità giudiziaria la notizia del reato […] sono soggetti alla sanzione disciplinare della censura e, nei casi più gravi, alla sospensione dall'impiego per un tempo non eccedente sei mesi».

[197] Nondimeno, K. La Regina, *Legge Pinto: il sacrificio dell'equa riparazione sull'altare della spesa pubblica*, in www.lalegislazionepenale.eu 20.1.2017, 1 osserva come il legislatore abbia tentato, nel tempo, di «rendere assai tortuosa la via della riparazione del danno derivante da irragionevole durata del processo».

[198] Così, Cass., 14.1.2021 n. 4439, in *il fisco* 2021, 983 ss., con commento di G. Antico. In senso analogo, v., *ex multis*, Cass. 15.4.2021 n. 31507, in *www.sistemapenale.it* 13.10.2021, con nota di D. Federici, Insider *di sé stesso e abuso di informazioni privilegiate: la Corte di cassazione conferma la punibilità anche del creatore della notizia* e Cass. 11.4.2024 n. 26527.

[199] Il riferimento corre, anzitutto, a C. eur., 18.5.2017, *Jóhannesson e al. c. Islanda*, in cui il giudice alsaziano ha ritenuto non integrata la connessione temporale dal momento che i due procedimenti erano durati complessivamente nove anni, ma erano stati svolti in contemporanea per un solo anno. Analoghi gli esiti a cui giunge la Corte in C. eur., 16.4.2019, *Bjarni Ármannsson c. Islanda* e in C. eur., 16.6.2019, *Nodet c. Francia*. Segnatamente, nel primo caso i due procedimenti si erano prolungati per quattro anni e dieci mesi, ma erano stati condotti in parallelo per cinque mesi; nel secondo, il procedimento penale era stato concluso quattro anni dopo quello amministrativo. Contrariamente, nelle vicende *Velkov c. Bulgaria* e *Bajčić c. Croazia*, la Corte di Strasburgo ha valutato sussistente la *close connection in time*, anche se il processo penale ha trovato termine, nella prima, due anni e quattro mesi dopo quello amministrativo e, nella seconda, addirittura sei anni e dieci mesi dopo; cfr. C. eur., 21.7.2020, *Velkov c. Bulgaria* e C. eur., 8.10.2020, *Bajčić c. Croazia.* In particolare, in quest'ultimo caso la Corte ha affermato che il requisito della stretta connessione di tipo temporale era da ritenersi soddisfatto, nonostante l'ampio scarto fra le conclusioni dei due procedimenti, posto che, data la maggior complessità del giudizio penale, il supplemento di tempo necessario non era da considerarsi sproporzionato. Passa analiticamente in rassegna le pronunce in oggetto J.I. Escobar Veas, Ne bis in idem *and Multiple Sanctioning Systems. A Case Law Study of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the EU*, Cham 2023, 108-112.

[200] O. Calavita, *La Corte costituzionale di nuovo sul rapporto tra processo penale e amministrativo tributario: ancora una volta viene salvato il doppio binario sanzionatorio*, in *CP* 2020, 1930.

Ecco, allora, che il coordinamento informativo, verso cui si proietta la disciplina domestica, non sembra risolutivo nell'assicurare la stretta connessione temporale, atteso che trova concretizzazione agli esordi dei procedimenti e favorisce, tutt'al più, la loro contestuale apertura e uno svolgimento in parallelo limitato, però, alle sole battute iniziali. Appare, dunque, ancora attuale il rischio che il contribuente venga sottoposto a due procedimenti – penale e tributario – che, quantunque collegati sul piano sostanziale, non lo siano, per contro, su quello della loro durata.

In una simile eventualità, accedendo a quanto sostenuto da taluno, il giudice del processo penale in corso, verificata la non sussistenza della *connection in time*, dovrebbe dichiarare il "non doversi procedere" per trasgressione del principio del *ne bis in idem*, *ex* art. 649 Cpp[201]. Nondimeno, anche a ritenere accordabile un simile strumento di tutela – e, sul punto, appaiono maggiormente condivisibili le letture contrarie[202] – la sensazione è quella di trovarci comunque di fronte a un meccanismo disfunzionale.

In prima battuta, tornano alla mente le parole utilizzate dal giudice Pinto de Albuquerque nella sua *dissenting opinion* alla sentenza alla sentenza *A e B c. Norvegia*, il quale ebbe modo di gettare luce sul carattere fortemente arbitrario del requisito della connessione temporale («*"sufficient connection in time" criterion is arbitrary*»), dal momento che il riconoscimento della violazione del divieto di doppio giudizio verrebbe a essere rimesso alla più completa discrezionalità del giudice del procedimento non ancora concluso[203].

Da altro angolo visuale, come ha puntualmente osservato parte della dottrina, l'applicazione del *test* di stampo cronologico conduce a una sorta di trasfigurazione del *ne bis in idem*, che si fa «rimedio (improprio) all'eccessiva durata del procedimento che continua dopo la conclusione del primo»[204]. Nondimeno, la *ratio essendi* del principio, nella sua veste

---

[201] In tal senso, M. Scoletta, *op. cit.*, 173, il quale evidenzia, tuttavia, come tale strada sia percorribile solo a fronte di «normative di attuazione del diritto dell'Unione […] rispetto alle quali il giudice nazionale può fare diretta applicazione dell'art. 50 CDFUE (e quindi disapplicare la legge interna con esso contrastante).

[202] Non sembra convinto dall'operatività dell'art. 649 Cpp O. Mazza, *L'insostenibile convivenza fra* ne bis in idem *europeo e doppio binario sanzionatorio per i reati tributari*, in *Rass. trib.* 2015, 1036, il quale, opportunamente, rileva come la disposizione codicistica operi solo in relazione a procedimenti propriamente penali. In proposito, si rinvia altresì alle condivisibili riflessioni di B. Lavarini, *Il* ne bis in idem *convenzionale e "doppio binario" sanzionatorio: il problema del "doppio giudicato"*, in www.lalegislazionepenale.eu 14.3.2016, 2-3; in particolare, secondo l'A. l'applicazione in via interpretativa dell'art. 649 Cpp al caso di doppio giudizio, l'uno tributario e l'altro penale, non sarebbe «consentita», oltreché dal dato testuale, «dai principi di stretta legalità in materia penale e di obbligatorietà dell'azione penale». Difatti, si argomenta, «nel nostro sistema, da un lato, sono illeciti, sanzioni e procedimenti penali solo quelli che la legge, non il giudice – sia pure per ragioni di garanzia – qualifica tali; dall'altro, a fronte di un illecito così qualificato *ex lege*, l'azione penale è obbligatoria, e non può essere ritrattata». Sul tema, v. anche F. Cassibba, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di* ne bis in idem *e "doppio binario" sanzionatorio*, cit., 1108 e A. Procaccino, *I* bis in idem *tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato. Il doppio processo come pena*, Padova 2022, 336-338. A sostegno della non applicabilità diretta dell'art. 649 Cpp si può inoltre ricordare come la Corte costituzionale abbia dichiarato contraria alla Carta fondamentale tale disposizione «nella parte in cui non prevede che il giudice pronunci sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere nei confronti di un imputato per uno dei delitti previsti dall'art. 171-*ter* della legge n. 633 del 1941 che, in relazione al medesimo fatto, sia già stato sottoposto a procedimento, definitivamente conclusosi, per l'illecito amministrativo di cui all'art. 174-*bis* della medesima legge»; cfr. C. cost., 16.6.2022 n. 149.

[203] In proposito, v. F. Cassibba, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di* ne bis in idem *e "doppio binario" sanzionatorio*, cit., 1102, a parere del quale la Corte di Strasburgo, nella sentenza *A e B c. Norvergia*, non è riuscita a individuare, con riferimento alla *close connection in time*, «un criterio puntuale, capace di determinare quando il requisito sia integrato», sicché «la relativa individuazione è rimessa, in definitiva, all'ampia discrezionalità del giudice». In senso analogo, v. L. Barontini, *La nuova fisionomia del* ne bis in idem*: da garanzia processuale a istituto ibrido*, in www.lalegislazionepenale.eu 26.11.2021, 27 e V. De Bonis, *Il* ne bis in idem *e gli approdi del d.lgs. N. 87 del 2024: la latenza di un conflitto irrisolto nella prospettiva della complementarità e del collegamento cronologico dei trattamenti sanzionatori*, cit., 1426.

[204] P.P. Paulesu, *Il* ne bis in idem *processuale nell'orizzonte della CEDU: uno sguardo d'insieme*, in *RDPr* 2021,

processuale, non è quella di evitare che una persona sia sottoposta per troppo tempo a due procedimenti sui medesimi fatti materiali, ma di scongiurare che essa sia del tutto coinvolta in giudizi che insistono sullo stesso tema di discussione[205].

8. Quanto appena rilevato ci fornisce l'abbrivio per qualche riflessione di chiusura sulla riforma. Alla luce delle osservazioni svolte, emerge che le innovazioni apportate dal d.lgs. 87/2024 e cristallizzate nei due testi unici, oltre a essere già stato oggetto di forzature interpretative a opera di una parte della giurisprudenza di legittimità, palesano molteplici profili di problematicità. Più in particolare, tali criticità risultano frutto di un errore di prospettiva in cui è incorso il legislatore, il quale ha inteso perseguire un'idea di *ne bis in idem* «inquinat[a] nella sua "purezza" da una […] monolitica prassi sovranazionale […] che vi ha innestato presupposti ed esiti (il c.d. *close connection test*) estranei alla sua classica fisionomia»[206].
Si pensi, ad esempio, a ciò che si è appena osservato in relazione alla previsione in materia di coordinamento informativo o, ancora, al riconoscimento di una capacità probatoria – per così dire – "autoportante" alla sentenza tributaria e agli atti di definizione della pretesa impositiva.
Come visto, è proprio la giurisprudenza sovranazionale a imporre, perché possa dirsi sussistente la *close connection in substance* e, quindi, ritenersi rispettato il divieto di doppio giudizio, che i procedimenti interagiscano sul piano istruttorio, ovvero siano condotti in modo tale da evitare il più possibile duplicazioni in sede di acquisizione e valutazione delle prove.
Sennonché, per evitare che l'imputato subisca eccessivamente il fardello della doppia persecuzione, secondo i crismi dettati dalle Alte Corti, si giunge a togliere qualsiasi significato al giusto processo penale, *in primis* sacrificando il metodo dialettico di formazione della prova tramite l'acquisizione di materiale raccolto e prodotto unilateralmente o, comunque, in contesti sommari e non presidiati dalle garanzie del *fair trial*[207].
Da qui, viene da chiedersi se non sia possibile intraprendere una strada differente. Ebbene, se, come detto dalla nostra Corte costituzionale, «la garanzia convenzionale» del *ne bis in idem* mira «a tutelare l'imputato non solo contro la prospettiva dell'inflizione di una seconda pena, ma ancor prima contro la prospettiva di subire un secondo processo per il medesimo fatto» ed è, quindi, volta a «evitare l'ulteriore sofferenza, e i costi economici, determinati da un nuovo processo in relazione a fatti per i quali quella persona sia già stata giudicata»[208]; allora, l'opzione più ragionevole sembra essere proprio quella, invocata da una parte della dottrina[209], di procedere a una *reductio ad unum* della risposta punitiva dell'ordinamento, da esercitare in ragione di un accertamento dell'evasione condotto da un unico giudice, accantonando così categorie tanto evanescenti quanto controproducenti come quella della *close connection in substance and in time*.
Insomma e in chiusura, la soluzione da tracciare dovrebbe essere quella di abbandonare il doppio binario sanzionatorio per un modello a "unica via"[210] che differenzi la risposta del

1211.
[205] *Ibidem*.
[206] Letteralmente, P. Troisi, *I doppi binari punitivi nel prisma del* ne bis in idem *processuale*, in *DPenCont* 2025, 2, 45.
[207] Come rileva M. Ceresa-Gastaldo, *op. cit*., 50.
[208] Cfr. C. cost., 16.6.2022 n. 149.
[209] V., per tutti, O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, cit., 250.
[210] In proposito, A. Venegoni, *La prova tra procedimento amministrativo e procedimento penale*, in *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, cit., 261 ricorda come, già prima della sentenza *A e B c. Norvegia*, «non pochi legislatori nazionali» abbiano rinunciato a un sistema a doppio binario punitivo penale e tributario; ne sono «originate soluzioni nuove, come il sistema una via, concepito dal Belgio e dai Paesi Bassi, che impone di applicare in via esclusiva, alternativamente la sanzione tributaria o quella penale, di fronte a uno stesso fatto illecito». In proposito, anche per gli opportuni riferimenti normativi e bibliografici, si rinvia all'analisi di S.

sistema a seconda della gravità del fatto e sulla base di specifici criteri prefissati in maniera chiara e tassativa dalla legge[211]. Là dove l'illecito assuma consistenza penale, l'accertamento dell'eventuale imposta e l'irrogazione della sanzione penale e amministrativa dovrebbero essere un *affaire* del giudice penale[212]; in tal caso, l'amministrazione finanziaria potrebbe avanzare le proprie pretese nel processo, costituendosi parte civile e dimostrando il danno che il contribuente imputato avrebbe arrecato alle casse erariali. Qualora, invece, l'illecito non superasse le soglie del penalmente rilevante, la competenza rimarrebbe all'autorità tributaria[213]. Solo così il principio del *ne bis in idem* verrebbe a essere realmente salvaguardato, senza tuttavia sacrificare i valori del processo penale.

Mirandola, *Indagini penali e amministrative*, in *Indagini penali e amministrative in materia di frodi IVA e doganali. L'impatto dell'*European Investigation Order *sulla cooperazione transnazionale*, a cura di A. Di Pietro e M. Caianiello, Bari 2016, spec. 185-190.

[211] Sarebbero, insomma, da evitare soluzioni normative che lascino a protocolli – come nel caso olandese – o a valutazioni *case by case* – secondo il modello belga – la scelta in merito alla via, tributaria o penale, da intraprendere per accertare la condotta di rilevanza per entrambi i sistemi ed eventualmente sanzionare il soggetto che l'ha posta in essere; v. S. Mirandola, *op. cit.*, 188-190.

[212] O. Calavita, *op. cit.*, 1930 ritiene «preferibile un sistema in cui vi sia un unico procedimento che sfoci in una doppia sanzione, in ogni caso proporzionata alla gravità del fatto commesso» rispetto a «un'unica sanzione coordinata e proporzionata, alla quale giungere per mezzo di due procedimenti che si instaurano in maniera del tutto autonoma».

[213] V. O. Mazza, *I controversi rapporti fra processo penale e tributario*, cit., 251.

SPUNTI PER LA TEORIZZAZIONE DI UN "*RIGHT OF THE DEFENCE TO INVESTIGATE THE CASE*" DI MATRICE EUROPEA[*]

di Alessandro Malacarne (Dottore di ricerca in Procedura penale, Università di Genova)

Il contributo analizza l'istituto delle investigazioni difensive in prospettiva comparata, convenzionale ed eurounitaria. L'analisi condotta costituisce la base per proporre la teorizzazione di un "*right of the defence to investigate the case*" di matrice comunitaria.
The paper examines the topic of the defence investigations from a comparative, Convention-based, and EU-law perspective. The analysis provides the foundation for proposing the theorisation of a "right of the defence to investigate the case" rooted in EU law.

Diritto processuale penale europeo, indagini difensive, parità delle armi
European criminal procedure, defence investigations, equality of arms

Sommario: 1. Introduzione: le ragioni dello studio. – 2. Le investigazioni difensive nella dimensione comparata. – 2.1 Cenni al modello italiano: criticità sotto il profilo *ad extra*. – 3. Il versante convenzionale ed eurounitario. – 4. Occasioni mancate e prospettive *de iure condendo*.

1. Negli ultimi anni si registra una chiara tendenza, da parte delle istituzioni europee, a rafforzare l'impiego di strumenti di indagine digitale e transfrontaliera, a intensificare la creazione di meccanismi di cooperazione giudiziaria e di polizia, nonché a istituire organismi sovranazionali dotati di incisivi poteri inquirenti. Tale evoluzione – a vocazione marcatamente repressiva – sembra muovere dalla (ragionevole) convinzione secondo cui la criminalità contemporanea è sempre più transnazionale e tecnologicamente attrezzata[1], di talché il suo contrasto richiede, con crescente frequenza, l'impiego di "*investigative tool* 2.0"[2] e il superamento dei tradizionali confini geografici[3].

---

[*] Testo, rivisto e corredato di note, dell'intervento svolto al Seminario *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo. II edizione*, Firenze, 20.11.2025. L'Autore desidera esprimere la propria gratitudine alla Prof.ssa Paola Felicioni, al Dott. Lorenzo Bernardini e alla Dott.ssa Costanza De Caro per l'opportunità di partecipare all'incontro e per i preziosi spunti di riflessione offerti.

[1] European Commission, *Recommendation for a Council Decision. Authorising the Opening of Negotiations in View of an Agreement between the European Union and the United States of America on Cross-Border Access to Electronic Evidence for Judicial Cooperation in Criminal Matters*, 5.2.2019, 1, ove si afferma che i dati elettronici sono oggigiorno necessari per lo svolgimento dell'85% delle indagini penali. Nello stesso senso, v., più di recente, European Parliamentary Research Service, *Access to Data for Law Enforcement: Digital Forensics*, 2025, 2; European Commission, *Roadmap for effective and lawful access to data for law enforcement*, 24.6.2025, 1. Cfr. pure G. Illuminati, *Circolazione probatoria interna e transfrontaliera*, in *Indagini e prove nella società digitale questioni attuali e prospettive future*, a cura di G. Di Paolo, L. Pressacco, Trento 2025, 45.

[2] P. Martín Ríos, *Digital Forensics and criminal process in Spain: Evidence gathering in a changing context*, Cizur Menor 2022, 38; M. Pittiruti, Digital evidence *e procedimento penale*, Torino 2017, 2; S. Signorato, *Le indagini digitali. Profili strutturali di una metamorfosi investigativa*, Torino 2018, 323.

[3] C. Longridge, *In Defence of Defence Rights: The Need for Common Rules of Criminal Procedure in the European Union*, in *European Journal of Legal Studies* 2013, 178; U. Sieber, C.W Nuebert, *Investigaciones transnacionales de crìmenes en el ciberspacio: retos a la sobranìa nacional*, in *Ius puniendi y Global Law. Hacia un derecho penal sin estado*, a cura di A. Nieto Martìn, B. Garcìa Moreno, Valencia 2019, 319; S. Signorato, *op. cit.*, 161 ss.; F. Siracusano, *La prova informatica transnazionale: un difficile "connubio" fra innovazione e tradizione*, in *PPG* 2017, 195; A.K. Woods, *Against Data Exceptionalism*, in *Stanford Law Review* 2016, 745. Scriveva, già, P. Nuvolone, *Funzionamento e prospettive della giustizia penale in un mondo in evoluzione*, in *Pietro Nuvolone. Ultimi scritti (1981-1985)*, a cura di M. Pisani, Padova 1987, 134: «all'internazionalizzazione del crimine dovrebbe corrispondere […] l'internazionalizzazione […] della repressione».

Esempi concreti di quanto appena sostenuto possono essere rinvenuti in diverse (ed eterogenee) iniziative a livello eurounitario: la *Roadmap for effective and lawful access to data for law enforcement*, adottata il 24 giugno 2025[4]; il regolamento 2023/1543/UE (cd. regolamento *e-evidence*), che disciplina gli ordini europei di produzione e gli ordini europei di conservazione delle prove elettroniche[5]; l'Ordine europeo di indagine penale (OEI)[6]; le squadre investigative comuni (*Joint Investigation Teams*)[7]; i meccanismi di cooperazione di polizia, anche attraverso lo scambio mirato di informazioni e l'accesso a banche dati[8]; e la Procura europea (EPPO)[9]. Si tratta, in linea generale, di strumenti – pur caratterizzati da ambiti di operatività e strutture profondamente differenti – il cui obiettivo comune, nell'ottica di quella che potrebbe essere definita "europeizzazione delle indagini preliminari", è quello di superare i limiti territoriali dell'attività di ricerca degli elementi di prova, nella convinzione che un mondo (e una criminalità) globalizzato richieda istituti processuali dotati di una vocazione altrettanto globale. A fronte di tale scenario, il legislatore sovranazionale è via via intervenuto anche sul versante delle "garanzie difensive passive", nel tentativo di rafforzare alcune prerogative dell'indagato e del suo patrocinante nel corso della fase investigativa. Si collocano in questa direzione, a titolo di esempio, i poteri – di cui alla direttiva 2013/48/UE – che consentono a quest'ultimo di partecipare, in veste di garante delle libertà del proprio cliente, ad attività promosse da altre parti (o dal giudice)[10], ovvero quelli previsti all'art. 7 della direttiva 2012/13/UE, compendiati nel diritto di accesso alla documentazione relativa alla fase preliminare del procedimento[11].

---

[4] Il testo è reperibile in https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_25_1599.

[5] Regolamento 2023/1543/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2023, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali. A commento, v. T. Chrisakis, *From Mutual Trust to the Gordian Knot Notifications: The EU e-Evidence Regulation and Directive*, in *The Cambridge Handbook of Digital Evidence in Criminal Investigations*, a cura di V. Fransenn, S. Tosza, Cambridge 2025, 176 ss.; A. Gaudieri, *Novità in tema di cooperazione giudiziaria: i nuovi ordini europei di conservazione e produzione delle prove elettroniche*, in *DPP* 2023, 1231 ss.; M. de Hoyos Sancho, *La nueva regulación en la Unión Europea sobre obtención transfronteriza de información electrónica en procesos penales. Análisis y valoración del «e-evidence package»*, Pamplona 2024; S. Tosza, *The E-Evidence Package is Adopted: End of a Saga or Beginning of a New One?*, in *European Data Protection Law Review* 2023, 163 ss.; L. Sanvitale, *Gli ordini europei di conservazione e produzione: un passo indietro per la tutela dei diritti fondamentali nelle indagini digitali?*, in *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, a cura di L. Bernardini, C. De Caro, Torino, 2025, 161 ss.

[6] O. Calavita, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano 2025; F. Ertola, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano, 2025.

[7] A livello monografico, v. R.M. Geraci, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Torino 2017; L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Bari 2023.

[8] Cfr., *amplius*, G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine di indagine*, Milano 2017, 101 ss.; G. De Amicis, *Organismi europei di cooperazione e coordinamento investigativo*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, Milano 2017, 77 ss.; *Exchange of Information and Data Protection in Cross-border Criminal Proceedings in Europe*, a cura di Á. Gutiérrez Zarza, Cham 2015, *passim*; V. Mitsilegas, N. Vavoula, *Databases*, in V. Mitsilegas, *EU Criminal law*, Londra 2022, 480 ss.

[9] Per una trattazione ad ampio raggio, v. G. Barrocu, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Milano 2021; L. Palmieri, *La procura europea. Struttura e legittimazione dell'ufficio. Adeguamento dell'ordinamento nazionale e diritti della difesa*, Milano 2024.

[10] I. Anagnostopoulos, *The Right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *European Criminal Law Review* 2014, 3 ss.; L. Bachmaier Winter, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in *Human Right in European Criminal Law*, a cura di S. Ruggeri, Berlino 2015, 111 ss.; T. Armenta Deu-L. Urban, *The Right of Access to a Lawyer under Directive 2013/48/EU*, in *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings. A European and Comparative Study on Judicial Remedies*, a cura di S. Allegrezza, V. Covolo, Milano-Padova 2018, 65 ss.; J. Dzierzanowska, *Access to Lawyer for Suspect at Early Stage of Criminal Proceedings and Its Participation in Investigative Acts*, in *Review of European and Comparative Law* 2020, 109 ss.; S. Quattrocolo, *Right to Access to a Lawyer in Europe: Anything new under the Sun?*, in AA.VV., *Festschrift fuer August Nacke*, Plovdiv 2016, 270 ss.

[11] A. Pivaty, A. Soo, *Article 7 of the Directive 2012/13/EU on the Right to Information in Criminal Proceedings:*

Sennonché, non sembra essersi registrato un intervento altrettanto incisivo sul terreno delle "facoltà attive" della difesa, locuzione con la quale si vuole qui alludere, in senso ampio, all'istituto delle cd. *defensive investigation* (o *defence investigation*)[12], vale a dire la possibilità per il patrocinante di svolgere, in condizioni di parità di armi[13], attività perquirenti autonome, anche in una dimensione transfrontaliera e in ambiente virtuale. Tale disinteresse appare difficilmente giustificabile, se solo si considera che, nell'assetto contemporaneo del processo penale, il momento del *pre-trial* (si legga, *investigative stage*) sta ormai divenendo – come unanimemente osservato dalla dottrina italiana e straniera – l'effettivo baricentro del rito[14]. È in quel frangente che si forma il patrimonio informativo (sempre più digitale, e dunque irripetibile)[15] sul quale si innesteranno le successive scelte dell'accusa, le determinazioni

A Missed Opportunity to Ensure Equality of Arms in Pre-Trial Proceedings?, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2019, 126 ss. Sullo stretto legame esistente tra il "*right of access to the materials*" e il "*right to legal assistance*", v. B.M. Fiori, *Disclosure of Information in Criminal Proceedings. A Comparative Analysis of National and International Criminal Procedural Systems and Human Rights Law*, Amsterdam 2015, 160 ss.

[12] È questa l'espressione comunemente impiegata nel contesto dei modelli di *common law* o nell'ambito della Corte penale internazionale: C. Buisman, D. Hooper, *Defense Investivations and the Collection of Evidence*, in *Defense Perspectives on International Criminal Justice*, a cura di C. Rohan, G. Zyberi, Cambridge 2017, 519 ss. Parimenti diffuse sono locuzioni quali "*right to investigate the case*", "*right to seek evidence*" e "*right to investigate facts*".

[13] Ciò non significa – è quasi superfluo precisarlo – che il sistema debba aspirare a una parificazione degli strumenti investigativi (e, più in generale, dei poteri) a disposizione dell'accusa e delle altre parti private (in specie, del difensore dell'indagato). Con formula sintetica ed efficace: «si può essere "pari" anche disponendo di armi diverse, purché appropriate alla funzione esercitata»: P. Ferrua, *Il giusto processo*, Torino 2007, 50; nonché, N. Carulli, *La difesa dell'imputato*, Napoli 1972, 35: «nel duello delle parti ciascuna lotta con le armi attribuite». Peraltro, se è vero che il canone di parità deve esplicarsi in termini assoluti nella fase processuale, «esso non è postulabile negli stessi termini *ex ante*»: F. Cordero, *Procedura penale*, Milano 2012, 1294. Nello stesso senso, v., *ex multis*, M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Milano 1984, 24; V. Grevi, *Alla ricerca di un processo penale "giusto". Itinerari e prospettive*, Milano 2000, 159; E. Marzaduri, *La parità delle armi nel processo penale*, in *Quad. cost.* 2007, 2, 378; Id., *Commento all'art. 1 l. cost. 23 novembre 1999 n. 2*, in *LP* 2000, 769; M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezione agli studenti*, Bologna 1989, 34-36. Si v. anche C. eur., 27.3.2008, *Peric c. Croazia*: «la difesa non deve necessariamente godere degli stessi diritti dell'accusa nella ricerca e assunzione dei mezzi di prova, essendo sufficiente la possibilità di produrre prove in condizioni analoghe alla seconda».

[14] Tra i molti, in termini espliciti e inequivocabili, v. D.K. Brown, *Discovery*, in *Reforming Criminal Justice*, III, *Pretrial and Trial Processes*, a cura di E. Luna, Phoenix 2017, 149; J.H. Crijns, *Modernisering van het Wetboek van Strafvordering: fundamentele herijking of grote voorjaarsschoonmaak?*, in *Leidse gedachten voor een modern straf(proces)recht*, a cura di B.J.G. Leeuw, F.P. Ölçer e J.M. ten Voorde, L'Aia 2017, 1 ss.; J. Hodgson, *The Metamorphosis of Criminal Justice: A Comparative Account*, Oxford 2020, 142; A. Pivaty, *Criminal Defence at Police Stations: A Comparative and Empirical Study*, New York 2019, 1; A. Pivaty, M. Vanderhallen, Y. Daly, V. Conway, *Contemporary Criminal Defence Practice: Importance of Active Involvement at the Investigative Stage and Related Training Requirements*, in *International Journal of the Legal Profession* 2019, 25. Sul fronte nazionale, v. A. Camon, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in AA.VV., *Legge e potere. Pensando a Massimo Nobili. Atti del convegno Bologna, 4 e 5 novembre 2016*, Milano 2017, 93; F. Cassibba, *"Trasfigurazione" delle indagini preliminari, principio di proporzionalità e controllo giurisdizionale effettivo*, in *Annali di Arch. pen.* 2024, 62; Id., *Indagini tecnologicamente assistite e tecniche investigative speciali*, in *Indagini e prove nella società digitale questioni attuali e prospettive future*, cit., 115; R.E. Kostoris, *Modello accusatorio, cultura inquisitoria, scenari europei, tra presente e futuro del processo penale*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri, M. Pifferi, Milano 2011, 326; O. Mazza, *L'efficientismo del processo post accusatorio*, in *Arch. n. proc. pen.* 2022, 501; F. Siracusano, *Trasformazioni e sistema accusatorio: l'involuzione assiologica delle indagini preliminari*, in *PPG* 2026, 209 ss.

[15] M. Daniele, P. Ferrua, *Prospettive di rifondazione del processo accusatorio. Riflessioni a partire dal pensiero di Giovanni Conso*, in *Annali Arch. pen.* 2024, 88, 100; M. Miraglia, *Il "Trojan (non) di Stato": una disciplina da completare*, in *PPG* 2023, 1227 ss.; F. Nicolicchia, *I controlli occulti e continuativi come categoria probatoria. Una sistematizzazione dei nuovi mezzi di ricerca della prova tra fonti europee e ordinamenti nazionali*, Milano

sull'esercizio della pretesa punitiva e, per ciò che maggiormente rileva, gli esiti del dibattimento. Se così è, deve conseguentemente affermarsi – con viva convinzione – come l'avvocato non possa oggigiorno ridursi a conoscere passivamente e contestare le fonti di prova acquisite dall'accusa[16]: egli è, piuttosto, chiamato a concorrere attivamente alla loro ricerca[17].
Preso atto di ciò, il presente contributo intende esplorare il modo in cui l'"inchiesta parallela" risulta disciplinata – ovvero, lo si vedrà, più frequentemente non disciplinata – in taluni ordinamenti nazionali, nonché valutare il trattamento a essa riservato a livello convenzionale ed eurounitario. L'analisi condotta costituirà il presupposto per formulare alcune proposte ricostruttive, volte a verificare se, e in quale misura, sia auspicabile e ragionevole teorizzare un "*right of the defence to investigate the case*" di matrice comunitaria.

2. Realizzare un breve *screening*, a livello comparato, in merito all'istituto delle investigazioni difensive consente di mettere in luce un dato difficilmente contestabile: nella maggior parte degli ordinamenti europei manca una disciplina espressa e organica che ne regoli forme e modalità, sulla falsariga di quanto avvenuto, all'opposto, nell'esperienza italiana[18]. In assenza di regolamentazione, sono gli interpreti a tentare di ricavare spazi di iniziativa difensiva attraverso una rilettura delle disposizioni codicistiche e dei principi costituzionali e convenzionali. Questa dinamica, riscontrabile in modelli processuali anche profondamente diversi tra loro, rivela un'esigenza comune, percepita in tutti i contesti: assicurare al patrocinante legale la possibilità di partecipare attivamente alla ricerca di elementi di prova a favore del proprio assistito.
Si cercherà ora di dimostrare quanto appena sostenuto attraverso esempi concreti.
Un primo caso significativo è rappresentato dal modello estone. Il *kriminaalmenetluse seadustik* (codice di procedura penale)[19] tipizza in modo puntuale le prerogative del difensore nel *pre-trial stage* (§§ 45–47), riconoscendogli il diritto di partecipare agli atti investigativi compiuti in presenza dell'indagato, di presentare istanze e di accedere a determinati atti del fascicolo[20]. Tuttavia, non è dato rinvenire alcuna previsione concernente poteri d'inchiesta difensivi. La letteratura domestica, dunque, ha evidenziato come, in assenza di un divieto espresso, essi dovrebbero comunque ritenersi esercitabili da parte del difensore; anche se, nella prassi, siffatte prerogative risultano scarsamente impiegate, sollevando così interrogativi quanto alla parità delle armi[21].

2020, 11 s.; S. Signorato, *op. cit.*, 7.

[16] J. Jackson, *Cultural Barriers on the Road to Providing Suspects with Access to a Lawyer*, in *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity. Legal Cultures in the Area of Freedom, Security and Justice*, a cura di R. Colson, S. Field, Cambridge 2016, 181 ss.

[17] Come già rilevava G. Foschini, *Sistema di diritto processuale penale*, I, Milano 1965, 302, «la difesa non sarebbe
libera se dovesse limitarsi alla valutazione degli elementi di prova ricercati o offerti dall'accusa». E, d'altro canto, M. Nobili, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1998, 86, si domandava: «come ci si può accontentare che la difesa soltanto si prepari a un "dopo", mentre si costruisce il sistema su atti dell'accusa, utilizzabili subito (a fini non propriamente marginali) e con una buona dose di spendibilità anche nel processo?».

[18] *Infra*, § 2.1.

[19] La versione ufficiale e aggiornata, in lingua inglese, può essere consultata al seguente *link*: https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/505092023002/consolide/current.

[20] Cfr., *amplius*, J. Ginter, A. Soo, *The Right of the Suspect to Counsel in Pre-trial Criminal Proceedings, its Content, and the Extent of Application*, in *Juridica* 2012, 170 ss.; M. Sillaots, *The Role of Criminal Defence Counsel in Pre-Trial Criminal Proceedings*, in *Juridica* 2025, 85 ss.; A. Soo, *Guaranteeing the Right to Defence Counsel in Estonian Criminal Proceedings: the Estonian System of Defence Counsels*, in *East-West Studies* 2016, 77 ss.

[21] A. Soo, R. Aavik, *Pre-trial Procedure in Estonia*, in *A Comparative Analysis of Pre-Trial Procedure in Europe: The Search for an Ideal Model*, a cura di E. Johnston, R. Erbaş e D. Jasinski, Instambul 2020, 69.

Una situazione pressoché analoga si riscontra nei sistemi a "trazione inquisitoria", quali quello francese, belga e spagnolo[22].
Oltralpe, le funzioni attribuite al *juge d'instruction* – organo incaricato di ricercare le prove tanto a carico quanto a discarico dell'imputato –, sono tradizionalmente ritenute sufficienti a garantire l'equilibrio processuale tra le parti, spiegando così la mancanza di una disciplina specifica delle investigazioni difensive (sia interne che *extra*-territoriali)[23]. L'avvocato può presentare richieste motivate all'organo giurisdizionale onde ottenere il compimento di atti istruttori (quali, ad esempio, l'audizione di un teste, l'accesso ai luoghi o la produzione di un documento)[24], ma non può procedervi autonomamente[25]. Ciononostante, va messo in luce come una parte della dottrina abbia valorizzato il principio di libertà delle prove (art. 427 C.p.p.), ritenendo che, se i fatti sono dimostrabili con qualsiasi mezzo, l'effettività di tale canone presuppone la possibilità per la difesa di ricercare autonomamente le relative fonti probatorie[26]. Ad ogni modo, la pratica giudiziaria dimostra come l'iniziativa investigativa della parte privata assuma un ruolo davvero marginale, anche in ragione del timore di interferenze con l'istruzione pubblica o di incorrere in ipotesi di responsabilità penale connesse al contatto con i testimoni[27].
La medesima impostazione si rinviene in Belgio, ove l'avvocato può solamente sollecitare il giudice istruttore a compiere specifiche attività ed eventualmente impugnare il rigetto dell'istanza. Anche in questo caso, l'assenza di una normativa *ad hoc* viene compensata, in parte, da una lettura estensiva del diritto di difesa, che tuttavia non si traduce in una vera e propria autonomia investigativa[28].
Pure in Spagna la fase preliminare è diretta dal *juez de instrucción*, e la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* non prevede una disciplina espressa quanto ai poteri investigativi dell'avvocato e all'utilizzabilità degli elementi eventualmente raccolti. Tuttavia, dalla lettura combinata tra l'art. 24 della Costituzione – che consacra il diritto di difesa – e l'art. 118.1 LECrim – che ne

[22] Invero, con riguardo a quest'ultimo, va ricordato che il 14 novembre 2025 è stato pubblicato sul *Boletín Oficial de las Cortes Generales* il *Proyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal*, approvato dal *Consejo de Ministros* in data 28 ottobre 2025, che mira a ridefinire il ruolo del pubblico ministero e del giudice nelle fasi anteriori al dibattimento, muovendo verso la costruzione di un modello accusatorio: v., volendo, M. Gialuz, A. Malacarne, *Un recente progetto di riforma della procedura penale spagnola tra spinte europee e resistenze legate allo* status *ordinamentale del* Ministerio Fiscal, in *www.sistemapenale.it*, 7.1.2026.
[23] A. Cappello, *Il ruolo dell'avvocato della difesa nel processo penale in Francia*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti*, a cura di L. Filippi, P Gualtieri, P. Moscarini e A. Scalfati, Milano 2010, 302 s.: D.C. Cultrera, *La Normativa sulle investigazioni difensive in altri paesi dell'Unione Europea*, in *Mandato d'arresto europeo e investigazioni difensive all'estero*, a cura di L. Camaldo, Milano 2018, 143 ss.; P. Dècarpes, *France*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, a cura di E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Sronken, Antwerp 2010, 234; J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure: Legal and Ethical Constraints*, in *Legal Ethics* 2006, 144; S. Field, A. West, *Dialogue and the Inquisitorial Tradition: French Defence Lawyers in the PreTrial Criminal Law Process*, in *Criminal Law Forum* 2003, 261 s.
[24] J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure*, cit., 144.
[25] S. Field, A. West, *op. cit.*, 308.
[26] A. Cappello, *op. cit.*, 302-304.
[27] P. Dècarpes, *op. cit.*, 235; J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure*, cit., 143, rileva altresì che tale configurazione rischia di porsi in tensione con il principio di uguaglianza e parità di trattamento, giacché l'effettività dell'investigazione difensiva dipende in larga misura dalle risorse economiche dell'imputato, consentendo ai soggetti più abbienti di accedere a difensori e mezzi investigativi di livello superiore; E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Spronken, *Effective Criminal Defence in Europe. Executive Summary and Recommendations*, Oxford 2010, 6; A. Cappello, *op. cit.*, 302 ss.
[28] L. van Puyenbroeck, *Belgium*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, cit., 88. V. anche Fair Trials, *Criminal proceedings and defence rights in Belgium*, 2013, 13.

individua il momento genetico[29] – la dottrina desume in via indiretta la legittimazione del rappresentante legale di tutte le parti[30] a svolgere attività di ricerca delle fonti di prova, purché non incidano su diritti fondamentali dei terzi coinvolti[31].
Non dissimile è quanto accade negli ordinamenti tedesco e austriaco.
Quanto al primo, lo *Strafprozessordnung* non contempla espressamente un diritto a condurre indagini difensive autonome[32]. Il § 137 StPO, da par suo, assicura la presenza e l'assistenza del difensore in ogni fase del procedimento, mentre il § 163a, comma 2, consente all'imputato di richiedere agli organi inquirenti l'esecuzione di accertamenti a suo favore[33]. Tuttavia, dottrina e giurisprudenza hanno progressivamente riconosciuto la legittimità di iniziative investigative da parte dell'avvocato (circoscritte sul territorio nazionale)[34], purché queste vengano condotte senza ricorrere a poteri coercitivi e senza interferire con l'attività della pubblica accusa[35]. Siffatta necessità si manifesta con particolare urgenza quando le "investigazioni ufficiali" risultano incomplete, generando il rischio di pregiudicare il diritto dell'imputato a un equo processo. In tale contesto, il *Bundesgerichtshof* ha chiarito che i limiti e il fondamento dell'accertamento difensivo derivano dai doveri professionali dell'avvocato e dal rapporto fiduciario con il cliente: il legale è chiamato a intraprendere tutte le attività necessarie per un accurato accertamento dei fatti, senza limitarsi passivamente alla mera ricezione di informazioni fornite dall'assistito. In sostanza, al dovere di rappresentanza e di difesa si accompagna l'obbligo, sempre calibrato caso per caso, di acquisire autonomamente elementi utili alla tutela degli interessi del cliente, nell'ambito dei limiti stabiliti dal mandato e dai principi di lealtà e proporzionalità[36]. Tra i diversi strumenti utilizzabili a questo scopo, l'analisi e l'acquisizione di documenti[37] assumono particolare rilevanza nei procedimenti aventi ad oggetto reati economici, ove l'apprensione e lo studio degli archivi delle imprese rivestono un ruolo di primaria importanza. Fondamentale è altresì "l'escussione extragiudiziale" dei testimoni, che può riguardare anche soggetti già sentiti dall'autorità: il sistema, infatti, non contempla un diritto di primo interrogatorio a favore degli inquirenti. Nondimeno, va segnalato come, in alcune situazioni, i patrocinanti tendano ad affidare la conduzione dell'esame a un

[29] «*Toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos*».
[30] G. Esposito, *El derecho de defensa en la fase de instrucción: las actividades de investigación defensiva en los ordenamientos jurídicos español e italiano*, in *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario* 2022, 1697-5758, n. 158; I. Flores Prada, *L'investigazione difensiva nel processo penale spagnolo*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti*, *cit.*, 376.
[31] Si pensi, ad esempio, all'ingresso in luoghi privati.
[32] M. Maiwald, *Einführung in das italienische Strafrecht und Strafprozeßrecht*, Berlino 2009, 141; J. Vogel, *Germany*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, cit., 294.
[33] Fai Trials, *Criminal proceedings and defence rights in Germany*, 2013, 14.
[34] P. Rackow, *Diritti e poteri della difesa nella fase delle indagini preliminari secondo il codice di procedura penale tedesco*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti*, cit., 288.
[35] J. Bockemühl, *Eigene Ermittlungen des Strafverteidigers – Ein Plädoyer für eine aktive Strafverteidigung*, in *Journal für Strafrecht* 2010, 60: «*das Recht und die Zulässigkeit auf pri vate Ermittlungen des Strafverteidigers werden auch nicht mehr ernsthaft in Frage gezogen*»; P. Rackow, *op. cit.*, 282. Cfr. anche T. Weigend, F. Salditt, *The Investigative Stage of Criminal Process in Germany*, in *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, a cura di E. Cape, J. Hodgson, T. Prakken e T. Spronken, Cambridge 2007, 91. e, in lingua italiana, G. Esposito, *Il diritto di difesa in fase d'inchiesta: le investigazioni difensive negli ordinamenti italiano e tedesco*, in *PPG* 2024, 777 ss.
[36] W. Spoerr, *Tatsachenermittlung durch Rechtsanwälte und Strafverteidiger: Fakten und rechtlicher Schutz*, in *StV – Strafverteidiger* 2019, 3.
[37] Escludono che la richiesta possa essere rivolta alle pubbliche amministrazioni, M. Maiwald, *op. cit.*, 218; P. Rackow, *op. cit.*, 287, 291.

avvocato diverso dal difensore che presta assistenza nel procedimento, onde evitare possibili "contaminazioni" della prova[38].
Per quanto concerne il sistema austriaco, deve rilevarsi come l'öStPO non contenga alcuna previsione specifica in materia. Epperò, il § 57, comma 1, autorizza e obbliga l'avvocato a utilizzare ogni mezzo utile alla difesa; su tale base, letta alla luce dei principi generali dell'ordinamento, dottrina e orientamenti pretori riconoscono la legittimità di attività quali la raccolta di informazioni, l'ispezione dei luoghi e l'audizione volontaria di testimoni[39].
Meritevole di attenzione è, poi, il modello implementato nell'ordinamento croato. In termini generali (e al pari di quanto avviene in numerosi Paesi europei), il codice di procedura penale (*zakon o kaznenom postupku*)[40] riconosce alla difesa il diritto di partecipare ad alcune attività investigative promosse dall'accusa[41], nonché di rivolgere istanze al pubblico ministero affinché questi compia determinati atti di indagine. In caso di dissenso, la decisione sulla richiesta è rimessa al giudice, che funge da organo di controllo sulla completezza dell'accertamento. Nondimeno, alcuni autori hanno da sempre ritenuto legittimo che l'avvocato potesse condurre "investigazioni informali"[42]. Più di recente, il legislatore ha introdotto una – pur scarna – regolamentazione *ad hoc*: ai sensi dell'art. 67 C.p.p., il patrocinante può richiedere informazioni a persone informate sui fatti (con esclusione della persona offesa), mediante invito a presentarsi debitamente motivato, il quale, però, è privo del crisma della coercibilità[43]. Le annotazioni così raccolte possono essere impiegate esclusivamente a sostegno delle richieste istruttorie e non assumono alcun valore probatorio ai fini della decisione finale.
Un esame specifico merita, infine, l'archetipo sviluppatosi nei sistemi di *common law*, e segnatamente in Inghilterra e negli Stati Uniti.
In relazione al primo, la letteratura evidenzia che la difesa è tenuta a svolgere indagini proprie, comprendenti l'intervista di possibili testimoni, la raccolta di informazioni sul contesto fattuale e personale delle parti e la verifica degli accertamenti effettuati dalla polizia. Tali attività rientrano nei doveri professionali dell'avvocato penalista, pur registrandosi nella prassi limiti applicativi connessi, tra gli altri, a vincoli organizzativi degli studi legali e alla scarsità di risorse economiche degli assistiti[44].

---

[38] W. Spoerr, *op. cit.*, 3-5; J. Vogel, *op. cit.*, 295.
[39] J. Bockemühl, *op. cit.*, 65: «*ein Strafverteidiger der seinen Verteidigungsauf trag ernst nimmt, wird diese Art der Verteidigung auch nicht als lästige Pflicht auffassen, sondern als Verpflichtung aus dem Mandat*».
[40] https://www.zakon.hr/z/174/zakon-o-kaznenom-postupku.
[41] Segnatamente l'interrogatorio dell'accusato, nonché gli atti di identificazione e confronto.
[42] Z. Burić, *Transnational Criminal Proceedings and the Position of the Defence*, in *European Criminal Procedural Law in Service of Protection of European Union Financial Interests: State of Play and Challenges*, a cura di Z. Durđević, E. Ivičević Karas, Zagabria 2016, 78.
[43] La forma e il contenuto della citazione sono individuate dall'Ordine degli avvocati croato, previo consenso del Ministero della Giustizia.
[44] E. Cape, *England and Wales*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, cit., 143-145; E. Cape, J. Hodgson, *The Investigative Stage of the Criminal Process in England and Wales*, in *Suspects in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal Process in the European Union*, cit., 76; R. Ede, A. Edwards, *Criminal Defence – Good Practice in the Criminal Courts*, Londra 2008, 1; E. Ede, E. Shepherd, *Active Defence: Lawyer's Guide to Police and Defence Investigation and Prosecution and Defence Disclosure in Criminal Cases*, Londra 2000, 213 ss.; E. Johnston, M. Lochs, S*hifting Systems: A Comparison of the Role of the Defence Lawyer in England and Wales and the Netherlands*, in *The Journal of Criminal Law* 2025, 227 ss.; R. Young, D. Wall, *Criminal Justice, Legal Aid and the Defence of Liberty*, in *Access to Criminal Justice*, a cura di Id., Londra 1996, 254; M. McConville, J. Hodgson, I. Bridges, A. Pavlovic, *Standing accused: the organisation and practices of criminal defence lawyers in britain*, Oxofrd 1994, *passim*; W.T. Pizzi, *Trials without Truth: Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure and What We Need to Do to Rebuild It*, New York 2000, *passim*. Rileva, però, A. Pivaty, *op. cit.*, 90, che «*english lawyers generally did not undertake their 'own' fact-finding at the investigative stage, such as contacting witnesses or gathering other caserelated information*», poiché «*if a lawyer contacts a witness before the police do, this might be seen as inappropriate influence on the*

Nel raffronto tra modelli è, però, l'esperienza statunitense a evidenziare con particolare nettezza la centralità dell'iniziativa inquirente di parte[45]: in un assetto accusatorio puro, il patrocinante costituisce, in sostanza, il principale – se non l'unico – soggetto istituzionalmente deputato alla ricerca di elementi probatori *in bonam partem*. L'obbligo di *disclosure* imposto al pubblico ministero[46] – al pari di quanto avviene in Inghilterra[47] – non si estende, infatti, a un dovere di attiva investigazione a favore dell'indagato, compendiandosi nella sola "rivelazione" delle prove a discarico già nella disponibilità dell'accusa[48]. Ne discende che l'effettività del diritto di difesa presuppone, quale corollario necessario, lo svolgimento di autonome indagini difensive[49], le quali, lungi dal configurarsi come mera facoltà (al pari, ad esempio, di quanto previsto in Italia), assumono la consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo dell'imputato – di rango costituzionale[50] – radicato non solo nella clausola del *due process of law*, ma anche nella garanzia del confronto con i testimoni dell'accusa mediante *cross-examination*[51]. È per tale ragione, dunque, che la giurisprudenza ha ritenuto l'omessa o inadeguata investigazione da parte del *defence counsel*[52] integri, in presenza di un pregiudizio concreto, un'ipotesi di *ineffective assistance*[53], in violazione del Sesto Emendamento[54]; ipotesi che legittima – benché a livello prasseologico ciò risulti assai raro[55] – l'esperibilità dei cd. *collateral attacks* (ossia, le "impugnazioni straordinarie")[56]. In questa medesima prospettiva, si collocano gli *standard* professionali elaborati dall'*American Bar Association*, che sanciscono espressamente che il «*defense counsel has a duty to investigate in all cases*»[57], dovendo egli verificare, già in sede

witness».

[45] Per un'accurata panoramica, v., per tutti, R. Jenny, *Too Little, Too Late: Ineffective Assistance of Counsel, the Duty to Investigate, and Pretrial Discovery in Criminal Cases*, in *Fordham Urban Law Journal* 2004, 1097 ss.; e, nella dottrina interna, V. Fanchiotti, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, in *CP* 1995, 430 ss.

[46] *Brady c. Maryland*, 373 U.S. 83 (1963). Cfr., *amplius*, D.K. Brown, *op. cit.*, 147 ss.; e in lingua italiana, V. Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense.* Procedure v. Antiprocedure, Torino 2022, 84 ss.

[47] P. Darbyshire, *England and Wales*, in *Criminal Procedure in Europe*, a cura di R. Vogler, B. Huber, Berlino 2008, 92.

[48] *People c. Hayes*, 950 N.E.2d 118, 123 (N.Y. 2011).

[49] R. Jenny, *op. cit.*, 1100, secondo cui «*there are clear connections among the effective assistance of counsel, the duty to investigate and discovery*»; B.A. Perron, *Uncovering Reasonable Doubt: The Component Method - Criminal Defense Investigation*, Nebraska 1998, 1-5. Nondimeno, anche in questo contesto, come rileva V. Fanchiotti, *La giustizia penale statunitense*, cit., 84 s., la capacità dell'indagato di raccogliere autonomamente prove dipende dalle sue risorse economiche. In effetti, anche laddove egli si avvalga di un *public defender*, è noto come «lo staff investigativo di cui l'ufficio dispone è inadeguato a svolgere indagini in tutti i casi in cui sarebbe necessario».

[50] *Washington c. Texas*, 388 U.S. 14 (1967). Parimenti, E. Brensike Primus, *Defense Counsel and Public Defense*, in *Reforming Criminal Justice*, III, *Pretrial and Trial Processes*, cit., 123, 128.

[51] R.M. Bloom, M.S. Brodin, *Criminal Procedure - The Constitution and the Police*, New York 2006, 333 ss.; C.B. Mueller, L.C. Kirkpatrick, *Evidence Under the Rules - Text, Cases, and Problems*, New York 2008, 764 ss.

[52] Si direbbe, per riprendere una felice espressione, un caso di «difensore inoperoso» (M.L. Busetto, *Controlli giudiziali sulla qualità della difesa tecnica. Un itinerario tra fonti europee e diritto interno*, Milano 2017, 159).

[53] *Williams c. Taylor*, 529 U.S. 362 (2000). Cfr. E. Chemerinsky, L.L. Levenson, *Criminal Procedure*, New York 2008, 704 ss.; J. Roberts, *Too Little, Too Late: Ineffective Assistance of Counsel, the Duty to Investigate, and Pretrial Discovery in Criminal Cases*, in *Fordham Urban Law* 2004, 1097 ss.; D.E. Ives, *Failure to Interview Potential Defence Witness as the Basis for an Ineffective Assistance of Counsel Claim*, in *Criminal Law Quarterly* 2008, 490 ss.

[54] *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984) e *United States c. Cronic*, 466 U.S. 648 (1984); *Hendersen c. Sargent*, 926 F.2d 706, 711-12 (8th Cir. 1991), ove si legge chiaramente che «*reasonable performance of counsel includes an adequate investigation of the facts of the case, consideration of viable theories, and development of evidence to support those theories. Counsel has 'a duty ... to investigate*».

[55] V. Fanchiotti, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, cit., 431.

[56] *Strickland c. Washington* 466 U.S. 668 (1984).

[57] American Bar Association, *Criminal justice standards for the defense function*, 2017, reperibile all'indirizzo https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/resources/standards/defense-function.

investigativa, incoerenze nelle prospettazioni dell'accusa e ipotesi alternative di ricostruzione del fatto.

2.1 Preso atto delle caratteristiche dei sistemi finora esaminati, dovrebbe apparire chiaro come l'approccio italiano al tema che qui si analizza rappresenti senz'altro un *unicum* a livello europeo.
Il codice Vassalli – è noto – ha espressamente riconosciuto in capo al difensore dell'indagato e della persona offesa la «facoltà di svolgere indagini per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito» (art. 38 disp. att. C.p.p.)[58]. In seguito, la legge 7 dicembre 2000, n. 397[59] – sulla scia della riforma costituzionale dell'art. 111 Cost.[60], specie nella parte in cui attribuisce all'imputato il diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la difesa – ha definitivamente consacrato l'auspicato passaggio «dal diritto di difendersi provando al diritto di difendersi cercando»[61], predisponendo una disciplina organica della materia[62].
Benché essa costituisca un "fiore all'occhiello" nel panorama comunitario, deve nondimeno mettersi in luce – ai fini della presente analisi – un aspetto connotato da elevata criticità. Ci si riferisce al tema della efficacia extraterritoriale delle disposizioni contenute agli artt. 391-*bis* ss. C.p.p.
A tale riguardo, il vincolo rappresentato dalla sovranità ordinamentale ha costituito uno dei principali argomenti addotti da coloro che negano, *de iure condito*, la possibilità per il difensore di realizzare indagini *ultra fines* ricorrendo ai tradizionali meccanismi di cooperazione giudiziaria. La rogatoria, infatti, può essere attivata solamente da quei soggetti appartenenti alla «struttura organizzativa statale»[63], ossia le «pubbliche autorità»[64]: giudice e magistrato d'accusa (art. 723 C.p.p.). La ragione di un tanto si deve al fatto che la collaborazione internazionale interviene classicamente tra ordinamenti e, di conseguenza, i rapporti interstatali possono essere "gestiti" solo da organismi idonei a rappresentarli e ad agire in loro nome e per

[58] Cfr., *Le indagini difensive*, a cura di Furgiuele, Napoli 1998; F. Bernardi, *Le indagini del difensore nel processo penale*, Milano 1996; E. Stefani, *Manuale delle indagini difensive nel processo penale. Aspetti teorico-pratici di investigazione privata. Utilizzabilità processuale degli atti*, Milano 1999.
[59] La rivoluzione è davvero palpabile: si è passati, infatti, da un difensore quale "studioso" di materiale da altri formato (pubblico ministero e polizia giudiziaria) a un patrocinante impegnato in prima persona nella ricerca sul campo di elementi a favore del proprio assistito … o, per usare le parole di O. Dominioni, *Le investigazioni del difensore ed il suo intervento nella fase delle indagini preliminari*, in AA.VV., *Il nuovo rito penale. Linee di applicazione*, in fasc. monografico di *Dif. Pen.* 1990, 2, 26, si è passati da una «difesa di posizione» a una «difesa di movimento».
[60] M. Nobili, *Giusto processo e indagini difensive*, in *DPP* 2001, 5 ss.; S. Ruggieri, *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*, in *Rev. Bras. Direito Processual Penal* 2018, 595, nt. 126; G. Spangher, *Le investigazioni difensive: considerazioni generali*, in *Studium iuris* 2001, 530; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano 2002, 55 ss.
[61] A. Giarda, *Un cammino appena iniziato*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Milano 2001, 9.
[62] Sul tema, v., a livello monografico, *ex plurimis*, E. Aprile, G. Silvestri, *La formazione della prova penale dopo le leggi sulle indagini difensive e sul "giusto* processo", Milano 2002; A. Cristiani, *Guida alle indagini difensive nel processo penale*, Torino 2001; A. Di Maio, *Le indagini difensive. Dal diritto di difesa al diritto di difendersi provando*, Padova 2001; E. Lorenzetto, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli 2013; R. Magi, *Le indagini difensive. Commento organico alla l. 7 dicembre 2000, n. 397*, Napoli 2001; L. Parlato, *Le nuove disposizioni in materia di indagini difensive. Commento alla legge 7 dicembre 2000, n. 397*, Torino 2001; G. Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano 2003; L. Suraci, *Le indagini difensive*, Torino 2014; Id., *Le indagini difensive penali*, Pisa 2021; N. Triggiani, *op. cit.*
[63] C. Valentini, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova 1998, 31.
[64] A. Ciampi, *L'assunzione di prove all'estero in materia penale*, Padova 2003, 455.

loro conto[65]. Evidente è l'approdo del discorso: l'avvocato che voglia svolgere indagini difensive fuori dai confini nazionali non potrà adire direttamente l'autorità straniera, dovendo, invece, intercedere presso i predetti organi[66], affinché essi attivino il suddetto meccanismo di acquisizione transfrontaliera della prova.
Il modello così delineato, invero, non appare irragionevole[67], né censurabile sotto il profilo della parità delle armi e del diritto di difesa: il patrocinante non può mai agire in veste di vicario del potere statale[68] (attesa la sua qualifica di mero esercente un servizio di pubblica necessità)[69] e, perciò, deve ritenersi impedita l'attribuzione in capo a quest'ultimo di un qualsivoglia potere d'iniziativa.
Del resto, ben conosciuta è, sul punto, la posizione di rigore assunta dalla Corte di cassazione[70], il cui percorso argomentativo addotto per negare tale prerogativa può essere sintetizzato nei seguenti termini: atteso che, ai fini dell'utilizzabilità di atti compiuti all'estero, tutte le parti processuali devono ricorrere ai meccanismi di cooperazione internazionale; e preso atto che al difensore non è attribuito un potere d'impulso in tal senso; ne consegue l'impossibilità per quest'ultimo di svolgere dette operazioni, potendo egli, al più, sollecitare l'intervento dell'autorità giudiziaria (giudice o pubblico ministero).
Le conclusioni appena esposte non appaiono, però, convincenti[71].

---

[65] F. Cordero, *op. cit.*, 1260; A. Gaito, *Dei rapporto giurisdizionali con autorità straniere (artt. 656-675 c.p.p.)*, Padova 1985, 15; F.M. Grifantini, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *PPG* 2016, 6, 4 s.; C. Valentini, *op. cit.*, 31.
[66] R. Belfiore, *La prova penale «raccolta» all'estero*, Roma 2014, 21 s.; A. Ciampi, *op. cit.*, 468; M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano 2005, 126; C. Valentini, *op. cit*., 31.
[67] In questo senso, v. C. Valentini, *op. cit.*, 32, per la quale «le ragioni che militano per il mantenimento dello *status quo* vanno al di là del mero dogma del diritto internazionale quale campo riservato a soggetti-Stato e si identificano nella necessità di lasciare sempre aperta la chance di un controllo propriamente politico sulle relazioni fra ordinamenti sovrani».
[68] Concordi, C. Angeloni, *L'inammissibilità di investigazioni difensive all'estero: una ricostruzione plausibile?*, in *RIDPP* 2008, 1390; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 289; M.R. Marchetti, *op. cit.*, 128.
[69] E. Amodio, *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in *DPP* 2006, 1457 ss.; G. Frigo, *Auspicabile un intervento legislativo per chiarire la "natura" del penalista*, in *GD* 2006, 41, 52 ss.; F.M. Grifantini, *Tutti i nodi vengono al pettine: l'incognita del difensore-istruttore tra miti e realtà*, in *CP* 2004, 401; Id., *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., 4; P. Spagnolo, *Il procedimento di emissione dell'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris, Torino 2018, 94.
[70] Cass. 19.6.2007 n. 23967, in *GI* 2008, 986. Cfr. F. Albano, *Sui limiti territoriali delle indagini difensive: note a margine di una discutibile pronuncia*, in *CP* 2008, 4708 ss.; C. Angeloni, *op. cit*., 1390; G. Biondi, *La giurisprudenza in tema di investigazioni difensive, con particolare riferimento all'attività di assunzione di informazioni*, in *GM* 2008, 7 ss.; M. Bordieri, *Brevi note sull'inutilizzabilità di atti di investigazione svolti all'estero dal difensore dell'imputato senza passare attraverso una rogatoria internazionale*, in *CP* 2009, 2035 ss.; D. Curtotti Nappi, *I nuovi orizzonti investigativi del difensore: le informazioni assunte all'estero,* in *GI* 2008, 986 ss.; A. Mangiaracina, *Ancora zone d'ombra in tema di ammissibilità della revisione e indagini difensive svolte all'estero*, in *GI* 2009, 1248 ss.; M. Pisani, *Sulle investigazioni difensive svolte all'estero*, in *RIDPP* 2008, 1458 ss. Merita, però, di essere segnalato l'orientamento pretorio stando al quale deve ritenersi legittima (e le risultanze utilizzabili) l'attività investigativa realizzata in suolo straniero consistente nell'apprensione di documentazione amministrativa rilasciata da autorità estera: Cass. 8.1.2019 n. 13110, in *OneLegale*: «In tema di indagini difensive, è legittima ed utilizzabile l'attività svolta da un investigatore privato, prima della iscrizione della notizia di reato, al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 391-*nonies* c.p.p., atteso che l'attivazione dello statuto codicistico previsto per l'attività investigativa preventiva è rimessa alla volontà del soggetto, avendo natura del tutto facoltativa»; Cass. 10.10. 2014 n. 2471, *ivi*: «È legittima l'acquisizione al fascicolo del dibattimento di atti di provenienza estera di natura amministrativa, compiuti al di fuori di qualsiasi indagine penale e come tali non sottoposti al regime delle rogatorie internazionali»; Cass. 27.5.2009 n. 24653, *ivi*: «La sanzione d'inutilizzabilità degli atti assunti per rogatoria non si applica ai documenti autonomamente acquisiti dalla parte all'estero direttamente dalle amministrazioni competenti».
[71] In termini critici, v., *ex plurimis*, D. Curtotti Nappi, *op. cit.*, 986 ss.; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 288; A.

Pur in assenza di riferimenti espliciti nel tessuto codicistico[72], il canone di parità delle armi e la garanzia di effettività della difesa tecnica impongono di riconoscere al patrocinante la possibilità di compiere *ultra fines* tutti quegli atti di indagine che la legge italiana gli consente di svolgere sul suolo nazionale, con le stesse modalità e formalità indicate agli artt. 391-*bis* ss. C.p.p.[73]. L'assunto, peraltro, non muta considerando la riconoscibilità, in capo al patrocinante, della qualità di pubblico ufficiale[74] ovvero di esercente un servizio di pubblica necessità allorquando si trovi a certificare le risultanze dell'attività investigativa. Egli non agisce in veste di rappresentante dello Stato di appartenenza, sicché l'ingresso (materiale o virtuale) sul territorio straniero non può essere considerato atto d'imperio e, pertanto, in violazione delle regole stabilite dal diritto internazionale[75].
Per di più, segnali circa la possibilità per la difesa di acquisire autonomamente materiale informativo collocato al di fuori dei confini italiani si rinvengono pure in alcune disposizioni codicistiche, come quella contenuta all'art. 234-*bis* C.p.p. L'innesto normativo consente di acquisire «sempre […] documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare». Il tenore letterale della formulazione (e la sua collocazione sistematica), a ben vedere, consente di attribuire tale facoltà sia agli organi d'accusa (pubblico ministero e polizia giudiziaria), sia al difensore[76].

3. Soffermando l'attenzione sulla dimensione convenzionale, può dirsi che la Cedu non riconosca, in termini espliciti, l'esistenza di un "diritto di difendersi investigando"[77]. L'art. 6, infatti, non contiene alcuna indicazione in tal senso, limitandosi a affermare il diritto di ogni accusato di «disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa» (§ 3,

Mangiaracina, *op. cit.*, 1248.
[72] Il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* – per cui tutto ciò che non è espressamente vietato deve ritenersi consentito – non può trovare applicazione in questa sede, giacché il ricorso a tale canone interpretativo avrebbe quale conseguenza quella di limitare l'esercizio del diritto di difesa, qualificato in termini di inviolabilità dall'art. 24 co. 1 Cost. Come autorevolmente rileva, in effetti, M. Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *CP* 2018, 2210, «non si vede per quale ragione la possibilità di un contatto diretto tra il difensore e la fonte debba rimanere preclusa, solo perché questa avviene all'estero: l'essenziale è che le condizioni poste dal codice siano rispettate».
[73] Invero, il divieto in capo all'avvocato di acquisire prove all'estero, al di fuori del canale rogatoriale, si pone in contrasto con la finalità del legislatore di scongiurare l'utilizzo, nel processo penale italiano, di elementi raccolti in violazione delle garanzie difensive e del principio del contraddittorio. Inoltre, tale limite risulta incoerente con lo spirito della riforma del 2000 in materia di indagini difensive, poiché riduce le possibilità per il patrocinante di reperire elementi a tutela dell'assistito.
[74] Cass. S.U. 27.6.2006 n. 32009, in *OneLegale*.
[75] Nello stesso senso, v. C. Angeloni, *op. cit.*, 1390; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 289; M.R. Marchetti, *op. cit.*, 128. *Contra*, E. Selvaggi, *Noi e gli altri: appunti in tema di atti processuali all'estero*, in *CP* 2009, 2049, per il quale, invece, l'attività del difensore compiuta all'estero ha natura «illecita».
[76] Concordi pure R. Belfiore, *Joint Investigation Teams in the Italian Legislation Implementing Framework Decision 2002/465/JHA*, in *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. Rafaraci, R. Belfiore, Cham 2019, 137; D. Cimadomo, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L. Lupária e L. Marafioti, Torino 2016, 226.
[77] E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Sronken, *The European Convention on Human Rights and The Right to Effective Defence*, in *Effective Criminal Defence in Europe*, cit., 44, 59, per i quali ciò «*can be considered a significant gap in the ECHR protection of fair trial and one that operates to the detriment of effective partecipation by the accused*»; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 15; F. Trapella, *L'accesso difensivo ai luoghi privati e il diritto del terzo al controllo sui dati personali: un contrasto irrisolto*, in *www.archiviopenale.it*, 10.10.2023, 16.

lett. *b*)[78]. Nondimeno, tale *dictum* – al pari di quello di cui all'art. 111, co. 3 Cost.[79] – è stato interpretato, dalla letteratura italiana e internazionale, in modo da ricomprendervi anche forme di difesa proattiva. Facendo leva sul principio di parità delle armi[80] (componente indefettibile del *fair trial*)[81], si afferma comunemente che il diritto di disporre delle facilitazioni/mezzi necessari per preparare la difesa presuppone il diritto di ricercare elementi di prova a discarico[82].

Da par suo, tuttavia, lo studio della giurisprudenza sviluppatasi in seno alla Corte di Strasburgo non sembrerebbe legittimare *prima facie* l'enucleazione di un generale "*right of the defence to investigate the case*"[83]. Va sottolineato come l'art. 6 Cedu venga perlopiù interpretato nel senso che le facoltà di cui dovrebbe godere ogni persona accusata di un reato comprendono la possibilità di prendere conoscenza, ai fini della preparazione della propria difesa, dei risultati delle indagini svolte nel corso del procedimento[84], implicitamente alludendosi a quelle realizzate dalla parte pubblica.

Eppure, occorre parimenti mettere in luce come, ad avviso dei giudici del Kierkegaard, l'imputato – nel corso della fase preliminare – debba poter organizzare la propria strategia difensiva in maniera appropriata e senza limitazioni per quanto riguarda la possibilità di avvalersi di qualsiasi mezzo e di influenzare, di conseguenza, l'esito della procedura[85]. Muovendo dall'assunto secondo cui il momento investigativo assume un'importanza fondamentale poiché «*the evidence obtained during this stage determines the framework in which the offence charged will be considered at the trial*»[86], la positiva valutazione dell'equità complessiva del processo è stata subordinata, in casi isolati, al riconoscimento di alcuni «*fundamental aspects of that person's defence* […] *associated with legal assistance*», tra i quali è stato espressamente annoverato il diritto – da esercitare «*without restriction*» –, di «*collection*

[78] Z. Burić, *op. cit.*, 8. Negli stessi termini – benché impiegando il lemma «mezzi» – si esprime pure l'art. 14, § 3, lett. *b* del Patto intern. dir. pol. e civili. Sulla fattispecie convenzionale, v. F. Cassibba, *Art. 6*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino 2022, 234-237.

[79] N. Triggiani, *op. cit.*, 66; N. Ventura, *Le indagini difensive*, Milano 2005, 20. Esprime perplessità circa la possibilità di individuare un solido ancoraggio delle indagini difensive nel disposto dell'art. 111 Cost., E. Lorenzetto, *op. cit.*, 34.

[80] «*The principle of equality of arms requires that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-a-vis ` his opponent Inteso perlopiù come each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case, including his evidence, under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent*»: così, tra le molte, C. eur., 22.6.2000, *Coeme e altri c. Belgio*, § 102; C. eur., 16.11.2006, *Klimentyev c. Russia*. Cfr. D. Gomien, D. Harris, L. Zwaak, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Strasburgo 1996, 190 ss.

[81] *Ex plurimis*, C. eur., 19.9.2017, *Regner c. Repubblica Ceca*, § 146; C. eur., 26.1.2017, *Faig Mammadov c. Azerbaijan*, § 19; C. edu., 23.5.2016, *Avotiņš c. Lettonia*, § 119. In dottrina, v. G. Caneschi, *Il diritto a un equo processo*, in *Profili di procedura penale europea*, a cura di M. Ceresa Gastaldo, S. Lonati, Milano 2023, 175; G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano 2009, 52; Id., *Sistema di procedura penale*, I, Milano 2023, 153. Si veda, *amplius*, O. Sidhu, *The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings Under Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Cambridge 2017.

[82] Così, ad es., S. Buzzelli, voce *Giusto processo*, in *DigDPen* 2004, 353; C. Conti, *Giusto processo* (dir. proc. pen.), in *ED* 2001, 632; V. Costa Ramos, M. Luchtman, G. Munteanu, *Improving Defence Rights. Including Available Remedies in and (or as a Consequence of) Cross-Border Criminal Proceedings*, in *Eucrim* 2020, 3, 236; G. Ubertis, *op. cit*, 72. *Contra*, E. Lorenzetto, *op. cit.*, 34. Secondo, O. Sidhu, *op. cit.*, 174, «*the defence cannot rely entirely upon the investigative thoroughness of the prosecuting authorities. Accordingly, states must facilitate and not unduly hinder the capacity of the defence to conduct its own non-coercive investigations*».

[83] Lo riconosce anche A. Pivaty, *op. cit.*, 29.

[84] C. eur., 26.7.2011, *Huseyn e altri c. Azerbaijan*, § 171; C. eur., 12.5.2005, *Ocalan c. Turchia*, § 140.

[85] C. eur., 10.10.2012, *Gregačević c. Croazia*, § 51 e la giurisprudenza ivi richiamata.

[86] C. eur., 27.11.2008, *Salduz c. Turchia*, § 54. Cfr. anche C. eur., 20.10.2015, *Dvorski c. Croatia*, 20 October 2015, § 108.

of evidence favourable to the accused»[87]. Sembra potersi ricavare, da questa prospettiva, un *iter* logico-argomentativo ben definito: il diritto di avvalersi di un avvocato previsto all'art. 6, § 3, lett. b, C.e.d.u., strettamente connesso alla garanzia di ottenere condizioni adeguate per preparare la difesa, si traduce nella possibilità di fruire di determinati servizi associati all'assistenza legale, tra cui la facoltà di condurre in modo autonomo indagini *in favor*.
Volgendo lo sguardo alla "piccola Europa", la direttiva 2013/48/UE, pur rappresentando uno dei pilastri della costruzione eurounitaria in materia di diritti procedurali, si colloca chiaramente entro il perimetro delle garanzie difensive di tipo "reattivo". Essa contempla, cioè, una serie di prerogative specifiche connesse al diritto di accesso al difensore – tra le quali il diritto dell'avvocato di presenziare a determinati atti di indagine e di parteciparvi in modo effettivo (art. 3, par. 3)[88] –, ma tace del tutto in ordine all'eventuale obbligo per gli Stati membri di riconoscere e disciplinare forme di *private investigation*. L'impianto della direttiva pare, dunque, coerente con una concezione dell'avvocato quale soggetto chiamato principalmente a presidiare, controllare e reagire ad atti promossi dall'accusa, piuttosto che a svolgere autonome attività di ricerca.
Le ragioni di tale scelta appaiono agevolmente comprensibili.
Il legislatore dell'Unione è chiamato a individuare un punto di equilibrio tra tradizioni profondamente differenti: accusatoria, inquisitoria e mista. In un contesto così eterogeneo, imporre un obbligo di codificazione dell'"inchiesta privata" – o anche solo esercitare una "spinta gentile" in tale direzione – avrebbe significato incidere in modo sensibile sugli equilibri strutturali dei singoli ordinamenti. Si tratta di una soluzione in linea con la generalizzata sensazione di sfiducia verso l'investigazione della parte privata: come si è avuto modo di osservare, la maggioranza degli ordinamenti non ha codificato una disciplina *ad hoc*, guarda perlopiù con sospetto il suo svolgimento e talvolta giunge financo a considerarla alla stregua di un'ingerenza illegittima nelle indagini condotte dall'accusa[89]. Si può dire, di conseguenza, che in ambito europeo è stata accolta, quantomeno fino ad oggi, una nozione minimale di parità

[87] C. eur., 13.10.2009, *Dayanan c. Turchia*, § 32. Nello stesso senso, v. C. eur., 12.1.2022, *Atristain Gorosabel c. Spagna*, § 52: «*account must be taken, on a case-by-case basis, in assessing the overall fairness of proceedings, of the whole range of services specifically associated with legal assistance: discussion of the case, organisation of the defence, collection of exculpatory evidence, preparation for questioning, support for an accused in distress, and verification of the conditions of detention*»; C. eur., 16.2.2021, V.*C.L. e A.N. c. Regno Unito*, § 195; C. eur., 9.11.2018, *Beuze c. Belgio*, § 136, ove si impiega l'espressione «*collection of exculpatory evidence*»; C. eur., 12.5.2017, *Simeonovi c. Bulgaria*, § 112; C. eur., 20.10.2015, *Dvorski c. Croatia*, § 108; C. eur., 9.4.2015, *A.T. c. Lussemburgo*, § 64; C. eur., 31.10.2013, *Bandaletov c. Ucraina*, § 57; C. eur., 12.1.2012, *Trymbach c. Ucraina*, *Joint Dissenting Opinion of Judges Spielmann, Power-Forde and Buromensky*; C. eur., 27.11.2008, *Salduz c. Turchia*, *Concurring opinion of judge Zagrebelsky, joined by judges Casadevall and Türmen*: «*The importance of interrogations in the context of criminal procedure is obvious, so that, as the judgment makes clear, the impossibility of being assisted by a lawyer while being questioned amounts, subject to exceptions, to a serious failing with regard to the requirements of a fair trial. But the fairness of proceedings against an accused person in custody also requires that he be able to obtain (and that defence counsel be able to provide) the whole wide range of services specifically associated with legal assistance, including discussion of the case, organisation of the defence, collection of evidence favourable to the accused, preparation for questioning, support to an accused in distress, checking his conditions of detention and so on*»; C. eur., 7.10.2008, *Bogumil c. Portogallo*, § 48. Cfr. E. Cape, J. Hodgson, *The Right to Access to a Lawyer at Police Stations. Making the European Union Directive Work in Practice*, in *New Journal of European Criminal Law* 2014, 468.
[88] C. Amalfitano, *La terza tappa della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti processuali di indagati o imputati in procedimenti penali: la direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore*, in *LP* 2014, 21 ss.
[89] V. Costa Ramos, B. Churro, *Report on Portugal*, in *Personal Participation in Criminal Proceedings. A Comparative Study of Participatory Safeguards and in absentia Trials in Europe*, a cura di S. Quattrocolo, S. Ruggeri, Cham 2019, p. 319; T. Wahl, *Fair Trial and Defence Rights*, in *General Principles for a Common Criminal Law Framework in the EU. A guide for legal practitioners*, a cura di A. Lucifora, R. Sicurella, V. Mitsilegas e R. Parizot, Milano 2017, 140.

delle armi, compendiata nella possibilità per il patrocinante «*to adopt a constrained active approach to presenting a case by requesting the competent authorities to obtain and/or submit specific evidence*»[90], escludendo, invece, qualsivoglia riferimento ad attività di "indagine parallela".

Più in generale, del resto, è opinione ampiamente diffusa in letteratura che nel modello *adversary* – imperniato sul principio del contraddittorio nella formazione della prova in sede dibattimentale[91] – l'imputato e il suo difensore rivestano un ruolo "attivo" nell'arco dell'intero *iter* procedimentale, ben potendo, dunque, ricercare prove a discarico; sebbene poi tale prerogativa, come osservato, risulti, a livello prasseologico, spesso compromessa da limiti connessi alla scarsità delle risorse[92]. Un processo "di parte" presuppone un'inchiesta "delle parti"[93]; sicché, l'individuazione e la raccolta delle fonti di conoscenza – precondizione onde garantire l'effettivo esercizio del «diritto alla prova»[94] – sono prerogative da riconoscersi tanto dell'accusa (pubblica) quanto della difesa (e alle altre parti)[95]. Al contrario, nel modello inquisitorio, il prevenuto è considerato "oggetto" dell'azione investigativa condotta unilateralmente dallo Stato, sicché detta *potestas* è riservata agli organi inquirenti[96].

Qualora si accolga una dogmatica di questo tipo, non sorprende che l'intervento eurounitario si sia limitato alla fissazione di *standard* minimi comuni volti ad assicurare l'effettività del diritto di difesa nella sua "dimensione primaria", evitando di addentrarsi nel terreno – ben più controverso – della configurazione di poteri investigativi autonomi in capo al difensore.

Sennonché, l'esegesi appena richiamata a sostegno di siffatta scelta appare eccessivamente *tranchant*[97].

Premesso che, in una prospettiva di più ampio respiro, deve ormai riconoscersi come la distinzione tra sistemi accusatori e sistemi inquisitori abbia ormai perso buona parte della sua

---

[90] M.C. van Wijk, *Cross-Border Evidence Gathering – Equality of Arms Within the EU?*, L'Aia 2017, 268, secondo cui, se l'UE adottasse un concetto più esteso di parità delle armi, comprensivo pure della facoltà di ricerca della prova in capo alla difesa, sarebbero necessarie modifiche significative ai sistemi di giustizia penale di numerosi Stati membri.

[91] G. Conso, voce *Accusa e sistema accusatorio (Diritto processuale penale)*, in *ED* 1958, 336; G. Illuminati, voce *Accusatorio ed inquisitorio (sistema)*, in *EG Treccani* 1988, 2; L. Marafioti, voce *Rito inquisitorio e rito accusatorio*, in *Dizionario di diritto pubblico* 2006, 5360.

[92] S. Field, A. West, *op. cit.*, 261 s.; J.R. Spencer, *Evidence*, in *European Criminal Procedure*, a cura di M. Delmas-Marty, J.R. Spencer, Cambridge 2002, 626.

[93] Sottolineano questo aspetto, tra gli altri, G. Di Chiara, *Le linee prospettiche del «difendersi ricercando»: luci e ombre delle «nuove» investigazioni difensive (l. 7-12-2000 n. 397)*, in *LP* 2002, 2; V. Fanchiotti, *L'indagine della difesa negli Stati Uniti d'America*, cit., 430; A. Giarda, *op. cit.*, 9; E. Lorenzetto, *op. cit.*, 5; C. Taormina, *L'investigazione*, Torino 2021, 130 s.; S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford 2005, 227; N. Triggiani, *op. cit.*, 5 s.

[94] G. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *RIDPP* 1968, 3.

[95] «*By adversary I mean a system of adjudication in which procedural action is controlled by the parties and the adjudicator remains essentially passive. In the fact-finding domain, this implies that the litigants and their counsel decide what facts shall be subject to proof. It further implies that litigants and their counsel are entrusted with seeking evidentiary material, preparing it for use at trial, and presenting it in court*»: M. Damaška, *Evidence law adrift*, Londra 1997, 74.

[96] Tra i molti, Z. Burić, *op. cit.*, 75; E. Cape, Z. Namoradze, *Standards for Effective Criminal Defence*, in *Effective Criminal Defence in Eastern Europe*, a cura di Id., *e-book* 2012, 75; E. Cape, Z. Namoradze, R. Smith, T. Sronken, *op. cit.*, 44-45; S. Field, A. West, *op. cit.*, 263; J. Hodgson, *The Role of the Criminal Defense Lawyer in an Inquisitorial Procedure*, cit., 142; G. Illuminati, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal* 2018, 538; M. Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalisation of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Processes*, in *Harvard International Law Journal* 2004, 45, 1 ss.; A. Pivaty, *op. cit.*, 29; J.R. Spencer, *op. cit.*, 626; F. Trapella, *op. cit.*, 16; N. Triggiani, *op. cit.*, 7-15.

[97] E del resto, come rilevava P. Nuvolone, *op. cit.*, 134, è spesso vero che «le discussioni sul processo accusatorio e sul processo inquisitorio sono quasi sempre astratte e non risolutive».

ragion d'essere[98], è ben possibile giustificare la piena compatibilità dell'istituto in esame anche con questi ultimi. Come autorevolmente osservato, «per poter indicare al giudice istruttore o portare a dibattimento elementi di prova utili per l'imputato» – si dice – «è evidentemente necessario ricercarli»[99]. Di più: «risulta chiaro non solo che non è in contrasto, ma che anzi deve ritenersi doveroso da parte del difensore l'esplicazione di un'attività istruttoria per proprio conto»[100].

Se si condivide quanto sopra[101], non sembrano, dunque, esservi ostacoli all'implementazione di un modello europeo di indagini difensive. Ragionando in termini di diritto unionale, nulla vieta che il Parlamento di Bruxelles introduca un quadro giuridico differente e più garantista rispetto a quello previsto nei singoli Stati membri, laddove vi siano ragionevoli giustificazioni. Siffatta esigenza sembra porsi, in maniera particolarmente pressante, nei procedimenti penali transfrontalieri e in quelli di competenza della procura europea, ove la difesa si trova in una posizione di marcato svantaggio rispetto all'accusa.

Siffatto auspicio, tuttavia, non ha trovato fino ad oggi alcuna concretizzazione in sede normativa.

Si ponga mente all'OEI[102].

L'art. 1, par. 3, della Direttiva 2014/41/UE stabilisce che l'emissione di siffatto provvedimento «può essere richiesta da una persona sottoposta ad indagini o da un imputato, ovvero da un

---

[98] N. Jorg, S. Field, C. Brants, *Are Inquisitorial and Adversarial Systems Converging?*, in *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, a cura di C. Harding, P. Fennell, N. Jörg e B. Swart, Oxford 1995, 41 ss.; J.R. Spencer, *Introduction*, in *European Criminal Procedure*, cit., 1 ss.; Id., *Adversarial vs Inquisitorial Systems: Is There Still Such a Difference?*, in *The International Journal of Human Rights* 2016, 601 ss. Si vedano, altresì, le considerazioni di G. Illuminati, *Modello processuale accusatorio e sovraccarico del sistema giudiziario*, cit., 541, per il quale «ciò è dovuto soprattutto alla necessità di dare attuazione alle garanzie del giusto processo prescritte dalle carte costituzionali o dalle convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo. Si può osservare come nelle fonti di questo livello ad essere affermati siano i tradizionali diritti della persona di origine illuministica: la coesistenza di tali direttive con un sistema inquisitorio nel senso tradizionale del termine sarebbe inconcepibile, mentre al contrario risultano valorizzati alcuni degli aspetti caratteristici del sistema accusatorio. Resta però il fatto che non è riconoscibile un'opzione precisa a favore dell'uno o dell'altro sistema, dato che le norme in questione appaiono il più delle volte formulate in maniera volutamente generica, aperta ad un'interpretazione adeguatrice, proprio per consentire la loro applicazione a prescindere dal contesto ordinamentale nel quale sono destinate ad operare».

[99] V. Manzini, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, Torino 1968, 553, ove richiama il pensiero di C.J.A. Mittermaier, *Guida all'arte della difesa criminale*, Milano 1858, § 64. In senso adesivo, v. G. Frigo, *I poteri investigativi del difensore*, in *AP* 1996, 170; Id., *Le nuove indagini difensive dal punto di vista del difensore*, in AA.VV., *Le indagini difensive. Legge 7 dicembre 2000, n. 397*, cit., 61; A. Malinverni, *Principi del processo penale*, Torino 1972, 102 s.; e, più di recente, N. Triggiani, *op. cit.*, 9. Come rileva C. Taormina, *op. cit.*, 129, «nessuna difesa rispetto all'attacco del pubblico ministero, anche in momenti prodromici all'esercizio dell'azione, potrà essere impostata senza aver individuato gli elementi da contrapporre alla tesi accusatoria, e, quando del caso, senza aver svolto attività di ricerca utili alla raccolti di altri dati».

[100] G. Foschini, *op. cit.*, 302.

[101] Parrebbe concordare con tale lettura pure A. Pivaty, *op. cit.*, 30, secondo la quale «*it appears that, irrespective of the legal system, in order to participate effectively in the fact-finding, defence lawyers must have the opportunity both to conduct their own investigation*».

[102] P. Spagnolo, *op. cit.*, 89, la quale sottolinea come «la cooperazione giudiziaria, anche nell'ambito dell'Unione europea, è una prerogativa degli Stati, e solo le autorità indicate dai singoli Stati possono direttamente comunicare tra loro». Concorde, E. Lorenzetto, *I diritti della difesa nelle dinamiche dell'ordine europeo di indagine penale*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al Codice di Procedura Penale all'Ordine europeo di indagine*, a cura di M.R. Marchetti, E. Selvaggi, Milano 2019, 368. *Contra*, però, F. Falato, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *www.archiviopenale.it*, 18.1.2018, 37, per la quale il legislatore nazionale «non ha tradotto la disposizione europea ma quando ha previsto in capo alla difesa un potere di richiesta, piuttosto che un potere dispositivo rispetto all'OEI, ha disatteso la necessità che la regola interna fosse parametrata nell'ambito «dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale», generando, in tal modo, una norma in parte costituzionalmente illegittima».

avvocato che agisce per conto di questi ultimi, nel quadro dei diritti della difesa applicabili conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale». La formulazione attribuisce al difensore del solo prevenuto un potere sollecitatorio, ma non anche la prerogativa di interloquire direttamente con l'autorità straniera[103]. Ciò significa, dunque, che la legislazione europea non garantisce alla difesa il diritto di richiedere l'emissione di un OEI, ma solo una facoltà, subordinata alla procedura penale nazionale vigente negli Stati membri[104]. È evidente come la logica sottesa sia riproporre, sebbene in termini parzialmente diversi, la teoria della canalizzazione, la quale postula la necessaria "intercessione" del pubblico ministero o del giudice per lo svolgimento delle investigazioni difensive (in suolo straniero)[105].

---

[103] Accolgono comunque con favore la previsione, T. Alesci, *Le garanzie difensive e il ruolo del difensore nello spazio giudiziario europeo alla luce della direttiva sull'OEI*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., 105; G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 285; R. Belfiore, *The European Investigation Order in Criminal Matters: Developments in Evidence gathering across the EU*, in *European Criminal Law Review*, 2015, 3, 321; M. Caianiello, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *PPG* 2015, 7; O. Calavita, *op. cit.*, 203; A. Mangiaracina, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review* 2014, 10, 123; M.R. Marchetti, *Prospettive di riforma del Libro XI c.p.p.*, in AA.VV., *Investigazioni e prove transnazionali*, cit., 34; P. Spagnolo, *op. cit.*, 86. Come sottolinea Z. Burić, *op. cit.*, 78, «*the Directive regarding the European investigation order* […] *is the first instrument which explicitly regulated the ability of the defence to initiate the process of cross-border evidence gathering. However, the Directive did not regulate the issue independently. Rather, it referred to national criminal procedural law by providing that the defence may request the issuing of an EIO "within the framework of applicable defence rights in conformity with national criminal procedure*». Ad avviso dell'A., tuttavia, «*this provision leaves in force the difference in the position of the defence and the prosecution in transnational evidence gathering*».

[104] Si noti che pure la normativa italiana di recepimento si è allineata a questa visione: l'art. 31 del d.lgs. 21.6.2017, n. 108 prevede che «il difensore della persona sottoposta alle indagini, dell'imputato, della persona per la quale è proposta l'applicazione di una misura di prevenzione possa rivolgere istanza al pubblico ministero o al giudice affinché questi emettano un ordine d'indagine»: S. Ruggeri, Audi Alteram Partem *in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Cham 2017, 191. Secondo F. Falato, *op. cit.*, 37, in tal modo «la norma riconosce all'imputato il diritto alla prova – e su questo fronte v'è parità – ma, condizionandone l'esercizio alla volontà (sia pure in termini di controllo) del pubblico ministero, ne pregiudica la effettività». Nondimeno, possono essere individuate talune criticità sotto una duplice prospettiva. Per un verso, sul lato della parità delle parti – in relazione tanto alla direttiva, quanto al d.lgs. 108/2017 – l'esclusione, dal novero dei soggetti legittimati, della vittima-persona offesa, delle altre parti private e dei rispettivi difensori. Epperò, la lacuna può essere parzialmente colmata richiamando le facoltà generali previste agli artt. 90, 121, 367 C.p.p., le quali si compendiano nel diritto di presentare richieste al giudice e al pubblico ministero; richieste che ben possono avere ad oggetto l'emissione di un OEI. Per altro verso, va osservato come, benché il destinatario dell'istanza (pubblico ministero o giudice) sia chiamato a motivare l'eventuale diniego (rispettivamente art. 31, co. 3 e 4 del d.lgs. 108/2017), nulla sia previsto quanto ai parametri cui dovrebbe essere ancorato il vaglio, né all'impugnabilità del provvedimento, quantomeno con riguardo a quello adottato dall'organo d'accusa: G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo*, cit., 290; O. Calavita, *op. cit.*, 206; D. Cimadomo, *Ordine europeo di indagine penale e garanzie della difesa. Brevi osservazioni a margine della direttiva 2014/41/UE*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., 224; F.M. Grifantini, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, cit., 6; P. Spagnolo, *op. cit.*, 88. Cfr., però, M. Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., 2209.

[105] La prima manifestazione della teoria si deve, sul versante italiano, a Cass. 18.8.1992, in *RIDPP* 1993, 1169 ss., con nota di A. Scella, *Questioni controverse in tema di informazioni testimoniali raccolte dalla difesa*, ove la Corte affermò che durante le indagini preliminari, il pubblico ministero non è parte bensì «organo preposto, nell'interesse generale, alla raccolta e al vaglio dei dati positivi e negativi afferenti fatti di possibili rilevanza penale», sicché tutti gli elementi probatori *ivi* raccolti, compresi quelli acquisiti al difensore, devono essere su di lui canalizzati.

Neppure l'istituzione dell'«accusatore continentale»[106] pare aver introdotto novità di sorta quanto al tema che qui si analizza.
Ai sensi dell'art. 41, par. 3, del regolamento 2017/1939/UE, sono attribuiti all'indagato, all'imputato e alle altre persone coinvolte nel procedimento dell'EPPO «tutti i diritti procedurali previsti dal diritto nazionale applicabile, compresa la possibilità di presentare prove, di chiedere la nomina o l'audizione di periti e l'escussione di testimoni, nonché di chiedere che l'EPPO ottenga tali misure per conto della difesa». Come emerge dalla lettura della disposizione, non vi è alcun cenno alla facoltà per il difensore di realizzare, in questo contesto, indagini difensive *ultra fines*[107]. Ed è interessante notare come, pure in tale frangente, emerga la più volte richiamata "sistematica della canalizzazione", emblematicamente rappresentata, in una prospettiva testuale, dal "diritto" del prevenuto (e degli altri soggetti interessati) di rivolgere istanza al procuratore europeo affinché realizzi determinate attività procedimentali «per conto della difesa».
Questa scelta minimalista, a ben considerare, si pone in perfetta linea di continuità con l'assetto normativo (del tutto censurabile) delineato dal regolamento istitutivo della procura europea concernente i diritti della difesa. Il legislatore – compiendo una scelta in netta controtendenza rispetto agli interventi *post* Lisbona, improntati alla creazione di uno "spazio di garanzie difensive europee"[108] – si è perlopiù disinteressato di questo argomento, rinviando alla normativa sovranazionale già esistente (art. 41, par. 2) e alle tutele riconosciute dai singoli sistemi nazionali (art. 41, par. 3)[109]. Si è, insomma, persa l'occasione per addivenire a una più completa «armonizzazione di ulteriori diritti processuali per gli accusati»[110].
Il quadro, così per come finora delineato, desta qualche riserva.
A fronte di un "super-organo" in grado di realizzare indagini nel territorio di più Stati membri, l'assenza di una disciplina che regoli modi e limiti dell'"inchiesta parallela" rischia di produrre effetti pregiudizievoli per i diritti della difesa, perlomeno sotto una duplice prospettiva[111].

---

[106] Così, riferendosi ad EPPO, M. Panzavolta, *Lo statuto del pubblico ministero europeo (ovvero, ologramma di un accusatore continentale)*, in *Profili del processo penale nella Costituzione Europea*, a cura di M. Panzavolta, M.G. Coppetta, Torino 2005, 179 ss.
[107] Lo rilevano, tra gli altri, anche G. Barrocu, *La procura europea*, cit., 149; V. Costa Ramos, *The EPPO and the Equality of Arms Between the Prosecutor and the Defence*, in *New Journal of European Criminal Law* 2023, 54; L. Palmieri, *op. cit.*, 164; L. Pressacco, *Indagini e promovimento dell'azione penale del pubblico ministero europeo*, in *RIDPP* 2021, 1374; L. Tavassi, *Il primo anno di EPPO: appunti per una revisione critica*, in *www.sistemapenale.it* 31.5.2022, 52, 59.
[108] Si allude alle sei "direttive di Stoccolma", per un'analisi complessiva della quali, v., per tutti, J. Della Torre, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo "embrione" di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *CP* 2018, 1396 ss.
[109] Critici al riguardo, G. Barrocu, *La procura* europea, cit., 148 ss.; N. Canestrini, *Le garanzie per i diritti della difesa nei procedimenti di competenza del pubblico ministero*, in AA.VV., *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Trento 2022, 156, per il quale «se è innegabile l'enorme sforzo compito dal legislatore europeo di definire la struttura e il funzionamento dell'EPPO come un unico ufficio sovranazionale di pubblica accusa, non pare però di vedere lo stesso sforzo nel creare anche delle garanzie defensionali addizionali rispetto a quelle nazionali»; G. Illuminati, *Protection of Fundamental Rights of the Suspect or Accused in Transnational Proceedings Under the EPPO*, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, a cura di L. Bachmaier Winter, Cham 2018, 179 ss.; L. Marafioti, *Cooperazione multidisciplinare e protezione degli interessi UE*, in *ANPP* 2019, 545; L. Palmieri, *op. cit.*, 160, secondo cui la scelta di deferire la tutela dei diritti dell'accusato a fonte esterne al regolamento rappresenta «un *escamotage* utilizzato dal legislatore sovranazionale per accreditare nei sistemi tendenzialmente accusatori uno schema procedimentale disposto a sacrificare le garanzie difensive pur di contrastare i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione»; F. Siracusano, *Procedure di cooperazione giudiziaria e garanzie difensive: lungo la strada, a piccoli passi*, in *www.archiviopenale.it*, 20.12.2016, 11 s.; L. Tavassi, *op. cit.*, 59.
[110] J. Della Torre, *op. cit.*, 1424.
[111] Sullo squilibrio tra accusa e difesa nell'ambito delle indagini di EPPO, v. L. Bachmaier Winter, C*ross-Border*

Per un verso, accresce il divario tra le parti, in termini di parità delle armi. A nulla varrebbe, onde superare tale *deficit*, il richiamo all'art. 5, co. 4, del regolamento, ove si prevede che l'EPPO debba svolgere «le indagini in maniera imparziale e raccoglie[re] tutte le prove pertinenti, sia a carico che a discarico». È ben vero – come osservato in dottrina – che una delle possibili *rationes* della disposizione (la cui struttura è assimilabile a quella prevista all'art. 358 C.p.p.) può essere quella di riequilibrare l'asimmetria tra accusa e difesa, attesa l'oggettiva difficoltà – pure in ragione dell'impossibilità per il patrocinante di esercitare poteri di imperio – che quest'ultima incontra nell'attività di reperimento della prova nei procedimenti transnazionali[112]. La previsione, tuttavia, non è capace di garantire pienezza al "diritto di difendersi investigando", riproducendo ancora una volta, all'opposto, la logica della "subordinazione".
Per altro verso, crea ingiustificate diseguaglianze tra indagati a seconda dello Stato di appartenenza. Attesa l'eterogeneità a livello normativo dei singoli ordinamenti, ben si intuisce come l'effettività del diritto di difesa e il principio di parità delle armi rischino di essere compromessi ogniqualvolta le prove siano allocate nel territorio di uno Stato in cui non sono ammesse forme di "inchiesta parallela"[113]. Senza considerare, in aggiunta, come, *de iure condito*, l'esperibilità, in concreto, di indagini difensive dipenda dalla scelta del foro competente, la cui corretta individuazione nel contesto della procura europea dà luogo a non poche incertezze[114]. Il timore, dunque, è quello di lasciare alle autorità inquirenti un potere discrezionale nello scegliere se "concedere" o meno all'indagato la facoltà di essere assistito da un "difensore proattivo".

4. A seguito dell'analisi sin qui condotta, un dato dovrebbe risultare chiaro: si registra una tensione sempre più evidente tra, da un lato, il progressivo incremento da parte delle istituzioni europee di strumenti a vocazione repressiva e, dall'altro, l'insufficiente dotazione di meccanismi che consentano alla difesa di esercitare funzioni investigative proattive nel contesto transfrontaliero (e nazionale).
Ad onor del vero, occorre ricordare come, in passato, siano stati compiuti tentativi significativi volti a colmare tale divario.
Già nei primi anni del XXI secolo, organismi di rappresentanza forense, quali il *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), avevano avanzato proposte organiche per l'istituzione di una sorta di "garante sovranazionale dei diritti della difesa". Più precisamente, il modello noto come *European Criminal Law Ombudsman* – discusso in appositi gruppi di

Investigations Under the EPPO Proceedings and the Quest for Balance, in *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, cit., 132-135. Di un «pregiudizio ontologico della difesa transnazionale» nel contesto della procura europea ha parlato pure G. Barrocu, *La procura* europea, cit., 151. Cfr., già, E. Amodio, *Diritto di difesa e diritto alla prova nello spazio giudiziario europeo*, in *Il difensore e il pubblico ministero europeo*, a cura di A. Lanzi, F. Ruggieri e L. Camaldo, Padova 2002, 103, per il quale «la nascita di un pubblico ministero europeo […] finisce per delineare la figura di una sorta di superprocura e quindi pone nel processo l'apparato difensivo in una posizione bisognevole di una maggiore tutela, di un rafforzamento dei poteri, perché diventa più forte l'interlocutore con cui il difensore deve confrontarsi».

[112] S. Allegrezza, *Le misure coercitive nelle* «Model Rules for the European Public Prosecutor's Office», in *Processo penale, lingua e Unione europea*, a cura di F. Ruggieri, T. Rafaraci, G. Di Paolo, S. Marcolini e R. Belfiore, Padova 2013, 157 s.; R.E. Kostoris, *Gli organismi centralizzati della cooperazione giudiziaria: la Procura europea*, in *Manuale di procedura penale*, a cura di Id., Milano 2025, 334; L. Pressacco, *Profili ordinamentali del pubblico ministero europeo*, in *CP* 2018, 4409.

[113] V. Costa Ramos, *op. cit.*, 54; L. Palmieri, *op. cit.*, 164; T. Wahl, *The European Public Prosecutor's Office and the Fragmentation of Defence Rights*, in *The European Public Prosecutor's Office at Lunch*, a cura di K. Ligeti, M.J. Antunes e F. Giuffrida, Milano 2020, 98 s.; M.C. van Wijk, *op. cit.*, 262 s.

[114] Cfr., per tutti, M. Panzavolta, *Choosing the National Forum in Proceedings Conducted by the EPPO: Who is to Decide?*, in *The European Public Prosecutor's Office at Lunch*, cit., 59 ss.

lavoro – mirava a offrire un contrappeso istituzionale all'espansione delle competenze affidate alle autorità inquirenti sovranazionali, ponendo al centro la protezione delle libertà fondamentali della persona indagata o imputata[115]. Parallelamente, la comunità degli avvocati penalisti europei ha sviluppato strumenti di cooperazione che rappresentano esperienze paradigmatiche di "autodifesa organizzata" nel contesto dell'UE. La piattaforma *web PenalNet* è un esempio significativo: attraverso l'utilizzo di comunicazioni crittografate, identificazione digitale dei professionisti e scambio sicuro di informazioni e documenti, la rete mira a superare i limiti dei canali tradizionali di comunicazione internazionale in materia penale e a costruire una comunità transfrontaliera di difensori consapevoli e (tecnologicamente) attrezzati[116].
Accanto a tali iniziative, si registrano proposte di carattere più propriamente normativo – ricondotte sotto l'etichetta di "*Eurodefensor*"[117] o "*EU defensor*" [118] – volte all'istituzione di un organismo autonomo e indipendente destinato a intervenire nei procedimenti penali transfrontalieri concernenti l'accertamento di gravi fattispecie criminose. Più in particolare, tali "prototipi" muovono dalla convinzione che la progressiva europeizzazione del procedimento penale determini uno squilibrio complessivo tra accusa e difesa; di conseguenza, al fine di assicurare un adeguato contrappeso, si ritiene necessario individuare un soggetto – finanziato con fondi dell'Unione – deputato principalmente a supportare il difensore nazionale, soprattutto nel corso della fase investigativa.

---

[115]https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/CRIMINAL_LAW/CRM_Position_papers/EN_CRM_20041208_Proposal-by-the-CCBE-for-the-establishment-of-a-European-Criminal-Law-Ombudsman.pdf. Cfr. F. Salditt, *The European criminal law ombudsman project*, in *ERA Forum* 2006, 7, 277; J. Mitchell, *EU Defence Rights: How the System Can Be Improved*, in *Amicus Curiae* 2012, 89, 11, per il quale «*this position should be occupied by an experienced practising defence lawyer with at least 10 years' experience, not a bureaucrat or an academic. The office should be based in all the EU Member States with the function of giving initial advice to applicants, then either helping the applicant to choose a lawyer to represent them from the national pool, or in certain exceptional cases (or in an emergency) directly instruct a lawyer on his or her behalf, to take steps to remedy the situation*».

[116] Maggiori informazioni sono reperibili al seguente indirizzo: https://interoperable-europe.ec.europa.eu/collection/justice-law-and-security/document/penalnet-secure-e-communication-criminal-law-practice-pn.

[117] Il riferimento è a B. Schünemann, *Grundzu¨ge eines Alternativ-Entwurfs zur europa¨ischen Strafverfolgung*, in *Zeitschrift fu¨r die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004, 388 ss., e, in lingua italiana, Id., *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, Milano 2007; nonché Id., *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border*, a cura di S. Ruggieri, Cham 2014, 174. In argomento, v., tra i molti, T. Alesci, *op. cit.*, 113-116; J. Arnold, *Grenzüberschreitende Strafverteidigung in Europa. Praktische Erfahrungen und theoretische Überlegungen anhand von Interviews mit Strafverteidigerinnen und Strafverteidigern*, Berlino 2015, 8 ss.; F. Cagnola, *Le investigazioni della difesa nella prospettiva della istituzione del pubblico ministero europeo*, in *L'istituzione del Procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea*, a cura di L. Camaldo, Torino 2014, 167 ss.; A. Gualazzi, *Lineamenti europei del diritto di difesa*, in *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, cit., 208 ss.; M. Kaiafa-Gbandi, *Harmonisation of Criminal Procedure on the Basis of Common Principles. The EU's Challenge for Rule-of-Law Transnational Crime Control*, in *The Future of Police and Judicial Cooperation in the European Union*, a cura di C. Fijnaut, J. Ouwerkerk, Leida 2010, 397 ss.

[118] Si tratta della proposta elaborata da un gruppo di lavoro guidato dal tedesco Wolfgang, il cui obiettivo era quello di creare una "rete europea dei difensori" capace di assistere i cittadini in ogni Stato dell'Unione: J. Vogel, *Licht und Schatten im Alternativ-Entwurf Europa¨ische Strafverfolgung*, in *Zeitschrift fu¨r die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2004, 415 ss. Cfr. pure le *Risposte* al *Libro Verde sulla ricerca delle prove in materia penale tra Stati Membri e sulla garanzia della loro ammissibilità, Bruxelles, 11.11.2009, COM (2009) 624*, fornite dal Centro Studi di Diritto Penale Europeo dell'Università degli Studi dell'Insubria, Facoltà di Giurisprudenza, coordinato dalla Prof.ssa Francesca Ruggieri.

Tuttavia, questi progetti – sebbene concettualmente stimolanti – non hanno poi trovato alcuna concretizzazione in sede legislativa.
Nondimeno, essi, nella contingenza storica contemporanea, dovrebbero rappresentare il punto di partenza di un percorso ben più strutturato. Si potrebbe, in termini più concreti, proporre di delineare un nuovo organismo, una sorta di "eurodifensore 2.0" – dotato di una struttura multilivello con sede centrale europea e articolazioni nazionali – capace di: a) assistere direttamente il patrocinante locale; b) svolgere attività investigative proprie (analisi di documenti, audizione di testimoni, acquisizione di materiale digitale, etc.) in contesti transnazionali; c) coordinarsi con le autorità pubbliche senza sostituirsi ad esse, garantendo il rispetto della sovranità nazionale e dei limiti di coercibilità.
La creazione di siffatta figura, a ben riflettere, potrebbe avere un impatto positivo su più livelli. Da un lato, rafforzerebbe l'efficacia della difesa nei procedimenti *extra moenia* e in quelli di competenza dell'EPPO (previa, ovviamente, modifica normativa *ad hoc*).
Dall'altro, assumerebbe una "funzione armonizzatrice", favorendo la progressiva introduzione e il consolidamento di una disciplina uniforme in un numero crescente di Stati membri.
A sostegno di quanto precede, va sottolineato come l'analisi comparata non abbia evidenziato ostacoli sostanziali all'adozione di una disciplina di tal fatta. Nella maggioranza degli ordinamenti esaminati – lo si è visto – non si rinvengono divieti espliciti allo svolgimento di attività investigativa da parte della difesa; anzi, una corretta valorizzazione dei canoni convenzionali e costituzionali già pare legittimare, quantomeno in via interpretativa, un coinvolgimento proattivo dell'avvocato nella fase previa.
Per concludere: il percorso verso una piena affermazione di un "*right of the defence to investigate the case*" di matrice europea non è certo agevole, ma è l'unico in grado di tradurre la parità delle armi da mero principio a concreto presidio del *fair trial*

LA SCRIMINANTE SPECIALE RELATIVA ALLE MISSIONI SI ESTENDE AI REATI INFORMATICI: SPUNTI CRITICO-RICOSTRUTTIVI COMMENTO ALL'ART. 30 L. 9.6.2025 N. 80 DI CONVERSIONE DEL D.L. 11.4.2025 N. 48, RECANTE DISPOSIZIONI URGENTI IN MATERIA DI SICUREZZA PUBBLICA, DI TUTELA DEL PERSONALE IN SERVIZIO, NONCHÉ DI VITTIME DELL'USURA E DI ORDINAMENTO PENITENZIARIO ("MODIFICA DELL'ART. 19 L. 21.7.2016 N. 145, IN TEMA DI TUTELA PENALE DEL PERSONALE IMPIEGATO NELLE MISSIONI INTERNAZIONALI")

di Stefano Manacorda (Professore ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Napoli "Federico II")

L'art. 30 l. 9.6.2025 n. 80 interviene sull'art. 19 l. 21.7.2016 n. 145, ampliando la speciale causa di giustificazione prevista per il personale militare e civile impiegato nelle missioni internazionali. La novella estende il perimetro della scriminante – originariamente strutturata sul requisito dell'uso delle armi, della forza o di altri mezzi di coazione fisica – anche alle ipotesi in cui si faccia ricorso ad apparati, strumenti, programmi e dispositivi informatici, sempre che questi siano utilizzati in conformità a direttive, regole di ingaggio e ordini legittimamente impartiti, e limitatamente a taluni delitti contro l'inviolabilità del domicilio e contro l'inviolabilità dei segreti. La disposizione, priva di una chiara esplicitazione della *ratio* che essa sottende nei lavori preparatori, afferisce ad attività di intrusione, captazione o interferenza informatica funzionalmente collegate alle esigenze delle operazioni militari all'estero. Essa pone, pertanto, questioni rilevanti in ordine al rapporto tra scriminanti comuni e scriminanti speciali, alla natura giuridica delle regole di ingaggio, alla nozione di necessità militare, all'operatività territoriale della causa di giustificazione e ai limiti derivanti dal diritto penale internazionale. Il carattere di novità – e quindi la portata della riforma – emerge con maggiore limpidezza se si opera un raffronto con la versione previgente della disciplina: se, prima del 2025, la scriminante speciale era costruita intorno all'uso della forza intesa in senso fisico e più spesso propriamente bellico, la novella attribuisce autonoma rilevanza all'impiego di strumenti informatici per la realizzazione di attività di *intelligence* che richiamano la guerra cibernetica o forse più semplicemente attività di intrusione per la raccolta di dati sensibili. Per tale via, si riconducono nel perimetro della causa di giustificazione condotte tipicamente qualificate come forme di offesa ai beni giuridici della riservatezza, della libertà del domicilio informatico, della segretezza delle comunicazioni o della inviolabilità dei dati.

Article 30 of Law No. 80 of 9 June 2025 amends Article 19 of Law No. 145 of 21 July 2016 by enlarging the scope of the special ground of justification applicable to military and civilian personnel deployed in overseas military operations. Whereas the original provision was predicated upon the use of weapons, force or other means of physical coercion, the amendment extends its application to the use of cyber capabilities—including computer systems, software and digital devices—provided that such means are employed in accordance with directives, rules of engagement and lawfully issued orders. The extension is, however, confined to specified offences against the inviolability of the home and the secrecy of communications and information. The travaux préparatoires provide no clear indication of the rationale underlying the reform. The amendment appears to be directed at cyber intrusion, interception and interference activities carried out in support of overseas military operations. It therefore raises a number of significant theoretical and practical questions concerning the relationship between general and special grounds of justification, the legal status of rules of engagement, the concept of military necessity, the territorial scope of the justificatory regime, and the constraints imposed by international criminal law. The novelty—and, consequently, the significance—of

the reform becomes fully apparent when contrasted with the previous legislative framework. Until 2025, the special ground of justification was confined to the use of force understood in its physical—and, more specifically, kinetic—dimension. The amendment, by contrast, recognises the autonomous legal relevance of cyber capabilities employed in intelligence-gathering activities associated with cyber warfare or, more accurately, with cyber intrusion operations aimed at obtaining sensitive information. In doing so, it brings within the ambit of the ground of justification conduct that would otherwise constitute criminal offences against legally protected interests such as privacy, the inviolability of the digital domicile, the confidentiality of communications, and the integrity and confidentiality of data.

Operazioni militari all'estero, reati informatici, causa di giustificazioni
Overseas military operations, cyber-crimes, ground of justification

Sommario: 1. Premessa: la modifica dell'art. 19 l. 145/2016 nel quadro del Decreto sicurezza. – 2. L'ambito normativo delle missioni internazionali e le disposizioni penali dell'art. 19 l. 145/2016. – 3. La causa di giustificazione speciale: struttura, funzione e rapporti con le scriminanti comuni. – 4. La novella del 2025: l'estensione alle condotte informatiche. – 5. Il problema del campo di operatività: teatro della missione, condotte da remoto e dimensione extraterritoriale. – 6. Eccesso colposo, inosservanza delle regole operative e limiti della giustificazione. – 7. Considerazioni conclusive.

1. La modifica dell'art. 19 l. 21.7.2016 n. 145[1], introdotta dall'art. 30 l. 9.6.2025 n. 80 di conversione senza emendamenti del d.l. 11.4.2025 n. 48 (Decreto sicurezza, nel prosieguo) si colloca in un contesto normativo caratterizzato da un più generale rafforzamento degli strumenti di tutela dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale e dell'apparato di prevenzione e repressione dei fenomeni ritenuti lesivi della sicurezza collettiva, elementi che hanno determinato in termini pressoché corali una presa di posizione critica ad opera della dottrina penalistica[2]. La disposizione oggetto di disamina – rubricata «Modifica all'articolo 19 della legge 21 luglio 2016, n. 145, per la tutela del personale delle Forze armate che partecipa a missioni internazionali» – statuisce che:

[1] L. 145/2016, *Disposizioni concernenti la partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali*, pubblicata in G.U. 1.8.2016 n. 178.

[2] D.l. 11.4.2025 n. 48, conv. in l. dalla l. 80/2025, recante «*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*» (cd. decreto-sicurezza), in vigore dal 12.4.2025. In tema, si veda la relazione su novità normativa n. 33/2025, a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione.
Nella sterminata letteratura, cfr. E. Dolcini, *Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *www.sistemapenale.it* 15 maggio 2025; G. Fiandaca, *Intorno a sicurezza e democrazia in una prospettiva penalistica*, in *FI* 2025, n. 6, Pt. V, 286 ss.; Id., *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in *www.sistemapenale.it* 22 marzo 2025; F. Palazzo, *Decreto sicurezza e questione carceraria*, in *www.sistemapenale.it* 1° maggio 2025; R. Cornelli, *La difesa dell'autorità come urgenza politico-criminale*, in *DPP* 2025, 899 ss.; L. Risicato, *Dalla Costituzione al Leviatano. La torsione illiberale del Decreto "sicurezza" n. 48/2025*, in *RIDPP* 2025, 471 ss.; G. Balbi, *Il "decreto sicurezza" e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, in www.lalegislazionepenale.eu 22.7.2025; G.L. Gatta, *Il pacchetto sicurezza e gli insegnamenti, dimenticati, di Cesare Beccaria (a proposito del d.d.l. A.S. 1236)*, in *www.sistemapenale.it* 7 novembre 2024; R. Bartoli, *Di sicuro c'è solo questo: si è tornati a incriminare l'esercizio di libertà. Breve introduzione al c.d. Decreto Sicurezza*, in *DPP* 2025, 847 ss.; M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in *www.sistemapenale.it* 27 maggio 2024; Id., *La criminalizzazione del dissenso*, in *DPP* 2025, 881 ss.; S. Zirulia, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del Codice Rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, in *RIDPP* 2025, 217 ss.

«1. All'articolo 19, comma 3, della legge 21 luglio 2016, n. 145, dopo le parole: "della forza o di altro mezzo di coazione fisica," sono inserite le seguenti: "ovvero di apparecchiature, dispositivi, programmi, apparati, strumenti informatici o altri mezzi idonei a commettere taluno dei delitti di cui alle sezioni IV e V del capo III del titolo XII del libro secondo del codice penale"».

Diversamente da quanto realizzato per il tramite di un cospicuo numero di coevi interventi legislativi, tesi ad estendere l'area della penalità (essenzialmente ampliando fattispecie incriminatrici preesistenti, introducendo di nuove o intervenendo sul trattamento sanzionatorio globalmente inteso), la novella opera sui presupposti e sul perimetro applicativo di una causa di giustificazione speciale, estendendo il novero delle condotte scriminate poste in essere dal personale impiegato in missioni internazionali.

Una disposizione di tale natura in un provvedimento comunemente ricondotto al paradigma della sicurezza sembrerebbe, a prima vista, avere natura spuria. Invero così non è se si guarda al contenuto generale del Decreto sicurezza del 2025 che – anche demarcandosi da precedenti atti normativi aventi il medesimo fine securitario – si propone tra le altre cose una estensione delle tutele riconosciute, in determinate situazioni, alle forze armate e agli apparati di sicurezza dello Stato anche per il tramite della leva penale. Più specificamente, l'art. 30 si colloca nel Capo III del provvedimento, dedicato alle «Misure in materia di tutela del personale delle forze di polizia, delle forze armate e del corpo nazionale dei vigili del fuoco, nonché degli organismi di cui alla legge 3 agosto 2007, n. 124» – con i quali pudicamente ci si riferisce agli apparati di *intelligence* – si colloca immediatamente dopo altre disposizioni che ampliano la tutela penalistica o i margini di operatività ammessi per gli appartenenti alle forze armate o a determinati corpi militari.

Ancora più significativamente, la disposizione precede immediatamente l'art. 31, genericamente rubricato «Disposizioni per il potenziamento dell'attività di informazione per la sicurezza». Si tratta in realtà di una norma che – facendo anch'essa leva sulla esclusione dell'antigiuridicità per determinate condotte tipiche – contribuisce tra l'altro ad incrementare l'area di non punibilità per reati di rilevantissima gravità. Come osservato nella Relazione del Massimario della S.C. di Cassazione a proposito dell'art. 31, «con l'aggiunta di nuove fattispecie incriminatrici nell'elenco di quelle che – in via d'eccezione – possono essere (permanentemente) autorizzate, il legislatore d'urgenza ha così ampliato l'ambito delle "garanzie funzionali" riconosciute agli operatori dei servizi di informazione, tramite l'estensione delle fattispecie di reato scriminabili che possono essere compiute da costoro per finalità istituzionali, su autorizzazione del Presidente del Consiglio dei ministri»[3].

Ecco allora che l'art. 30 e le modifiche da esso introdotte acquisiscono una colorazione diversa ed omogenea rispetto al resto del provvedimento, inserendosi in un testo di ampia portata e di forte impatto politico-criminale quale è appunto il 'pacchetto sicurezza', espressivo di una tendenza alla progressiva estensione degli spazi di operatività degli apparati statuali deputati al mantenimento dell'ordine pubblico in ambiti nei quali sicurezza interna, sicurezza esterna e sicurezza cibernetica tendono ormai a interferire o a sovrapporsi, per esempio in relazione a fenomeni di terrorismo.

Se questo è l'elemento comune rispetto al resto delle disposizioni, l'art. 30 presenta tuttavia taluni profili distintivi, ed in particolare la circostanza che esso concerne un settore, quello delle missioni militari all'estero, che presenta una sua autonomia funzionale e istituzionale, nel quale

[3] Così, Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Relazione su novità normativa n. 33/2025. Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario (d.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito dalla legge 9 giugno 2025, n. 80)*, in www.cortedicassazione.it 23.6.2025, 95.

operano soggetti qualificati, investiti di poteri e doveri di particolare pregnanza, chiamati ad operare in contesti operativi situati fuori dal territorio dello Stato e caratterizzati da situazioni di confitto o di forte tensione, per la realizzazione di condotte strettamente connesse all'esecuzione di compiti militari o comunque istituzionali, così innestandosi su un micro-regime giuridico-penale già caratterizzato da forti profili di specialità.
Non può trascurarsi, inoltre, che la modifica non risulta accompagnata da una esplicita e puntuale illustrazione della sua *ratio*, al punto tale che non è stato possibile rinvenire una traccia di commento nei lavori preparatori, né nella Relazione del Massimario della Cassazione.
Si è in presenza di un dato che forse può spiegarsi con l'estrema settorialità dell'intervento – sfuggito, se non addirittura risultato oscuro, anche a chi era deputato ad illustrare istituzionalmente il provvedimento nel suo complesso – il che lascia supporre che la norma sia stata il risultato di una proposta direttamente promanante dagli organi militari per fare fronte a esigenze avvertite sul terreno, adeguando il quadro normativo a peculiari esigenze operative (che non si può escludere risultassero già adottate in un momento precedente al varo del decreto-legge) che rimangono per loro natura ignote al pubblico.
Il carattere di novità e quindi la portata della riforma emergono con maggiore limpidezza se si opera un raffronto con la versione previgente della disciplina. Se, prima del 2025, la scriminante speciale era costruita intorno all'uso della forza in senso fisico-materiale e specificatamente all'uso della forza bellica classicamente intesa, la novella attribuisce autonoma rilevanza all'impiego di strumenti informatici quale modalità operativa delle missioni internazionali. Il passaggio è significativo e riconduce nel perimetro della causa di giustificazione condotte che nel diritto penale comune sono tipicamente qualificate come forme di offesa ai beni giuridici della riservatezza, della libertà del domicilio informatico, della segretezza delle comunicazioni o della inviolabilità dei dati. Oggetto di richiamo sono infatti le sezioni IV e V del capo III del titolo XII del libro secondo del codice penale, ossia quel nucleo consistente di fattispecie poste a tutela della inviolabilità del domicilio e dei segreti che vengono ad essere scriminate ove gli operanti ricorrano a mezzi informatici.
Tutto ciò fa sì che sia l'interprete a dover ricostruire il significato della disposizione a partire dal dato testuale, dalla collocazione sistematica e dalla funzione complessiva dell'art. 19, operando un raccordo con ulteriori istituti di parte generale. L'operazione ermeneutica è particolarmente delicata, poiché la novella incide su un istituto che, operando sul terreno dell'antigiuridicità, modifica l'equilibrio tra tutela dei beni giuridici individuali offesi dai reati informatici e la garanzia di efficienza dell'azione militare e di *intelligence* in contesti operativi complessi[4].

2. La legge n. 145/2016 costituisce il punto di approdo di un percorso normativo volto a conferire un assetto organico alla partecipazione italiana alle missioni internazionali. Prima della sua adozione, la disciplina degli interventi di *peace keeping* e di *peace enforcement* era affidata a provvedimenti autorizzativi periodici, spesso calibrati sulle singole missioni e caratterizzati da un elevato grado di frammentarietà[5]. La legge del 2016 ha invece inteso

[4] Con riferimento a un comparto di disciplina omogeneo – quello appunto delle operazioni svolte dai servizi di sicurezza di cui alla l. 3.8.2007 n. 124 – T. Padovani, *Diritto penale*[13], Milano 2023, 204 ss. efficacemente pone in risalto il rapporto di specialità che intercorre tra cause di giustificazione comuni e cause di giustificazione speciali, ovvero tra l'adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo della pubblica autorità (art. 51, co. 1, Cp) e la scriminate di cui all'art. 17, co. 1, l. 124/2007, che contempla una causa di giustificazione a favore del personale dei servizi di informazione per la sicurezza.
[5] In argomento, G. de Vergottini, *Guerra, difesa e sicurezza nella Costituzione e nella prassi*, in *Rivista AIC* 4.4.2017, 1 ss.; S. Riondato, *Missioni militari internazionali italiane c.d. di pace all'estero. Novità giuspenalistiche nella legge di riforma 21 luglio 2021, n. 145*, in www.penalecontemporaneo.it 30.5.2017; R.

predisporre un quadro stabile, capace di regolare tanto il procedimento decisionale relativo alla partecipazione italiana quanto i profili finanziari, organizzativi e giuridici dell'impiego dei contingenti all'estero.
In tale architettura, l'art. 19 – che era stato preceduto da talune disposizioni di analogo o identico tenore, ma riferite a interventi di natura più puntuale – occupa una posizione centrale, poiché individua il regime penale applicabile al personale impiegato nelle missioni.
Anzitutto, la disposizione stabilisce, in via ordinaria, l'applicazione del codice penale militare di pace e prevede, in via eccezionale, la possibile applicazione del codice penale militare di guerra ove il Governo deliberi espressamente in tal senso, dando così luogo ad una significativa ed apprezzabile inversione di tendenza rispetto alla prassi invalsa sino a quel momento, che aveva peraltro comportato l'adozione di provvedimenti *ad hoc*. Inoltre, la disposizione attribuisce la giurisdizione all'autorità giudiziaria militare e rende territorialmente competente – in chiave accentrata – il Tribunale militare di Roma, secondo istanze rappresentate dalla stessa magistratura militare.
Ai fini del presente commento, infine, occorre soprattutto segnalare che essa contempla al co. 3 una causa di giustificazione speciale riferita all'uso della forza o di mezzi di coazione in contesto operativo, disciplinata (fino alla riforma del 2025) nei termini seguenti: «Non è punibile il personale di cui al comma 1 che, nel corso delle missioni internazionali, in conformità alle direttive, alle regole di ingaggio ovvero agli ordini legittimamente impartiti, fa uso ovvero ordina di fare uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione fisica, per le necessità delle operazioni militari.» [6].
La struttura originaria del co. 3 rispondeva all'esigenza di colmare il divario tra le scriminanti comuni e la realtà delle missioni internazionali contemporanee ed in particolare di dissolvere una ambiguità che aveva a lungo circondato i profili della responsabilità del personale operante che avesse realizzato una fattispecie tipica correlata all'uso della forza in esecuzione di un ordine o in conformità ad una regola operativa applicabile all'operazione. Gli artt. 51, 52 e 53 Cp, così come le disposizioni del codice penale militare di pace in tema di uso legittimo delle armi (art. 41 Cpmp), difesa legittima (art. 42 Cpmp) e necessità militare (art. 44 Cpmp), erano infatti stati ritenuti non sempre pienamente adeguati a disciplinare situazioni operative segnate da minacce asimmetriche, contesti di instabilità istituzionale, presenza di gruppi armati non statuali, esigenze di protezione dei contingenti e necessità di reazione immediata[7].
A dire il vero, la disposizione in oggetto, anche per il tramite della rilevanza attribuita all'eccesso colposo – di cui si dirà oltre – e soprattutto per l'astratta configurabilità della forma putativa, aveva finito a determinare nella sostanza una esclusione o una sensibile attenuazione delle responsabilità penali correlate all'uso della forza – e pertanto ovviamente tipiche – nel contesto delle missioni. Non vi è chi non veda in questa disposizione adottata nel 2016 – e certamente dotata di un'area di applicabilità limitata, che ne ha confinato l'uso (e forse anche la conoscenza) ad una cerchia assai ristretta di casi e di soggetti – il rischio di un trattamento di favore nei confronti degli appartenenti alle forze armate dispiegati in teatri esteri. Si tratta di

Giani, *Le missioni internazionali: principi costituzionali, legge n. 145/2016 e relativo iter autorizzativo*, in www.rassegnagm.it 3.3.2026; L. Buscema, *Le operazioni umanitarie e di "peacekeeping" ed il valore costituzionale della pace alla luce della l. n. 145/2016*, in *Rivista AIC* 2018, 1 ss.; R. Ursi, *L'amministrazione militare*, Torino 2019, 146 ss. e sia consentito rinviare a S. Manacorda, Peace keeping *e cooperazione penale: aspetti definitori e introduttivi*, in *Missioni militari di* peace keeping *e cooperazione in materia penale*, a cura di S. Manacorda, Roma 2003, 13 ss. e, ancora, a Id., *Il diritto penale e gli interventi all'estero: brevi riflessioni a partire dalla prassi*, in *RassGiustMili.* 2006, 5 ss.
[6] Sulla disposizione cfr. – in prospettiva applicativa – Stato Maggiore della Difesa SMD – UGAG – 003, *Direttiva nazionale sulle Regole di Ingaggioæ,* Edizione 2026 (con cenni anche alla riforma del 2025).
[7] Cfr., S. Riondato, *Diritto penale militare*, Padova 1998, *passim*.

un elemento che potrebbe sollevare perplessità ove fosse orientato prevalentemente a privilegiare l'effettività dell'intervento militare (e la tutela degli operanti) a discapito di beni giuridici primari suscettibili di essere offesi dall'uso della forza, della violenza o di altri mezzi di coazione fisica, potendosi agevolmente ricondurre tali ipotesi a fatti tipici integranti reati di notevolissima pregnanza e gravità come l'omicidio, le lesioni personali, la tortura, ecc.
Proprio in ragione dei rischi correlati ad un uso disinvolto della norma in un ambito operativo così complesso e caratterizzato da contrapposizioni anche con fazioni armate locali, la causa di giustificazione speciale prevista dall'art. 19, co. 3, già nella sua versione previgente, è stata corredata da taluni elementi che almeno in teoria consentono di perimetrarne l'operatività, richiamando anche l'interprete ad un atteggiamento particolarmente sorvegliato[8].
Essa opera infatti in presenza di presupposti che devono ricorrere cumulativamente: il soggetto agente deve appartenere al personale impiegato nella missione; la condotta deve collocarsi nell'ambito e nel corso della missione internazionale; l'uso delle armi, della forza o di altro mezzo di coazione deve rispondere alla necessità delle operazioni militari; l'azione deve essere conforme alle direttive, alle regole di ingaggio e agli ordini legittimamente impartiti.
Il giudizio di liceità penale, pertanto, non è assorbito dalla mera appartenenza del soggetto al contingente, ma richiede una verifica puntuale del rapporto tra condotta, contesto operativo, fonti regolative dell'azione e necessità militare.
Tutte le condizioni summenzionate sono applicabili anche al nuovo disposto normativo derivante dalla interpolazione del 2025, sebbene quest'ultima si demarchi dal quadro preesistente, sia per la tipologia dei mezzi impiegati, sia per le fattispecie che costituiscono oggetto della scriminante.
Con riferimento al primo presupposto, in realtà, vi sono stati già commenti di ordine critico: l'art. 19, co. 1, l. 145/2016 estende la portata di tali disposizioni non ai soli militari ma a tutto il «personale che partecipa alle missioni internazionali, nonché al personale inviato in supporto alle medesime missioni». Si tratta di una perimetrazione soggettiva molto incerta, che può assumere rilevanza in concreto dilatando l'ambito soggettivo ben oltre la cerchia ristretta di quanti operano nel teatro estero, ricomprendendovi anche i soggetti civili.
L'attenzione deve quindi focalizzarsi sugli ulteriori requisiti summenzionati, per dare conto del contesto applicativo nel quale si inserisce la novella del 2025.

3. Sempre rimanendo nella analisi della originaria previsione dell'art. 19, co. 3, che nella parte *de qua* risulta applicabile anche al nucleo ampliato di fattispecie per le quali il decreto sicurezza prevede l'operatività della scriminante, essa presenta tratti di evidente prossimità con l'adempimento di un dovere di cui all'art. 51 Cp, ma se ne distingue per l'oggetto, per il contesto e per le fonti regolative richiamate. Come nell'art. 51 Cp, anche qui assumono rilievo la legittimità dell'ordine, la doverosità dell'azione e il rapporto tra comando e subordinazione.
Tuttavia, l'art. 19 non si limita a recepire lo schema generale dell'adempimento del dovere: esso costruisce una disciplina speciale, funzionale alle missioni internazionali, nella quale la condotta può assumere profili di liceità anche ove l'uso della forza ricorra in conformità alle direttive e alle regole di ingaggio ovvero sia imposto dalla necessità delle operazioni militari.
Si potrebbe ragionevolmente sostenere che si realizza un ampliamento delle fonti abilitanti l'uso della forza e che il requisito della necessità delle operazioni militari funga da contrappeso, profili che meritano una disamina più approfondita.
Già le direttive militari, ossia atti di natura amministrativa, vengono a fondare una problematica ipotesi, laddove si ritenesse – a nostro avviso impropriamente – che esse possano

[8] Per tutti, P. Rivello, *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*[2], Torino 2023, 72 ss.

autonomamente, e quindi oltre i limiti della legge, venire a rappresentare la fonte abilitante dell'uso della forza scriminata. Le regole di ingaggio assumono, in questa prospettiva, un ruolo ulteriormente delicato, stante anche la loro derivazione dai contesti operativi militari (specie stranieri: esse rappresentano la versione italiana della più diffuse *Rules of Engagement* o *RoE*)[9]. Concepite originariamente come mere istruzioni pratiche indirizzate al personale operante sul terreno, talvolta racchiuse in manuali pratici ad uso interno che non vengono resi pubblici, esse esemplificano scenari nei quali il personale militare può essere chiamato ad operare e la relativa reazione ammessa. Per effetto della normativa varata nel 2019, le regole di ingaggio – originariamente prive di rilevanza giuridica – diventano elementi normativi della fattispecie scriminante. La loro violazione può determinare il venir meno della copertura giustificativa; la loro osservanza, al contrario, costituisce uno dei presupposti della non punibilità. Ciò tuttavia non può condurre a ritenere che le regole di ingaggio possano creare autonomamente spazi di liceità penale in contrasto con la legge cui restano subordinate; significa, piuttosto, che la legge attribuisce ad esse rilevanza quale parametro intermedio di valutazione della condotta[10]. Non è tuttavia difficile comprendere che stante la natura assai dettagliata e pratica del loro contenuto esse vengano il più delle volte invocate proprio per estendere l'area di operatività della causa di giustificazione[11] o che possano costituire un appiglio per far valere una minore rimproverabilità della condotta.

La nozione di necessità delle operazioni militari rappresenta l'ulteriore snodo problematico. Essa non coincide integralmente con lo stato di necessità del diritto penale comune, né può essere identificata con un generico vantaggio tattico. La necessità militare deve essere intesa come esigenza concreta, attuale e funzionalmente collegata allo svolgimento dell'operazione, alla sicurezza del personale, alla protezione della missione o al conseguimento degli obiettivi legittimamente assegnati. Una lettura eccessivamente elastica trasformerebbe la clausola in una giustificazione indeterminata, mentre una lettura eccessivamente restrittiva rischierebbe di vanificare la funzione stessa della disposizione nei contesti operativi complessi. Così come è formulata, peraltro, essa va oltre i limiti già ampi previsti dall'art. 41, co. 1, Cpmp, il quale stabilisce che «non [sia] punibile il militare, che, a fine di adempiere un suo dovere di servizio, fa uso, ovvero ordina di far uso delle armi o di altro mezzo di coazione fisica, quando vi è costretto dalla necessità di respingere una violenza o di vincere una resistenza»[12].

I profili problematici segnalati evidenziano come la scriminante speciale debba essere oggetto di un attento scrutinio in sede applicativa e richieda al giudice un controllo articolato su più livelli, che attiene *i)* alla qualità soggettiva dell'agente; *ii)* al nesso funzionale tra condotta e missione; *iii)* alla conformità della condotta del soggetto qualificato alle direttive, alle regole

---

[9] In dottrina, tra i molti, G. de Vergottini, *Costituzione e regole di ingaggio*, in *RTrimDirPubbl.* 2008, 53 ss.; C. Cabigiosu, *Le regole di ingaggio nelle operazioni militari*, in *Difesa comune europea e spazio giuridico penale*, a cura di S. Manacorda, Roma 2003, 147 ss.; G. Carlizzi, *Profili di operatività delle regole di ingaggio nell'ordinamento penale italiano*, in *ivi*, 163 ss.; L. D'Angelo, *Missioni militari all'estero, regole di ingaggio e cause di non punibilità codificate nella legislazione penale comune e militare*, in *DPP* 2005, 1161 ss.; S. Setti, *Le regole di ingaggio: profili definitori e problematici*, in *RassGiustMili.* 2019, 73 ss.

[10] Sul punto, M. Benvenuti, *Luci ed ombre della l. n. 145/2016 in tema di partecipazione dell'Italia alle missioni internazionali. Una prima lettura*, in *Rivista AIC* 2017, 42 ss. segnala un ulteriore profilo problematico, afferente alla possibilità che anche soggetti istituzionali non italiani – e, segnatamente, i comandi stranieri – possano partecipare alla definizione delle *RoE*; tematica approfondita da M. Franchini, *Le risoluzioni parlamentari sulla lotta al terrorismo internazionale*, in *GiorDirAmm* 2002, 325 ss.

[11] Segnala queste problematiche N. Ronzitti, *Il diritto applicabile alle Forze Armate italiane all'estero*, in *Il diritto internazionale umanitario e la guerra aerea. Scritti scelti*, a cura di G. Angelucci, L. Vierucci, Firenze 2010. 240, spec. nt. 184.

[12] Cfr., R. Venditti, *Il diritto penale militare nel sistema penale italiano*, Milano 1992; D. Brunelli, G. Mazzi, *Diritto penale militare*[4], Milano 2007, 88 ss.; P. Rivello, *Lezioni di diritto penale militare*[2], Torino 2012, 69 ss. Più di recente, D. Notaro, *Lineamenti di diritto penale militare italiano*, Torino 2025, 57 ss.

di ingaggio e agli ordini legittimi; *iv)* alla sussistenza della necessità militare; *v)* al rispetto dei limiti inderogabili derivanti dal diritto internazionale penale (su cui si dirà più oltre).
Si è già segnalato che in tale ambito di disciplina opera una forma speciale di eccesso colposo, la quale, invero, andrebbe raccordata con l'art. 55 Cp. Come noto, i presupposti applicativi di quest'ultimo istituto del diritto penale comune sono stati ampliati[13]: l'ultima porzione del co. 3 indica, infatti, che «Quando, nel commettere uno dei fatti previsti dal primo periodo, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge, dalle direttive, dalle regole di ingaggio o dagli ordini legittimamente impartiti, ovvero imposti dalla necessità delle operazioni militari, si applicano le disposizioni concernenti i delitti colposi se il fatto è previsto dalla legge come delitto colposo».

4. L'elemento innovativo della riforma del 2025 consiste nell'estensione della causa di giustificazione in parola all'uso di apparati, dispositivi, programmi o strumenti informatici idonei a commettere determinati delitti contro l'inviolabilità del domicilio e contro l'inviolabilità dei segreti. La disposizione sposta così il baricentro della scriminante da un paradigma tradizionalmente incentrato sull'uso della forza fisica a un paradigma tecnologico, nel quale la condotta lesiva può consistere in accessi, captazioni, interferenze, acquisizioni o manipolazioni di dati e comunicazioni.
Il rinvio alle sezioni del codice penale concernenti l'inviolabilità del domicilio e dei segreti consente di ricomprendere, almeno potenzialmente, una pluralità di fattispecie: accesso abusivo a sistema informatico o telematico; interferenze illecite nella vita privata; installazione di apparecchiature atte a intercettare o impedire comunicazioni; cognizione, interruzione o intercettazione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche; falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni; rivelazione di segreti o di documenti riservati.
La scelta legislativa presenta un significato politico-criminale rilevante. Essa sembra prendere atto del fatto che le operazioni militari contemporanee non si svolgono più soltanto nello spazio fisico del teatro operativo, ma anche nello spazio informatico[14]. La protezione del contingente, la raccolta di informazioni, la neutralizzazione di minacce, il contrasto a gruppi terroristici o a soggetti ostili possono richiedere attività di accesso a sistemi, intercettazione di comunicazioni, acquisizione di dati o interferenza con infrastrutture digitali. Il legislatore, anziché introdurre una disciplina autonoma delle operazioni *cyber* in ambito militare, ha scelto di innestare tali condotte nella preesistente scriminante speciale dell'art. 19.
Proprio tale innesto genera però non pochi interrogativi. I delitti informatici e quelli contro la segretezza delle comunicazioni tutelano beni giuridici di particolare rilievo: la riservatezza, la libertà di comunicazione, l'inviolabilità del domicilio informatico, la confidenzialità delle informazioni. La loro giustificazione in ragione della necessità militare richiede pertanto un bilanciamento particolarmente rigoroso, tanto più ove si consideri che la condotta può essere posta in essere in modo occulto, da remoto e con effetti potenzialmente diffusi oltre il perimetro immediato della missione. Vi è da aggiungere che l'uso della forza, pur potendo essere oggetto – in astratto – di una ponderazione con beni giuridici primari, si inserisce in un contesto di azione peculiare, che riguarda condotte poste in essere dal personale militare in condizioni di particolare urgenza e pressione, non di rado destinatario di minacce armate. Diversamente, il novero dei delitti per i quali viene estesa la scriminante in questione appare difficilmente compatibile con situazioni di particolare necessità e di improcrastinabile urgenza, tranne ovviamente in casi limite nei quali tali fatti tipici siano realizzati per scongiurare minacce gravi al contingente o alla popolazione civile.

[13] In argomento, G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*, Torino 2022, 361 ss.
[14] In tema, S. Setti, *Cyber-attack: una fenomenologia*, in *RassGiustMili.* 2019, 62 ss.

L'esperienza giurisprudenziale anteriore alla legge del 2016, maturata soprattutto dinanzi alla giurisdizione militare, mostra come il tema della necessità militare sia stato spesso affrontato in relazione alla protezione del posto, alla percezione di una minaccia e alla difficoltà di valutare *ex post* condotte adottate in situazioni caratterizzate da rapidità decisionale e incertezza informativa[15]. Laddove invece si ritenesse che esso consenta di rendere lecite attività di *intelligence* realizzate all'estero e suscettibili di integrare gravi reati, nel segno di un malinteso concetto di sicurezza esteso e non perimetrabile, potrebbe prestare il fianco ad abusi. Non si tratta più soltanto di giustificare l'uso proporzionato della forza in un contesto di rischio operativo, ma di autorizzare, entro determinati limiti, la commissione di reati che prescindono dall'impiego di violenza fisica e si realizzano attraverso la violazione di spazi digitali protetti. La nozione di necessità militare è così chiamata a operare in un ambito nel quale i parametri tradizionali di immediatezza, proporzione e reazione a una minaccia risultano meno agevolmente applicabili. Recenti vicende giudiziarie che hanno interessato corpi di polizia o apparati di *intelligence* hanno peraltro consentito di acquisire consapevolezza di quanto sia delicato il ricorso improprio ad accessi a sistemi informatici, banche dati riservate, corrispondenza elettronica o apparati di comunicazione e come essi possano anche sottendere gravissimi abusi sistematici (ovviamente questi totalmente illeciti), che minano finanche il corretto equilibrio dei poteri.

Ne deriva che – nel caso delle operazioni informatiche – le direttive, le regole di ingaggio e gli ordini legittimamente impartiti sono destinati a svolgere un ruolo ancora più incisivo rispetto all'uso tradizionale della forza, poiché dovranno definire non solo quando l'azione sia consentita, ma anche con quali strumenti, secondo quali procedure, con quali limiti tecnici e con quali cautele rispetto ai dati e ai soggetti coinvolti.

Le regole di ingaggio, in particolare, possono essere intese come il contesto normativo nel quale la necessità operativa viene tradotta in protocolli di condotta. Esse dovranno stabilire, ad esempio, quali sistemi possano essere oggetto di accesso, quali comunicazioni possano essere captate, quali informazioni possano essere acquisite, quali forme di conservazione o distruzione dei dati siano consentite, quali livelli autorizzativi siano necessari e quali cautele debbano essere adottate per evitare effetti sproporzionati o danni collaterali. In questa prospettiva, le regole di ingaggio non si limitano a disciplinare la tattica dell'operazione, ma concorrono a definire il perimetro penalmente rilevante della liceità, ovviamente nel rispetto della legge.

Anche il richiamo agli ordini legittimamente impartiti impone particolare attenzione: l'ordine manifestamente illegittimo non può fondare la scriminante né può farlo una direttiva che autorizzi condotte in contrasto con limiti inderogabili dell'ordinamento interno o internazionale. La speciale causa di giustificazione presuppone, dunque, una catena di comando formalmente e sostanzialmente legittima, il che vale a maggior ragione nel settore informatico, nel quale la distanza anche spaziale tra il decisore, l'operatore tecnico e il teatro operativo può rendere più opaca la distribuzione delle responsabilità.

In definitiva, l'estensione alle operazioni informatiche rende ancora più evidente la natura ibrida e problematica della scriminante in questione: essa è al tempo stesso norma penale di garanzia per il personale impiegato in missione e norma di delimitazione dell'azione statuale. La sua corretta applicazione dipenderà dalla qualità delle direttive e delle regole di ingaggio,

[15] Cfr., G. Mazzi, *La disciplina penale delle missioni militari italiane all'estero*, in *Missioni militari di peace keeping e cooperazione in materia penale*, cit., 29 ss.; L. D'Angelo, *Missioni militari all'estero: il legislatore amplia le possibilità di utilizzo delle armi per le Forze Armate (e senza punibilità)*, in *Forum Quad. Cost.* 5.4.2010; V. Santoro, Ius in bello *e disciplina delle operazioni militari armate svolte all'esterno dalle forze armate italiane*, in *RassGiustMili.* 2020, 47 ss.; F. Sperotto, *Forze armate italiane e operazioni internazionali: la cornice normativa di riferimento*, in *RassGiustMili.* 2018, 1 ss.

dalla loro compatibilità con la legge e dal controllo giurisdizionale sulla concreta riconducibilità della condotta al paradigma della necessità militare.

5. Uno dei profili più delicati della novella riguarda il campo di operatività della nuova scriminante. L'art. 19 fa riferimento a condotte poste in essere nel corso delle missioni internazionali e in presenza della necessità delle operazioni militari. Nel paradigma tradizionale, tale riferimento si collegava naturalmente al teatro fisico della missione: l'uso delle armi, della forza o di mezzi di coazione avveniva normalmente nello spazio in cui il contingente era dispiegato.
Le operazioni informatiche, invece, possono essere realizzate in luoghi diversi dal teatro operativo, mediante infrastrutture tecniche collocate altrove, e possono produrre effetti su sistemi situati in Stati terzi.
La disposizione sembra quindi imporre una distinzione tra luogo della condotta, luogo degli effetti e contesto funzionale dell'operazione. Ai fini della scriminante, il dato decisivo non dovrebbe essere necessariamente la presenza fisica dell'operatore nel teatro della missione, ma il collegamento funzionale dell'attività informatica con la missione internazionale e con la necessità delle operazioni militari. In altri termini, una condotta posta in essere da remoto potrebbe astrattamente rientrare nel perimetro della giustificazione se costituisce parte integrante di un'operazione militare autorizzata, regolata da direttive e regole di ingaggio, e se risponde a una necessità operativa concreta.
Questa lettura, pur coerente con la natura delle attività *cyber*, deve però essere contenuta entro limiti precisi. L'estensione funzionale non può trasformare la missione internazionale in un titolo generale per compiere attività informatiche ovunque e nei confronti di chiunque. Occorre che il nesso con la missione sia specifico, documentabile e non meramente occasionale. La necessità militare deve riferirsi all'operazione in corso e non a generiche esigenze informative o preventive. Inoltre, la condotta deve rispettare le regole del diritto internazionale applicabili, comprese quelle relative alla sovranità degli Stati, alla tutela dei civili e alla protezione dei diritti fondamentali.
La dimensione extraterritoriale rende altresì rilevante il problema della legge penale applicabile. Le fattispecie richiamate dalla novella appartengono al codice penale comune e tutelano beni giuridici che possono essere offesi anche attraverso condotte realizzate all'estero o da remoto. La scriminante speciale opera, dunque, come criterio di esclusione dell'antigiuridicità rispetto a reati che, in assenza della causa di giustificazione, potrebbero essere perseguiti secondo le regole generali sulla giurisdizione penale. Da questo punto di vista, l'art. 19 funge da norma di raccordo tra disciplina penale comune, diritto penale militare e operazioni militari tecnologicamente mediate.

6. Come già anticipato, l'art. 19 contempla la punibilità dell'eccesso colposo rispetto alla causa di giustificazione. Tuttavia, con riferimento alle fattispecie informatiche richiamate dalla novella, occorre considerare che molti dei delitti rilevanti sono strutturalmente dolosi e non prevedono una corrispondente forma colposa. Ne deriva che l'applicazione dell'eccesso colposo può risultare problematica o addirittura priva di concreta operatività, salvo che la condotta eccedente integri altra fattispecie punibile a titolo di colpa.
Tale esito appare particolarmente delicato nel settore *cyber*: qui, un'ampia serie di fattori e circostanze, come errori tecnici, propagazione non voluta degli effetti dell'operazione informatica, acquisizione eccedente di dati o interferenze con sistemi terzi, possono produrre conseguenze rilevanti pur in assenza di dolo diretto rispetto all'evento eccedente. Si tratta di conseguenze che possono risultare prive di un autonomo disvalore penale e, quindi, essere in

concreto non punibili, restando fermo – in ogni caso – che la scriminante non opera quando manchi uno dei suoi presupposti costitutivi.
L'inosservanza delle direttive, delle regole di ingaggio o degli ordini legittimi comporta, di regola, la fuoriuscita dal perimetro dell'art. 19 così come la mancanza di una necessità militare concreta o il difetto del collegamento funzionale con la missione impediscono di invocare la causa di giustificazione. In questi casi, il fatto è punibile perché viola i termini che ne consentono la commissione, previsti dall'atto normativo pertinente ovvero dalla situazione concretamente verificatasi.
Il limite più netto resta, tuttavia, quello relativo ai crimini internazionali. L'art. 19, co. 4, esclude espressamente che la scriminante possa coprire i crimini rientranti nella competenza della Corte penale internazionale. Tale previsione conferma che la necessità militare non può mai tradursi in una giustificazione dei gravissimi crimini di genocidio, contro l'umanità e soprattutto dei crimini di guerra contemplati rispettivamente dagli artt. 6, 7 e 8 dello Statuto di Roma. L'ordinamento interno, nel predisporre una tutela rafforzata per il personale impiegato in missione, resta vincolato al rispetto dei principi inderogabili posti a protezione della persona umana e dei beni fondamentali tutelati dagli strumenti di diritto internazionale consuetudinario e da quelli pattizi cui l'Italia ha aderito[16].
La previsione di cui al co. 4 mantiene così intatto il suo significato anche rispetto alle operazioni informatiche. Sebbene molte condotte realizzate con strumenti informatici non integrino di per sé crimini internazionali, non può escludersi che attacchi informatici contro infrastrutture civili essenziali, ospedali, sistemi idrici, reti energetiche o comunicazioni di emergenza possano assumere rilievo nel quadro del diritto internazionale umanitario e, in casi estremi, del diritto internazionale penale[17]. La clausola di esclusione opera dunque come presidio fondamentale contro ogni interpretazione espansiva della necessità militare.

7. La modifica introdotta nel 2025 segna un passaggio significativo nell'evoluzione del diritto penale applicabile alle missioni internazionali. Per la prima volta, la causa di giustificazione speciale dell'art. 19 viene espressamente estesa a condotte informatiche, riconoscendo che le operazioni militari contemporanee possono svolgersi anche nello spazio digitale e che gli strumenti informativi possono essere impiegati come mezzi operativi al pari, o accanto, agli strumenti tradizionali della forza militare.
L'intervento legislativo risponde verosimilmente alla trasformazione dei conflitti e delle minacce: terrorismo internazionale, guerra ibrida, attacchi informatici, manipolazione delle comunicazioni e uso ostile delle infrastrutture digitali costituiscono ormai componenti ordinarie degli scenari di crisi. Da questo punto di vista, l'estensione della scriminante può essere letta come tentativo di adeguare l'ordinamento penale alle nuove esigenze operative delle missioni.
Tuttavia, la tecnica normativa prescelta lascia aperti numerosi interrogativi.
La disposizione non chiarisce adeguatamente il rapporto tra operazioni militari e attività di *intelligence*, non definisce il grado di collegamento richiesto tra condotta da remoto e teatro della missione, non specifica i criteri di proporzione e minimizzazione del danno e non offre

[16] È da segnalare che in questa prospettiva si è posto il progetto sul "Codice dei crimini internazionali", che nelle intenzioni del legislatore storico avrebbe dovuto procedere alla c.d. *domestication* dello Statuto di Roma. Su tale progetto si vedano A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *RIDPP* 2023, 91 ss. e, volendo, S. Manacorda, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quad. cost.* 2022, 779 ss. nonché *Le questioni aperte della giustizia penale internazionale nella prospettiva interna*, a cura di S. Manacorda, C. Meloni, Milano 2024.
[17] Ad ampio spettro, M. Block, *Diritto internazionale umanitario nei conflitti armati*¸ supplemento al n. 1/2023 della *RassGiustMili*.

indicazioni sulle garanzie procedurali che dovrebbero accompagnare attività potenzialmente invasive della riservatezza e della segretezza delle comunicazioni.
In assenza di tali precisazioni, il compito dell'interprete sarà quello di evitare letture eccessivamente estensive. L'art. 19 deve quindi continuare a essere inteso come causa di giustificazione speciale, funzionale e condizionata, per cui la condotta informatica potrà essere scriminata solo quando sia strettamente collegata alla missione, risponda a una necessità militare concreta, sia conforme a direttive, regole di ingaggio e ordini legittimi e rispetti i limiti derivanti dal diritto interno e internazionale.

GIUSTIZIA PREDITTIVA E TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: UN DELICATO EQUILIBRIO TRA ESIGENZE CONTRAPPOSTE

di Letizia Mantovani (Dottore di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli studi di Milano)

Il contributo analizza il potenziale e futuribile ruolo degli algoritmi predittivi nell'amministrazione della giustizia penale, focalizzandosi sulla tensione tra efficienza tecnologica e rispetto dei diritti fondamentali. Nell'ottica di una tutela "multilivello", i rischi di discriminazione derivanti dai *bias* algoritmici e l'opacità generata dall'effetto *black box* si presentano, infatti, come sfide inedite per la tenuta dell'impianto garantistico codificato dalle Carte internazionali. L'indagine si estende alla compatibilità della decisione penale "robotica" con il principio di legalità convenzionale *ex* art. 7 CEDU, mediante l'analisi delle nozioni di "prevedibilità" e "calcolabilità", anche alla luce di un recente studio sull'applicabilità di tecniche di *machine learning* alla giurisprudenza della Corte Edu. In conclusione, si evidenzia la necessità di un assetto normativo, in linea con il recente *AI Act*, che preservi la centralità dell'interprete umano e l'autonomia del giudizio, quali irrinunciabili presidi contro rischiose derive di standardizzazione statistica dell'*ars iudicandi*.
This paper examines the potential and future role of predictive algorithms in criminal justice administration, focusing on the tension between technological efficiency and respect for fundamental rights. Within a "multi-level" protection framework, the risks of discrimination stemming from algorithmic bias and the opacity generated by the "black box" effect represent unprecedented challenges to the integrity of the safeguard system codified by international Charters. The investigation extends to the compatibility of "robotic" criminal decisions with the principle of legality under Article 7 of the ECHR, through an analysis of the concepts of "predictability" and "calculability," also in light of a recent study on applying machine learning techniques to the European Court of Human Rights' case law. In conclusion, the study highlights the need for a regulatory framework - aligned with the recent *AI Act* - that preserves the centrality of the human interpreter and judicial autonomy as essential safeguards against risky trends toward the statistical standardization of the *ars iudicandi*.

Giustizia predittiva; Art. 7 CEDU; Giusto processo
Predictive justice; Art. 7 CEDU; Fair trial

Sommario: 1. Introduzione 2. Previsione algoritmica e giusto processo: profili di (in)compatibilità 3. Il ruolo dell'art. 7 CEDU, tra ragionevole prevedibilità e calcolabilità anticipata 4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo al vaglio della predizione decisoria automatizzata 5. Riflessioni conclusive.

1. Il ricorso agli algoritmi predittivi a supporto degli operatori del diritto, attualmente, è in fase di pieno e sempre più rapido sviluppo, sotto un profilo non esclusivamente tecnologico, ma anche di regolamentazione normativa. L'intelligenza artificiale rappresenta la punta di diamante dell'innovazione digitale, soprattutto alla luce dei considerevoli vantaggi conseguenti al suo impiego, in termini di efficienza, qualità e sicurezza. Sul piano giuridico, alla spinta evolutiva derivante da una rivoluzione di tale portata corrispondono, tuttavia, inevitabili rischi

e problemi inediti, allo stato, non ancora del tutto risolti, «anche in ragione del consueto ritardo del diritto rispetto ai fenomeni della tecnologia»[1].
La tendenza umana a riporre inconsciamente fiducia «nelle tecnologie, ritenute oggettive e meritevoli di fiducia per il solo fatto di essere tecnologie»[2], occulta l'inevitabile influenza dei condizionamenti sociali sul funzionamento e i risultati dell'attività robotica. L'operatività di sistemi basati sull'apprendimento automatico è, infatti, influenzata da interventi esterni, che incidono nella formazione e nella scelta dei *cluster* ove sono raccolti e suddivisi i dati.
Se è vero che l'algoritmo «è ontologicamente condizionato dal sistema di valori e dalle intenzioni di chi ne commissiona la creazione e/o di chi lo crea»[3], in presenza di vizi operativi, dovuti a difetti di programmazione del software o a un'errata configurazione del *dataset* su cui si basa l'apprendimento automatico della macchina, inevitabili appaiono gli effetti discriminatori conseguenti all'impiego di tali sistemi di IA in contesti che coinvolgono direttamente i diritti della persona. Ciononostante, è altresì vero che il rischio che il contenuto delle decisioni esclusivamente umane sia il prodotto, anche solo parziale, di *bias* cognitivi è parimenti elevato: sotto questo profilo, i sistemi di intelligenza artificiale non necessariamente offrono un grado di affidabilità inferiore a quello delle persone fisiche.
Posto, dunque, l'inevitabile ingresso di software algoritmici nel contesto giudiziario in un futuro sempre più prossimo, al netto dei potenziali benefici e delle inevitabili criticità, appare altrettanto necessaria la definizione di un assetto normativo idoneo a garantirne l'integrazione nell'ordinamento giuridico di riferimento, nel rispetto degli inviolabili principi che lo governano. Allo scopo, il compito di bilanciare le esigenze di sviluppo economico e di efficienza amministrativa, da un lato, e la tutela dei diritti fondamentali, dall'altra, deve essere adempiuto dai competenti organi legislativi nel rispetto delle fonti sovranazionali. Nell'ottica di assicurare una tutela "multilivello"[4] dei diritti inviolabili direttamente interessati dall'implementazione di tali tecnologie, occorre, infatti, avere contezza della permeabilità del tessuto normativo interno all'ingerenza dei principi fissati dalle Carte internazionali, aventi natura precettiva, e delle disposizioni comunitarie direttamente applicabili[5].
Occorre preliminarmente soffermarsi sull'evoluzione normativa che ha definito le caratteristiche della *predictive justice* nel panorama internazionale e, ancor prima, sull'interazione delle disposizioni di diritto europeo e delle norme sovranazionali di natura pattizia con l'implementazione di sistemi di intelligenza artificiale nei diversi ambiti della società civile.
I due principali presidi posti dalla comunità internazionale a tutela dei diritti inviolabili della persona sono la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dotata del medesimo valore giuridico dei Trattati istitutivi dell'Unione europea ai sensi dell'art. 6 TUE, e la Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che rappresenta, per l'ordinamento italiano, parametro interposto per il vaglio di costituzionalità delle norme interne, ai sensi dell'art. 117 Cost.

---

[1] F. Marasà, *Intelligenza artificiale e tutela dei dati personali. Quali riflessi sulla giustizia predittiva?*, in *ODCC* 2023, 74 ss.
[2] P. Comoglio, *Prefazione*, in J. Nieva - Fenoll, *Intelligenza artificiale e processo*, Torino 2019, X ss.
[3] S. Signorato, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *RDPr* 2020, 605 ss.
[4] R. G. Conti, *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, in *QuestG* 2016, 89 ss.; A. Ruggeri, *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti, vol. XIX., Studi dell'anno 2015*, Torino 2016, 237 ss.
[5] R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione e «controlimiti» costituzionali: alcune riflessioni a margine del caso Taricco*, *www.penalecontemporaneo.it* 7 novembre 2016.

Il primo nodo da sciogliere è se e come le disposizioni normative contenute in tali Documenti siano idonee a contemperare gli effetti, potenzialmente dirompenti, della rivoluzione tecnologica attualmente in corso. Il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, del resto, esplicita chiaramente l'obiettivo di «rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce (…) degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta». Analizzando, quindi, i principi enunciati e garantiti dalle Carte internazionali e operando un raffronto con le modalità di funzionamento che accomunano la maggior parte dei sistemi di IA, emerge, anzitutto, la necessità che il trattamento dei dati operato dagli algoritmi avvenga nel pieno rispetto della dignità umana, della libertà individuale, della vita privata e familiare, del diritto a un giusto processo e alla trasparenza dei processi decisionali, nonché del divieto di discriminazione.

Tale impostazione garantista, tuttavia, mal si concilia con la tendenza degli strumenti predittivi a restituire risultati poco accurati [6], specialmente per quanto riguarda il supporto allo svolgimento di attività di *law enforcement* e di valutazione sia della tendenza a delinquere sia del rischio di recidiva per determinate categorie di soggetti[7]. La presenza di *bias* nella categorizzazione dei dati personali oggetto di trattamento ha, infatti, delle conseguenze di rilievo sulle previsioni elaborate dalla macchina, le quali, a loro volta, influenzano sensibilmente l'opinione del giudicante umano. L'alterazione percettiva del software, determinata da simili errori di programmazione, comporta, pertanto, dei risvolti particolarmente sfavorevoli nei confronti dell'interessato al trattamento, il quale, entrato in contatto con il circuito della giustizia penale, vedrebbe leso il proprio diritto a essere considerato innocente sino a che non intervenga una sentenza irrevocabile che ne accerti l'effettiva responsabilità. Inoltre, a causa dell'effetto "*black box*", l'analisi dei dati e le modalità di individuazione delle correlazioni funzionali al raggiungimento dell'*output* finale non sono conoscibili e, pertanto, anche il percorso logico seguito dalla macchina, la struttura e persino il contenuto dell'attività computazionale rimangono, di fatto, ignoti. Segnatamente, le decisioni assunte all'esito delle valutazioni probabilistiche generate da sistemi algoritmici, sottraendosi anche solo parzialmente al controllo umano, rischiano di rivelarsi del tutto arbitrarie e illegittime[8].

Il dibattito sull'implementazione di strumenti predittivi nell'amministrazione della giustizia e sulle conseguenze per la tutela dei diritti umani si concentra, in particolare, sul rischio che la macchina possa elaborare *output* ingiustificatamente discriminatori, legati alla razza, alla nazionalità, alle opinioni politiche, all'etnia, al genere, allo stato di salute, ai tratti somatici, o alle convinzioni personali e religiose di coloro che sono sottoposti alla profilazione algoritmica[9]. Un simile esito si verifica, ad esempio, laddove il *dataset* per la fase di *training* dell'algoritmo sia predisposto sulla base di dati, anche solo parzialmente, incompleti o errati: la macchina apprende informazioni non corrette e sviluppa una falsa rappresentazione della realtà che la conduce a scelte ingiuste e lesive per i suoi destinatari. Parimenti, effetti di carattere discriminatorio possono discendere da una scorretta attività di classificazione da parte dei programmatori: la selezione di alcune caratteristiche personologiche, a discapito di altre,

[6] A. Cowger, *The Threats of of Algorithms and AI to Civil Rights, Legal Remedies, and American Jurisprudence: One Nation Under Algorithms*, Lanham 2020, 276 ss.

[7] M. Caianello, *Potenzialità e rischi derivanti dall'interazione tra I.A. e giustizia penale preventiva*, in *XXVI Lezioni di Diritto dell'Intelligenza artificiale*, a cura di U. Ruffolo, Torino 2021, 206 ss.

[8] S. Gless, *AI in the Courtroom: A Comparative Analysis of Machine Evidence in Criminal Trials*, in *GJIL* 2020, 195 ss.

[9] C. Daelman, *AI through a human rights lens. The role of human rights in fulfilling AI's potential*, in *Artificial Intelligence and the Law*, a cura di J. De Bruyne, C. Vanleenhove, Cambridge 2022, 140 ss.

influenza sensibilmente il processo di profilazione e, di conseguenza, anche le previsioni successivamente elaborate dal sistema di IA[10].
Emblematica, sotto questo aspetto, è l'esperienza della giustizia penale statunitense con COMPAS, software predittivo in grado di valutare il rischio di recidiva dell'imputato sulla base di una scala di valori numerici, compresa tra 1 e 10[11]. La soluzione prospettata dall'algoritmo, espressa in forma di percentuale, consegue all'elaborazione del contenuto del fascicolo istruttorio e alle risposte fornite dall'imputato in un colloquio valutativo, precipuamente teso all'acquisizione delle informazioni necessarie a implementare la base dati su cui opera il *tool*. Nella fase di processazione, a tali elementi è attribuito un punteggio, sulla base di precisi parametri, precedentemente delineati dagli sviluppatori del software mediante catalogazione dei fattori di rischio statisticamente più frequenti nella casistica dei fenomeni antisociali oggetto di indagine. L'algoritmo, pertanto, effettua una previsione comparando le informazioni ottenute dall'interessato al trattamento con quelle relative a un gruppo di soggetti dalle caratteristiche personologiche affini: oggetto della prognosi è, allora, la generale probabilità che individui con pregressi criminosi tra loro simili possano commettere nuovi reati della medesima specie[12].
Nell'ormai celebre "caso Loomis" [13], l'imputato era stato sottoposto alla valutazione di COMPAS nel corso del processo a suo carico e, conseguentemente, ritenuto ad alto rischio di recidiva per almeno tre dei capi d'accusa contestatigli. La difesa ha opposto l'inaccessibilità del codice sorgente quale forma di violazione del diritto a un giudizio equo, posto che all'opacità del software corrisponde il concreto pericolo che il modello di apprendimento della macchina sia stato sviluppato sulla base di un *dataset* viziato da pregiudizi e *bias* di carattere discriminatorio[14]. La Corte Suprema del Wisconsin ha, tuttavia, respinto le argomentazioni sostenute nella tesi difensiva, ritenendo che la mancanza di trasparenza non comporta la violazione del diritto dell'imputato a un giusto processo, a condizione che COMPAS non sia impiegato ai fini della determinazione della pena e che i punteggi di rischio indicati dal software non costituiscano fattori determinanti per il contenuto della decisione, dovendo i giudici fornire una motivazione che vada oltre la mera indicazione del risultato algoritmico[15].
In questo senso, la copertura del brevetto e la tutela del segreto industriale non avrebbero impedito la possibilità di contestare gli esiti del calcolo compiuto dalla macchina: nonostante le modalità operative dello strumento predittivo risultino secretate, il manuale di funzionamento del software indica espressamente che i punteggi sono basati in gran parte su dati statistici, con uso limitato di variabili dinamiche[16]. Il problema dell'eventuale presenza di pregiudizi parrebbe, allora, arginato sia dalla coesistenza di un elevato numero di parametri di riferimento, quale garanzia di accuratezza dell'indagine condotta da COMPAS, sia dal divieto per i giudici, *expressis verbis*, di fondare le proprie valutazioni unicamente sui predetti

[10] C. Greco, *Intelligenza artificiale e diritti umani nel diritto internazionale e dell'Unione europea. Alla ricerca di un delicato equilibrio*, in *OIDU* 2022, 782 ss.
[11] M. Sciacca, *Algocrazia e sistema democratico. Alla ricerca di una soluzione antropocentrica. Appunti sulla cd. giustizia predittiva*, in *LDE* 2024, 14 ss.
[12] F. Scamardella – M. Vestoso, *Modelli predittivi a supporto della decisione giudiziaria. Alcuni spunti di riflessione*, *RIFD* 2023, 135 ss.
[13] Supreme Court of Wisconsin, *State v. Loomis* (2016, 881 N. W.2d749).
[14] L. Lupària, *Prova giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura*, in J. SALLANTIN – J.J. SZCZECINIARZ (a cura di), *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale*, Giuffrè 2005, VII e ss.
[15] S. Carrer, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 24 aprile 2019.
[16] A. Simoncini, *Diritto costituzionale e decisioni algoritmiche*, in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. Dorigo, Pisa 2020, 46 ss.

risultati[17]. Tale spiegazione non appare, però, sufficientemente esaustiva, poiché non tiene conto dell'inevitabile incidenza di tali risultati, per quanto falsati, sulle sorti del giudizio, oltre che della difficoltà, per chi subisce il pregiudizio discriminatorio, di dimostrare l'esistenza di un "effetto ancoraggio" e le sue conseguenze sul contenuto del provvedimento decisorio.

2. Oltre all'implementazione di *risk assesment tools*, il processo penale si presta altresì al futuribile intervento, in funzione ausiliaria, dell'IA predittiva sia nella valutazione del quadro probatorio, consentendo la ragionevole esclusione di ricostruzioni alternative rispetto a quella che afferma la responsabilità dell'imputato[18], sia nella formazione della decisione. In questo caso, il *dataset* non è creato a partire dalla profilazione di dati personali attinenti a determinate categorie di soggetti, ma sulla base del contenuto delle sentenze presenti nelle banche dati digitali.
La giurisprudenza è il risultato di un processo di elaborazione che si fonda sul ragionamento dei singoli giudici, sull'autorità dei principi normativi e persino su atti di *soft law*, così qualificandosi come forma di "normatività istituzionalizzata" in senso lato [19]. L'esercizio del potere giurisdizionale modella e specifica il significato, altrimenti generale e astratto, delle disposizioni di legge, contestualmente arricchendo il patrimonio giurisprudenziale già esistente. Ci si domanda, pertanto, se l'utilizzo di dati d'ingresso apparentemente più neutrali, in quanto espressione della volontà di un soggetto terzo e imparziale, minimizzi il rischio che la macchina elabori prognosi viziate da pregiudizi o, comunque, inadatte a supportare efficacemente le determinazioni del decisore umano.
In primo luogo, bisogna considerare che ogni provvedimento, oltre a riferirsi a un preciso fatto storico, unico e irripetibile, rappresenta il prodotto finale di un ragionamento giuridico inevitabilmente influenzato dalle convinzioni personali e dal contesto di appartenenza del giudice. La sentenza, infatti, si concretizza in una triplice dimensione: istituzionale, ermeneutica e sociale. Questi ultimi due aspetti, in particolare, sono imprescindibilmente legati all'esperienza individuale connaturata all'esercizio dell'*ars iudicandi*, con ripercussioni anche sul contenuto della motivazione, quale momento finale di un articolato *iter* della ragione umana[20]. L'algoritmo predittivo, elaborando massime e argomentazioni correlate al quesito giuridico oggetto d'indagine, realizza la propria previsione anche sulla base delle opinioni personali espresse dai giudici che hanno deciso in merito a un caso simile, ma non identico, a quello da risolvere. Nonostante l'implementazione della giustizia predittiva sia tesa alla massima formalizzazione del processo interpretativo e decisionale[21], non si può infatti negare che il soggettivismo sia ontologicamente intrinseco a tutti i provvedimenti giudiziari, risultando, per l'effetto, ineliminabile, posto che «*objectivity is not the goal of the judicial function and subjectivity is not the price of judicial disfunction*»[22]. La neutralità di tali applicativi, quindi, è soltanto apparente.
Si ricorda, inoltre, come anche l'opacità della processazione algoritmica contribuisca a minare l'affidabilità degli *output*, poiché non consente di ricostruire la logica sottesa alla rilevanza attribuita dalla macchina a determinati dati e alle relative correlazioni. Infine, se il sistema di

[17] L. Han-Wei, L. Ching-Fu, C. Yu-Jie, *Beyond State v Loomis: artificial intelligence, government algorithmization and accountability*, in *Int. J. Law Inf. Technol* 2019, 122 ss.
[18] M. Caterini, *Il giudice penale robot*, in www.lalegislazionepenale.eu, 19 dicembre 2020.
[19] F. Scamardella – M. Vestoso, op. cit., 148.
[20] G. Canzio, *La 'dike' degli antichi e la 'giustizia' dei moderni: 'Edipo re' e 'Antigone',* in www.penalecontemporaneo.it, 23 aprile 2018.
[21] O. Di Giovane, *Il Judge bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *CP* 2020, 262 ss.
[22] D. E. Edlin, *Common Law Judging: Subjectivity, Impartiality, and the Making of Law*, Michigan 2016, 5 ss.

I.A. individua nessi causali mediante l'analisi di precedenti che presentano caratteristiche comuni, la decisione del software si fonda su mere correlazioni statistiche, ritenute rilevanti poiché ripetibili e, dunque, generalizzabili sulla base del principio *"id quod plerumque accidit"*, spesso a discapito della peculiarità del caso concreto e della situazione personale dell'imputato[23].

Se da un lato, allora, tale tecnologia consente di ottimizzare, in termini quantitativi, l'utilizzo delle risorse contenute nelle banche dati giuridiche, dall'altra rischia, sotto il profilo qualitativo, di assegnare importanza a meri schemi decisionali ripetuti nel tempo e, quindi, di attribuire rilievo a un criterio di stampo statico – seriale, a discapito di uno di tipo dinamico – evolutivo[24]: gli algoritmi predittivi, infatti, si basano su *patterns* di dati che fotografano la realtà in un dato momento storico, operando un'interpretazione prettamente logico – letterale del dato normativo, senza considerare il contesto in cui lo stesso si inserisce[25]. L'impiego di tali *tools*, «proiettando la valutazione del singolo caso sullo sfondo di generalizzazioni statistiche, [...] allontana la valutazione dal fatto, e mette in primo piano l'autore, secondo processi di standardizzazione che prospettano una riedizione postmoderna del "tipo criminologico di autore"»[26]: il loro inserimento nella sequenza procedimentale in cui si articola il giudizio penale, con particolare attenzione alla fase decisoria, deve essere attentamente ponderato e, conseguentemente, regolamentato, pena l'inevitabile violazione delle garanzie a tutela del giusto processo.

Alla luce delle precedenti considerazioni, la futuribile prospettiva di migliorare la qualità del sistema giudiziario mediante l'impiego di «*big data for automated decision – making*»[27], si scontra, inevitabilmente, con la necessità di meglio definire il rapporto di tale innovazione tecnologica con la tutela dei diritti fondamentali. Il ricorso, sempre più frequente, all'automazione e al processo decisionale algoritmico potrebbe, infatti, condurre a un'alterazione del concetto stesso di "diritti umani" [28] come codificati, in ambito europeo, dalla Carta di Nizza, dai Trattati istitutivi, unitamente ai principi generali non scritti, dal diritto derivato, e, sul versante del diritto internazionale, dalla CEDU.

Tale prospettiva appare tutt'altro che utopistica, soprattutto se si considera che i diritti tutelati, tanto dalla Carta di Nizza quanto dalla CEDU, non rivestono carattere assoluto. Secondo l'articolo 52 paragrafo 1 CDFUE, infatti, una limitazione dei diritti fondamentali è possibile se prevista dalla legge, purché effettivamente rispondente a obiettivi di interesse generale riconosciuti dall'Unione europea e sempre nel rispetto dei criteri di necessità e proporzionalità: la compressione dei diritti, oltre a dover risultare giustificata da esigenze imperative, dovrà anche essere subordinata alla possibilità di poter soddisfare tali istanze mediante soluzioni alternative e meno invasive. Nondimeno, la Corte di giustizia dell'UE ha ribadito che garanzie fondamentali come quelle sancite dagli artt. 7 e 8 CDFUE possono essere contemperate dalla tutela di interessi diversi ma altrettanto rilevanti, a condizione che tale compressione sia tesa a perseguire finalità di interesse generale, riconosciute dall'UE o dall'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.

---

[23] S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings,* Londra 2020, 192 ss.

[24] M. F. Carriero, *Crisi della legalità e intelligenza artificiale: uno sguardo (comparato) d'insieme*, in *AP* 2024, 15 ss.

[25] C. Cavaceppi, *L'intelligenza artificiale applicata al diritto penale,* in *Intelligenza artificiale - Algoritmi giuridici: Ius condendum o fantadiritto?,* a cura di G. Taddei Elmi, A. Contaldo, Pisa 2020, 113 ss.

[26] V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in, *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l'etica*, a cura di U. Ruffolo, Milano 2020, 547 ss.

[27] European Union Agency For Undamental Rights (FRA), *#BigData: Discrimination in data – supported decision making* 2018, 3.

[28] C. Greco, op. cit., 806.

Parimenti, anche la Corte EDU, proprio con riferimento all'impiego di nuove tecnologie, ha avuto modo di chiarire che gli Stati dovrebbero trovare un giusto equilibrio tra la protezione dei diritti fondamentali e la promozione del progresso tecnico – scientifico. In questa prospettiva, l'applicazione su vasta scala di sistemi di intelligenza artificiale implica un'inevitabile connessione, e una possibile reciproca interferenza, con un'ampia gamma di diritti fondamentali, dall'intensità variabile, a seconda delle specifiche funzionalità di tali strumenti, della loro complessità e del settore in cui vengono impiegati[29]. Peraltro, il continuo mutamento e la conseguente imprevedibilità di questi sistemi rappresentano degli ostacoli concreti[30] alla preventiva individuazione dei possibili profili di ingerenza che potrebbero concretamente realizzarsi con l'assetto di garanzie previsto dalle Carte internazionali[31]. Con particolare riguardo ai software di giustizia predittiva, corrispondendo all'implementazione di modelli basati sull'autoapprendimento una sensibile riduzione della supervisione umana, tutt'altro che marginale è il rischio che possano verificarsi, nel corso dell'*iter* decisorio, violazioni della dignità umana o della privacy, ovvero esiti di natura discriminatoria, quali dirette conseguenze dell'intervento della macchina a supporto dell'attività del giudice. In assenza di presidi adeguati potrebbero, inoltre, essere compromessi i diritti a un rimedio giurisdizionale efficace, alla buona amministrazione, a un ricorso effettivo e ad un processo equo[32].

Attestata la necessità di interventi di carattere strettamente normativo tesi alla definizione e alla regolamentazione, nel tempo, dei principali punti di contatto tra IA e amministrazione della giustizia, si sottolinea l'opportunità che tale base giuridica, frutto degli sforzi congiunti delle istituzioni sovranazionali e dei singoli ordinamenti statali, valorizzi l'importanza di principi quali la trasparenza e il giusto processo, la certezza del diritto e, nello specifico, predisponga misure concrete, volte a tutelare le libertà fondamentali e le garanzie associate al ricorso, al trattamento e all'analisi dei dati da parte del settore pubblico e di quello privato.

D'altro canto, più che concetti giuridici inediti, dall'interazione tra innovazione tecnologica e diritti fondamentali sembrano emergere nuove declinazioni di significato di diritti già esistenti. Ne rappresenta un chiaro esempio il concetto di "dignità umana", di cui all'art. 1 CDFUE, il quale potrebbe, *ex se*, ben ricomprendere anche il diritto della persona a non dover dipendere esclusivamente dalle valutazioni e dalle prognosi operate della macchina. La pretesa dei singoli individui a non essere «*measured, analysed or coached*»[33], sintetizzabile, secondo parte della dottrina, nel "*right to cognitive liberty*"[34], rientrerebbe, allora, a pieno titolo tra i diritti già sanciti e garantiti dalle Carte internazionali[35]. Controversa appare, pertanto, la possibilità che

[29] Si veda la posizione del Consiglio d'Europa espressa nella *Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, Appendix*, par. A.8.

[30] A. Adinolfi, *L'unione europea dinanzi allo sviluppo dell'intelligenza artificiale: la costruzione di uno schema di regolamentazione europeo*, in *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, a cura di S. Dorigo, Pisa 2020, 13 ss.

[31] MSI-AUT, *A study of the implications of advanced digital technologies (including AI systems) for the concept of responsibility within a human rights framework*, 9 novembre 2018. Lo studio si riferisce alla rivoluzione digitale in atto come alla "*New" Industrial Revolution* ed evidenzia che «*The 'New' Industrial Revolution now dawning is also likely to bring myriad benefits to individuals and societies yet, like the original Industrial Revolution, might also generate unintended adverse effects that were not recognised at the time of the revolution's unfolding*».

[32] C. Greco, op. cit., 807.

[33] Rathenau Instituut, *Human rights in the robot age Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality* 2017, 6 ss.

[34] J. Bublitz, *My mind is mine!? Cognitive liberty as a legal concept*, in *Cognitive Enhancement: An Interdisciplinary Perspective*, a cura di E. Hildt - A. Franke, Londra 2013, 233 ss.

[35] F. Siracusano, *Tutela multilivello dei diritti fondamentali e diritto penale. Sviluppi e questioni aperte nel "dialogo" tra le Corti*, in *Tra diritti fondamentali e principi generali della materia penale. La crescente influenza della giurisprudenza delle Corti europee sull'ordinamento penale italiano*, a cura di G. Grasso, A. M. Maugeri,

alla formalizzazione di nuove prerogative individuali, discendenti direttamente dall'ingresso dell'IA nelle dinamiche su cui si fonda uno Stato di diritto, corrisponda una loro più intensa ed efficace protezione. Ampliando, sotto un profilo puramente nominale, il catalogo delle situazioni giuridiche soggettive tutelabili si prospetta, al contrario, il rischio di estendere ulteriormente un già ricco catalogo di diritti riconosciuti solo in potenza, senza riscontri nella prassi[36].

Occorre, allora, rispondere all'iniziale quesito sull'idoneità delle disposizioni normative contenute nelle Carte internazionali a far fronte a tali cambiamenti. La risposta, alla luce di quanto finora osservato, appare affermativa, sebbene non preclusiva della necessità di individuare specifici accorgimenti, quali: l'introduzione di meccanismi di controllo rigorosi ed effettivi che impongano ai produttori dei sistemi di IA di conformarsi ad una serie di requisiti finalizzati a rafforzare la tutela nei confronti degli utilizzatori e, in particolare, dei loro diritti personalissimi, nonché la previsione di efficaci meccanismi sanzionatori atti a contrastare un uso distorto di tali tecnologie.

Sul punto, di particolare interesse è il rapporto annuale dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i Diritti Umani del 2021, nel quale viene chiaramente evidenziato l'impatto dei sistemi di IA sulla tutela della privacy e sugli altri diritti umani strettamente connessi a settori di interesse pubblico, compresa la giustizia penale. Nel documento sono formulate, a beneficio sia dei legislatori nazionali sia delle imprese produttrici, una serie di raccomandazioni finalizzate ad affrontare le sfide del processo tecnologico, così da «*ensure that the use of AI is in compliance with all human rights and that any interference with the right to privacy and other human rights through the use of AI is provided for by law, pursues a legitimate aim, complies with the principles of necessity and proportionality and does not impair the essence of the rights in question*»[37].

In questo senso, si è orientato anche il Legislatore europeo che, nel corso dell'ultimo decennio, ha tentato a più riprese di definire i confini applicativi di un modello di intelligenza artificiale giuridicamente ed eticamente accettabile, in ultimo consacrato dall'adozione del Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio 2024/1689 (*AI Act*).

3. L'articolo 7 CEDU sancisce una garanzia irrinunciabile di ogni Stato di diritto, mai derogabile, nemmeno nelle ipotesi di eccezionale gravità individuate dall'art. 15 della medesima Convenzione. Il divieto assoluto di applicazione retroattiva *in peius* della norma penale, a prescindere dalla natura interna o sovranazionale della fonte incriminatrice, costituisce, infatti, il fulcro del principio di legalità convenzionale[38]. Diversamente dall'impostazione tradizionalmente riconducibile al sistema penale italiano[39], tuttavia, la CEDU non prioritizza la dimensione istituzionale della riserva di legge, quale granitico presidio della rappresentatività parlamentare, bensì, riconosce primaria importanza alla libertà di autodeterminazione del singolo. Riconducendo direttamente l'irretroattività della norma penale sfavorevole al principio di legalità, l'art. 7 CEDU, infatti, garantisce all'agente libere scelte di azione sulla base della preconoscenza di ciò che è lecito e di ciò che non lo è[40]. Si configura, così, un vero e proprio diritto alla "calcolabilità anticipata"[41], da intendersi come garanzia

R. Sicurella, Pisa 2020, 3 ss.

[36] A. Santosuosso, *Intelligenza artificiale e diritto, Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano 2021, 413 ss.

[37] A/HRC/48/31, *The right to privacy in the digital age – Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 13 settembre 2021, 15.

[38] C. Sotis, *"Ragionevoli prevedibilità" e giurisprudenza della Corte Edu*, in *QuestG* 2018, 68 ss.

[39] G. Marinucci, E. Dolcini, G. L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2024, 43.

[40] C. Sotis, op. cit., 69.

[41] M. Donini, *Prescrizione e irretroattività tra diritto e procedura penale*. "D", in *FI* 1998, 324.

fondamentale di ogni individuo, riconosciuta e tutelata tanto dalle Carte internazionali quanto dalla giurisprudenza europea[42].
In veste di principali corollari del divieto assoluto di retroattività *in peius*, i criteri di ragionevole prevedibilità e di accessibilità costituiscono condizioni qualitative della norma incriminatrice, relative agli elementi essenziali della fattispecie antigiuridica, al contenuto e alla portata del trattamento sanzionatorio, nonché alla loro effettiva conoscibilità da parte dei consociati. Mediante l'adozione di tali canoni ermeneutici è, dunque, demandato alla Corte EDU il delicato, quanto cruciale, compito di perseguire e tutelare la certezza del diritto penale. Un orientamento giurisprudenziale consolidato[43] ha postulato il soddisfacimento del principio di prevedibilità in presenza di una base legale il più possibile chiara e completa, atta a formalizzare la pretesa punitiva nei confronti di una determinata condotta illecita, alla quale deve far seguito una prassi applicativa costante e coerente. Tali fattori, solitamente, operano in un rapporto di proporzionalità inversa, poiché, a una maggiore indeterminatezza della norma incriminatrice corrisponde una più pregnante indagine sulla sua idoneità a disciplinare fattispecie concrete, al fine di sanare, in sede giudiziale, eventuali vizi di imprecisione presenti nel testo della disposizione[44]. Secondo la Corte EDU, tuttavia, la precisione assoluta del dettato normativo non solo non è possibile, ma nemmeno auspicabile, vista la necessità per il diritto penale di adeguarsi tempestivamente ai mutamenti sociali. Preminente rilevanza assume, allora, l'esercizio dell'*ars iudicandi*, che, specificando la portata del precetto, eleva l'attività giurisprudenziale al rango di fonte di produzione. In questo modo «la norma incriminatrice diviene una fattispecie a formazione progressiva, in cui al testo di legge si chiede fondamentalmente di esprimere delle linee di indirizzo in grado di orientare l'interprete in modo chiaro e coerente, e a quest'ultimo di applicarle in modo ragionevole. Non solo testo, quindi, ma nemmeno solo interpretazione» [45].
Qualora la giurisprudenza preesistente non appaia coerente, ovvero risulti del tutto insussistente, il vaglio di prevedibilità della norma si plasma a partire dai suoi destinatari, nonché dalla percezione sociale del suo disvalore, fino ad arrivare, in alcuni casi, a fondare una «misura ipersoggettiva della prevedibilità»[46] modellata sulle caratteristiche personali del singolo ricorrente. Da ultimo, se della disposizione oggetto del controllo non risulta un'applicazione costante e omogenea, la Corte ha talvolta fatto ricorso al criterio della "conformità alla sostanza del reato"[47], mediante il quale la prevedibilità viene valutata a seguito di un raffronto proporzionale tra il disvalore espresso dal nucleo essenziale della fattispecie delittuosa e quello ravvisabile nella situazione concreta, oggetto di giudizio[48]: la norma penale è da considerarsi ragionevolmente prevedibile solo se l'effetto criminogeno attribuito al tipo criminoso legale si rispecchia omogeneamente nel fatto storico *de qua*.
Al riconoscimento, da parte della Corte EDU, dell'idoneità del formante giurisprudenziale ad assicurare la ragionevole prevedibilità convenzionale, corrisponde l'assegnazione al giudice del compito di codeterminare il contenuto della norma penale, con la conseguenza che il principio di tipicità ricomprenda al suo interno non solo l'evidenza del dato normativo, ma

[42] V. Manes, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, De Sena, V. Zagrebelsky, Padova 2012, 279 ss.
[43] *Ex multis*, C. eur., 24 maggio 1988, *Muller e altri c. Svizzera*; C. eur., 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*.
[44] O. Di Giovine, *L'interpretazione in diritto penale*, Milano 2006; M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza – fonte*, Milano 2011.
[45] C. Sotis, op. cit., 69.
[46] *Ibidem.*
[47] M. Pifferi, *Generalia Delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" del diritto penale*, Milano 2006, 128 ss.
[48] F. Palazzo, *Legalità e determinatezza della legge penale: significato linguistico, interpretazione e conoscibilità della regula iuris*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli 2006, 75.

anche il risultato dell'attività interpretativa[49]. Nell'ottica, dunque, di una tecnica di penalizzazione "mista", nella quale la legge esprime concetti, che, per essere pienamente compresi dai consociati, necessitano di essere sottoposti al vaglio ermeneutico dei giudicanti, il valore del precedente giurisprudenziale assume un significato decisamente più pregnante ed evocativo.

In tale contesto, l'avvento dell'intelligenza artificiale rappresenta un interessante banco di prova per la tenuta del principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie *ex* art. 7 CEDU, inteso come «diritto alla possibilità di prevedere, in capo ai consociati, le decisioni giurisdizionali in materia penale, e cioè gli esiti della vicenda processuale quale immediata e concreta applicazione della legge»[50]. Offrendo al giudice la possibilità di disporre, in tempi brevi, di una circostanziata e accurata casistica relativa alla norma generale, il ricorso ad algoritmi predittivi nella fase decisoria semplificherebbe sensibilmente l'attività di sussunzione della *res iudicanda* nel perimetro della disposizione interpretata[51]. A conclusione di tale procedimento, che combina l'azione umana e le capacità di calcolo di un agente robotico, si otterrebbe, quindi, «una sorta di massima individualizzata, risultato della sintesi tra il precedente e il caso cogente»[52].

4. Allo scopo di verificare la realizzabilità dello scenario appena descritto, un gruppo di ricercatori ha sviluppato un applicativo di IA in grado di prevedere, o per meglio dire, giungere alle stesse conclusioni della Corte europea dei diritti dell'uomo, con un grado di precisione prossimo all'80%. Muovendo dal presupposto che «*recent advances in Natural Language Processing and Machine Learning provide us with the tools to build predictive models that can be used to unveil patterns driving judicial decisions*»[53], il software è stato programmato per individuare e catalogare i modelli decisionali seguiti dai giudici della Corte EDU. All'attività di classificazione è seguita l'adozione di uno schema operativo binario, nel quale il contenuto dei documenti processuali costituiva la base dati elaborata dall'algoritmo, mentre l'*output* corrispondeva, alternativamente, alla verifica o alla confutazione dell'inosservanza di una norma CEDU nel caso oggetto di giudizio. Tale analisi empirica, tesa a dimostrare come le informazioni cristallizzate negli atti di un singolo processo rappresentino indicatori significativi per una valutazione in chiave prognostica, si è allineata all'impostazione "realista", particolarmente cara ai sistemi di *common law*, che considera la tipizzazione interpretativa dei fatti eziologicamente rilevanti un presupposto necessario per la corretta applicazione della norma incriminatrice[54].

Sempre secondo gli Autori, anche il contesto in cui si realizza la fattispecie concreta, incidendo sensibilmente sull'esito della controversia, influenza la previsione algoritmica e consente, al contempo, una disamina qualitativa delle possibili relazioni che intercorrono tra «*stimulus of the facts*» e «*judicial decision – making*»[55]. Allo scopo, occorre presupporre aprioristicamente la concreta attuabilità di un "approccio testuale", con la conseguenza che «*the text extracted from published judgments of the Court bears a sufficient number of similarities with, and can*

[49] W. Hassemer, *Fattispecie e tipo*, Napoli 2007 (1968), 183.
[50] L. Rocca – A. Gaito, *Il "controlimite" della tutela dei diritti processuali dell'imputato: visioni evolutive dalle Corti europee tra legalità e prevedibilità*, in *AP* 2019, 8 ss.
[51] E. Vincenti, *Massimazione e conoscenza della giurisprudenza nell'era digitale*, in *QuestG* 2018, 147 ss.
[52] F. Falato, *L'inferenza generata dai sistemi esperti e dalle reti neurali nella logica giudiziale*, in *AP* 2020, 29.
[53] N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: A natural language processing perspective*, in *PeerJ Comput. Sci.* 2016, 1.
[54] R. BLAIOTTA, *Il realismo di Karl Popper: un ideale di conoscenza oggettiva per il giudizio penale*, in *CP*, 1997, 3689 ss.
[55] N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, op. cit., 1.

therefore stand as a (crude) proxy for, applications lodged with the Court as well as for briefs submitted by parties in pending cases».
Il modello utilizzato dagli sviluppatori si basa su una funzione lineare *kernel* che, facilitando l'interpretazione dei dati mediante la loro catalogazione in categorie "multidimensionali"[56], consente all'algoritmo di dedurre, con un elevato grado di precisione, il probabile esito di una questione giuridica a partire dall'analisi testuale degli atti processuali[57]. Coerentemente con le premesse metodologiche appena illustrate, la ricostruzione del fatto storico si è, dunque, dimostrata cruciale per l'attività predittiva realizzata dal software, in quanto «*the topical content of a case is an important indicator whether there is a violation of a given Article of the Convention or not*»[58].
Il potenziale innovativo di un simile approccio sistematico appare di tutta evidenza allorché se ne vaglino alcune implicazioni pratiche. L'analisi testuale orientata alla previsione decisoria consentirebbe non solo di valutare la probabile incidenza dei singoli fattori causali, individuati e descritti nelle carte processuali, sull'esito delle singole controversie, ma anche di dedurre dai precedenti giurisprudenziali una regola di giudizio potenzialmente applicabile al caso concreto, a condizione che ci sia «*enough similarity between (at least) certain chunks of the text of published judgments and applications lodged with the Court and/or briefs submitted by parties with respect to pending cases*». La formulazione di previsioni accurate mediante processazione algoritmica del linguaggio naturale non è, tuttavia, un'operazione priva di complicazioni e richiede, pertanto il ricorso a particolari cautele.
Un primo *caveat* degli Autori riguarda la ricostruzione del fatto storico e delle relative dinamiche processuali realizzata dalla Corte EDU, non sempre qualificabile «*as a neutral mirroring of the factual background of the case*» e, pertanto, potenzialmente viziata da pregiudizi o errori di valutazione. Ciononostante, il rischio di un'eventuale alterazione della realtà fattuale si ritiene mitigato, in primo luogo, dal limitato potere di accertamento fattuale riservato alla CEDU: la Corte, infatti, riassume il contesto in cui si è verificata la presunta violazione basandosi sul contenuto dell'istanza presentata dal ricorrente, nonché sulla ricostruzione emersa dal procedimento promosso avanti al giudice nazionale, specie se confermata in più gradi di giudizio[59]. Si consideri, inoltre, che oggetto di contestazione delle parti non sono quasi mai i fatti, quanto piuttosto la loro scorretta qualificazione giuridica. Secondo gli sviluppatori del progetto, pertanto, tali considerazioni suggeriscono che, in assenza di altri dati testuali, la sezione della sentenza dedicata al fatto può ragionevolmente svolgere la funzione di «*proxy for a textual representation of the factual background of a case*»[60].
Un secondo accorgimento riguarda, poi, la base giurisprudenziale su cui opera il modello predittivo. Il raggiungimento di un risultato accurato è, infatti, subordinato alla preesistenza di

[56] I "metodi kernel" costituiscono una classe di algoritmi per l'analisi di schemi e si basano su funzioni lineari operanti in uno spazio multidimensionale, in cui a ogni coordinata corrisponde una specifica caratteristica dei dati analizzati: l'attività di mappatura avviene mediante l'individuazione di correlazioni generali tra i singoli dati, senza che siano calcolate le coordinate di questi ultimi nello spazio – funzione. M. S. Gerber, *Predicting crime using Twitter and kernel density estimation*, in *DSS* 2014, 115 ss.
[57] Nel caso di specie è stato impiegato un algoritmo SVM (*Support Vector Machine*), le cui capacità di apprendimento automatico si sono dimostrate particolarmente efficaci in attività di classificazione testuale, soprattutto se impiegato su *database* di piccole dimensioni. S. Wang, C.D. Mannin, *Baselines and bigrams: simple, good sentiment and topic classification*, in *Proceedings of the 50th annual meeting of the Association for Computational Linguistics: short papers*, a cura di L. Haizhou, L. Chin-Yew, M. Osborne, G. Geunbae Lee, J. C. Park, Jeju Island 2012, 90 ss.
[58] N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, op. cit., 2.
[59] P. Leach, C. Paraskeva, G. Uelac, *Human rights fact-finding. The European Court of Human Rights at a crossroads*, in *NQHR* 2010,41 ss.
[60] N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, op. cit., 5.

una nutrita casistica di riferimento: maggiore è il numero di sentenze relative a un determinato articolo della Convenzione, più accurata risulta la previsione algoritmica in merito alla probabile violazione di detta norma nel caso concreto. A dimostrazione di tale assunto, il contenuto del *dataset* creato dagli sviluppatori è stato limitato alle decisioni della Corte di Strasburgo relative agli artt. 3, 6, e 8 CEDU, per un totale di 584 sentenze: in questo modo, l'efficacia dell'algoritmo è stata testata con riferimento a una base informativa specifica, idonea a fornire alla macchina gli strumenti necessari per rispondere con precisione al quesito sottopostole.

Segnatamente, per ognuno degli articoli della Convenzione ivi considerati è stata, in primo luogo, individuata la relativa casistica nella banca – dati della Corte europea dei diritti dell'uomo, limitatamente alle controversie trattate in lingua inglese. Dopodiché, sono stati selezionati, in egual misura, casi di violazione e di non violazione delle norme di riferimento: al fine di garantire una base giurisprudenziale sufficientemente bilanciata, la norma meno commentata dalla Corte ha proporzionalmente orientato, sotto il profilo quantitativo, la scelta delle cause aventi ad oggetto le altre due disposizioni CEDU. Dalle singole sezioni che compongono ogni sentenza è stato, poi, estratto il testo rilevante per l'elaborazione del linguaggio naturale[61], escludendo le statuizioni processuali strettamente connesse all'esito del singolo giudizio, così da non influenzare eccessivamente la valutazione prognostica successivamente operata dall'algoritmo. Alle caratteristiche più rilevanti e ricorrenti, individuate nel corso dell'analisi del dato testuale precedentemente acquisito, sono stati, infine, assegnati dei valori: positivo qualora risultasse evidente il rispetto della normativa CEDU (+1), negativo nel caso di violazione (- 1).

I risultati ottenuti a seguito dell'elaborazione algoritmica del linguaggio naturale hanno, infine, evidenziato la capacità del software di pervenire a conclusioni molto simili a quelle indicate nei dispositivi delle sentenze analizzate. In particolare, i dati contenuti nella sezione dei provvedimenti denominata "*Circumstances*" si sono dimostrati determinanti per l'accuratezza delle previsioni aventi ad oggetto decisioni sugli articoli 6 e 8 CEDU, con punteggi rispettivamente di 0,82 e 0,77. Riguardo all'articolo 3 CEDU, invece, la massima accuratezza predittiva (0,70) è stata ottenuta utilizzando il testo estratto dall'intera sentenza.

All'analisi della sezione "*Law*", relativa alle argomentazioni sostenute dalle parti e alle motivazioni fornite dalla Corte in punto di diritto, sono conseguite performance predittive caratterizzate da un grado di precisione nettamente inferiore (0,62): ragione principale di tale risultato è che un numero elevato di casi non include un paragrafo esclusivamente dedicato alle questioni giuridiche ad essi sottese, specie con riferimento alle decisioni della Corte che dichiarano l'inammissibilità dei ricorsi presentategli.

In conclusione, gli sviluppatori hanno osservato che sia il tipo di linguaggio utilizzato nei documenti elaborati dal software sia il contesto fattuale ivi descritto risultano indicatori di interesse, idonei a costituire *proxy* affidabili per le future decisioni giudiziarie aventi ad oggetto casi simili. Se da un lato, infatti, «*the consistently more robust predictive accuracy of the 'Circumstances' subsection suggests a strong correlation between the facts of a case, as these are formulated by the Court in this subsection, and the decisions made by judges*», dall'altro, le considerazioni espresse dalla Corte in punto di diritto paiono incidere in modo meno significativo sull'esito della prognosi algoritmica. Tale risultato trova, allora, giustificazione se si considera che «*the relatively lower predictive accuracy of the 'Law' subsection could also be an indicator of the fact that legal reasons and arguments of a case have a weaker correlation with decisions made by the Court. However, this last remark should be seriously mitigated*

[61] Si è fatto ricorso, in particolare, a modelli statistici per la linguistica e la modellazione del linguaggio naturale. D. Turney-Pantel, *From frequency to meaning: vector space models of semantics,* in *JAIR* 2010, 141 ss.

since, as we have already observed, many inadmissibility cases do not contain a separate 'Law' subsection»[62].

A parere degli Autori, il risultato ottenuto induce una riflessione su come i giudici, nel processo decisionale, appaiano «*primarily responsive to non – legal, rather than to legal, reasons when they decide appellate cases*»[63]. Siffatta considerazione sottende una critica, sebbene appena accennata, all'impostazione formalista, ove il diritto è inteso come un sistema coerente e completo di norme precostituite rispetto all'attività degli interpreti e della giurisdizione[64]. Preferibile appare, dunque, il modello prospettato dal realismo giuridico americano, che sposta il baricentro dell'analisi teorica dalla formulazione delle norme all'attività interpretativa, nonché alle ideologie espresse dalle operazioni ermeneutiche[65].

La ricerca empirica condotta in anni recenti sull'*iter* decisorio seguito nelle Corti internazionali e nella *US Supreme Court*, infatti, ha evidenziato la frequenza con cui «*pure legal models, especially deductive ones, are false as an empirical matter when it comes to cases decided by courts further up the hierarchy. As a result, it is suggested that the best way to explain past decisions of such courts and to predict future ones is by placing emphasis on other kinds of empirical variables that affect judges*»[66]. Coerentemente, anche nei giudizi prognostici sulle decisioni della CEDU l'influenza esercitata da fattori extra – giuridici si è dimostrata prevalente rispetto al contenuto, *strictu sensu*, precettivo del dato normativo. In particolare, qualora si assuma che il paragrafo delle sentenze analizzate dall'algoritmo denominato "*Circumstances*" costituisca un *proxy*, seppur approssimativo, delle caratteristiche essenziali del fatto storico e che la sottosezione "*Law*" rappresenti un archetipo delle argomentazioni giuridiche più rilevanti, è allora di tutta evidenza la maggiore efficacia predittiva della prima rispetto alla seconda. Occorre però precisare che tali dati dovrebbero essere letti anche alla luce del cosiddetto "effetto di selezione"[67], in base al quale i ricorsi presentati alla Corte, spesso privi dei requisiti di ricevibilità necessari per essere decisi da Camera e Grande Camera, non costituiscono necessariamente un campione rappresentativo di tutte le potenziali violazioni della Convenzione. Secondo gli Autori sarebbero, quindi, necessarie ulteriori analisi testuali al fine di verificare se i risultati ottenuti siano generalizzabili e, conseguentemente, replicabili con riferimento all'intero articolato della Carta internazionale. Solo successivamente a tale verifica si potrebbe valutare l'estensione del modello predittivo ad altri contesti giurisdizionali, in veste di possibile supporto per i giudici nazionali chiamati a decidere su questioni analoghe a quelle fondanti i ricorsi decisi dalla stessa CEDU.

5. Al netto delle preannunciate criticità e in attesa dei relativi correttivi, specie sotto il profilo dell'accessibilità informativa, le prospettive di una giustizia attuariale e automatizzata appaiono, allo stato, sempre meno utopistiche. In particolare, se contestualizzato nell'applicazione del diritto penale, il ricorso, per quanto non esclusivo, a uno strumento di predizione decisoria dall'elevato grado di affidabilità consentirebbe una rapida individuazione dei *pattern* decisori più frequenti, in relazione a una specifica norma, efficacemente garantendo

[62] N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, op. cit., 11.
[63] *Ibidem*.
[64] R. Guastini, *Giovanni Tarello giurista. Introduzione*, in, L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica contemporanea, a cura di S. Castignone, Bologna 1989, 123; R. Guastini, *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino 2017, 1 ss.
[65] L. Malagoli, *Una costruttiva sfiducia. La disciplina costituzionale della proprietà e la lezione metodologica del realismo giuridico americano*, in *MSCG* 2024, 31 ss.
[66] N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preotiuc-Pietro, V. Lampos, op. cit., 12; L. Baum, *The puzzle of judicial behavior*, Michigan 2009; F. Schauer, *Prediction and particularity*, Boston 1998, 773 ss.; J.A. Segal, H.J. Spaeth, *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*, Cambridge 2002.
[67] G.L. Priest, B. Klein, *The selection of disputes for litigation*, in *JLS* 1984.

il diritto alla prevedibilità, intesa come calcolabilità della portata del precetto sanzionatorio, sancito dall'art. 7 CEDU.
Sotto un altro profilo occorre, tuttavia, sottolineare come, ancora una volta, l'applicativo di intelligenza artificiale non sia stato in grado di replicare il ragionamento giuridico seguito dai giudici europei o di prevedere l'esito di una causa muovendo da una base informativa limitata, quale, ad esempio, il contenuto del solo ricorso promosso dalla parte che lamenta la lesione di un suo diritto fondamentale. L'algoritmo ha, infatti, realizzato un'inferenza statistica, basata sull'individuazione di gruppi lessicali ricorrenti, preventivamente identificati allo scopo di accertare la presenza o meno di una violazione della normativa CEDU in termini generali. Limite intrinseco a questo tipo di operazione è, come già rilevato, l'impossibilità di pervenire a una prognosi che contempli anche la valutazione soggettiva, e segnatamente discrezionale, propria del singolo decisore umano.
A tale assunto consegue, quale corollario, che il ricorso a strumenti di giustizia predittiva così configurati dissuade il giudice dal ricercare la regola di diritto applicabile alla fattispecie concreta, inducendolo, di converso, a verificare che la soluzione suggerita come più probabile dall'algoritmo corrisponda a quella oggetto del corrente giudizio: in questo modo l'approccio alla *res iudicanda* si allinea, inevitabilmente, al sistema di *common law*, rimarcando l'autorità del precedente giurisprudenziale, nonché la sua vincolatività. Se, dunque, l'automatizzazione del principio dello *stare decisis* appare confacente all'impianto sistematico del diritto anglosassone – cui si riferiscono le brevi considerazioni esposte dagli sviluppatori del software – e, pur nella sfumatura meno intensa del "precedente persuasivo"[68], applicabile anche all'assetto normativo e giurisprudenziale delineato dalla CEDU, le stesse considerazioni non valgono necessariamente per gli ordinamenti di *civil law*[69]. Per certi versi, l'avvicinamento al modello angloamericano, promuovendo l'uniformità interpretativa della legge, appare propedeutico alla formazione di un più democratico "diritto isometrico"[70], in cui «*l'intégralité des décisions de justice est mesurée de façon égale par un programme informatique, dont la synthese finit par devenir la norme*»[71], con il conseguente, per quanto implicito, riconoscimento alla programmazione della qualifica di nuova fonte di produzione normativa.
D'altro canto, i rischi paventati da tale approccio appaiono di non scarso rilievo. In particolare, occorre precisare che l'utilizzo dell'intelligenza artificiale predittiva consente di codificare il passato sulla base di schemi e *set* valoriali predefiniti, cristallizzando i trascorsi storici nel processo prognostico e influenzando, conseguentemente, i risultati delle decisioni prese a valle della valutazione automatizzata[72]. Si consideri, inoltre, che la scelta espressa in sentenza dal giudice avvalsosi del supporto algoritmico si conforma, inevitabilmente, a una corrente giurisprudenziale maggioritaria: quest'ultima, da espressione di un orientamento consolidato, ma pur sempre relativo, assume le vesti di dato incontrovertibile e assoluto per effetto del processo di standardizzazione operato dal *tool* predittivo, così incidendo negativamente sull'autonomia e sull'indipendenza dell'organo giudicante.
A causa dell'insidioso «effetto performativo esponenziale dell'algoritmo»[73], l'adesione alla previsione riduce la disponibilità del decisore umano a rivedere la propria posizione,

[68] M.G. Civinini, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *QuestG* 2018, 102 ss.
[69] S. Chiarloni, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *RTrimDPC* 2002,1 ss.
[70] P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova*, Torino 2018, 359.
[71] D. Cholet, *La justice prédictive et les principes fondamentaux du procès civil*, in *La justice prèdictive*, AA.VV., Parigi 2018, 234.
[72] S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 1 gennaio 2018.
[73] G. Resta, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di*

irrigidendo il meccanismo decisionale e privandolo della sua dimensione umana ed emotiva, essenziale per l'evoluzione dell'ordinamento giuridico. Riconoscere autorità di "precedente vincolante" a tutte le decisioni comporta, infine, l'ulteriore accorgimento – che rischia di trasformarsi in onere inadempiuto – di prevedere, in sede di programmazione, l'istruzione del software sul rapporto tra giurisdizioni inferiori e superiori, affinché l'algoritmo calibri qualitativamente i dati d'ingresso, attribuendo a ogni sentenza un diverso valore, a seconda che si tratti o meno di decisioni rese da giudici di ultima istanza[74].

Tra le numerose potenziali soluzioni ipotizzate per mitigare il più possibile le suddette criticità, di particolare interesse appare la proposta di ricorrere all'intelligenza artificiale per monitorare e guidare il percorso decisionale e motivazionale del giudice, mediante l'individuazione automatica di lacune o incongruenze nel ragionamento giuridico rispetto a decisioni già prese in casi simili, in un rapporto di determinazione reciproca tra giudice e macchina[75].

Affinché all'implementazione tecnologica del sistema giudiziario consegua un miglioramento qualitativo delle decisioni penali, è necessario limitare le conseguenze derivanti dall'opacità algoritmica e dal già citato "effetto ancoraggio", nonché garantire la centralità della dimensione antropocentrica dell'*iter* decisorio, che deve rimanere prerogativa assoluta del giudice, il quale si assume la piena responsabilità delle proprie scelte, anche nel caso in cui siano state assistite dall'attività di calcolo di una macchina. A tal proposito, l'*acquis* comunitario si è arricchito, in particolare nell'ultimo decennio, di linee guida e disposizioni normative significative, finalizzate all'inquadramento di un uso consapevole e bilanciato dell'intelligenza artificiale, nel rispetto dei diritti fondamentali e dei principi che governano il giusto processo.

uguaglianza, in *PD* 2019, 214.

[74] S.M. Ferrié, *Les algorithmes à l'epreuve du droit au procés equitable*, in *La Semaine Juridique* 2018,6; N. Lettieri, *Contro la previsione. Tre argomenti per una criticadel calcolo predittivo e del suo uso in ambito giuridico*, in *Ars int.* 2021, 91.

[75] A. Punzi, *Judge in the machine: e se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in *Decisione robotica*, a cura di A. Carleo, Bologna 2019, 329.

COMMENTO AGLI ARTICOLI 12 E 24 DEL DECRETO 11 APRILE 2025, N. 48*

di Federica Montanaro, Stefano Porfido (Dottoressa di Ricerca, Scuola Superiore Sant'Anna; Dottore di Ricerca, Research Consultant, Geneva Graduate Insitute)

Il contributo analizza le modifiche introdotte dagli articoli 12 e 24 del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, rispettivamente agli articoli 635 e 639 del Codice penale. Pur presentandosi come interventi di portata circoscritta sui delitti di danneggiamento e deturpamento o imbrattamento, tali modifiche assumono una più ampia rilevanza politico-criminale nella misura in cui incidono su condotte realizzate in occasione di manifestazioni o rivolte contro beni funzionalmente collegati alle istituzioni pubbliche. A partire da una ricostruzione della tutela penale della proprietà e del patrimonio, il lavoro indaga in che misura il riferimento al contesto della protesta mostri uno spostamento funzionale della norma: dalla protezione della res alla tutela dell'ordine pubblico, simbolico ed economico. L'analisi evidenzia così il rischio che fattispecie formalmente patrimoniali operino come strumenti di contenimento del dissenso e di governo del conflitto sociale. Nella seconda parte, il contributo approfondisce tale dinamica alla luce delle logiche di polizia, della penalità neoliberale e del rapporto tra sicurezza, ordine di mercato e criminalizzazione dei manifestanti. Ne emerge una lettura critica del Decreto Sicurezza come tassello di una più ampia torsione securitaria del diritto penale.
This article analyses the amendments introduced by Articles 12 and 24 of Decree-Law No. 48 of 11 April 2025 to Articles 635 and 639 of the Italian Criminal Code, respectively. Although these amendments appear to be limited interventions concerning the offences of damage to property and defacement or soiling of property, they acquire broader significance from a criminal policy perspective insofar as they affect conduct carried out during demonstrations or directed against property functionally connected to public institutions. Starting from a reconstruction of the criminal-law protection of property and patrimony, the article investigates the extent to which the reference to the protest context reveals a functional shift in the norm: from the protection of the *res* to the protection of public, symbolic and economic order. The analysis thus highlights the risk that offences formally directed against property may operate as instruments for containing dissent and governing social conflict. In its second part, the article further examines this dynamic in light of police logics, neoliberal penality, and the relationship between security, market order and the criminalisation of protesters. The result is a critical reading of the Security Decree as part of a broader securitarian turn in criminal law.

tutela penale del patrimonio; politica criminale securitaria; criminalizzazione del dissenso
criminal-law protection of property; securitarian criminal policy; criminalisation of dissent

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I delitti contro il patrimonio: la centralità storica della tutela penale della proprietà. – 3. Danneggiamento *ex* art. 635 Cp: profilo normativo e ruolo del contesto. – 4. L'intervento del Decreto Sicurezza: l'aggravante per violenza e minaccia. – 5. La nuova disciplina dell'imbrattamento di beni adibiti a funzioni pubbliche. – 6. Diritto penale tra patrimonio e politica: una prospettiva sistemica. – 7. «In tema di occasioni manifestazioni»: margini di protesta e soglia del penalmente rilevante. – 7.1. Sintesi intermedia: proprietà, ordine pubblico e governo del conflitto sociale. –

* Il presente studio è il frutto di una riflessione corale e condivisa tra i due autori. Ai fini concorsuali italiani, valga la seguente ripartizione. Federica Montanaro: Paragrafi 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 7.1 – Stefano Porfido: Paragrafi 8, 9, 9.1, 9.2, 10, 11, 12.

8. Sulle logiche di potere. Premessa alla seconda sezione. – 9. Il dissenso tra Stato di Diritto e Stato di Polizia. – 9.1. Sulla cifra storica del potere di polizia: l'arbitrarietà. – 9.2. Sulle logiche di polizia, e sulle ragioni di tali logiche, sottese ai riformati artt. 635 e 639 Cp. – 10. Criminalizzazione del dissenso e ordine di mercato. – 11. Dal *policing dissent* al *policing protesters*. – 12. Conclusioni.

1. Con gli articoli 12 e 24 del decreto-legge n. 48/2025[1], emanato l'11 aprile 2025 e presto conosciuto come "Decreto Sicurezza", il governo in carica è intervenuto rispettivamente sul testo degli articoli 635 e 639 del Codice penale[2]. In entrambi i casi, la modifica appare a prima vista di portata limitata, consistendo nell'aggiunta di un periodo in chiusura di un comma, per cui laddove siano integrate alcune circostanze scatta un innalzamento della pena.
L'articolo 12 aggiunge un secondo periodo al comma 3 del delitto di danneggiamento ex art. 635 Cp, ovverosia all'ipotesi delittuosa che sanziona il danneggiamento occorso in occasione di manifestazioni, statuendo un lieve innalzamento della pena prevista laddove i fatti «di cui al primo periodo» siano commessi con «violenza alla persona o con minaccia».
Parallelamente, l'articolo 24 modifica l'art. 639 Cp, dunque la fattispecie di deturpamento e imbrattamento di cose altrui. Più nel dettaglio, si prevede che, ove il fatto sia commesso su beni mobili o immobili adibiti all'esercizio di funzioni pubbliche con la precipua finalità di «ledere l'onore, il prestigio o il decoro» dell'istituzione alla quale appartengono, si applichi la pena della reclusione da sei mesi a un anno e sei mesi e la multa da 1.000 a 3.000 euro. Si prevede poi che nei casi di recidiva per deturpamento e imbrattamento di beni mobili o immobili adibiti all'esercizio di funzioni pubbliche, si applichi la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa fino a 12.000 euro.
Di fronte a questa introduzione, viene quindi naturale chiedersi se e quale peso le due modifiche in oggetto abbiano nel contesto del dibattito circa l'uso del diritto penale come strumento di governo «a basso costo e alto rendimento»[3], che sembra allontanarsi dal dovere di tutela dello Stato e dalle finalità costituzionali di prevenzione e rieducazione per andare verso le sirene di un "diritto alla sicurezza"[4].
Occorre chiedersi in che misura questi interventi possano riflettere mutamenti più ampi nella politica criminale, e quali fattori possano aver alimentato la diffusa percezione di una "stretta" repressiva. Del resto, tali interventi sono stati frequentemente messi in relazione con le recenti mobilitazioni di protesta – in particolare quelle legate ai movimenti ambientalisti o alle manifestazioni pro-Palestina[5].

[1] D.l. 11.4.2025, n. 48, conv., senza modif., dalla l. 9.6.2025 n. 80, recante Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario.
[2] L'attribuzione della paternità della riforma all'Esecutivo appare doverosa: l'intervento, lungi dal nascere da un'ampia dialettica parlamentare, è stato attuato tramite la decretazione d'urgenza, secondo una prassi che (come rilevato da costante dottrina costituzionalistica) tende a ridurre il ruolo del Parlamento a una mera ratifica di decisioni politiche già cristallizzate in sede governativa. L'incompatibilità con il dato costituzionale è stata evidenziata da Corte di cassazione, Ufficio del Massimario, Relazione su novità normativa. Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario, in www.questionegiustizia.it 28.6.2025.
[3] La tendenza è ripresa, analizzata ed empiricamente dimostrata da R. Cornelli, L.S. Rossi, *La deriva punitiva della politica criminale in Italia. Analisi empirica della legislazione penale e della sicurezza degli ultimi trent'anni*, in *DPC* 2025, fasc. 3, 112.
[4] V. D. Pulitanò, *Sicurezza e diritti. Quale ruolo per il diritto penale?*, in *DPP* 2019, 1542-1544; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 8 ss.
[5] Per quanto riguarda l'attivismo ambientale, un riferimento critico importante viene dalla posizione dello Special Rapporteur UN in materia, che rileva come tali movimenti stiano andando incontro a ostilità crescenti. V. UN Special Rapporteur on Environmental Defenders under the Aarhus Convention, *State repression of environmental protest and civil disobedience: a major threat to human rights and democracy*, Position Paper, Ginevra 2024.

In questo senso, la questione sollevata dalle modifiche non riguarda soltanto la misura della pena o la struttura delle singole fattispecie incriminatrici. Piuttosto, il rimando è a interrogativi più profondi della riflessione penalistica: in che modo le riforme che riguardano due delitti patrimoniali si intrecciano con la gestione delle manifestazioni e dell'attivismo? Quali logiche e rapporti di potere ne sottendono l'adozione?
In particolare, il riferimento ai fatti commessi «in occasione di manifestazioni» e la relativa aggravante ivi introdotta, così come l'aggravio di pena disposto per l'imbrattamento di beni, conferisce alla fattispecie una specifica connotazione politico-criminale che sarebbe assente in mancanza di tale elemento. Il contesto della manifestazione diventa così il fulcro dell'intervento operato nelle due fattispecie dal decreto n. 48/2025.
Le manifestazioni rappresentano, infatti, uno dei principali punti di tensione all'interno di uno Stato che si proclami democratico. Da un lato, l'ordinamento è chiamato a prevenire e contenere comportamenti che possano compromettere l'ordine pubblico o incidere sull'ordinato svolgimento della vita collettiva. Dall'altro lato, tuttavia, lo stesso ordinamento è tenuto a garantire lo spazio per l'esercizio di diritti fondamentali, quali la libertà di riunione e la libertà di manifestazione del pensiero[6], di cui le manifestazioni pubbliche costituiscono una delle espressioni più evidenti.
In questo quadro, il risultato delle modifiche in esame sembra essere l'inasprimento del trattamento sanzionatorio di una serie di pratiche di protesta che negli ultimi anni sono state frequentemente adottate da movimenti attivisti, in particolare in ambito ambientalista. Tra gli esempi più noti si possono ricordare le azioni dimostrative promosse da gruppi come *Just Stop Oil* o *Extinction Rebellion*, spesso caratterizzate da forme simboliche di danneggiamento o imbrattamento di beni[7].
Più in generale, tali pratiche si collocano nella più ampia galassia delle forme di partecipazione e mobilitazione collettiva presenti negli ordinamenti europe[8]. In questo contesto, tuttavia, il discorso pubblico e istituzionale tende talvolta a rappresentarle principalmente come episodi di vandalismo o di aggressione al patrimonio, enfatizzando la posizione delle vittime dei danni arrecati e la necessità di una risposta repressiva[9].
Il presente contributo non intende valutare il rapporto tra diritto penale e strategie dei movimenti sociali, né misurare come l'esercizio penale incida sull'efficacia o l'impatto delle mobilitazioni. L'obiettivo rimane, innanzitutto, quello di offrire un commento alle modifiche introdotte negli articoli 635 e 639 del Codice penale dal decreto n. 48/2025. Tuttavia, la particolare configurazione di tali interventi - collocati nell'ambito dei reati contro il patrimonio ma applicabili in contesti di protesta collettiva – consente una più ampia riflessione critica sul rapporto tra tutela dell'ordine economico e gestione penalistica del dissenso, tema ampiamente

[6] Cfr. E. Page, N. Robinson, *Legal Threats to the Right to Protest*, in *The Oxford Handbook of Peaceful Assembly*, a cura di Tabatha Abu El-Haj, Michael Hamilton, Thomas Probert e Sharath Srinivasan, Oxford 2024.
[7] Si veda, per una serie di esempi, Il Post, *Il video di due attivisti per il clima che imbrattano un quadro di Klimt a Vienna* in www.ilpost.it 15.11.2022. Specificamente sull'Italia, vedi Il Fatto Quotidiano, *Attivisti per il clima, nel bene o nel male un risultato l'hanno raggiunto* in www.ilfattoquotidiano.it 7.1.2023; Il Fatto Quotidiano, *"È imbrattamento, non danneggiamento": ecco perché (secondo Ultima generazione) l'arresto dei tre attivisti del blitz al Senato era illegale*, in www.ilfattoquotidiano.it 5.1.2023.
[8] Si coglie l'occasione per esplicitare un limite dei riferimenti del presente elaborato: con lo stesso ci si riferisce quasi esclusivamente al contesto italiano a livello di diritto positivo (qualche raro riferimento è presente a convenzioni internazionale e al diritto europeo) e al contesto europeo a livello di esempi e di pratiche. Consapevoli delle profonde differenze esistenti tra i diversi ordinamenti laddove si parli di assetti democratici, pratiche di attivismo e di partecipazione e uso del diritto penale, data dalla storia di ognuno, si è preferito circoscrivere l'analisi. M. Mireanu, *The criminalisation of environmental activism in Europe*, in *Interface* 2014, 581 ss.
[9] B. Bocquet, *Role Reversal: When Activists Are Treated Like Criminals. Conversations on the Criminalization of Environmental Activism in Belgium, France, and the UK*, in *Surveillance & Society* 2025, 466, 478.

discusso nella letteratura penalistic[10]. L'analisi proposta non intende ricostruire intenzioni soggettive del legislatore né attribuire alle modifiche in esame una finalità univoca sul piano politico. Piuttosto, essa adotta una prospettiva funzionale, volta a interrogare le disposizioni alla luce della loro collocazione sistematica, dei loro effetti potenziali e del più ampio contesto politico-criminale in cui si inseriscono.

Il presente studio si articola in due sezioni principali. La prima sezione si caratterizza per un approccio teorico esegetico che permette di contestualizzare l'effetto in concreto delle riforme agli articoli 635 e 639 Cp - la repressione di forme strutturate di dissenso in forma di manifestazioni - nel più ampio quadro dei rapporti ordinamentali sottesi alla tutela penale della proprietà. È proprio il dato di contesto delle manifestazioni, vero fulcro degli interventi riformatori in esame, a permettere di andare oltre il dato letterale per offrire una lettura funzionale di queste disposizioni, le quali sebbene siano formalmente a tutela del patrimonio, appaiono suscettibili di operare anche come strumenti di tutela dell'ordine costituito mediante funzioni di controllo sociale. La sezione seconda approfondisce la valenza ordinamentale delle disposizioni in esame, sostenendone la connessione con logiche di esercizio autoritario del potere, storicamente conosciute come logiche di *polizia*, nel senso più avanti chiarito. Evidenziare questa connessione non è compito fine a sé stesso. Essa, infatti, permette di problematizzare le ragioni sottese alla repressione del dissenso voluta dagli interventi riformatori in esame nell'ambito della penalità neoliberale, collocando così la funzione ordinamentale degli articoli 635 e 639 Cp nell'orizzonte di tutela di una particolare dimensione di ordine costituito, quello economico. La scelta di supportare la linea argomentativa di questa seconda sezione con letteratura critica di area prevalentemente anglosassone riflette la nota maturità di tale letteratura nel considerare il diritto penale nella sua dimensione storico-politica, ritenuta da chi scrive utile per i fini di questo studio.

Incidentalmente, nei giorni in cui si scrive, il governo ha approvato un nuovo schema di decreto-legge e un disegno di legge in materia di sicurezza pubblica, volto ad introdurre ulteriori limiti all'esercizio del dissenso[11]. Questa fecondità normativa in materia securitaria giustifica la scelta del presente contributo di fornire una chiave di lettura che partendo dal dato testuale tenti di razionalizzare gli interventi normativi sugli articoli 635 e 639 Cp nell'ambito dell'azione statale in campo punitivo, al di là di considerazioni di contingenza politica.

Sempre sul piano metodologico, questo contributo adotta un'accezione ampia di dissenso, senza distinguere ulteriormente tra le sue varie declinazioni, quali la resistenza, l'opposizione, la contestazione e la disobbedienza civile[12]. Pur nella diversità concettuale di queste declinazioni, esse sono accomunate dall'essere concetti relazionali: stabiliscono una relazione tra soggetti e il potere costituito[13]. Riprendendo una risalente ma concettualmente solida

[10] Soltanto a titolo indicativo, si rimanda a: D. Melossi, *Controlling Crime, Controlling Society: Thinking about Crime in Europe and America*, Cambridge 2008; D. Garland, *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago 2001; J. Simon, *Governing through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford 2007; L. Wacquant, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham 2009; S. Cohen, *Folk Devils and Moral Panics: The Creation of the Mods and Rockers*, London 1972.

[11] In mancanza della pubblicazione del testo normativo ufficiale in Gazzetta, si fa riferimento al comunicato del Consiglio dei Ministri n. 159 del 5.2.2026, il quale menziona un ulteriore inasprimento sanzionatorio per omesso preavviso delle manifestazioni al questore.

[12] Per queste declinazioni, e in generale per una categorizzazione analitica del dissenso, L. Puleo, R. Coman, *Acts of dissent in the global crisis of democracy: a typology of opposition, contestation and resistance*, in *Acta Politica* 2025.

[13] Per potere costituito in questo lavoro intendiamo chi esercita in modo legittimo di funzioni di governo in un dato ordinamento. In relazione al contesto italiano, per semplicità ci riferiamo in maniera primaria al potere esecutivo, anche in ragione all'uso della decretazione d'urgenza quale fonte normativa delle disposizioni in esame.

definizione, il dissenso è il logico contrapposto dialettico del potere[14]. Di tal modo, per atto di dissenso intendiamo qualsiasi forma di disaccordo espresso da individui o attori collettivi nei confronti delle politiche governative o dell'intero regime politico[15]. Quest'accezione ampia include il disaccordo sia nei confronti di atti specifici, ad esempio una particolare regolazione, sia nei confronti della legittimità di politiche di settore, quali quelle in materia finanziaria, climatica, energetica o estera[16].
La disamina delle diverse pratiche di dissenso appartiene alla semantica della sociologia del diritto, e non conosce una trasposizione nel diritto positivo punitivo; pertanto, dato che l'analisi è necessariamente ancorata al diritto positivo, l'analisi approfondita di tale semantica rimane fuori dall'ambito del presente contributo.

2. Al fine di delineare il profilo problematico che muove questo studio, sembra opportuno precedere l'esegesi delle disposizioni in esame con una cursoria ricostruzione storica della tutela penale della proprietà, con *focus* sul delitto di danneggiamento. Infatti, l'incidere su questo delitto nel contesto di un intervento normativo che ha dichiaratamente ad oggetto la sicurezza non è un'operazione neutra, dal momento che espone una connessione tra i concetti di ordine, proprietà, e potere punitivo.
Il delitto di danneggiamento trova la sua collocazione nel Libro Secondo, Titolo XIII del Codice penale, dedicato ai "Delitti contro il patrimonio mediante violenza alle cose o alle persone". Si tratta di una categoria di reati storicamente consolidata, già prevista dal Codice Zanardelli[17] sotto la rubrica "Delitti contro la proprietà". La proprietà rientra tra i beni giuridici tradizionalmente tutelati sin dalle prime codificazioni penali dell'età moderna, nelle quali i delitti contro il patrimonio occupano uno spazio centrale accanto alla tutela della persona e dello Stato[18]. Che la proprietà figuri tra i beni meritevoli di tutela più risalenti[19] è un dato letto in modo divergente dalle diverse correnti storiografiche e politiche. Una parte degli studiosi ha ravvisato infatti nell'emergere delle codificazioni il progresso e una tensione a un diritto penale più razionale e umano[20], soprattutto negli anni coevi a tale processo. A tale visione si affianca

[14] G. Ionescu, I. de Madariaga, *Opposition: Past and Present of a Political Institution*, London 1968, 2: «logically, organically, and morphologically […] [the] dialectic counterpart of power».
[15] In linea con l'approccio adottato da G. Sartori, *Concept Misformation in Comparative Politics*, in *The American Political Science Review*, LXIV (4), 1970, 1033 ss. Vedi anche H. Albrecht, *How Can Opposition Support Authoritarianism? Lessons from Egypt*, in *Democratization* 2005, 378 ss.
[16] Su tale distinzione, O. Kirchheimer, *The Waning of Opposition in Parliamentary Regimes*, in *Social Research* 1957, 127 ss., citato da L. Puleo, R. Coman, *Acts of dissent in the global crisis of democracy*, *op. cit.*.
[17] Entrato in vigore nel 1890. Si può considerare un codice fortemente influenzato dal liberalismo della Destra storica. L'impronta liberale si coglie bene innanzitutto nel rispetto del principio di ascendenza illuministica di legalità dei reati e delle pene, quale fondamentale garanzia dell'individuo contro i possibili arbitri del potere punitivo statale.
[18] Già nel *Code pénal* francese del 1810 e, analogamente, in quello belga del 1867, il Libro II dedicato ai crimini e delitti contro la proprietà articolava una serie di disposizioni specifiche volte a sanzionare le diverse modalità di aggressione al patrimonio altrui che si risolvessero in una *deminutio* della *res*.
[19] La proprietà era oggetto di tutela giuridica ben prima delle codificazioni moderne; queste ultime, tuttavia, non si limitarono a recepire una protezione già esistente, ma rielaborarono la proprietà come diritto soggettivo unitario, astratto e tendenzialmente assoluto, inserendola in un sistema normativo razionale e coerente.
[20] *Ex multis*, partendo ovviamente dalle voci più distanti del tempo, oltre a una menzione doverosa a C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764, F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, Lucca 1859–1871.
Anche E. Ferri riconosce come le codificazioni del XIX secolo abbiano rappresentato il trionfo della ragione e del sentimento umanitario contro l'arbitrio medievale, definendole una tappa necessaria per l'umanizzazione delle pene. Tuttavia, la sua lode rimane "con riserva", poiché egli ritiene tali riforme viziate da un'eccessiva astrazione giuridica, colpevoli di studiare il delitto come un'entità «divelta dal mondo reale». Cfr. E. Ferri, *Sociologia criminale*, Torino 1892, 8. Con taglio storico, si veda M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia.*

però una seconda corrente interpretativa, i cui appartenenti evidenziano come il diritto penale "classico", pur nella sua innegabile impronta liberale e garantista, fosse profondamente corrispondente alle esigenze del nuovo ordine socio-economico[21].
Seguendo questa seconda prospettiva, la razionalizzazione del sistema non è un fine astratto, ma lo strumento necessario per rispondere alle trasformazioni innescate dall'industrializzazione. In un ordinamento in cui l'*homo oeconomicus*[22] diviene la misura dei rapporti sociali, la difesa della proprietà e del patrimonio cessa di essere una mera istanza conservatrice per farsi preoccupazione centrale e sistemica. La nuova razionalità giuridica viene così mobilitata per proteggere, con una precisione e una severità inedite, la dimensione patrimoniale del soggetto, garantendo la stabilità dei rapporti di produzione.
Giuridicamente, questo passaggio si realizza attraverso strumenti diversi: contratti, norme sulla proprietà e tutela patrimoniale, ma anche tramite l'azione punitiva del diritto penale. In particolare, i delitti contro la proprietà – già presenti nelle codificazioni precedenti – assumono una solidità e una centralità maggiori, conferendo alla disciplina penale un ruolo più incisivo nella protezione del patrimonio.
La tutela penale della sfera economico-patrimoniale, del resto, non costituisce un fenomeno nuovo né limitato a uno specifico settore dell'ordinamento. Come discusso anche nella sezione seconda di questo studio, i rapporti tra diritto penale e proprietà sono infatti storicamente stretti: la tutela penale della proprietà in astratto ha contribuito a consolidare determinati assetti dei rapporti sociali ed economici[23].
Già nel 1923, Hale scrisse del legame tra diritto e proprietà teorizzando che quest'ultima fosse essa stessa una forma di coercizione[24]. In particolare, la sua tesi e la sua linea argomentativa seguono da vicino il lavoro di Carver e le teorie del *laissez faire* e, più in generale, della necessaria estraneità dello Stato rispetto alle vicissitudini economiche. Secondo l'argomentazione di Hale, questo stato di estraneità è una narrativa non corrispondente alla realtà: nel momento stesso in cui lo Stato tutela i diritti di proprietà, esercita una coercizione. La domanda centrale diventa a questo punto – e Hale la pone in apertura – "cosa sta facendo un governo quando protegge un diritto di proprietà?", a cui segue una risposta bifronte: da un lato, si sta astenendo dall'interferire nella relazione tra il proprietario e il bene; dall'altro però, forza ciascuno dei non proprietari a non accedere al bene, impedendogli l'accesso a tale risorsa[25]. Secondo lo studioso, tale coercizione esercitata dallo Stato genera uno «*starvation*

Scritti editi e inediti (1972-2007), Milano 2009, 485 ss, 591 ss, 725 ss.

[21] Sulla necessità di mantenere allo sguardo la complessità di tale passaggio, P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, 170, per cui uno dei tratti dell'ordine emerso dalle Rivoluzioni di fine Settecento è proprio «uno Stato forte, che è necessario per la tutela della proprietà privata, […] per il libero svolgersi dei traffici economici del ceto borghese».

[22] La riflessione sull'*homo oeconomicus* compare prima in J. S. Mill, *On the Definition of Political Economy, and on the Method of Investigation Proper to It*, in *London and Westminster Review* 1836; nella teoria economica classica e nelle sue successive elaborazioni, V. Pareto, *Manuale di economia politica con una introduzione alla scienza sociale*, Milano 1906.

[23] La modernità giuridica trasforma la proprietà da relazione concreta e stratificata entro ordini sociali differenziati a diritto soggettivo astratto e formalmente universale; la sua tutela penale partecipa così alla stabilizzazione dell'ordine economico borghese e delle forme moderne di circolazione della ricchezza. V. P. Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Napoli 2006.

[24] R.L. Hale, *Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State*, in *Political Science Quarterly*, XXXVIII, 1923, 470 ss.

[25] *Ivi*, 471: «What is the government doing when it "protects a property right"? Passively, it is abstaining from interference with the owner when he deals with the thing owned; actively, it is forcing the non-owner to desist from handling it, unless the owner consent.» Questa posizione è condivisa anche da Morris Cohen il quale, nel suo studio seminale sulla proprietà di poco successivo a quello di R. L. Hale, *Property and Sovereignty* in *Cornell Law Review* 1927, 12, argomenta come l'essenza del diritto di proprietà privata sia sempre il diritto di escludere

dilemma» che sta alla base del sistema economico produttivo: semplificando, è la impossibilità di accedere alle risorse a spingere gli individui nel sistema lavorativo. Allo stesso modo, salari, profitti, affitti, rendite, sono tutti influenzati dal potere coercitivo che è in grado di esercitare chi li possiede – e dal grado di protezione assicurato a tale fine dallo Stato. La tutela legale della proprietà, quindi il suo stesso riconoscimento, attiva un meccanismo a cascata di coercizione che è il motore invisibile del sistema economico-produttivo. Secondo la tesi di Hale, peraltro, la stessa esistenza di un sistema di tutela penale della proprietà implica che il diritto penale sia profondamente coinvolto e innestato nella tutela – o meglio nella regolazione – del sistema economico.

Si è riportato tale intervento in quanto per la sua risalenza nel tempo e per l'incisività della tesi sostenuta costituisce un buon punto di partenza per introdurre la *vexata quaestio* dei rapporti tra diritto penale e mondo economico-produttivo. Tuttavia, del rapporto tra diritto penale ed economia (in questo caso declinato attraverso la protezione dei diritti patrimoniali, di cui la proprietà costituisce il culmine) si è scritto e discusso ben oltre esso; sì che un quadro più ampio appare necessario.

All'interno della letteratura specificamente penalistica, due sono gli orientamenti principali: una corrente scettica nei confronti dell'uso del diritto penale come strumento di intervento nella sfera economica e una seconda, contrapposta, che invece vede con favore l'approntamento di una "cintura di tutela penalistica". Laddove la prima corrente ha messo in luce la frizione con i principi di *extrema ratio* e di offensività, i favorevoli all'intervento hanno evidenziato le conseguenze assai reali della criminalità economica e argomentato come l'ordine economico sia a tutti gli effetti meritevole – e bisognoso – di tutela anche penale[26].

Sebbene la narrazione dominante – almeno fino a tempi recenti – sia stata caratterizzata da un certo scetticismo nei confronti dell'uso del diritto penale come strumento di intervento nella sfera economica, i due ambiti si influenzano reciprocamente e hanno dato luogo a diverse forme di interazione[27].

Tuttavia, tale tema è stato oggetto di studi anche in una seconda accezione, presentabile sotto la locuzione di "*political economy of criminal law"*. La premessa in questo caso è considerare

altri.

[26] In dottrina, le posizioni oscillano tra approcci maggiormente garantisti, preoccupati dell'espansione del diritto penale economico e della tensione con i principi di offensività ed *extrema ratio*, e orientamenti più interventisti, che valorizzano invece la necessità di approntare forme efficaci di tutela dell'ordine economico e dei beni giuridici collettivi. *Ex multis*, si segnalano C. Pedrazzi, *Interessi economici e tutela penale*, ora in Id., *Diritto penale*, vol. III, *Scritti di diritto penale dell'economia. Problemi generali. Diritto penale societario*, Milano 2003, 187 ss.; F. Mucciarelli, *Crisi d'impresa e diritto penale. Interessi pubblicistici e privatistici, limiti dell'intervento punitivo*, in *Itinerari di diritto penale dell'economia*, a cura di R. Borsari, Padova 2018, 67 ss.; C. E. Paliero, *La responsabilità delle persone giuridiche. Profili generali e criteri di imputazione*, in Id., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano 2002; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano 2003; C. Piergallini, *Societas delinquere et puniri non potest: la fine tardiva di un dogma*, in *RTrimDPenEc* 2002; Id., *Autonormazione e controllo penale*, in *DPP* 2015; A. Bernardi, *Legalità penale e crisi del diritto oggi: un percorso interdisciplinare*, Milano 2008.

[27] In questa prospettiva, Farmer individua quattro principali modalità attraverso cui si articola il rapporto tra diritto penale e mercato. In primo luogo, il diritto penale contribuisce a definire i confini tra mercati legittimi e illegittimi, come nel caso dei mercati relativi alle droghe o al lavoro sessuale. In secondo luogo, esso viene utilizzato per proteggere l'integrità dei mercati, in particolare nel contesto finanziario, ad esempio attraverso la repressione dell'*insider trading* o delle pratiche anticoncorrenziali. In terzo luogo, alcune teorie economiche interpretano il crimine come il risultato di una decisione razionale fondata su un calcolo costi-benefici, considerando quindi il diritto penale come parte degli strumenti di regolazione del mercato. Cfr. L. Farmer, *The "Market" in Criminal Law Theory*, in *The Modern Law Review* 2022, 435.

il diritto penale non come un sistema di valori morali o dogmatica giuridica, ma piuttosto nella sua dimensione di *policy*[28].

Anche in questo secondo quadro si possono rintracciare le due correnti viste sopra, ma con una declinazione differente. In questo caso, gli "scettici" argomentano che il legame tra la dimensione economica e quella penale, sia pure esistente, non sia determinante. Per Pfaff il capitale o il mercato sono ben lontani dal costituire i registi del sistema penale: l'espansione della penalità e, soprattutto negli Stati Uniti, della popolazione carceraria e della durezza della sanzione penale, non è correlata tanto al diffondersi del neoliberismo quanto piuttosto a un cambiamento della cultura burocratica-politica[29]. Sulla stessa falsariga sono le argomentazioni di Zimring, che incentra le proprie ricerche sul fenomeno del sovra incarcerazione che ha luogo negli Stati Uniti. Nei suoi scritti ben raramente appaiono menzioni alle politiche reaganiane; viceversa, molta attenzione è dedicata alla dimensione politica dei *District Attorneys* e alla crescente severità delle pene impartite[30].

Diversamente, gli approcci definiti "critici del mercato" concepiscono il mercato come una forza sociale più ampia che influenza ed è a sua volta influenzata dal diritto penale, concentrandosi sul modo in cui i sistemi giuridici reagiscono o contribuiscono a riprodurre le disuguaglianze sociali generate dalle strutture economiche[31]. In tale prospettiva, Melossi e Pavarini – dialogando con le riflessioni di Foucault – mettono in luce le profonde connessioni tra lo sviluppo delle istituzioni penali in Europa e negli Stati Uniti e le trasformazioni sociali ed economiche legate all'affermazione dei rapporti di produzione capitalistici[32]. A tal proposito, è doveroso menzionare anche studiosi come Cavadino e Dignan, che – per quanto cauti nell'affermare la correlazione – nondimeno notano e indagano come sistemi neoliberali, essendo altamente escludenti su un piano economico e, a cascata, sociale, coincidano con tassi di incarcerazione molto più alti[33]. Secondo questa visione, la risposta punitiva è un riflesso diretto della struttura dei modelli di capitalismo: a differenza dei sistemi puramente neoliberali, i modelli socialdemocratici o corporativi manterrebbero una maggiore capacità di inclusione sociale, per questo riducendo la pressione sul sistema penale.

Ancora più netta la ricostruzione di Harcourt, che attraverso una ricerca di tipo storico-genealogico[34] estesa oltre la costituzione del *Board of Trade* di Chicago, indietro fino all'operato di *Le Mercier* in Martinica, argomenta la non esistenza di un mercato quale "ordine naturale". Ogni mercato è un costrutto normativo e la retorica del *laissez-faire* serve a giustificare lo spostamento del potere statale dalla regolamentazione economica al sistema

[28] Nell'ambito dello studio e dell'analisi delle politiche pubbliche, il diritto penale è osservato non già come sistema di valori o come costruzione dogmatica, bensì nella sua dimensione di politica pubblica. In particolare, secondo la classificazione delle politiche pubbliche proposta da T. J. Lowi, esso può essere ricondotto alle *regulatory policies*, ossia a quelle politiche che incidono sui comportamenti individuali mediante l'imposizione di divieti, obblighi e sanzioni. In termini più generali, tale impostazione si colloca nell'alveo dell'analisi delle politiche pubbliche, che considera il diritto come strumento di regolazione sociale. V. L. Bobbio, G. Pomatto, S. Ravazzi, *Le politiche pubbliche. Problemi, soluzioni, incertezze, conflitti*, Milano 2024, capitolo 2.

[29] J. F. Pfaff, *Locked In: The True Causes of Mass Incarceration and How to Achieve Real Reform*, New York 2017.

[30] F. E. Zimring, *The Scale of Imprisonment in the United States: Twentieth Century Patterns and Twenty-First Century Prospects*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 100, n. 3, 2010, 1225 ss., F. E. Zimring, *Essay: Frank Zimring Responds*, in *Minnesota Law Review* 2020.

[31] D. Harvey, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford 2007.

[32] D. Melossi, M. Pavarini, *The Prison and the Factory (40th Anniversary Edition): Origins of the Penitentiary System*, London 2018.

[33] M. Cavadino, J. Dignan, *Penal Systems: A Comparative Approach*, London 2006.

[34] O archeologico in senso foucaultiano: il riferimento all'"archeologia" è qui impiegato come metodo volto a ricostruire le condizioni storiche e discorsive di emersione di una determinata razionalità di governo, piuttosto che a individuare una semplice origine lineare del fenomeno.

punitivo. È proprio il neoliberismo a produrre un paradosso istituzionale: mentre lo Stato si dichiara "incompetente" a gestire l'economia, rivendica una "iper-competenza" nel punire, trasformando il diritto penale nell'unica funzione legittima di controllo sociale[35].
A completare questo quadro interviene Lacey, la quale sposta l'analisi dal piano ideologico a quello istituzionale-comparato. Lacey dimostra che la tendenza punitiva di uno Stato è strettamente legata alla sua struttura economica: mentre le *Liberal Market Economies* (come USA e UK) usano il carcere come *policy* di gestione dell'instabilità sociale causata dalla flessibilità del mercato, le *Coordinated Market Economies* (come la Germania) tendono alla moderazione penale. Per Lacey, il diritto penale non è solo un'illusione ideologica, ma una variabile dipendente dal modo in cui un sistema politico-economico sceglie di produrre solidarietà o competizione[36]. Secondo questa chiave di lettura, la tutela penale del patrimonio non si limita a proteggere interessi individuali, ma contribuisce alla conservazione di specifici equilibri economici e sociali.
Queste considerazioni, che verranno riprese nel prosieguo del lavoro, costituiscono il sostrato teorico della presente indagine, volta ad evidenziare quale ruolo giocano le due modifiche in esame nel rapporto tra proprietà e diritto penale. L'analisi storica e teorica fin qui condotta suggerisce che la tutela penale della proprietà non nasca come difesa statica di un possesso, ma come dispositivo dinamico di conservazione dell'ordine.
Tali riflessioni, apparentemente lontane, sono tuttavia ben presenti nelle trame della riflessione penalistica italiana sui delitti contro il patrimonio. Sgubbi fu assai esplicito a riguardo, affermando che la funzione (reale e latente) di tale ambito di tutela è la difesa della proprietà come rapporto sociale di dominio[37]. Secondo l'autore, il campo dei delitti contro il patrimonio contiene una serie di indizi che ben permettono di investigare la realtà dei condizionamenti che i rapporti economici e sociali impongono al diritto penale; su tutti, la severità della reazione dell'ordinamento rispetto alle singole fattispecie. Se, come egli nota, la severità non è graduata in base all'evento o al diritto soggettivo violato, ma in base alla condotta e a come la stessa si pone rispetto al modello capitalistico di fondo, allora la funzione di tutela dei diritti soggettivi del diritto penale diventa formale, mentre la motivazione politica si fa strada e si incardina nella *techne* della legge[38].
A proposito di *techne* utilizzata in questo ambito di tutela, la risalenza nel tempo dello stesso nell'ordinamento italiano - i delitti contro la proprietà erano, come si è visto, già previsti nel Codice Zanardelli – e le evoluzioni di cui sono stati oggetto sono state molto discusse sia in punto formale sia interrogandosi su – eventuali – più ampie implicazioni. Su tutte, un certo dibattito ha riguardato il passaggio dalla nozione di proprietà a quella di patrimonio e se esso rappresenti un semplice mutamento terminologico o una reale evoluzione concettuale della tutela. La tesi prevalente ritiene che non vi sia stata alcuna discontinuità concettuale; si è trattato piuttosto di un rafforzamento e di una sistematizzazione della protezione dei beni[39].

---

[35] B.E. Harcourt, *The Illusion of Free Markets: Punishment and the Myth of Natural Order*, Cambridge 2012.
[36] N. Lacey, *The Prisoners' Dilemma: Political Economy and Punishment in Contemporary Democracies*, Cambridge 2008.
[37] Cfr. F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e "reati contro il patrimonio*", Milano 1980, 33.
[38] Cfr. F. Sgubbi, *op. cit.*, 200
[39] Come sottolinea F. Antolisei, *Diritto penale. Parte speciale*, Milano 2015, 374, inizialmente tali delitti figuravano come "contro la proprietà", e solo in tempi più recenti la rubrica venne modificata introducendo il concetto di patrimonio. L'attuale rubrica, che ha sostituito l'originaria dicitura "delitti contro la proprietà", riflette una precisa scelta legislativa volta ad ampliare l'ambito della tutela penale: non più limitata alla sola proprietà formale, la protezione si estende ora a ogni diritto reale, garantendo così una salvaguardia più estesa e comprensiva. La stessa modifica viene sottolineata da F. Sgubbi, *Patrimonio (reati contro il)*, in ED, XXXII, 1982, 333 ss., il quale inoltre tratteggia come tale passaggio fu percepito ai tempi della sua realizzazione.

Ancora, un altro nodo di discussione è stato proprio quale fosse la concezione di patrimonio più opportuna da adottare in sede penalistica. Si tratta, a tutti gli effetti, della ricostruzione dell'oggetto della tutela. Tre sono le concezioni principali che si possono rintracciare – giuridica,[40] economica,[41] ed economico-giuridica[42] – da cui discende logicamente una diversa integrazione dell'offesa. Seguendo l'ultima e più fortunata concezione delle tre, con patrimonio ci si riferisce all'insieme dei rapporti giuridici, economicamente valutabili, che fanno capo a una persona[43].

Dalla definizione dell'oggetto della tutela discende, in modo consequenziale, l'individuazione dell'offesa. In questa prospettiva, l'offesa al patrimonio si integra ogni volta che viene violato l'obbligo di non ingerenza nella sfera di un rapporto patrimoniale altrui (oggetto di tale rapporto sarà un valore economico o un valore di affezione)[44]. Sul piano storico, Sgubbi analizza negli anni Ottanta l'evoluzione dei delitti contro il patrimonio rispetto al Codice Rocco del 1930, evidenziando la distinzione tra reati patrimoniali "pluri-offensivi", diretti a tutelare il patrimonio insieme ad altri beni giuridici e puniti più severamente per il loro elevato allarme sociale (come rapina aggravata, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione), e reati esclusivamente patrimoniali, meno valorizzati, tra cui ricade il delitto di danneggiamento.[45]

Ciò conduce a interrogarsi sul ruolo del patrimonio – e della proprietà, che continua a rappresentarne la manifestazione più pregnante e centrale – nella società contemporanea. Negli anni Ottanta, Moccia nota come parlare di tutela penale del patrimonio apra facilmente la porta

---

Quest'ultimo più avanti si esprime in favore di una sostanziale equivalenza dei due termini «La "proprietà" di cui al codice del 1889 e il "patrimonio" di cui al codice odierno, sono espressioni equivalenti, sono sinonimi».

[40] La concezione giuridica del patrimonio lo definisce come l'insieme dei diritti soggettivi a contenuto patrimoniale e degli obblighi giuridici facenti capo a un determinato soggetto. In tale prospettiva, ciò che rileva non è il valore economico effettivo dei beni, bensì la loro qualificazione in termini di situazioni giuridiche tutelate dall'ordinamento. Il patrimonio si configura dunque come una costruzione eminentemente formale, ancorata alla struttura del diritto soggettivo e alle categorie civilistiche dell'appartenenza. Questa impostazione, tipicamente riconducibile alla tradizione dogmatica tedesca, trova un riferimento classico in Karl Binding, che concepisce il patrimonio come somma di rapporti giuridici attivi e passivi.

[41] La concezione economica del patrimonio, al contrario, ne valorizza la dimensione sostanziale, identificandolo con la complessiva massa di valori economici riferibili a un soggetto nella vita sociale. In questa prospettiva, ciò che assume rilievo non è la titolarità giuridica in senso formale, ma l'effettiva consistenza economica dei beni e la loro capacità di soddisfare bisogni o interessi materiali. Ne consegue una nozione più flessibile, ma anche tendenzialmente meno determinata, che tende a prescindere dalle categorie civilistiche di attribuzione. Tale impostazione è generalmente ricondotta a Karl Lackner, che valorizza il patrimonio come concetto della vita economica.

[42] La concezione economico-giuridica del patrimonio rappresenta un tentativo di mediazione tra le due impostazioni precedenti, combinando il dato giuridico dell'appartenenza con la dimensione economica dell'utilità. Il patrimonio viene così inteso come insieme di situazioni giuridiche patrimoniali dotate di rilevanza economica, evitando sia il formalismo della concezione puramente giuridica sia l'indeterminatezza di quella esclusivamente economica. In questa prospettiva, assume rilievo non solo la titolarità del bene, ma anche il suo valore economico concreto, nella misura in cui esso incide sulla sfera patrimoniale del soggetto.

[43] In questa sede si è scelto di aderire alla concezione giuridico-economica del patrimonio, già presente in D. Angelotti, *Delitti contro il patrimonio*, in E. Florian (coord.), *Trattato di diritto penale*, XI, Milano 1936, 60 ss. Tale opzione appare preferibile rispetto, ad esempio, alla concezione prettamente economicistica (A. De Marsico, *Delitti contro il patrimonio*, Napoli 1951, 11 ss.)

A queste si aggiunge la concezione dinamico-funzionale proposta da Moccia, dove il patrimonio è considerato in funzione e relazione all'individuo – e offesa diventa quindi la diminuzione della potenza economica del titolare. S. Moccia, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1980, 51 ss.

[44] Una concezione puramente economica avrebbe come lato negativo l'esclusione di rilevanza di ogni *deminutio* ricadente su beni esclusivamente di affezione: non realizzandosi una *deminutio* economica, il bene giuridico così inteso non subirebbe alcuna lesione.

[45] L'innovazione lessicale non ha, a suo giudizio, ricadute concrete. I due concetti sono sovrapponibili. Cfr. F. Sgubbi, *op. cit.*, 331

alla discussione di problemi di natura sistematica e classificatoria. In particolare, egli sottolinea che nel passaggio dall'ottocentesco Stato liberale allo Stato sociale di diritto[46] la tutela penale del patrimonio debba riconoscere il cambiamento nel ruolo/funzione dello stesso: non più pilastro centrale ma garanzia per "assicurare lo sviluppo della personalità in campo economico"[47].
Per i fini di questo lavoro, ci si deve dunque interrogare se le recenti modifiche normative al delitto di danneggiamento costituiscano meri aggiustamenti di natura tecnica o se, al contrario, esse non finiscano per confermare una vocazione strumentale della fattispecie, orientata a saldare la protezione del patrimonio a più ampie e diverse esigenze.

3. La fattispecie di danneggiamento ex articolo 635 Cp figura tra i delitti contro il patrimonio sin dall'entrata in vigore del Codice penale. Rimaneggiata e modificata diverse volte lungo la storia repubblicana, essa presenta nella sua versione odierna una struttura complessa. La struttura originaria della fattispecie introdotta con il Codice Rocco appariva invero assai lineare, con una condotta di base punibile a querela con la reclusione fino a un anno, cui si aggiungevano una serie di circostanze che davano luogo ad aggravio di pena e alla procedibilità d'ufficio (p.e. l'avvenire con violenza o minaccia, ovvero l'interessare opere pubbliche o in occasione di scioperi e serrate).[48] Il confronto tra le diverse versioni succedutesi nel tempo evidenzia, tuttavia, un progressivo incremento della complessità della fattispecie. Nella sua attuale configurazione, essa si articola in sei commi, gli ultimi due dei quali incidono sui profili sanzionatori e processuali.
Il delitto di danneggiamento gode di un campo di applicazione piuttosto ampio. Reato comune, sanziona le condotte aventi come effetto la *diminutio* dell'altrui patrimonio[49]. Per molto tempo, peraltro, proprio il contrasto tra l'evidente effetto lesivo e il relativamente blando trattamento sanzionatorio è stato oggetto di critiche, spiegato in termini politico-criminali con la minore pericolosità percepita dell'autore del danneggiamento (un "autore di scherzi di cattivo gusto" o un "vandalo")[50] – da cui la dottrina ha tratto anche spunti di riflessione sul significato politico-criminale sotteso a tali dislivelli di tutela[51].
Nella sua formulazione base l'articolo ha come caratteristica la generalità e, conseguentemente, anche la residualità, non applicandosi laddove il danneggiamento della cosa sia elemento costitutivo di altro reato oppure sia assorbito in un reato più grave. A un primo comma

[46] Essendo, in virtù dello stesso testo costituzionale, la proprietà un bene di rango inferiore rispetto alla libertà personale.
[47] S. Moccia, *Tutela penale del patrimonio,* cit., 73.
[48] Si riporta per completezza il testo originario della fattispecie, così come formulato ai tempi del codice Rocco: «Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui è punito, a querela della persona offesa, con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire tremila. La pena è della reclusione da sei mesi a tre anni e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso:
1. con violenza alla persona o con minaccia;
2. da datori di lavoro in occasione di serrate, o da lavoratori in occasione di sciopero, ovvero in occasione di alcuno dei delitti preveduti dagli articoli 330, 331 e 333;
3. su edifici pubblici o destinati a uso pubblico o all'esercizio di un culto, o su altre delle cose indicate nel numero 7° dell'articolo 625;
4. sopra opere destinate all'irrigazione;
5. sopra piantate di viti, di alberi o arbusti fruttiferi, o su boschi, selve o foreste, ovvero su vivai forestali destinati al rimboschimento».
[49] V. articolo 635 comma 1: «Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui con violenza alla persona o con minaccia ovvero in occasione del delitto previsto dall'articolo 331, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni».
[50] G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio,* Bologna 2014, 140-141.
[51] Cfr. F. Sgubbi, *op. cit.*, 200-203

contenente la previsione di carattere generale seguono ulteriori commi che individuano specifiche ipotesi di danneggiamento aggravato, ciascuna caratterizzata dalla presenza di elementi costitutivi o circostanziali.
Nella formulazione odierna, il primo comma elenca una serie di condotte alternative che possono integrare tale fattispecie, punendo chiunque «*distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui*».[52] A delimitare l'ambito del penalmente rilevante interviene poi la necessità che sia integrato alternativamente uno dei due elementi costitutivi menzionati nel primo comma: ovverosia che ciò avvenga con «violenza alla persona o minaccia» oppure in caso di interruzione di pubblico servizio[53]; delimitazioni, peraltro non presenti nel testo originario del 1930.
Il secondo comma prevede un'ulteriore ipotesi di danneggiamento, nella quale l'elemento selettivo della rilevanza penale è rappresentato dall'oggetto materiale della condotta. La norma prende infatti in considerazione il danneggiamento di beni ritenuti di particolare rilevanza, quali edifici pubblici o destinati a uso pubblico, opere destinate all'irrigazione, nonché boschi, selve o foreste. In tali casi la risposta sanzionatoria appare giustificata dall'esigenza di rafforzare la tutela di beni che, pur rientrando nella categoria del patrimonio, presentano anche un evidente rilievo collettivo.
La struttura radiale dell'articolo inizia quindi a emergere. I diversi commi presentano diverse ipotesi di danneggiamento penalmente rilevanti, ciascuna caratterizzata da alcuni elementi costitutivi, che variano dall'oggetto materiale a elementi circostanziali quali, ad esempio, l'interruzione di pubblico servizio ex articolo 331. Parallelamente, alcuni elementi di fondo rimangono inalterati, quali le diverse modalità della condotta, l'altruità della cosa su cui insiste la condotta e la *deminutio* patrimoniale.
Arrivando al terzo comma, di particolare interesse in quanto oggetto dell'intervento operato dal Decreto Sicurezza, è possibile individuare una specifica ipotesi di danneggiamento connessa al contesto in cui ha luogo la condotta, ovverosia il danneggiamento che abbia luogo in occasione di manifestazioni.
Il successivo comma 4 prevede una formulazione analoga, ma riferita a condotte commesse «*all'interno o nelle pertinenze di strutture sanitarie o sociosanitarie, residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private*»[54].

---

[52] Su tutte, si veda per chiarezza ed esaustività la descrizione di F. Antolisei, *op. cit.*, 577. Per quanto riguarda la condotta, Mantovani specifica che la condotta può consistere alternativamente ma tassativamente, in distruggere, disperdere, deteriorare o rendere inservibile. Si tratta comunque di un reato a forma libera: la fattispecie ex articolo 635 non richiede che l'azione «si articoli attraverso determinate modalità o mezzi tipici», i verbi elencati soltanto figurando la sola azione causale dell'evento tipico. Cfr. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale. Delitti contro il patrimonio*, Padova 2012, 128.
Circa il significato preciso di tali termini, dottrina e giurisprudenza hanno lavorato a disegnare un perimetro più definito per gli stessi. Nell'ordine:
"Distruggere" significa provocare l'annientamento di una cosa nella sua funzione strumentale al soddisfacimento di bisogni umani, materiali o spirituali. Vi rientrano la demolizione, la rottura, nonché lo scasso di una cosa. Il "disperdere" una cosa consiste, invece, nel farla uscire dalla disponibilità del soggetto che ne sia titolare, in modo tale che egli non sia più in grado di recuperarla o, comunque, che la possa recuperare soltanto con una notevole difficoltà. Il "deteriorare" consiste, poi, nel provocare una diminuzione della funzione strumentale di una cosa, la quale, pur rimanendo nella disponibilità del titolare, è interessata da una diminuzione del suo valore o del suo livello di utilizzabilità. Si pensi, ad esempio, all'imbrattamento ineliminabile di un dipinto. "Rendere inservibile", in tutto o in parte, una cosa, significa renderla inidonea, completamente o soltanto parzialmente, a svolgere la propria funzione per un tempo giuridicamente apprezzabile, senza, però, distruggerla, disperderla o deteriorarla. F. Mantovani, *Diritto penale. Parte Speciale,* cit., 128. F. Antolisei, *op. cit.*, 577; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio,* cit., 142-143.
[53] Ex comma 1: «in occasione del delitto previsto dall'articolo 331»
[54] Comma introdotto dall'art. 1, comma 1 del d.l. 1.10.2024, n. 137, convertito con modificazioni dalla l.

Si tratta di una tecnica normativa già applicata dal legislatore: in entrambe le ipotesi, l'elemento di specialità non risiede nella condotta tipica, ma nel contesto nel quale essa si realizza, che diviene il criterio attraverso cui il legislatore individua un ambito di particolare rilevanza penale.
Nel caso delle strutture sanitarie, tale scelta appare riconducibile a una *ratio* politico-criminale relativamente chiara, verosimilmente collegata a recenti fatti di cronaca riguardanti episodi di aggressione e danneggiamento all'interno di ospedali e, in particolare, nei pronto soccorso[55]. La previsione normativa sembra dunque orientata a rafforzare la tutela dei luoghi che rappresentano servizi essenziali e beni di primaria rilevanza sociale.
Diverso e più problematico appare, invece, il caso del terzo comma relativo alle manifestazioni. Introdotta per la prima volta nel 2019[56], anche questa disposizione è strutturata sulla base di una specialità di contesto, tale da consentire di configurare la fattispecie come una figura autonoma di reato, piuttosto che come una mera circostanza aggravante del danneggiamento ordinario[57]. In tal senso depongono diversi indici: sul piano formale, l'assenza della tipica formula circostanziale ("la pena è aumentata"); sul piano sanzionatorio, l'introduzione della multa, assente nella fattispecie base; e, soprattutto, la configurazione del contesto della manifestazione come elemento costitutivo della fattispecie[58].

4. L'intervento operato dal Decreto Sicurezza sul delitto di danneggiamento appare dunque, in termini quantitativi, a tutti gli effetti marginale. Esso consiste infatti nell'introduzione, all'interno del terzo comma dell'articolo 635 Cp appena descritto, di un'ipotesi aggravata nel caso in cui la condotta di danneggiamento commessa in occasione di manifestazioni avvenga «con violenza alla persona o con minaccia»[59].
Sotto il profilo strutturale, la norma riproduce gli elementi tipici della fattispecie di danneggiamento: la condotta consiste nelle azioni alternative di distruzione, dispersione, deterioramento o resa inservibile della cosa; l'oggetto materiale è rappresentato da cose mobili o immobili altrui, con conseguente diminuzione del patrimonio del titolare del bene; la tutela riguarda pertanto sia beni appartenenti a soggetti privati sia beni pubblici.

18.11.2024, n. 171. Nella versione originaria dell'articolo le circostanze aggravanti erano infatti la commissione con violenza alla persona o con minaccia; la commissione da parte di datori di lavoro in occasione di serrate, o da lavoratori in occasione di sciopero, ovvero in occasione di alcuno dei delitti preveduti dagli articoli 330, 331 e 333; ove insistesse su edifici pubblici o destinati a uso pubblico o all'esercizio di un culto, o su altre delle cose indicate nel numero 7° dell'articolo 625; sopra opere destinate all'irrigazione; sopra piantate di viti, di alberi o arbusti fruttiferi, o su boschi, selve o foreste, ovvero su vivai forestali destinati al rimboschimento. Le strutture sanitarie risultano quindi un'aggiunta recente al testo.

[55] Evento spartiacque fu l'aggressione a un'equipe medica nell'ospedale di Foggia nel settembre 2024, riportato ad esempio da AGI, *Aggrediti dai parenti di una ragazza deceduta, medici si barricano in una stanza*, in www.agi.it, 6.9.2024. Per G. Balbi, *Il "decreto sicurezza" e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, in www.lalegislazionepenale.eu (18.1.2026), 10: il danneggiamento di strutture sociosanitarie non ricade tanto nel paradigma generale di "populismo giustizialista o di facile captazione del consenso", quanto piuttosto si innesta su un paradigma "teleologicamente ispirato all'idea di un modello politico-sociale "altro".

[56] Il terzo comma è stato inserito dall'art. 7 comma 1 lett. *d* del d.l. 14.6.2019 n. 53, ed è stato modificato dall'art. 3, comma 1 della l. 22.1.2024 n. 6.

[57] Per l'esclusione di continuità normativa rispetto alle fattispecie precedenti cfr. Cass. 6.6.2018, n. 39919.

[58] La Corte di Cassazione nota in proposito che in questo caso è richiesto un nesso di derivazione tra la condotta di danneggiamento e la manifestazione, non essendo sufficiente la mera continuità logistica. Cfr. Cass. 4.4.2019, n. 29588.

[59] Con violenza alla persona si intende la *vis phisica* propria e impropria, volta a porre la vittima nella impossibilità di agire diversamente o per neutralizzarne o coartarne la volontà. La minaccia consiste nella «prospettazione di un male futuro a un bene giuridicamente rilevante la cui realizzazione dipende dalla volontà dell'agente». Cfr. F. Mantovani, *Danneggiamento e deturpamento di cose altrui* (voce), in *DigDPen*, 1989, 318.

Nell'ipotesi di base del comma 3, la condotta acquisisce un significato differente e un disvalore maggiore in virtù del nesso di collegamento con il fenomeno della manifestazione. Il trattamento sanzionatorio previsto per tale ipotesi è costituito dalla reclusione da uno a cinque anni e dalla multa fino a 10.000 euro.
Il decreto Sicurezza ha tuttavia introdotto una modifica, aggiungendo un ulteriore periodo in chiusura del terzo comma configurante un'ipotesi aggravata quando la condotta di danneggiamento sia realizzata con violenza alla persona o minaccia. In questa circostanza la pena è innalzata alla reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni e alla multa fino a 15.000 euro, determinando così un ulteriore irrigidimento della risposta sanzionatoria.
La violenza alla persona o la minaccia esprimono, sul piano oggettivo, un indubbio maggiore disvalore. Sul punto, esiste già un significativo *corpus* di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, poiché tali modalità erano originariamente previste come circostanza aggravante speciale della fattispecie base di danneggiamento.
A questo proposito, piuttosto netta la posizione della giurisprudenza nel delineare limiti di tipo cronologico (antecedenti o contestuali) e qualitativo (violenza contenuta nel reato di danneggiamento fino alle percosse)[60], ma non di tipo strumentale[61]. Non è necessario, per i giudici, che la condotta di violenza o minaccia sia teleologicamente rivolta a rendere possibile l'esecuzione del danneggiamento. Questo perché la *ratio* dell'aggravio risiede nella maggiore pericolosità dimostrata dall'autore.
Parzialmente difforme è la posizione di Mantovani, il quale richiede invece un rapporto di strumentalità, o quantomeno un vincolo modale, tra le condotte. In questa prospettiva, l'aggravante ricorre quando la violenza o la minaccia si inseriscono funzionalmente nella realizzazione del danneggiamento - ad esempio, quando l'agente immobilizza il proprietario del bene per poter agire, ovvero quando l'azione lesiva della cosa comporta incidentalmente un'offesa alla persona. Diversamente, in presenza di una mera "occasionalità cosciente", le condotte devono essere tenute distinte, con conseguente configurabilità del concorso materiale di reati[62].
Sebbene tali ricostruzioni siano state elaborate con riferimento alla precedente formulazione dell'articolo 635 Cp, esse conservano rilievo anche con riguardo all'attuale comma terzo. In senso estensivo, potrebbe ritenersi sufficiente una mera contiguità spazio-temporale tra la violenza o la minaccia e il danneggiamento.
A parere di chi scrive, deve invece preferirsi un'interpretazione garantista, coerente con il dato letterale e con la funzione della fattispecie, che richiede un'effettiva unitarietà di azione e di fine. In mancanza di tale nesso, la violenza o la minaccia conservano autonomia e devono essere ricondotte alla disciplina del concorso di reati. A far propendere per questa soluzione controcorrente è, di nuovo, il dato di contesto. A differenza dell'ipotesi base, ci si colloca qui nell'ambito delle manifestazioni, caratterizzate da dinamiche spesso caotiche. Ferma restando la problematicità dell'introduzione di modalità violente in un contesto che, se pacifico, è tutelato dall'articolo 17 Cost., rileva, da un lato, la marcata discrasia sanzionatoria tra fattispecie base e ipotesi aggravata - che segna il passaggio da un illecito di minore gravità a una pena detentiva significativa - e, dall'altro, l'ampiezza delle nozioni di violenza e minaccia[63].

[60] Cass. 22.11.2007, n. 6376, in CP 2009, 6, 2451.
[61] Cass. 13.1.2009, n. 5534. Per un elenco più esaustivo, v. M. P. Concetti, *Danneggiamento* (art. 635 Cp), in S. Fiore (diretto da), *I reati contro il patrimonio*, Milano 2010, 276.
[62] Cfr F. Mantovani, *Danneggiamento e deturpamento di cose altrui*, *DigDPen*, 1989, 318.
[63] L'opzione interpretativa qui accolta prescinde da considerazioni di favore o sfavore per l'imputato, fondandosi esclusivamente su una ricostruzione sistematica della fattispecie e sulla delimitazione dei suoi presupposti applicativi.

In tale contesto, il rischio è che anche comportamenti solo marginalmente intimidatori possano integrare l'aggravante, con un rilevante incremento della pena in un'area comunque coperta da tutela costituzionale. Ne deriva l'esigenza di un'interpretazione restrittiva, che limiti l'operatività dell'aggravante ai soli casi in cui sussista un effettivo nesso funzionale tra le condotte[64].
Qualora, invece, la violenza o la minaccia risultino autonome rispetto al danneggiamento, troverà applicazione la disciplina del concorso di reati, potendo venire in rilievo ulteriori fattispecie incriminatrici – quali ad esempio la violenza o minaccia a pubblico ufficiale o la resistenza a pubblico ufficiale - frequentemente riscontrabili nel contesto delle manifestazioni pubbliche.

5. Il reato previsto dall'articolo 639 Cp è volto alla tutela del patrimonio nella sua dimensione estetica o funzionale, ma con un disvalore inferiore rispetto al danneggiamento di cui all'articolo 635 Cp Si tratta di un reato comune a forma libera, in cui è indifferente la modalità concreta con cui la condotta viene realizzata. L'offesa si realizza non attraverso la distruzione o la compromissione della funzionalità del bene, bensì mediante il suo imbrattamento o deturpamento, ossia attraverso una modificazione negativa dell'oggetto che ne altera l'aspetto esteriore.
La norma si pone in rapporto di sussidiarietà rispetto al danneggiamento: entrambe le fattispecie tutelano il patrimonio, ma lo fanno con riferimento a forme diverse di aggressione al bene[65]. Nel caso dell'articolo 639 Cp, il danno patrimoniale consiste appunto nella modificazione dell'aspetto della cosa, senza che venga compromessa in modo significativo la sua integrità materiale o funzionale. La linea di demarcazione tra le due fattispecie è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, che ha individuato il criterio distintivo nella reversibilità o temporaneità della modificazione. Quando l'aspetto originario del bene è facilmente reintegrabile, la condotta integra il reato di imbrattamento o deturpamento ex articolo 639 Cp; quando invece la condotta incide sull'essenza o sulla funzionalità della cosa e richiede un intervento ripristinatorio più incisivo, si configura il delitto di danneggiamento ex articolo 635 Cp[66].
Rispetto ai numerosi interventi che hanno interessato il delitto di danneggiamento, la fattispecie prevista dall'articolo 639 Cp è rimasta sostanzialmente invariata dalla sua introduzione nel 1930 fino a tempi recenti. Negli ultimi anni, tuttavia, la norma è stata progressivamente rimodellata dal legislatore, anche in risposta alle nuove forme di protesta pubblica. In tal senso, la L. 15 luglio 2009, n. 94[67] ha rappresentato il primo significativo indurimento della risposta punitiva contro l'imbrattamento di arredi urbani e mezzi di trasporto, elevando la fattispecie da contravvenzione a un delitto punibile con la reclusione.
Nel 2024 è stato introdotto uno specifico comma volto a reprimere le condotte di imbrattamento commesse su teche, custodie e altre strutture adibite all'esposizione, protezione e conservazione di beni culturali esposti in musei, pinacoteche, gallerie e altri luoghi espositivi appartenenti allo Stato o ad altri enti pubblici[68]. La previsione appare chiaramente modellata

[64] Cfr. M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso*, in *DPP* 2025, 883.
[65] L'orientamento della giurisprudenza di legittimità riguardo all'applicabilità del principio di sussidiarietà tra le ipotesi delittuose indicate è costante. *Ex multis*, si rimanda a Cass. 3.2.2016 n. 8826; Cass. 16.6.2005 n. 28793; Cass. 10.5.2002 n. 22370; Cass. 21.5.2014 n. 38574; Cass. 3.11.2000 n. 11756.
[66] V. Cass. 10.5.2002 n. 22370; Cass. 9.7.2024 n. 36753.
[67] L. 15.7.2009, n. 94 Disposizioni in materia di sicurezza pubblica.
[68] L. 22.1.2024, n. 6.

sulle azioni dimostrative di alcuni movimenti di attivismo climatico che, negli ultimi anni, hanno preso di mira opere d'arte o le strutture destinate alla loro protezione[69].
Su questo sfondo si inserisce l'articolo 24 del decreto ivi in esame, che ha inciso sull'articolo 639 Cp non soltanto sotto il profilo sanzionatorio, ma anche sotto quello del significato politico della fattispecie. La nuova disposizione prevede infatti che, se il fatto è commesso su beni mobili o immobili adibiti all'esercizio di funzioni pubbliche, con la finalità di ledere l'onore, il prestigio o il decoro dell'istituzione cui il bene appartiene, si applica la pena della reclusione da sei mesi a un anno e sei mesi e la multa da 1.000 a 3.000 euro. Contestualmente, è stato modificato anche il terzo comma dell'articolo 639 Cp, relativo alla recidiva, introducendo una disciplina speciale e più severa rispetto a quella generale di cui all'articolo 99 Cp In particolare, è stato precisato che l'originario aumento di pena continua ad applicarsi esclusivamente alle ipotesi previste nel primo e nel secondo periodo del secondo comma, mentre per la fattispecie di cui al terzo periodo è prevista una diversa e autonoma disciplina della recidiva.[70]
Per quanto riguarda l'estensione applicativa della modifica in oggetto, è la nozione di beni adibiti all'esercizio di funzioni pubbliche a delinearne l'ambito di applicazione. Non si tratta soltanto di edifici istituzionali in senso stretto, come ministeri o tribunali. I beni sono individuati secondo un criterio relazionale: la pubblica funzione. La giurisprudenza ha infatti adottato un'interpretazione oggettivo-funzionale del concetto di funzione pubblica, che prescinde dal soggetto proprietario del bene e si concentra invece sull'attività svolta al suo interno[71].
L'introduzione della «finalità di ledere l'onore, il prestigio o il decoro»[72] dell'istituzione segna un significativo spostamento dell'asse della fattispecie, assumendo il ruolo di elemento qualificante di primo rilievo. Tale previsione introduce due ordini di questioni, relative rispettivamente alla sua qualificazione dogmatica e al contenuto dei concetti impiegati, in particolare quello di "lesione dell'onore, del prestigio o del decoro". Il secondo profilo solleva

[69] Nettissima in proposito la lettura di Amnesty International, *Il Ddl contro gli attivisti climatici è legge* in www.amnesty.it, 19.1.2024.
[70] Così il co. 3: "Nei casi di recidiva per le ipotesi di cui al secondo comma, primo e secondo periodo, si applica la pena della reclusione da tre mesi a due anni e della multa fino a 10.000 euro. Nei casi di recidiva per l'ipotesi di cui al secondo comma, terzo periodo, si applicano la reclusione da sei mesi a tre anni e la multa fino a 12.000 euro"
Tale comma è stato aggiunto dall'art. 3, co. 3, lett. *c* della l. 15.7.2009, n. 94; Il Decreto Sicurezza ha disposto (con l'art. 24, co. 1, lett. *a* la modifica dell'art. 639, comma 2; (con l'art. 24, co. 1, lett. *b*) la modifica dell'art. 639, co. 3.
[71] In particolare, la Corte di Cassazione, con riferimento a un alloggio del sistema SPRAR, ha affermato che lo svolgimento di una funzione pubblica – in quel caso l'accoglienza dei migranti – è sufficiente a qualificare l'edificio come stabilimento pubblico, anche quando la struttura sia gestita da soggetti privati. Questo orientamento suggerisce che la nuova previsione dell'art. 639 c.p. potrebbe trovare applicazione in un ambito molto ampio, includendo ad esempio scuole, strutture sanitarie, sedi di servizi sociali o centri di assistenza, ogniqualvolta il bene sia destinato allo svolgimento di una funzione pubblica. Cfr. Cass. 29.11.2022, n. 45258.
[72] L'"onore" è generalmente ricondotto al patrimonio di valori socioculturali che qualificano la persona nel contesto sociale e che risultano desumibili sia dall'ordinamento giuridico sia da quello extragiuridico. Esso rinvia al complesso delle qualità che fondano la considerazione sociale dell'individuo – quali le doti morali (onestà, lealtà), intellettuali (intelligenza, istruzione, educazione) e fisiche – e attiene dunque alla dimensione personale della dignità e della reputazione del soggetto. Il "prestigio", invece, si riferisce più specificamente alle qualità e all'autorevolezza che si presumono nel soggetto in ragione della qualifica pubblica rivestita. In tale prospettiva, la tutela penale non è rivolta soltanto alla persona del funzionario, ma indirettamente anche alla pubblica amministrazione, poiché offese rivolte a chi esercita funzioni pubbliche sono suscettibili di incidere sulla credibilità e sull'autorevolezza dell'istituzione rappresentata. V. F. Antolisei, *op. cit.*, 248-250.
In giurisprudenza si è inoltre osservato che l'elemento dell'onore conserva una dimensione più strettamente personale, mentre il prestigio si riferisce in modo più diretto al riflesso istituzionale della funzione esercitata. Cfr. Cass. 29.10.2025, n. 35233.

interrogativi sia in punto di tassatività, sia in relazione al richiamo a categorie tradizionalmente estranee alla tutela del patrimonio, proprie dei reati di oltraggio e vilipendio.
L'analisi di entrambi i profili consente tuttavia di evidenziare una convergenza interpretativa: sia sul piano della qualificazione dell'elemento soggettivo, sia su quello del contenuto della tutela, la disposizione sembra infatti orientarsi verso una progressiva ibridazione della fattispecie, che non si limita più alla protezione del patrimonio in senso stretto, ma si apre alla salvaguardia della dimensione simbolico-istituzionale del potere pubblico.
Per quanto riguarda il primo punto, la dottrina si è interrogata sulla qualificazione di tale elemento soggettivo: secondo una prima lettura, esso integrerebbe un'ipotesi di dolo specifico[73]; secondo altra impostazione, sostenuta anche da Pelissero, la disposizione valorizzerebbe piuttosto il significato ideologico-espressivo della condotta[74], più che il perseguimento di uno scopo ulteriore rispetto alla realizzazione del fatto tipico.
Quest'ultima interpretazione appare maggiormente coerente con la conformazione della norma. La fattispecie base è infatti già interamente integrata dalla condotta di imbrattamento o deturpamento; l'aggravante non aggiunge un diverso evento né richiede il conseguimento di un risultato ulteriore, ma seleziona le sole condotte che assumono una particolare direzione offensiva nei confronti dell'istituzione rappresentata dal bene. Ciò che assume rilievo non è tanto un fine autonomo perseguito dall'agente, quanto il significato simbolico-comunicativo dell'azione.
La «finalità di ledere l'onore, il prestigio o il decoro» opera, dunque, come criterio di selezione delle condotte espressivo-contestative. L'aggressione materiale al bene rileva penalmente in forma aggravata quando si carica di un contenuto ulteriore di delegittimazione simbolica dell'istituzione pubblica. In questo senso, il disvalore della fattispecie non si esaurisce più nella modificazione estetica del bene, ma si estende alla valenza comunicativa del gesto.
Da tale ricostruzione discendono conseguenze che non restano confinate al piano della tipicità soggettiva, ma investono anche la stessa individuazione dell'oggetto della tutela penale. Se la collocazione sistematica e la struttura base dell'articolo 639 Cp ancorano l'offesa alla dimensione patrimoniale, la nuova previsione sposta il baricentro della tutela verso la funzione pubblica, attraverso valori quali l'onore, il prestigio e il decoro dell'istituzione interessata. Il bene oggetto dell'imbrattamento assume così una funzione prevalentemente simbolica: ciò che viene colpito non è tanto l'integrità estetica del bene, quanto il valore rappresentativo dell'istituzione che esso incarna. Si comprende quindi come la disposizione non attribuisca rilievo tanto a un obiettivo ulteriore perseguito dall'agente, quanto al contenuto simbolico della condotta e alla sua capacità di esprimere una contestazione dell'istituzione rappresentata dal bene[75].

---

[73] Cfr. G. Balbi, *Il "Decreto Sicurezza"*, cit., 42
[74] Cfr. M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso*, cit., 885, secondo il quale «La presenza della "finalità" della condotta non deve indurre a ritenere che la disposizione sia assimilabile ad una forma di dolo specifico: questo, anche quando è assunto come elemento di una circostanza, deve sempre indicare uno scopo ulteriore rispetto al fatto tipico, scopo la cui realizzazione non è richiesta ai fini della consumazione del reato. La finalità richiesta dalla norma è, pertanto, il movente di natura ideologica che supporta la condotta.»
[75] In verità, a tale conclusione si addiviene sia considerando l'aggiunta della finalità come dolo specifico sia qualificandola come movente. Anzi, la critica espressa da Balbi risulta ancora più netta, in quanto la presenza del dolo specifico non solo proietta la scelta normativa verso "paradigmi da tipo d'autore", ma implica una vera trasformazione della ratio di tutela, che dal compimento di atti di vandalismo diventa il disallineamento (o la sua manifestazione visibile) dai valori del potere. Così G. Balbi, *Il «decreto sicurezza»*, cit., 42: «La presenza del dolo specifico determina, evidentemente, uno scivolamento soggettivo dell'incriminazione, in quanto tale già stigmatizzabile, ma qui a tal punto accentuato da proiettare la scelta normativa verso paradigmi regressivi da tipo d'autore. L'inevitabile esito è la trasfigurazione ideologica, in chiave a-costituzionale, della ratio di tutela: il destinatario dell'aggravamento di pena non è, infatti, chi compie atti di vandalismo perché ostile o indifferente al

Si passi ora al secondo snodo di analisi, relativo al significato dei termini impiegati. In questa sede, premettendo che l'evoluzione della fattispecie – o meglio, lo spostamento della funzione ad essa attribuita, da presidio minore contro il patrimonio a sentinella a tutela del patrimonio culturale e del decoro urbano – era già stata rilevata in passato proprio a partire dall'introduzione di elementi lessicali eterogenei rispetto alla tradizionale tutela patrimoniale, la formula oggi adottata solleva ben più di qualche dubbio. Una prima riflessione, più semplice, riguarda il contenuto o il significato di tali termini – da cui emerge come, se onore e prestigio hanno un proprio significato tecnico da mutuare da delitti come oltraggio e ingiuria (molto distanti quindi dai reati contro il patrimonio) – il decoro appare una formula assai vaga e suscettibile di indeterminatezza, culturalmente ondivaga. La prima criticità, di ordine tecnico, riguarda il principio di tassatività. La disposizione appare infatti esposta a possibili profili di indeterminatezza, nella misura in cui la formulazione ampia e onnicomprensiva rischia di trasformarla in una clausola elastica rimessa, in larga parte, alla valutazione dell'interprete.
Il lessico utilizzato è volutamente estensivo, quasi a ricomprendere ogni possibile forma di offesa, con il conseguente indebolimento della precisione del precetto. In questa prospettiva, secondo Pelissero, tale scelta risponderebbe a un vero e proprio "*horror vacui*" normativo, ossia all'esigenza di non lasciare spazi di impunità, che tuttavia finisce per incidere negativamente sulla determinatezza della fattispecie[76].
La seconda problematica riguarda la funzione di tale fattispecie come risultante dall'utilizzo di tali termini. Il lessico utilizzato dal legislatore richiama categorie tradizionalmente impiegate nei reati contro la pubblica amministrazione, quali l'oltraggio a pubblico ufficiale o l'oltraggio a magistrato in udienza, nei quali la tutela riguarda il prestigio dell'istituzione più che la persona fisica del funzionario. L'offesa non è più espressa attraverso parole, ma mediante un gesto materiale rivolto al bene che rappresenta l'istituzione. L'imbrattamento rischia così di assumere i tratti di una forma di "oltraggio reale", realizzato attraverso le cose anziché attraverso il linguaggio.
Dunque, un prestito lessicale da fattispecie pensate per altro fine. Peraltro, come risulta formulata ad oggi, tale "finalità di ledere onore, prestigio e decoro," sposta il baricentro della fattispecie dal danno (estetico) al patrimonio alla finalità perseguita dal soggetto agente. Tale elemento finalistico così preponderante è tale da creare una 'rottura' rispetto alla struttura, all'oggetto di tutela e alla funzione dei reati contro il patrimonio. In questo senso il deturpamento rischia di diventare il medium attraverso cui vengono intercettate e sanzionate forme di contestazione ideologica – difficile non vedere una connessione con i fatti di cronaca e i mezzi di protesta portati avanti da organizzazioni come *Extinction Rebellion* e *Just Stop Oil*[77].

---

valore sociale dei beni comuni, ma chi, ad esempio scrivendo critiche politiche sul muro di un commissariato di polizia, mostri il proprio disallineamento dai valori del potere.»

[76] Cfr. M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso, cit.*, 7.

[77] Si pensi alle reazioni già nel caso del c.d. d.d.l. 11.5.2023 n. 693 "Eco vandali", il cui target erano proprio tali proteste a cui proposito disse l'allora Ministro della Cultura Sangiuliano: «*Chi si renderà responsabile di atti vandalici nei confronti dell'arte e dei monumenti nazionali, patrimonio della nostra identità e dell'umanità, deve sapere che ne risponderà direttamente in prima persona dal punto di vista patrimoniale. Si tratta, infatti, di sanzioni amministrative immediatamente irrogabili dal prefetto del luogo dove il fatto è commesso, sulla base delle denunce dei pubblici ufficiali*». Ha continuato il Ministro «*È bene poi ricordare, ancora una volta, che colpire l'arte significa danneggiare anche la natura, perché in virtù dell'antropizzazione del paesaggio alcuni luoghi o monumenti sono diventati parte integrante delle nostre città. Compito dello Stato, come sancisce l'articolo 9 della Costituzione, è quello di preservare questa risorsa unica e preziosa che abbiamo il dovere di proteggere e custodire per le future generazioni*». V. Ministero della cultura, Ufficio stampa e comunicazione, *Ddl Eco-vandali, Sangiuliano: «Finalmente è legge, ringrazio il Parlamento»*, Roma, 18.1.2024.

Al contempo, il riferimento alla dimensione del prestigio istituzionale avvicina la fattispecie anche alla logica del vilipendio, inteso come forma di aggressione simbolica che non si limita a ledere l'onore, ma mira a negare valore all'oggetto istituzionale e a incidere, almeno potenzialmente, sui comportamenti dei terzi[78]. Tuttavia, mentre nel vilipendio il nucleo offensivo è interamente comunicativo e si colloca sul piano del linguaggio, nel deturpamento la materialità della condotta resta elemento primario, cui si aggiunge una qualificazione finalistico-simbolica.
Dunque, pur restando formalmente collocato nell'ambito dei reati contro il patrimonio, il deturpamento aggravato finisce per assumere i tratti di una figura "ibrida": un illecito patrimoniale che incorpora, tuttavia, una componente di tutela simbolico-istituzionale, riconducibile alla logica dei reati di vilipendio. Ne deriva una fattispecie funzionalmente "tirata" verso una diversa area di tutela, nella quale il disvalore non si esaurisce nella lesione del bene materiale, ma si estende alla dimensione rappresentativa dell'istituzione e alla sua esposizione a forme di contestazione simbolica.
Il paradosso è evidente anche sul piano della sanzione: la fattispecie di deturpamento, per quanto nella forma aggravata, finirebbe per essere punita molto più gravemente della fattispecie base, arrivando potenzialmente a sfociare in pene più alte di quelle comminate per danneggiamento (a fronte di un minimo edittale uguale).
Ne deriva che uno stesso fatto materiale – ad esempio una scritta su un muro – potrebbe essere punito in modo diverso a seconda della finalità perseguita dall'agente[79]. Quando l'imbrattamento sia sorretto da una finalità di contestazione simbolica nei confronti dell'istituzione, esso potrebbe rientrare nell'ambito applicativo della nuova previsione, con un aggravamento della risposta sanzionatoria.[80] Laddove la condotta sia animata da tale finalità, essa viene attratta nell'orbita della nuova fattispecie aggravata, che punisce la motivazione ideologica del reo prima ancora dell'entità del danno arrecato.

6. Per comprendere appieno la portata politico-criminale delle recenti modifiche agli artt. 635 e 639 Cp, è utile collocare tali interventi nell'ambito dell'evoluzione storica della loro disciplina e, più in generale – riallacciandosi all'analisi sviluppata *supra*, nel paragrafo 2 - del

[78] La specificità del vilipendio politico risiede proprio nella dimensione pubblica del messaggio offensivo: esso consiste in una rappresentazione dell'oggetto vilipeso — spesso istituzioni o simboli pubblici — come radicalmente privo di valore, in termini tali da suggerirne un'aggressione o una degradazione anche materiale. La maggiore severità sanzionatoria rispetto ad altre forme di aggressione simbolica si giustifica dunque con il rischio di un immediato passaggio dal messaggio all'azione aggressiva da parte dei destinatari della comunicazione. Cfr. R. Palmieri, *Vilipendio politico*, in *ED*, Volume XLVI, 1993.
Tuttavia, la tutela penale non può estendersi a qualsiasi forma di critica nei confronti delle istituzioni. La Corte costituzionale ha chiarito che il vilipendio deve distinguersi dalla critica, anche aspra, poiché consiste in una "manifestazione di disprezzo nella quale è implicita la negazione di ogni valore all'entità vilipesa". Cfr. Corte Cost. 24.1.1974 n. 20. Il punto problematico resta allora individuare quando l'offesa superi la soglia della mera critica e divenga concretamente idonea a provocare quella degradazione simbolica e quel pericolo di reazioni aggressive che giustificano l'intervento penale. Cfr. T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II Cp*, in *RIDPP* 1982, 41.
[79] Rimarcato anche da AIPDP, *Documento sul d.d.l. n. 1236 (Senato) recante* "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziari", approvato dal Consiglio direttivo dell'AIPDP del 3 ottobre 2024 e scaricabile in www.aipdp.it/news-associazione/Comunicato-sul-DDL-sicurezza-1236.
[80] Questa impostazione solleva alcune criticità rispetto ai principi del diritto penale di matrice liberale, in particolare con riferimento al principio di offensività e a quello di determinatezza. Non a caso, nel parere reso il 14.5.2025, il Consiglio Superiore della Magistratura ha evidenziato come il ricorso a categorie quali "decoro" e "prestigio" rischi di introdurre elementi eccessivamente indeterminati, suscettibili di ampliare l'ambito del penalmente rilevante e di incidere indirettamente sulla libertà di manifestazione del pensiero.

ruolo sistemico dei delitti contro il patrimonio nella gestione degli assetti economici e del conflitto sociale.
Per quanto riguarda il deturpamento, l'analisi della disciplina condotta nel paragrafo precedente ha mostrato come nel corso del tempo questa fattispecie, pur sempre formalmente collocata tra i delitti contro il patrimonio, sia andata incontro a una sorta di "ibridazione", con l'inserimento di specifiche ipotesi aggravanti a tutela di beni pubblici e, anche, in evidente risposta alle proteste performate dagli attivisti ambientali[81]. Il percorso segna come, accanto alla funzione originaria di tutela del patrimonio, propria della fattispecie di base ex comma 1, le aggravanti previste ai commi successivi presentino indici eterodossi, che inseriscono nel reato elementi propri dei delitti contro lo Stato o contro la pubblica amministrazione.
Anche il delitto di danneggiamento mostra, seppure secondo modalità differenti, una persistente tendenza a fungere da punto di intersezione tra tutela patrimoniale e gestione del conflitto pubblico. Se nell'imbrattamento aggravato tale torsione emerge attraverso la valorizzazione della dimensione simbolico-istituzionale dell'offesa, nel danneggiamento essa si manifesta soprattutto attraverso il rilievo attribuito al contesto collettivo e conflittuale in cui la condotta si realizza.
Il rimaneggiamento normativo attuale è infatti solo l'ultimo intervento del legislatore sulla fattispecie: lo stesso comma terzo è stato introdotto solo nel 2019,[82] per poi venire modificato nel 2024[83]. Dunque, l'inserimento di un contesto quali le manifestazioni «in luogo pubblico o aperto al pubblico»[84] è piuttosto recente. Tuttavia, anche prima di quella data il reato di danneggiamento non era estraneo a situazioni di conflitto sociale.
Infatti, nella formulazione originaria del Codice Rocco, il reato di danneggiamento presentava un esplicito collegamento con il contesto delle mobilitazioni collettive: il secondo comma prevedeva la procedibilità d'ufficio e l'aggravamento della pena se il fatto era commesso «in occasione di sciopero o serrata». Tale previsione rifletteva la logica repressiva tipica dell'impostazione autoritaria del codice del 1930, nella quale il diritto penale era impiegato anche come strumento di contenimento dei conflitti sociali e del movimento operaio.
Negli anni Sessanta, le condotte commesse "per motivi politici o in occasione di manifestazioni sindacali" furono oggetto di amnistia, segnalando come il reato, pur formalmente a tutela del patrimonio, fosse anche allora spesso strumentalizzato per gestire conflitti sociali più ampi[85].
Poco dopo, la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità dell'aggravante relativa ai danni commessi in occasione di sciopero o serrata, sottolineando che la norma colpiva in realtà lo sciopero in quanto tale, in contrasto con gli articoli 3 e 40 della Costituzione[86]. La rimozione di aggravanti e procedibilità d'ufficio ridusse quindi la repressione del conflitto sociale, ricollocando il fulcro della tutela sulla concreta offensività della condotta.
Si può dedurre, quindi, che il decreto Sicurezza non costituisca la prima occasione in cui sulla fattispecie in esame si proiettano dinamiche di politicizzazione. Negli ultimi anni, il delitto è stato interessato da una serie di interventi che hanno modificato la disciplina in direzioni assai

[81] Particolarmente evidente con la l. 22.1.2024 n. 6, esplicitamente presentata come perseguente questo obiettivo (v. sopra).
[82] Dall'art. 7 co. 1 lett. *d* del d.l. 14.6.2019 n. 53
[83] Dall'art. 3, co. 1 della l. 22.12024 n. 6
[84] Articolo 635 co. 3 Cp.
[85] Cfr. d.P.R. 4.6.1966 n. 332, art. 2, co. 1, lett. *e*, amnistia per i reati previsti dagli artt. 337, 340, 341, 415, 610 e 635 Cp. se commessi per motivi politici.
[86] La Corte Costituzionale, con sentenza 18.6.1970, n. 119 (in G.U. 1ª s.s. 8.7.1970, n. 170), ha dichiarato «la illegittimità costituzionale dell'art. 635, secondo comma, n. 2, del codice penale, nella parte in cui prevede come circostanza aggravante, e come causa di procedibilità d'ufficio, del reato di danneggiamento il fatto che tale reato sia commesso da lavoratori in occasione di uno sciopero o da datori di lavoro in occasione di serrata».

diverse[87], con un'alternanza tra depenalizzazione e successiva ri-criminalizzazione che segnala l'instabilità funzionale della fattispecie, oscillante tra logiche di minima offensività e rinnovate esigenze di controllo penale di condotte percepite come socialmente destabilizzanti.
Nel 2016, sulla scia di una legge delega, il Governo promulgò il d. lgs. 7/2016, che trasformò il danneggiamento semplice in illecito civile[88]; successivamente, la L. 103/2017 lo reintrodusse come reato procedibile a querela[89]. In tale contesto, affinché si oltrepassasse la soglia della rilevanza penale, era necessario che ricorressero quelle che in precedenza erano circostanze aggravanti, ora trasformate in elementi costitutivi del reato.
È alla modifica del 2019[90] che si possono ricondurre le trasformazioni più significative della disciplina del danneggiamento, che vanno lette anche come indicatrici del clima politico e delle tensioni sociali del periodo. In quella sede, il delitto venne ridefinito secondo uno schema radiale e assunse la struttura odierna, con il primo comma a enunciare il nucleo tipico della condotta di danneggiamento e i commi successivi a dettagliare le ipotesi speciali o circostanziali, comprese quelle relative alle manifestazioni pubbliche.
Le audizioni parlamentari del luglio e agosto 2019 offrono uno spaccato del dibattito politico all'epoca in corso[91], caratterizzato da un clima di tensione politica e di dibattito pubblico sulle conseguenze dell'inasprimento punitivo, mostrando come le modifiche legislative fossero percepite come parte di un più ampio confronto sul rapporto tra ordine pubblico, protesta sociale e strumenti repressivi. Diversi esponenti dell'opposizione sottolinearono il rischio che l'inasprimento sanzionatorio per i fatti commessi durante manifestazioni pubbliche producesse effetti sproporzionati o meramente simbolici, denunciando una tendenza a trattare come questioni di sicurezza problemi di natura sociale. Analoghe osservazioni emersero nella seduta del 1° agosto 2019, dove l'opposizione sollevò dubbi sull'uso del decreto-legge e sul ruolo della polizia nella gestione delle manifestazioni[92].
Sebbene gli interventi legislativi in esame sugli articoli 635 e 639 Cp siano di portata limitata, essi si inseriscono in una tradizione che ha visto un uso eterogeneo di questi delitti. In particolare, la ricordata evoluzione mostra come il danneggiamento, sebbene tuteli

[87] Il reato di danneggiamento figura tra le fattispecie oggetto di riflessione da parte di A. Santosuosso, F. Colao. *Politici e amnistia. Tecniche di rinuncia alla pena per i reati politici dall'unità ad oggi*, Verona 1986.
[88] D. lgs. 15.1.2016, n. 7, Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2, co. 3, della l. 28.4.2014, n. 67, artt. 2 e 4.
[89] L. 23.6.2017, n. 103, Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario., art. 1, n. 16 lett. *b*.
[90] Con la modifica del primo comma e l'aggiunta del terzo comma.
[91] Il 30 luglio 2019, durante la 97ª seduta alla Camera, si sono riunite le Commissioni I e II. La Commissione I, competente per gli Affari costituzionali, la Presidenza del Consiglio e gli Interni, e la Commissione II, competente per la Giustizia, hanno discusso in sede referente il d.l. 53/2019, relativo a disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica (C. 1913 del Governo).
Nel corso della seduta sono stati esaminati e presi in considerazione diversi atti parlamentari presentati nelle giornate precedenti: il 25 e 26 giugno, e il 9 e 12 luglio. La discussione ha avuto come obiettivo la valutazione complessiva del provvedimento, approfondendo sia gli aspetti costituzionali sia quelli di carattere giuridico e di sicurezza pubblica. Il conflitto più aspro riguardava in realtà le disposizioni aventi ad oggetto l'immigrazione; tuttavia, anche la materia in oggetto è menzionata, con De Pretis che giudica – oltre che non opportuno il ricorso alla decretazione di urgenza - eccessivo l'inasprimento delle pene - previste […] dagli articoli 339, 340, 419 e 635 del Codice penale- per le condotte criminose poste in essere nel corso di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico. Vedi link:
http://www.senato.it/show-doc?leg=18&tipodoc=SommComm&id=1119914&idoggetto=0&part=doc_dc&rif=0.
Atti Parlamentari – 25 giugno; Atti Parlamentari – 26 giugno; Atti Parlamentari – 9 luglio; Atti Parlamentari – 12 luglio.
[92] Vedi il link della seduta all'indirizzo: http://www.senato.it/show-doc?leg=18&tipodoc=SommComm&id=1121853&idoggetto=0&part=doc_dc&rif=1

formalmente la proprietà, abbia storicamente mostrato una forte affinità con finalità di tipo "politico" nel gestire conflitti sociali o tutelare assetti economico-sociali più ampi.
In questa prospettiva, tanto il danneggiamento quanto l'imbrattamento mostrano una progressiva trasformazione funzionale: fattispecie formalmente collocate tra i delitti contro il patrimonio vengono utilizzate anche come strumenti indiretti di regolazione del conflitto sociale e di repressione di forme simboliche di dissenso. Tale evoluzione può essere letta, da un lato, come il risultato della progressiva stratificazione di beni giuridici ulteriori rispetto al patrimonio (quali l'ordine pubblico, il prestigio istituzionale o il decoro della funzione pubblica); dall'altro, in una prospettiva più radicale, come indice del fatto che il patrimonio stesso venga assunto dal diritto penale quale veicolo di conservazione dell'ordine politico-sociale[93]. In questa prospettiva, la tutela del patrimonio cessa di esaurirsi nella protezione del bene economico individuale e diviene il punto di emersione di esigenze più ampie di conservazione dell'ordine sociale e politico. Il patrimonio opera così non soltanto come oggetto immediato della tutela, ma come bene "cerniera", attraverso cui il diritto penale protegge indirettamente assetti istituzionali, equilibri sociali e forme storicamente determinate di organizzazione economica.
In una prospettiva sistemica, tale lettura non implica una funzione esplicita del legislatore in termini di controllo del dissenso, ma ricostruisce *ex post* una razionalità funzionale del sistema penale colta sul piano della sua effettiva operatività complessiva. In questa prospettiva, riconducibile alla lettura di Sgubbi del diritto penale come diritto funzionale alla tutela dell'ordine economico-sociale, il diritto penale del patrimonio non si limita a proteggere beni individuali, ma contribuisce alla conservazione della struttura dei rapporti economici e sociali vigenti.
Il patrimonio può così essere letto come un bene "strutturale", non perché arricchito di ulteriori valori, ma perché costituisce il dispositivo giuridico attraverso cui è l'ordine sociale viene ricondotto nel fuoco dello sguardo penale, e tramite esso governabile.
In questo senso, il diritto penale non interviene sulla libertà di esercizio della protesta in quanto tale – che rimane presidiata dalle garanzie costituzionali di libertà di manifestazione e riunione – ma su forme materiali di azione che, nella prassi sociale contemporanea, costituiscono modalità tipiche di espressione del dissenso.
Ne deriva una tecnica di intervento nella quale il diritto penale non è diretto nei confronti della libertà di manifestazione in quanto tale – rispetto alla quale operano le garanzie costituzionali di libertà di manifestazione e di riunione – bensì condotte materiali che, sul piano empirico, risultano frequentemente associate a pratiche di dissenso collettivo. La dimensione di governo del conflitto non si esprime quindi in forma diretta, ma come effetto riflesso della tipizzazione di contesti e qualificazioni normative che intercettano selettivamente determinate modalità dell'azione collettiva.

7. Le considerazioni svolte nel paragrafo precedente trovano un punto di conferma nel rilievo progressivamente assunto, all'interno degli articoli 635 e 639 Cp, dal contesto delle manifestazioni pubbliche, oggi presente sebbene con modalità differenti in entrambe le fattispecie. Nel caso dell'articolo 635 Cp, l'aggravante relativa ai fatti commessi «in occasione di manifestazioni in luogo pubblico o aperto al pubblico» è stata introdotta nel 2019 e successivamente modificata dal decreto-legge in esame. Anche nell'articolo 639 Cp, pur in assenza di un identico richiamo testuale nella nuova formulazione, il riferimento alle manifestazioni pubbliche emerge attraverso la struttura delle ipotesi aggravate introdotte nel 2024, che valorizzano il contesto collettivo e simbolico dell'azione.

[93] In linea di continuità con quanto argomentato nel paragrafo 2 del presente lavoro.

In entrambe le fattispecie di cui agli articoli 635 e 639 Cp, il riferimento alle manifestazioni pubbliche assume rilievo nelle circostanze aggravanti, contribuendo a qualificare il fatto non soltanto in ragione dell'offesa materiale arrecata al bene, ma anche del contesto collettivo entro cui la condotta si inserisce. Il richiamo testuale alla «occasione di manifestazioni» nell'articolo 635 Cp funge da indice di diritto positivo del campo operativo e politico della fattispecie. Proprio attraverso tale elemento emerge con particolare chiarezza come le recenti modifiche legislative non criminalizzino formalmente la protesta in quanto tale, ma abbiano come effetto la ridefinizione della soglia del penalmente rilevante in modo da intercettare specifiche modalità contemporanee di dissenso collettivo, soprattutto quando esse assumano forme simboliche, conflittuali e pubblicamente visibili.

Il baricentro della rilevanza penale si sposta così dal danno materiale alla sua collocazione contestuale: ciò che assume rilievo non è soltanto la lesione della *res*, ma il suo inserimento in pratiche collettive di contestazione. In questa prospettiva, il riferimento alle manifestazioni opera come criterio di selezione del disvalore, che non si esaurisce nella dimensione patrimoniale dell'offesa, ma si estende alla sua valenza espressiva.

Sotto questo profilo, le modifiche in esame si collocano in continuità con le acquisizioni delle teorie conflittuali della criminalizzazione. Come osservato da Baratta, la criminalità non costituisce una qualità ontologica della condotta, ma l'esito di processi sociali e normativi di definizione e selezione. Il diritto penale non si limita dunque a registrare conflitti preesistenti, ma contribuisce a costruire le forme di devianza giuridicamente rilevanti[94].

In questa prospettiva, il riferimento alle manifestazioni pubbliche opera come dispositivo selettivo che consente di attrarre determinate modalità del dissenso collettivo nell'area della punibilità. La tutela del patrimonio tende così a intrecciarsi con esigenze di governo del conflitto sociale, soprattutto quando le condotte assumono una forte visibilità simbolica.

In termini vicini alla distinzione proposta da Jacques Rancière tra "politica" e "ordine di polizia", le condotte considerate dalle norme in esame sembrano collocarsi in quella zona di frizione in cui il dissenso interrompe le ordinarie modalità istituzionalizzate della partecipazione. La protesta, in questa chiave, non si limita a comunicare un contenuto politico, ma altera temporaneamente la distribuzione ordinaria degli spazi, delle pratiche e delle forme considerate legittime nello spazio pubblico[95].

In questa chiave, pratiche quali blocchi stradali, imbrattamenti simbolici o danneggiamenti dimostrativi rilevano per la loro capacità di alterare temporaneamente l'ordinaria organizzazione dello spazio pubblico e di trasformare beni o luoghi in strumenti di contestazione politica. È precisamente tale dimensione simbolico-conflittuale che le recenti modifiche agli artt. 635 e 639 Cp sembrano intercettare attraverso la valorizzazione del contesto della manifestazione e della dimensione collettiva dell'azione.

---

[94] Cfr. A. Baratta, *Criminología crítica y derecho penal. El sistema penal en la sociedad contemporánea*, Buenos Aires 1986, 120.

[95] Così J. Rancière, *Ten Theses on Politics*, in *Theory & Event* 5, 2001, 8. «The essence of politics is dissensus. Dissensus is not the confrontation between interests or opinions. It is the manifestation of a distance of the sensible from itself. Politics makes visible that which had no reason to be seen, it lodges one world into another (for instance, the world where the factory is a public space within the one where it is considered a private one, the world where workers speak out vis-a-vis the one where their voices are merely cries expressing pain). […] In contrast, the particular feature of political dissensus is that the partners are no more constituted than is the object or the very scene of discussion. The ones making visible the fact that they belong to a shared world the other does not see - cannot take advantage of - the logic implicit to a pragmatics of communication. The worker who argues for the public nature of a 'domestic' matter (such as a salary dispute) must indicate the world in which his argument counts as an argument and must demonstrate it as such for those who do not possess a frame of reference to conceive of it as argument.»

7.1. Le osservazioni che precedono permettono di giungere a un primo livello di conclusioni, relativamente al ruolo giocato dagli interventi di riforma in esame nel rapporto tra diritto penale e proprietà. Come sopra argomentato, la collocazione sistematica degli artt. 635 e 639 Cp tra i delitti contro il patrimonio suggerisce, in un'ottica liberale classica, che l'oggetto della tutela sia esclusivamente la *res* nella sua dimensione di valore d'uso o di scambio. Tuttavia, l'esegesi delle recenti modifiche rivela una profonda eterogenesi dei fini: il patrimonio viene attirato nell'orbita dell'ordine pubblico, trasformandosi nel veicolo normativo attraverso cui si realizzano anche esigenze di contenimento del conflitto sociale.
In questa prospettiva, i due beni giuridici - patrimonio e ordine pubblico - iniziano a orbitare l'uno intorno all'altro fino a confondersi. La tutela della proprietà viene incardinata in una funzione pubblicistica-collettiva: non si protegge la cosa per il titolare, ma per l'ordine costituito. La norma finisce per proteggere l'ordine economico e simbolico del capitale: la critica alle *policies* dominanti, quando espressa attraverso atti di "danneggiamento performativo" o simbolico, viene neutralizzata non perché distruttiva, ma perché "indecorosa" rispetto alla maestà delle istituzioni[96].
È possibile allora rispondere alla domanda guida di questo studio. Le modifiche legislative apportate dal decreto n. 48/2025 declinano il rapporto tra proprietà e diritto penale in termini autoritari, come una risposta muscolare dell'Esecutivo volta a saturare lo spazio civico con la sanzione, permeando la dialettica tra governanti e governati con la logica della prevenzione repressiva.
In tal senso, nell'ambito della dottrina italiana quasi unanime nella critica del decreto in esame, due interventi risultano particolarmente significativi. Secondo Gatta, le modifiche agli articoli 635 e 639 Cp, insieme ad altri interventi su fattispecie come gli articoli 339 e 415 Cp, configurano una politica criminale volta a reprimere "forme di dissenso manifestate pubblicamente, in modo violento o non violento"[97].
Ad avanzare simili considerazioni è anche Merzi d'Erzil, secondo il quale si è di fronte a un vero e proprio "autoritratto involontario" della volontà repressiva del decreto, che emerge con chiarezza proprio da modifiche come quella agita dall'articolo 12. In particolare, secondo l'autore la duplice circostanza che la pena di base sia così alta e che l'aumento in caso di violenza e minaccia sia minimo "fa perdere qualunque corrispondenza tra la condotta e la sanzione"[98], legando la risposta punitiva diretta maggiormente all'azione delle manifestazioni piuttosto che alla violenza contro la persona.
A testimoniare la natura autoritaria della riforma in esame, si ricorda anche l'allarme lanciato da oltre 80 ONG europee, rivolto al commissario Michael McGrath, esprimendo preoccupazione per le ricadute del decreto Sicurezza sulla libertà di manifestazione e sul diritto di dissenso pubblico[99].

---

[96] Cfr. J. Britton-Purdy, D.S. Grewal, A. Kapczynski, K.S. Rahman, *Building a Law-and-Political-Economy Approach: Beyond the Twentieth-Century Synthesis*, in *The Yale Law Journal* 2020, 1784 ss.
[97] G. Gatta, *Il Pacchetto Sicurezza e gli insegnamenti, dimenticati, di Cesare Beccaria*, in *Sistema Penale* 2024.
[98] S. Lonati, C. Melzi d'Eril, *Il decreto-legge sicurezza (n. 48/2025): autoritratto involontario di una politica di oppressione*, in www.sistemapenale.it, 11.6.2025.
[99] Civil Society Organisations, *Letter to Commissioner Michael McGrath on the Italian Security Decree*, 28.5.2025, https://civic-forum.eu/wp-content/uploads/2025/05/Civil-Society-Letter-to-Commissioner-McGrath-about-the-Italian-Security-Decree-2705.pdf. In un appello datato 28 maggio 2025 le organizzazioni sottolineano come il decreto introduca restrizioni severe e sproporzionate sul diritto di riunione pacifica e di espressione, con misure punitive che rischiano di criminalizzare forme legittime di protesta e dissenso. Coerentemente, hanno quindi chiesto al commissario a intervenire affinché siano tutelati i principi democratici fondamentali e lo spazio civico, evitando che il quadro normativo italiano si traduca in un freno arbitrario alla partecipazione pubblica e alla libertà di espressione.

Se il tratto autoritario è la cifra delle riforme degli articoli 635 e 639 Cp a opera del decreto n. 48/2025, appare proficuo indagare ora ulteriormente le logiche e le ragioni sottese a tale esercizio del potere. La sezione seconda di questo studio indaga questi aspetti, evidenziando il rapporto tra repressione del dissenso e ordine economico.

8. Sulla base delle considerazioni appena svolte, non sembra condivisibile la linea argomentativa di chi riconduce l'adozione del Decreto Sicurezza unicamente nell'alveo del panpenalismo, ovverosia dell'ipertrofismo legislativo in materia penale[100]. Differenze logico-sistemiche ostano a tale lettura. Il panpenalismo è fenomeno che ricorre nelle ipotesi di supplenza della risposta puniva per la gestione di fenomeni strutturali che richiederebbero invece risposte regolatorie complesse, come nel caso del contrasto della piaga del caporalato, o della gestione illecita dei rifiuti industriali[101]. Diversamente, la repressione del dissenso presuppone l'esistenza di politiche rappresentative di specifici assetti di potere, e si giustifica nell'istanza di tutela di tali politiche dalla critica sociale. Sebbene sia possibile in astratto una sovrapposizione con il fenomeno del panpenalismo, l'inquadramento politico-sistemico dei reati in parola non può non guardare in via primaria alla loro relazione con il potere costituito e al loro inquadramento in discorsi securitari.
A tal riguardo, si condividono le preoccupazioni di chi denuncia la natura autoritaria delle disposizioni in esame, sulla base delle nebulose categorie di "sicurezza" e "ordine pubblico"[102]. Tali categorie -e i loro correlati negativi, l'insicurezza e il disordine- vivono in una tensione costante con il principio di offensività penale[103], poiché "ciò che costituisce ordine è una questione di opinione e di convenzione sociale, non uno stato di natura"[104]. Ne deriva che la

[100] Come sostenuto da A. Abukar Hayo, *L'ultimo "pacchetto sicurezza": non molto dissimile dai precedenti*, in www.penaledp.it, 27.10.2025. Con questo, non si vuole sottostimare il problema dell'eccesso di criminalizzazione come posto da A. Cadoppi, *"Too much criminal law". Per una drastica riduzione della criminalizzazione*, in www.discrimen.it, 21.12.2022.
[101] Rispettivamente, ad es., A. di Martino, *"Caporalato" e repressione penale: spunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *DPenCont* 2015; A. R. Germani, A. Pergolizzi, F. Reganati, *Law Enforcement and Illegal Trafficking of Waste: Evidence from Italy*, in *Economics Bulletin* 2015, 2673 ss.
[102] Tra le numerose voci di denuncia del carattere autoritario del decreto in esame, e dei relativi profili di incostituzionalità, A. Cavaliere, *Considerazioni generali intorno al d.l. «sicurezza» n. 48/2025, recentemente convertito*, in *Il Decreto sicurezza. Commentario dei profili penalistici del d.l. n. 48/2025*, a cura di V. Plantamura, Bari 2025, 1 ss.; G. Balbi, *Il «decreto sicurezza» e il suo contesto.* cit.; A. Milone, *La repressione del dissenso nel DL Sicurezza e il diritto penale del nemico: alcune considerazioni*, in www.penaledp.it, 28.10.2025; S. Zirulia, *Il «decreto sicurezza» 2025 interrompe il processo di adeguamento del codice Rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, in *RIDPP* 2025, 217; M. Pelissero, *La tutela penale della sicurezza pubblica: una costante ossessione*, in www.questionegiustizia.it, 16.7.2025; E. Dolcini, *Sicurezza per decreto-legge?*, in www.sistemapenale.it, 30.6.2025; Corte di Cassazione, *Ufficio Massimario, Relazione su novità normativa.*, cit.; Lonati, d'Eril, *Il decreto-legge sicurezza*, cit.; E. Dolcini, *Un paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in www.sistemapenale.it, 15.5.2025; Antigone - ASGI, *No a un Ddl che minaccia il nostro Stato di diritto e che se diventasse legge incarcererebbe anche Ghandi. Commento agli articoli 1, 7, 8, 10, 11, 12, 18, 19 e 25 del Disegno di legge n. 1660/C*, in www.antigone.it 15.5.2025; A. Alessandri, *L'assedio al diritto penale costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 15.4.2025; AIPDP (Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale), *Sul "pacchetto sicurezza" varato con decreto-legge. Il comunicato dell'AIPDP*, in www.sistemapenale.it, 9.04.2025; L. Pompili, *Il dissenso nelle nuove fattispecie di reato e nelle aggravanti introdotte con il DDL sicurezza*, in www.penaledp.it, 15.10.2024.
[103] In questo senso, V. Mongillo, *Ordine pubblico e sicurezza nel diritto penale. Per un'ecologia concettuale quale viatico di razionalizzazione*, in www.archiviopenale.it, 20.3.2025, 26 ss. che parla della 'fabbrica delle emergenze criminali' per giustificare un diritto penale securitario volto a soggettivizzare il precetto penale. Si rimanda anche al lavoro di F. Forzati, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in *Archivio Penale* 2018, fasc. 3, 1 ss.
[104] J.Q. Wilson, *Varieties of Police Behavior. The Management of Law and Order in Eight Communities*, Cambridge 1978, 22 «what constitutes order is a matter of opinion and convention, not a state of nature». Sulla

traduzione giuridica di queste categorie in chiave sanzionatoria non è mai un'operazione neutra, bensì il riflesso di precisi assetti di potere costituito e delle relative politiche pubbliche[105]. In questo contesto, gli interventi riformatori in esame assumono connotati tipicamente autoritari per la loro idoneità a sterilizzare le espressioni di dissenso avverso tali assetti, sottraendo l'esercizio di governo della cosa pubblica al confronto dialettico con la società civile.

Da questa prospettiva, si può sostenere la contiguità funzionale tra le disposizioni del decreto n. 48/2025 qui in esame e la categoria dei delitti politici, dove, per riprendere le parole di Tullio Padovani, la "politica stessa si fa diritto" al fine di utilizzarne la forza repressiva[106]. Ad esempio, l'articolo 639 Cp riprodurrebbe i caratteri proprio del reato politico nel suo intento di colpire "chi, ad esempio scrivendo critiche politiche sul muro di un commissariato mostri il proprio disallineamento dai valori del potere"[107], determinando una confusione tra i piani della tutela del patrimonio con quello dell'autorità[108]. La possibilità di interscambio tra fattispecie è propria dei delitti politici in ragione del deterioramento della categoria dogmatica del bene giuridico nel descrivere il piano dell'offesa: l'ineffabile 'tutela dell'autorità' facilita l'uso fungibile di fattispecie sulla base di una valutazione sui fini, e non sui mezzi[109]. Così, i novellati articoli 635 e 639 Cp confondono la tutela del bene giuridico patrimonio con finalità di governo della conflittualità, come illustrato nelle sezioni precedenti.

Sarebbe tuttavia riduttivo, a parere di chi scrive, ridurre le logiche autoritarie sottese alle disposizioni in esame a mero frutto di sentimenti nostalgici legati alla "scarsa cultura democratica dell'esecutivo"[110], su cui chi scrive comunque concorda. Infatti, in uno con i regimi autoritari[111], gli interventi legislativi repressivi del dissenso appaiono essere una costante anche delle tradizioni politiche liberali[112]. Ebbene, questa costante va ricondotta alla coesistenza storica, nei sistemi penali democratici, di logiche antitetiche d'esercizio del potere pubblico - o paradigmi di governo - afferenti al modello di governo di polizia, e allo Stato di Diritto – *Rechtsstaat*[113]. È nell'orizzonte di questa coesistenza, e delle relative tensioni, che le seguenti sessioni di questo studio inquadrano gli interventi riformatori in esame. Il percorso argomentativo si sviluppa come segue. Il paragrafo 9 sviluppa la connessione tra repressione del dissenso e logiche di polizia, sottolineando come queste ultime siano serventi la tutela di

---

natura sociale del concetto di ordine, vedi anche P. Albrecht, H.M. Kyed (a cura di), *Policing and the Politics of Order-Making*, Londra 2014, 23 ss.

[105] Come nota T. Sweijs, *Conceptual Foundations of Security*, in www.hcss.nl (2012), 4 determinare cosa sia sicurezza, e i fattori che danno sicurezza, ha implicazioni sulle politiche pubbliche, anche in termini di spesa pubblica. Ad esempio, una comunicazione della Commissione europea del 2013 ha quantificato l'offerta di servizi connessi con la 'sicurezza' da parte dell'industria europea in circa 96 miliardi di dollari comprensivi di un robusto apparato di ricerca e innovazione, Communication from the Commission. *Towards a more competitive and efficient defence and security sector* COM/2013/0542 final.

[106] T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici.* cit., 22.

[107] G. Balbi, *Il "decreto sicurezza"*, cit., 42

[108] Vedi paragrafo 6 di questo contributo.

[109] Padovani, *Bene giuridico e delitti politici,* cit., 8-15.

[110] G. Balbi, *Il "decreto sicurezza",* cit., 56.

[111] Come ad esempio la Cina, su cui si rimanda a J. Delman, *The Jailed China Dream, Xu Zhiyong and the Governance of Political Dissent in China*, in *Journal of Current Chinese Affairs* 2025, secondo cui il regime cinese interpreta il dissenso politico non come una dialettica democratica, ma come una minaccia alla sicurezza nazionale.

[112] Si ricorda il lavoro di M. Mireanu, *The criminalisation of environmental activism in Europe*, cit. riportato nel primo paragrafo di questo lavoro (nota 8), il quale evidenzia la ricorrenza nei paesi dell'Unione Europea di precisi pattern repressivi del dissenso organizzato in movimenti di protesta.

[113] Sul potere di polizia, la sua evoluzione, e la sua manifestazione contemporanea, si rimanda diffusamente D. Bertaccini, *La politica di polizia*, Bologna 2009.

un ordine pubblico declinato in chiave economica. Il paragrafo 10 sviluppa questo tema con focus sul ruolo della gestione penale del dissenso. Il paragrafo 11 connette le disposizioni in esame al loro corollario empirico, la gestione "su strada" del dissenso da parte delle forze di polizia. Il paragrafo 12 conclude.

9. La libertà di esprimere il dissenso è un corollario necessario dello Stato di Diritto, nelle sue declinazioni sia sostanziali sia formali[114]. Si pensi, ad esempio, alla tutela costituzionale del dissenso politico[115], o al ruolo centrale del dissenso giudiziale nell'esercizio del diritto al giusto processo, cardine dello Stato di diritto e *condicio sine qua non* dell'effettività dei diritti individuali[116]. Su un piano più profondo, la connessione tra dissenso e Stato di Diritto trascende il piano negativo della mera resistenza verso un nucleo prevalente di idee, disvelando il significato positivo di processo tramite cui perseguire un avvicendamento tra assetti culturali dominanti.[117] Da questa prospettiva, il dissenso in un ordinamento democratico determina la natura deliberativa del diritto, la quale non nega che esso cristallizzi contingenti posizioni di potere - il diritto penale stesso ne è la cristallizzazione giuridica -[118] ma ne postula il carattere dinamico soggetto alla capacità, "dignità" nelle parole di Jeremy Waldron, dei consociati di sottoporlo a vaglio critico[119].
La possibilità di esercitare il dissenso nei confronti dell'azione governativa è dunque emblema dello Stato di Diritto. Il suo esercizio esprime la richiesta pubblica di *accountability* -concetto difficilmente traducibile in italiano se non ricorrendo alla perifrasi di "dare conto pubblicamente della propria condotta" - quale condizione essenziale di legittimità del potere statale e garanzia di tutela dell'individuo dall'arbitrarietà dell'autorità statale[120]. È proprio la connessione tra dissenso e Stato di Diritto a determinare la *gravitas* degli interventi riformatori in esame, impedendo di derubricarli a meri elementi periferici di una generica volontà di tutela del prestigio dell'autorità.
Ebbene, l'aspetto che si vuole sottolineare è che il riconoscere la natura potenzialmente autoritaria di tali disposizioni non le rende eccezionali rispetto all'impianto del diritto penale liberale. Al contrario, esse ripropongono una logica di esercizio del potere storicamente preesistente rispetto allo Stato di Diritto, la quale, seppur ad esso antitetica, si è preservata negli ordinamenti penali democratico-liberali occidentali. Ci si riferisce al modello storico del potere di polizia secondo l'invalsa terminologia anglosassone di *police power*, sul cui significato appare utile soffermarsi.

---

[114] R.D. Covey, *Dissent and the Rule of Law*, in *Brigham Young University Journal of Public Law* 2022, 81 ss. Sulle declinazione di Stato di Diritto, G. Palombella, *The rule of law as an institutional ideal*, in *Rule of Law and Democracy: Inquiries into Internal and External Issues*, a cura di L. Morlino, G. Palombella, Leiden 2010, 3 ss; G. Dietze, *Two Concepts of the Rule of Law*, Indianapolis 1973.
[115] Si pensi, ad esempio, all'Articolo 49: «Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale», disposizione cardine del pluralismo politico, e all'Articolo 67: «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato» a tutela del pluralismo interno alle assemblee.
[116] G. Palombella, *Access to Justice: Dynamic, Foundational, and Generative*, in *Ratio Juris* 2021, 121 ss; S.L. Rispoli, *Courting Access to Justice: The Rule of Law, the Rule of the Elite, and Non-Elite Non-Engagement with the Legal System*, in *Southern California Review of Law and Social Justice* 2020, 333 ss.
[117] M. Pifer, *Dissent and the Dynamics of Cultural Change: Lessons from the Underground Presses of the Late Sixties*, New York 2020.
[118] A. Ashworth, L. Zedner, *Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions*, in *Criminal Law and Philosophy* 2008, 21 ss.
[119] J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, in *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy* 2011, 16.
[120] A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution, (Liberty Classics 1982)*, 1915, 16; R.D. Covey, *Dissent and the Rule of Law,* cit., 109.

9.1. Derivante dalla traduzione francese del quindicesimo secolo di *politeia* in *policie*, il termine "potere di polizia" indica genericamente il potere di amministrare, anche tramite strumenti coercitivi, i molteplici aspetti della vita di una comunità, dai commerci alla morale[121]. Più in dettaglio, il potere di polizia va inteso come un modello eteronomo di governo di una comunità da parte di un'autorità sovrana, volto a garantirne il benessere e la stabilità sociale e politica tramite l'amministrazione di tutti quegli aspetti ad essa funzionali, come la repressione di condotte pregiudizievoli, ad es. reati, epidemie, e disordini; la regolazione dei traffici e dell'industria, ad es. tramite dazi e pedaggi; e la tutela della morale pubblica, limitando attività ed usi con essa contrastanti come la prostituzione e il vagabondaggio[122].
Come ricorda Markus Dubber nell'ambito di studi comparati sul principio di legalità nell'alveo dei sistemi penali tedesco e statunitense, quest'accezione discende dall'evoluzione storica di paradigmi di governo antitetici, segnatamente eteronomi e autonomi[123]. Ripercorrere in via cursoria l'evoluzione di questi paradigmi permette di discutere iniziative criminalizzanti come quelle in esame nel più ampio quadro di tensioni tra questi paradigmi che tutt'ora caratterizzano l'azione Statale in area penale.
Per Dubber, la genesi di queste tensioni va ricondotta alla dicotomia presente nell'Atene classica tra due archetipi di governo antitetici ma coesistenti in perfetto equilibrio, quello privato del capofamiglia sul proprio nucleo familiare - l'*oikos* - e quello pubblico dei cittadini sulla città - la *polis*. Il primo modello racchiude l'idea dell'autorità gerarchica del capofamiglia sui suoi governati (moglie, figli minori, schiavi) e sui suoi beni, esercitata in maniera eteronoma, cioè discrezionale, non soggetta all'altrui scrutinio, e improntata unicamente a criteri di prudenza ed efficienza nell'esercizio dell'*oikonomia*, l'arte di gestione del nucleo familiare. Passando dalla sfera privata a quella pubblica della *polis*, il modello di governo cambia radicalmente nel senso di un potere autonomo, ovverosia che non conosce un'autorità sovraordinata. Esso discende dall'autorità dei capifamiglia, questa volta però nel loro status di cittadini con capacità di governo pubblico. In quanto governo tra pari, il modello pubblico autonomo è necessariamente improntato all'idea di limiti e regole a tutela di tale autonomia rispetto ad eventuali interferenze pubbliche non consensuali. Nella tradizione romana, specialmente di epoca imperiale, questa chiara distinzione tra concezione privata e pubblica del governo viene progressivamente meno, con l'attrazione della prima nella sfera della seconda. Semplificando, quello che era considerato il modello eteronomo proprio della sfera privata trasla nel settore pubblico, con la corrispettiva recessione di paradigmi autonomi di governo. Non a caso, da Augusto il titolo onorifico di *pater patriae* contribuisce a fondare il potere imperiale, permettendo all'imperatore di sostituirsi all'autorità domestica del

[121] T. Padovani, *Il Binomio Irriducibile. La distinzione dei reati in delitti e contravvenzione, fra storia e politica criminale*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, 429 ss. Occorre precisare che per potere di polizia ci si riferisce ad un modo di intendere il rapporto autorità-individuo, e non all'esercizio della forza pubblica, tramite appunto le forze di polizia, la quale ne rappresentano il corollario operativo e a cui verranno dedicate alcune cursorie riflessioni in conclusione di sezione.
[122] O Ranelletti, *La polizia di sicurezza*, in V.E. Orlando (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol IV 1904, 430.
[123] Sull'evoluzione storica di questi paradigmi, il riferimento è diffusamente a M. Dubber, *Paradigms of Penal Law*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, a cura di M.D. Dubber e T. Hörnle, Oxford 2014. Per i menzionati studi comparati, M. Dubber, *Comparative Criminal Law*, in *Handbook of Comparative Law*, a cura di M. Reimann e R. Zimmermann, Oxford 2018; M. Dubber, *The Legality Principle in American and German Criminal Law: an Essay in Comparative Legal History*, in *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, a cura di G. Martyn et al., Berlin 2013, 365 ss. Sul tema vedi anche M. Krygier, *Rule of law and Rechtsstaat*, in *International Encyclopedia of the Social and Behavioural Sciences*, a cura di J.D. Wright, Amsterdam 2015, 780 ss.

capofamiglia[124]. Il punto distintivo che Dubber vuole qui sottolineare è che l'esperienza imperiale romana segna la progressiva fine della dualità di governo propria dell'antico sistema ateniese, in quanto il governo della sfera pubblica assume sempre più i caratteri eteronomi che erano propri del paradigma autonomo di governo della sfera privata, con quest'ultimo recessivo rispetto al primo.
Questo processo si preserva durante il medioevo europeo, sebbene nelle sue caleidoscopiche realtà feudali, per perfezionarsi tra il quindicesimo e diciassettesimo secolo nell'affermazione del Re come macro-capofamiglia del regno, legittimato a intervenire nella sfera privata dei sudditi. È il caso, ad esempio, dell'Inghilterra dove, pur nella sua specificità, la cristallizzazione del *common law* e di corti di *common law* contribuiscono alla formazione di un governo centralizzato sotto un unico sovrano, un unico diritto e un'unica pace sociale[125]. In questo contesto emerge l'accezione convenzionale di *police power*, quale metodo di governo di tre dimensioni centrali della vita comunitaria, quelle della morale, della sicurezza e dell'economia. Concezione questa cristallizzata da Blackstone come «*the due regulation and domestic order of the kingdom: whereby the individuals of the state, like members of a well-governed family, are bound to conform their general behaviors to the rules of property, good neighborhood, and good manners: and to be decent, industrious, and inoffensive*»[126]. Si noti come nel pensiero di Blackstone la dimensione economica, intesa come creazione e mantenimento delle condizioni favorevoli ai commerci e prevenzione delle crisi a danno del benessere della comunità, assuma una rilevanza centrale nel definire il potere di polizia. Del resto, comprendere il *police power* in termini di relazioni economiche è nient'altro che ribadire la sua discendenza dall'archetipo di potere esclusivo del capofamiglia di esercitare l'arte di gestione del proprio *oikos*, inclusi gli aspetti economici, l'*oikonomia* appunto.
Coerentemente, la punizione delle azioni criminali è giustificata non solo in quanto tali azioni vengono considerate atti di insubordinazione al Re; ma, anche sulla base di un'idea di controllo sociale volto ad "allineare" i sudditi a un'idea di comunità operosa, non conflittuale e inoffensiva. A corollario di quest'evoluzione, si sviluppa un apparato di polizia, strutturato gerarchicamente e prodromico dello Stato di Polizia -il *Polizeistaat*-, a cui viene attribuita ampia discrezionalità nel reprimere chi ponesse in essere quei comportamenti, anche privati, in contrato con l'azione di governo: in altre parole, per disciplinare la popolazione[127].
Come noto, il momento di rottura di quest'evoluzione è l'Illuminismo, il cui progetto riformista getterà le basi nel 19° secolo all'invenzione dell'ideale di uno Stato soggetto al dominio della regola, del diritto: il *Rechtsstaat* o Stato di Diritto. Pur nella contestualizzazione storica dell'emersione e affermazione della classe borghese, il *Rechtsstaat* illuminista segna la volontà di riaffermare l'autonomia dei consociati come paradigma di governo pubblico dopo millenni di egemonia del modello eteronomo di polizia[128]. Tuttavia, questa riaffermazione differisce dal

[124] G. Rizzelli, *La figura paterna nel principato fra rappresentazioni e ius*, in *Tesserae iuris* 2023, IV.1.
[125] F. Pollock, F.W. Maitland, *The History of English Law Before the Time of Edward I²*, I, Cambridge 1898, 45, citato in Dubber, *Paradigms of Penal Law*, cit., 1026.
[126] Secondo la descrizione tradizione di potere di polizia offerta da W. Blackstone, *Commentaries on the laws of England. Volume IV* (1769) Ebook: Lonang Institute, 2003, 93. Sul punto si veda anche A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni tra colpevolezza e diritto penale artificiale*, Torino 2003, 40, il quale riporta C. Mangio, *La polizia toscana*, Milano, 1988, 83, secondo cui il governo di polizia rappresenta «un'intromissione sistemica del pubblico potere nella sfera privata dei sudditi", giustificato sulla base "della necessità dei governi di conseguire il pubblico bene, comprensivo non soltanto della prosperità economica e culturale dei sudditi ma anche della pubblica moralità e della religione».
[127] A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni*, cit. 43-44, il quale, guardando a Foucault, evidenzia come lo Stato di Polizia si basi su una concezione disciplinare dei rapporti tra autorità e singolo, intesa come tecnologia di potere funzionale a rendere docile e a educare la popolazione.
[128] Come ricorda N. Cheesman, *Law and Order*, in *Annual Review of Law and Social Science* 2022, 266-267, è

modello antico perché, almeno in linea di principio, non propone la restaurazione di una coesistenza tra modelli ma un mero cambio di paradigmi dominanti: il rigetto del paradigma di polizia a favore di un'autonomia dei consociati declinata in chiave universale in quanto afferente alla persona in sé.
Per i fini che qui ci occupano, l'importanza di queste considerazioni si apprezza in relazione al bisogno di giustificazione dell'esercizio del potere pubblico. In particolare, la cifra caratterizzante il potere di polizia risiede nell'idea della discrezionalità[129]. Discrezionalità non indica certo "capriccio", in quanto anche nella sua origine medioevale il potere reale rispondeva pur sempre a nozioni di utilità, efficienza e buon governo. Essa indica invece, su un piano più ampio, l'assenza dell'idea normativa di limite nell'esercizio dell'autorità statale sui consociati ad essa sottoposti, coerentemente con l'origine medioevale del potere monarchico[130]. È proprio questa assenza a marcare la distanza più ampia tra questa concezione del potere e quella inerente allo Stato di Diritto, dove l'autonomia personale e la ricerca di giustizia vengono assunti, sempre in linea di principio, a criterio normativo di legittimità, e dunque di limite, dell'esercizio del potere, in antitesi rispetto alla cifra della discrezionalità[131].
Ancora Dubber restituisce le implicazioni di queste trasformazioni sul piano dell'azione statale nel campo della penalità, distinguendo tra un *penal police* e un *penal law*, che, alla luce di quanto sopra, è possibile rendere in italiano con *potere* penale di polizia, intrinsecamente arbitrario, e *diritto* penale, laddove *diritto* riflette l'illuministica aspirazione dell'autonomia della persona come portatrice di diritti quale parametro normativo di legittimità dell'azione statale[132]. Il tentativo di Feuerbach di ancorare il diritto penale a violazioni di diritti individuali, e l'asserita valenza critica della categoria dogmatica del bene giuridico - *Rechtsgut* -, rispondono a questo bisogno di ricerca di un piano di legittimazione del *potere* punitivo in termini di *diritto* penale, coerentemente con l'ideale di Stato di Diritto[133].

9.2. La rilevanza di queste considerazioni per il tema in esame si coglie proprio nella valenza di limite alla discrezionalità implicito nell'esercizio del dissenso nei confronti dell'azione statale. Reprimendolo, la gravità della riforma securitaria degli articoli 635 e 639 Cp emerge non solo in riferimento ai suoi effetti processualpenalistici; ma anche nel suo significato profondo di adesione da parte del governo di estrema destra Meloni a un modello arbitrario di esercizio del potere dove l'autonomia dell'individuo è recessiva rispetto al volere dell'autorità:

---

intorno al 1800, con l'emergere dello Stato di Diritto, che i concetti di polizia -*police*- e politiche pubbliche -*public policy*- si sviluppano autonomamente, con il primo relegato allo sviluppo di approcci repressivi alla criminalità, premessa dei movimenti ideologici di *law and order* su cui si rimanda al paragrafo 10 del presente lavoro.

[129] M. Neocleous, *The Fabrication of Social Order: A Critical Theory of Police Power*, Londra 2000, 30 ss. Sulla discrezionalità quale cifra costitutiva del *police power*, declinate in termini di eccezionalità, W.J. Novak, *The American Law of Overruling Necessity: The Exceptional Origins of State Police Power*, in *The State of State Theory*, a cura di B.S. Turner - J.M. Thomas, Cambridge 2018, 95; M. Krygier, *Rule of law and Rechtsstaat*, cit.

[130] E con i relativi corollari di doveri di lealtà, obbedienza e sottomissione sottesi ai crimini di lesa maestà, come nota M. Dubber, *The police power: patriarchy and the foundations of American government*, New York 2005.

[131] T. Wall - T. Linnemann, *A Critical Theory of Police Power in the Twenty-First Century*, in *Social Justice* 2020, 77 ss; M. Krygier, *Tempering power*, in *Constitutionalism and the Rule of Law*, a cura di M. Adams - A. Meuwese - E.H. Ballin, Cambridge 2017, p. 34 ss. Per Dietze, *Two Concepts of the Rule of Law*, cit., 20, l'accezione prima dello Stato di Diritto riposa sulla primazia del diritto quale limite all'arbitrarietà politica.

[132] M. Dubber, *Paradigms of Penal Law*, cit., 1034.

[133] Ibid, 1030. Autori come Dubber e Hornle hanno più volte dimostrato da prospettiva storica e comparata come la categoria del bene giuridico non abbia valenza critica, nel senso di limite al potere punitivo statale. In questo senso, ad esempio, M. Dubber, *Constitutional Limits of Substantive Criminal Law* in *Criminal Law. A comparative Approach* a cura di M. Dubber M, Hörnle T, Oxford 2014 e nello stesso volume T. Hörnle, *Theories of Criminalization*.

"il dissenso è un inciampo, un freno, un ostacolo e chi si frappone alle aspettative della maggioranza, talora, diventa perfino nemico"[134].
Tale adesione è allarmante, ma non eccezionale rispetto alla tradizione della moderna penalità liberal-democratica, in cui le concezioni autonome ed eteronome di governo si intersecano in una storia di coesistenza e non di successione[135]. Esempi sintomatici di questa coesistenza sono categorie di delitti quali, ad esempio, quelli politici[136], o quelli a matrice regolatoria, c.d. *mala quia prohibita*[137]. Proprio quest'ultima categoria di crimini rappresenta il tentativo di "legalizzare" il potere di polizia in area penale, trapiantandolo nell'area del diritto amministrativo[138].
Viene così in rilievo la stortura di sistema introdotta dalle disposizioni in esame. Tramite il "feticcio" della sicurezza pubblica[139], il legislatore giustifica l'uso delle categorie del diritto penale, in principio serventi lo Stato di Diritto, per conseguire l'antitetico obiettivo di limitare l'esercizio del diritto al dissenso. Gli elementi critici di queste disposizioni, denunciati dalla dottrina penalistica e richiamati nelle sezioni precedenti - quali ad esempio l'erosione della capacità descrittiva del bene giuridico e l'eterogenesi dei fini - sono indicativi di questa stortura. La tecnica di costruzione delle fattispecie sul dato di contesto, i.e. le manifestazioni, svuota di significato il piano della tutela del bene patrimonio a favore del disvalore dell'intenzione del manifestante, aprendo così ad un uso del potere punitivo statale in funzione di controllo sociale[140]. Si tratta di uno slittamento pericoloso verso logiche di *potere* penale, non di *diritto*, che apre a margini di arbitrarietà, e dunque di violenza, nella dialettica tra cittadini e autorità[141]: l'autorità non deve rendere conto al cittadino della sua azione, potendo anzi determinare tramite la criminalizzazione il se, il come e l'oggetto del dissenso al suo agire.
L'ascrizione delle fattispecie in esame alle logiche di polizia apre a due ordini di domande. Il primo ordine attiene al piano di giustificazione dell'adesione da parte del legislatore a tali logiche, ovverosia quale sia la dimensione ordinamentale alla cui tutela queste logiche sono preposte. Il secondo riguarda invece in che misura il controllo coercitivo del dissenso assolva questa funzione di tutela.
Relativamente al primo, questo è connesso alla declinazione di ordine pubblico sottesa alle logiche di *police*. Come detto in precedenza, queste attengono a tre macro-dimensioni, quella della sicurezza, della moralità, e dell'economia, le quali confluiscono in altrettante declinazioni

---

[134] M. Pelissero, *La tutela penale della sicurezza pubblica*, cit., 9.
[135] A differenza dell'Europea continentale, negli USA questa dualità è comunemente accettata, vedi W.J. Novak, *The American Law of Overruling Necessity: The Exceptional Origins of State Police Power*, in *The State of State Theory*, a cura di B.S. Turner - J.M. Thomas, Cambridge 2018, 95.
[136] T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici.*, cit; AA.VV, *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Sapere 2000.
[137] D. Ohana, *Regulatory Offenses and Administrative Sanctions: Between Criminal and Administrative Law*, in *The Oxford Handbook of Criminal Law*, a cura di M.D. Dubber e T. Hörnle, Oxford 2014, 1065. Nella letteratura italiana, si segnala, oltre a A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni*, cit., F. Venturi, *Reconstructing Criminalisation. Regulatory Crimes and the Authoritarian Foundations of Modern Substantive Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy* 2025, anche per una ricostruzione storica del potere di polizia, 6 ss; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1995, 343 ss.
[138] A. Vallini, *Antiche e nuove tensioni*, cit., 55-56, secondo cui proprio l'osmosi tra *police* e diritto è causa di inquinamento dogmatico, visibile proprio nei profili dell'imputazione per la creazione di reati 'artificiali' senza colpevolezza.
[139] Parla di feticcio della sicurezza D. Della Porta - K. Atak, *The Police*, in *Breaking Down the State: Protestors Engaged*, a cura di J.W. Duyvendak - J.M. Jasper, Amsterdam 2015, 127.
[140] M. Pelissero, *La tutela penale della sicurezza pubblica*, cit., 9.
[141] Sul binomio violenza e arbitrarietà dell'esercizio potere penale, L. Ferrajoli, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *QuestG* 2006.

di ordine pubblico. È il caso, ad esempio, delle politiche repressive motivate da dettami valoriali religiosi in contesti fondamentalisti - quali le teocrazie islamiche o i movimenti evangelici Statunitensi -[142] per cui l'ordine pubblico viene invocato a giustificazione della criminalizzazione di condotte, come l'aborto, ritenute incompatibili con tali dettami[143].
Chi scrive ritiene che la dimensione economica abbia un ruolo chiave per comprendere il ricorso alle logiche di polizia da parte del Decreto Sicurezza. Con questo non si vuole sminuire la natura trasversale della riforma degli articoli 635 e 639 Cp, né tantomeno l'importanza della dimensione securitaria che anzi ne costituisce il fondamento per espressa menzione del legislatore, per l'appunto "Decreto Sicurezza". Tuttavia, come osservato nella prima sezione, l'elemento di contesto di queste fattispecie - la partecipazione alle manifestazione - proietta l'effetto restrittivo del dissenso non solo nella dimensione securitaria - tutelare qualcosa o qualcuno da azioni violente - ma anche ordinamentale, e specificamente ordinamentale economica. Questa lettura poggia sulla considerazione che le disposizioni in esame sono formalmente ascrivibili al nucleo penale a tutela del patrimonio, la quale tuttavia non è servente unicamente il piano interindividuale dell'offesa, ma quello del sistema dei rapporti economici fondanti lo Stato. Sia consentito ancora il richiamo alle parole di Sgubbi, secondo cui l'articolo 635 Cp sanzionerebbe «Il ribelle rispetto alle regole del gioco economico borghese», colui cioè che non perseguendo l'arricchimento personale, nega in radice il valore sociale della proprietà ponendosi idealmente in contrasto con il «dominio proprietario borghese»[144]. Si tratta di una lettura in chiave ordinamentale del rapporto tra diritto penale e proprietà – tema di fondo di questo studio – secondo cui il patrimonio è un bene 'cerniera' che giustifica il controllo statale su rapporti sociali di classe[145]. Questa lettura pone l'Autore in linea di continuità, anche cronologica, con una consolidata tradizione di pensiero per cui la tutela dell'ordine economico è tema centrale dell'esercizio del potere pubblico[146]. Come infatti ricorda Andrzej Rapaczynski, vi è una connessione inscindibile tra ordine politico-giuridico e ordine economico, l'uno condizione reciproca di esistenza dell'altro[147].
Posta questa linea argomentativa, ne consegue che la questione securitaria a giustificazione degli interventi riformatori in esame risulta servente il piano di tutela dell'ordine economico egemonico, che nel contesto attuale italiano, ed europeo, si concretizza in un ordine economico di mercato a matrice capitalistica.

---

[142] Sul tema del fondamentalismo evangelico statunitense, G.W. Bakken, *Law and Religion in the American West*, in *Oxford Research Encyclopedia of Religion* 2017.
[143] C. McGreal, *The 50-year fight by radical evangelicals that could end US abortion rights*, in *The Guardian* (4.4.2020). Sul *police morality*, si veda diffusamente D.B. Rodriguez, *Good Governing: The Police Power in the American States*, Cambridge 2024, in particolare il cap. 4 *The Shape of the Police Power in the Modern Era*, 137 ss.
[144] F. Sgubbi, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, cit., 202 e 203. Si tratta di un autore di reato che non cercando l'arricchimento personale, si pone in una dimensione extraeconomica ed extrapatrimoniale. Esso, quindi, non rappresenta un pericolo immediato rispetto all'ordine economico borghese, nel senso che non cerca un trasferimento di ricchezza a suo favore. Esso è tuttavia "ostile e nemico" in chiave ideale, perché rigetta il valore stesso della proprietà come 'rapporto sociale', e quindi la funzione ordinamentale della proprietà su cui si fonda l'ordine borghese.
[145] Vedi paragrafo 2.
[146] In aggiunta agli autori già citati *infra*, si veda anche G. Arrighi, *The Long Twentieth Century: Money, Power and the Origins of our Times*, London 2010, 51, sul ruolo storico dello Stato-Nazione -nelle sue funzioni militari, ammnistrative, fiscale, manufattiero- come architrave del processo di formazione del capitalismo.
[147] A. Rapaczynski, *The Roles of the State and the Market in Establishing Property Rights*, in *The Journal of Economic Perspectives* 1996, 87 ss, «A legal regime -or, indeed, the political system that supports it- is not an independent structure that undergirds the economic system; instead, it is embedded in the economic order at the same time as that order cannot exist without it».

Per quanto riguarda la seconda domanda -in che misura il controllo coercitivo del dissenso assolve questa funzione di tutela dell'ordine economico- questa travalica il piano particolaristico delle disposizioni in esame per guardare a quello sistemico-ordinamentale dello Stato nel suo compito di tutela dell'ordine economico. Ebbene, questo interrogativo è stato oggetto di studi che da prospettive metodologiche diverse hanno discusso la dimensione storico-politica della moderna penalità. Tali studi, specialmente quelli di area critica, hanno evidenziato come la repressione del dissenso sia un sintomo "fisiologico" della convergenza sistemica tra «l'ordine del capitale e dello Stato»,[148] laddove "fisiologico" rimanda al piano delle vulnerabilità sistemiche, e delle relative tensioni sociali, necessariamente prodotte dall'ordine capitalistico di mercato. Da tale prospettiva, reprimere il dissenso è un modo di controllo sociale non solo, e forse non tanto, per "educare", quanto per impedire in radice l'emersione delle voci di critica a tale ordine egemonico.
Senza pretesa di completezza, la sessione seguente ripercorre questi studi con il fine di offrire una riflessione sistemica sul controllo penale del dissenso e, quindi, di facilitare una lettura unitaria delle disposizioni in esame nell'ambito del Decreto Sicurezza.

10. La connessione tra criminalizzazione del dissenso, logiche di *police* e ordine economico attiene a una concezione classista di quest'ultimo che implica il controllo delle vulnerabilità sociali che esso necessariamente genera e la soppressione delle relative istanze di critica. Per ragioni di continuità e coerenza con le riflessioni precedenti, sia consentito chiarire come il progetto riformista illuminista, nonostante le sue premesse teoriche di rottura, di fatto non segnò la fine delle logiche eteronome di polizia nella gestione dell'*oeconomia* da parte delle classi socioeconomiche dominanti. Diversamente, le riaffermò in chiave funzionale alla rivoluzione industriale e al nascente ordine borghese, che tra diciottesimo e diciannovesimo secolo sostituì lo Stato assoluto.
Le implicazioni in tema di potere coercitivo statale furono molteplici. Ad esempio, nell'Inghilterra del 1800 si assistette all'espansione della criminalizzazione a tutela dei nuovi assetti proprietari colpendo consuetudini, quali l'uso dei beni comuni, non più attuali rispetto alle esigenze industriali[149]. Su un piano più profondo, le stesse categorie dogmatiche del nascente diritto penale si plasmarono in modo da riflettere le ambivalenze proprie del periodo in esame[150]. Come ha messo in luce Alan Norrie da una prospettiva storiografica, un ruolo significativo in tal senso venne svolto dalla teorizzazione dell'individualismo utilitaristico. In particolare, l'astrazione della realtà sociale propria dell'individualismo attraverso figure idealizzate - ad esempio, l'attore razionale economico, l'agente libero di scelta, o l'attore giuridico - ha permeato la formazione delle moderne categorie dogmatiche del diritto penale liberale, tra cui quella della responsabilità individuale penale[151], schermandole da considerazioni solidaristiche nei confronti delle vulnerabilità sociali causate dalla rivoluzione

[148] Traducendo «the order of capital and the state» di Neocleous, *The Fabrication of Social Order,* cit., 115, sulla necessità di controllo della classe proletaria.
[149] M. Foucault, *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*, Harmondsworth 1979, 85, «The illegality of rights (…) become an illegality of property. It then had to be punished (…) The development of the ports, the appearance of great warehouses in which merchandise was stored, the organisation of huge workshops (…) also necessitated a severe repression of illegality». In senso simile, E.P. Thompson, *Whigs and Hunters: The Origin of the Black Act*, Harmondsworth 1975, 240 ss, sulla repentina criminalizzazione di attività consuetudinarie in contesti urbani e agricoli.
[150] A. Norrie, *Crime, Reason and History,* cit., 19 ss. Vedi anche M. Ronco, *Alle origini del diritto penale moderno: dalla (falsa) proposta di un diritto penale dolce alla realtà di un diritto penale di ferro*, in *Archivio Penale* 2021, fasc. 2, 1.
[151] Sul concetto di responsabilità penale, nelle sue molteplici declinazioni di lingua anglosassone, si rimanda a N. Lacey, *In Search of Criminal Responsibility: Ideas, Interests, and Institutions*, Oxford 2016.

industriale[152]. Di tal modo, esso ha servito la duplice funzione di agevolare l'emersione della classe borghese, limitando la discrezionalità di governo dell'allora classe dominante aristocratica e clericale; e, al contempo, di consolidarne il potere facilitando nuove forme di oppressione a carico degli emarginati sociali in funzione delle esigenze produttive industriali[153]. L'utilitarismo penale, con la sua pretesa di uso della pena non più come punizione per chi compie un'azione malvagia e rompe l'equilibrio dell'*oikos*, ma come strumento centralizzato di controllo diffuso del tessuto sociale, è il corollario della natura fisiologica delle diseguaglianze economico-sociali causate dal sistema ottocentesco di tutela delle libertà economiche dell'individuo, borghese si intende[154].

Pur con le dovute differenze, questa ambivalenza tra istanze antitetiche -garantiste e oppressive- permea anche il rapporto tra la moderna penalità e i modelli economici di mercato affermatisi su spinta delle ideologie liberali durante il 1900. La connessione tra l'uso del potere penale e la tutela del mercato è stata messa in luce, ad esempio, da Bernard Harcourt[155], mentre autori come Michel Foucault[156], Nicholas Fyfe[157], Loic Wacquant[158], e Mark Neocleus[159], hanno più direttamente sostenuto le connessioni tra la coercizione penale, l'ordine capitalistico di mercato, e le relative vulnerabilità sistemiche. Queste connessioni andrebbero rinvenute nel passaggio da modelli di stato social-democratico a quelli rispondenti alle varie declinazioni del liberismo economico, da ultimo il neoliberismo[160]. Il fondamento di questo passaggio è noto, ed è la visione dello stato democratico come vettore e promotore della libertà economica individuale in posizione di primazia rispetto alle altre libertà[161]. Questa visione si presenta ciclicamente nella storia delle democrazie occidentali, si pensi ad esempio alle odierne spinte

[152] A. Norrie, *Crime, Reason and History*, cit., 19 ss, secondo cui l'individualismo liberale ha permesso di isolare il diritto, anche quello penale, da considerazioni fattuali di vulnerabilità sociali che la rivoluzione comportava e dalle conseguenti considerazioni solidaristiche.

[153] Ibid, 25, «the new forms of property and wealth that were produced in the periods of mercantile and then industrial capitalism».

[154] In questo senso, M. Ronco, *Alle origini del diritto penale moderno,* cit., 12 ss.

[155] B.E. Harcourt, *L'illusione del libero mercato*, cit., passim, con riguardo, tra l'altro, alla natura strumentale del potere sovrano coercitivo per sostenere le logiche di privatizzazione dei mercati.

[156] M. Foucault, *The Birth of Biopolitics: Lectures at the Collège de France, 1978–1979*, New York 2008, 247, sul ruolo del mercato di servire come "a sort of permanent economic tribunal confronting government".

[157] N.R. Fyfe, *Law and order policy and the spaces of citizenship in contemporary Britain*, in *Political Geography* 1995, 177 ss.

[158] L. Wacquant, *Punishing the Poor: The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham 2009; L. Wacquant, *How penal common sense comes to Europeans: notes on the transatlantic diffusion of the neoliberal doxa*, in *European Societies* 1999, 319 ss sulla natura transnazionale delle dottrine securitarie neoliberali.

[159] Neocleous, *The Fabrication of Social Order,* cit.

[160] Tra queste declinazioni, si ricorda l'ordoliberismo per gli influssi che ha avuto nel secolo scorso in Europa. Sul tema, A. Zanini, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti (1933-1973)*, Bologna 2022.

[161] C. Garland, *Illuminated in its Lurid Light: Criminalization, Political Repression, and Dissent in the UK*, in *Protest and Punishment: The Repression of Resistance in the Era of Neoliberal Global Governance*, a cura di J. Shantz, Durham 2012, 38; M. Foucault, *The Birth of Biopolitics*, cit., 247. Sul piano più divulgativo, la primazia dell'economia sul governo pubblico è posta in luce dall'economista K. Raworth, *Doughnut Economics: Seven Ways to Think Like a 21st-Century Economist*, Londra 2017.

alla deregolazione[162], o all'ottocentesco Stato Guardiano, il *Night-Watch State*[163]. In particolare, le ideologie liberali, specialmente quelle neoliberali della seconda metà del 1900, hanno giocato un ruolo primario nel promuovere il ruolo servente dello Stato in relazione all'individualismo economico, anche in chiave repressiva[164].
Spiega bene il punto Peter Ramsey, il quale significativamente parla di liberismo autoritario in riferimento a quei sistemi in cui l'ordine pubblico è dato da relazioni di mercato fondate su un sistemico stato di vulnerabilità sociale[165]. In questi contesti, nota l'autore, una risposta strutturale dello Stato tramite politiche di *welfare* finanziate con interventi fiscali redistributivi sarebbe in contrasto con le logiche neoliberali di accentramento e accumulo di ricchezza privata[166].
La vulnerabilità sociale diverrebbe invece il motore generante allarmi sociali permanenti - ad esempio, la precarietà occupazionale, l'instabilità salariale, le disparità di genere, l'immigrazione, la sicurezza urbana – ritenute essenziali per giustificare una domanda di sicurezza da parte delle classi sociali più fragili ed esposte alle dinamiche di sfruttamento economico, tra cui notoriamente il proletariato. Sarebbe proprio il bisogno di sicurezza a giustificare il ricorso a modelli emergenziali securitari funzionali al controllo, e non all'affrancamento dalle vulnerabilità, proprio di quelle classi più esposte a tali vulnerabilità[167].
La nozione di liberismo autoritario mette in luce il carattere fisiologico della repressione del dissenso rispetto alla tutela dell'ordine del capitale e dello Stato. Posto che il liberismo economico necessita di uno Stato che eserciti un controllo coercitivo sulle classi sociali, ne consegue che la repressione del dissenso è un momento centrale di tale controllo nei confronti dei movimenti di protesta dal basso - quali i sindacati o gli attivisti ambientali-climatici – per

[162] Il riferimento è, ad esempio, ai pacchetti c.d. *Omnibus* promossi dalla seconda Commissione Von Der Leyen, su pressione di specifici gruppi di interesse, specialmente Statunitensi. Sulle pressioni lobbiste, si vedano i report D. Ollivier de Leth, *The secretive cabal of US polluters that is rewriting the EU's human rights and climate law*, in *SOMO*, 3.12.2025; A.M. Purkiss, *The lobbying effect: How corporate influence shaped the EU's sustainability Omnibus proposal*, in *Social LobbyMap*, 2.10.2025 https://sociallobbymap.org/the-lobbying-effect-how-corporate-influence-shaped-the-eus-sustainability-omnibus-proposal/ Sul concetto di deregolazione, G. Majone, *The Rise of the Regulatory State in Europe*, in *The State in Western Europe: Retreat or Redefinition?* a cura di W.C. Müller - V. Wright, Londra 1994.
[163] J. Braithwaite, *The New Regulatory State and the Transformation of Criminology*, in *The British Journal of Criminology* 2000, 222 ss.
[164] I. González-Sánchez - C. Maroto-Calatayud, *The Penalization of Protest Under Neoliberalism: Managing Resistance Through Punishment*, in *Crime, Law and Social Change* 2018, 443 ss, 456; J. Shantz (a cura di), *Protest and Punishment: The Repression of Resistance in the Era of Neoliberal Global Governance*, Durham 2012.
[165] P. Ramsay, *The Decay of Liberalism*, in *Brave New Europe*, 21.05.2022 https://braveneweurope.com/peter-ramsay-the-decay-of-liberalism; Id. *Rights of the Sovereign: Criminal Law as Public Law*, in *LSE Legal Studies Working Paper* 2024.
[166] Ad esempio, secondo P. Ramsay, *The Decay of Liberalism*, *cit*., le stesse politiche Keynesiane, con la loro promessa occupazionale, andrebbero ascritte a temporanee strategie di mitigazione delle fisiologiche vulnerabilità del sistema economico liberale, in funzione di obiettivi contingenti quali il superamento delle crisi economiche nell'intermezzo tra le due guerre mondiali, il sostentamento dello sforzo bellico della seconda e la competizione con le coeve ideologie di sviluppo economico socialista.
[167] Senza pretesa di paragoni tra società, epoche e culture diverse, che sarebbero mistificanti, è interessante notare come la richiesta di severità delle pene sovente provenga proprio da quelle classi popolari più vulnerabili e pertanto più esposte a fenomeni di violenza generalizzata. Si pensi, ad esempio, all'ordinanza Villers-Catterests del 1539 in Francia, che accolse le richieste degli Stati Generali di maggiore efficacia della repressione; ma anche, in epoca contemporanea, al voto dei *Latinos* statunitensi in supporto alla seconda presidenza 'Trump', il quale ha saputo coglierne a fini elettorali le richieste di protezione nonostante essi siano vittima di razzismo strutturale che la sua amministrazione non solo non contrasta ma anzi promuove. Per questi esempi, si vedano rispettivamente, M. Ronco, *Alle Origini Del Diritto Penale Moderno*, cit., 5, e S.L. Canizales - J.A. Vallejo, *Latinos & Racism in the Trump Era*, in *Dædalus* 2021, 150 ss.

contenerne la capacità di mettere in luce l'insostenibilità dell'ideologia neoliberale, erosiva nel lungo periodo delle stesse condizioni di esistenza del mercato: il lavoro, il denaro e le risorse naturali[168].

Queste considerazioni trovano riscontro in quanti denunciano le tensioni classiste insite nella penalità neoliberale. Si pensi, ad esempio, ad Antonio Cavaliere, il quale richiamando Franz Von Liszt[169], e sul solco dei lavori di Loic Wacquant[170], riconosce come il diritto penale finisca per diventare uno strumento a presidio dell'esclusione sociale e quindi foriero di ulteriori diseguaglianze[171]. In breve, l'effetto di repressione del dissenso prodotto dagli interventi normativi in esame è coerente con la penalità neoliberale, la quale sembra presupporre l'ossimorica torsione del diritto verso logiche autoritarie di potere, ovverosia logiche eteronome, orientate a schermare da critica sociale gli aspetti disfunzionali dell'ordine economico.

Indicative dell'attualità di queste considerazioni sono le politiche repressive nei confronti dei movimenti sindacali, come quelle perpetrate nell'Inghilterra Thatcheriana, nonché le note prospettive di *law and order*, ciclicamente emergenti specialmente nelle amministrazioni statunitensi[172]. La locuzione *law and order* identifica un movimento ideologico che riprende la natura discrezionale del tradizionale potere di polizia ed esprime, secondo la nota definizione di David Garland, «*the suppression of alternative powers and competing sources of justice as well as the control of crime and disorderly conduct*»[173]. Nei regimi liberal-capitalistici, il *law and order*, o volendo l'*economics and order*[174], epitomizza la convergenza tra ordine pubblico e ordine borghese in funzione di tutela e supporto di un mercato che, sotto l'illusione dell'autoregolazione di sé stesso[175], nasconde il bisogno di un apparato pubblico di controllo sociale, in particolare della classe proletaria[176]. Non a caso, il *law and order* ha conosciuto una forte espansione sul finire del ventunesimo secolo proprio in quei sistemi che per primi sono

[168] Come ha messo in luce N. Fraser, *Can society be commodities all the way down? Polanyian reflections on capitalist crisis*, in *Economy and Society* 2014, 541 ss., la quale, analizzando in chiave critica l'opera fondamentale di Karl Polanyi del 1944, *La Grande Trasformazione*, analizza come lo sfruttamento capitalistico incontrollato di questi elementi strutturali del mercato porta all'ossimorico risultato della distruzione del mercato stesso.

[169] F. von Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Berlino 1970, I, 163 ss.

[170] L. Wacquant, *Iperincarcerazione. Neoliberismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*, Verona 2013; L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Parigi 2015.

[171] A. Cavaliere, *Neoliberismo e politica criminale repressiva*, in www.costituzionalismo.it, 21.2.2018. Sono i dati sulla popolazione carceraria in Italia, opportunamente richiamati dall'Autore a supportare la natura classista del diritto penale. Ad esempio, su 52000 detenuti, circa 30000 sono gli autori di reati contro il patrimonio, cui le disposizioni esaminate in questo contributo afferiscono, costituendo così una delle categorie criminogene più rilevanti. L'Autore specifica che questi dati, ripresi dalle statistiche ufficiali su www.giustizia.it (sezione "strumenti", "statistiche") e www.istat.it, non sono 'puliti', in quanto molti detenuti lo sono per più di un reato, per cui, dei 52.000 ristretti alla data su indicata, i 30.000 per delitti contro il patrimonio e gli 11.000 per furto potrebbero esserlo anche per altri reati.

[172] Sulla connessione tra potere di polizia e *law and order*, vedi D. Bertaccini, *La politica di polizia*, cit., 255 ss., e 263 ss. per l'esperienza statunitense.

[173] D. Garland, *The Culture of Control*, cit., 29. In inglese *law* ha una valenza semantica complessa, traducendo sia il Diritto che la legge. A parere dell'autore, la locuzione *law and order* andrebbe resa con 'legge e ordine', e non con 'diritto e ordine'. Questo perché, come spiegato in questa sessione, in questo contesto *law* non può indicare il diritto, quale costrutto sociale organizzante idealmente associato all'idea di garanzia, ma il più neutro e formale significato di legge positiva - nella consapevolezza che anche nella Germania nazista, nell'Italia fascista, o in altri contesti medio-orientali attuali, le più atroci nefandezze erano e sono 'legali'.

[174] N. Cheesman, *Law and Order*, cit., 272.

[175] Ancora una volta il riferimento è a B. E. Harcourt, *L'illusione del libero mercato*, cit.

[176] B. McQuade, *The Prose of Pacification: Critical Theory, Police Power, and Abolition Socialism*, in *Social Justice* 2020, 55 ss.

stati promotori e propagatori dell'ideologia neoliberale - Stati Uniti e Regno Unito – promuovendo una risposta al crimine di matrice punitivo-repressiva alternativa a modelli correzionali e welfaristi.[177] La sua fortuna politica risiede, probabilmente, proprio nella sua adattabilità alle istanze repressive nei confronti di mutevoli classi di soggetti ritenute di volta in volta incompatibili, a vario titolo, con le sue fondamenta politico-economiche.
La famosa, e contestata, teoria criminologica dei "vetri rotti" ha avuto un ruolo riconosciuto nel promuovere la 'criminalizzazione dell'essere poveri', promuovendo sotto l'egida dell'asserito rigore metodologico la connessione tra proprietà privata e disordine associato a categorie di emarginati, quali i senzatetto, i drogati, gli alcolisti, ma anche i mendicanti, gli artisti di strada, e così via.[178] In linea di coerenza con il modello di governo di *police*, il *law and order* si è tradotto in politiche repressive, quali, ad esempio, quelle adottate dagli Stati Uniti negli anni '50 per arginare i movimenti per i diritti civili su impulso di maggioranze bianche conservatrici, o negli '80 le c.d. guerre al crimine e alla droga, determinanti un'impennata di criminalizzazione funzionale al finanziamento dell'industria carceraria privata[179]. Incidentalmente, è questo retroterra politico-ideologico che offre terreno fertile per promuovere l'uso securitario del diritto penale in chiave identitaria e soggettivizzante, in connessione con le note teorie del diritto penale del nemico[180].
Posta la contiguità assiologica tra le prospettive di *law and order* e i modelli autoritari di *police power*, appare allora perversa l'equiparazione dell'idea di ordine promossa da queste prospettive con l'ideale garantista del *diritto* nell'ambito dello Stato di Diritto[181]. È proprio in contesti politici autoritari, in cui l'ordine è perpetrato tramite violenza istituzionalizzata, in cui l'arbitrarietà sostituisce la regola, e in cui la critica al potere costituito viene repressa, che si condivide il pensiero di chi indica nel "disordine" il vero corollario del diritto[182]. Come ricorda

[177] D. Garland, '*The Culture of Control'*, cit.
[178] G.L. Kelling, J.Q. Wilson, *Broken windows: the police and neighborhood safety*, in *The Atlantic* 1982. Nonostante la sua influenza, la teoria non ha mai ricevuto riscontro empirico. Per una critica, si rimanda a B.E. Harcourt, J. Ludwig, *Broken Windows: New Evidence from New York City and a Five-City Social Experiment*, in *University of Chicago Law Review* 2006, 271 ss.
[179] S. Xenakis, L. Cheliotis, *Whither neoliberal penality? The past, present and future of imprisonment in the US*, in *Punishment & Society* 2018, 412 ss.
[180] Queste teorie legittimano l'annullamento – fisico e giuridico- di coloro che subiscono l'etichetta di *nemici,* tanto interni quanto esterni, come i terroristi, i migranti o, nei giorni in cui si scrive, i narcotrafficanti e gli oppositori politici negli Stati Uniti. Sull'uso autoritario e simbolico del diritto penale avverso 'l'estraneo', F. Forzati, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale*, cit. Su diritto penale del nemico, G. Jakobs, *On the Theory of Enemy Criminal Law*, in *Foundational Texts in Modern Criminal Law*, a cura di M.D. Dubber, Oxford 2014, 415. Per una critica, F. Zumpani, *Critica del diritto penale del nemico e tutela dei diritti umani*, in *Diritto e questioni pubbliche* 2011, n. 10, 525 ss; L. Ferrajoli, *Il diritto penale del nemico e la dissoluzione del diritto penale*, in *Questione Giustizia* 2006, 87 ss. Sulla politica della vendetta della presidenza Trump, si veda, tra gli altri, il report di Reuters P. Eisler, N. Parker, L. So, J. Tanfani, *Trump's Retribution Tracker*, in *Reuters Investigates*, (26.11.2025).
[181] Questa equiparazione è un fenomeno globale, anche alimentato dall'affermarsi dell'uso di standard e indicatori per misurare il grado di compliance di un ordinamento con lo Stato di Diritto, quali ad esempio il *World Justice Project's Rule of Law Index* - *World Justice Project, Rule of Law Index, Washington, DC:2021*. Tuttavia, queste iniziative sembrano adottare un'accezione storicamente decontestualizzata di Stato di Diritto, che ne permette la confusione concettuale con il concetto di effettività nell'implementazione normativa e sanzionatoria centrata su obiettivi di stabilità e, appunto, ordine. La critica nasce in relazione al fatto che l'indice qui ricordato promuove anche ordinamenti tradizionalmente repressivi del dissenso, come Singapore, classificato ai primi posti in termini di rispetto del *rule of law*. Sulla legittimazione del sistema di Singapore, considerato un regime peculiare di *law and order* tecnocratico, J. Rajah, *Authoritarian Rule of Law: Legislation, Discourse and Legitimacy in Singapore*, New York 2012; E.D. Liow, *The neoliberal-developmental state: Singapore as case-study*, in *Critical Sociology* 2011, 241 ss.
[182] D. Kruijt, *Uncivil actors and violence systems in the Latin American urban domain*, in *Iberoamericana* 2011, 83 ss.

Pelissero, la conflittualità sociale «è parte della democrazia, anche quando viene esercitata attraverso condotte che turbano l'ordinata convivenza associata»[183]. In contesti autoritari di violenza sistemica, il disordine esprime la rabbia sociale, la quale, sebbene sia spesso emarginata dal discorso politico, è, per usare il messaggio di Franco Palazzi, motore di cambiamento che ergendosi di fronte all'oppressione consente di sciogliere i lacci dell'ingiustizia[184]. È, ad esempio, nelle resistenze alle dittature sudamericane del secolo scorso che sopravvive l'ideale dei diritti umani[185], non certo nelle volgari e tragiche attuazioni del *law and order* nelle strade statunitensi ad opera delle agenzie anti-immigrazione statunitense.
Alla luce di queste considerazioni, emerge una certa unitarietà nell'ambito del Decreto Sicurezza. Questa unitarietà è, come è ovvio, tematica tra gli interventi in varia guisa repressivi del dissenso, quali ad esempio la criminalizzazione del blocco stradale realizzato con il proprio corpo[186], pensata per colpire gli attivisti climatici[187], ma potenzialmente applicabile a qualsiasi protesta caratterizzata dal dato di contesto della strada.
Sulla scia delle riflessioni di questa sezione, un piano di unitarietà sostanziale emerge con quelle disposizioni funzionali alla criminalizzazione della marginalità sociale. Il riferimento è, ad esempio, agli interventi del Decreto Sicurezza in tema di occupazione arbitraria di immobili destinati a domicilio altrui, (art. 634-bis Cp.) o di impiego di minori nell'accattonaggio (art. 600-octies Cp)[188]. Ebbene, proprio queste disposizioni sembrano rispondere a quel costante stato di vulnerabilità caratterizzante il liberismo economico, e la penalità liberale. Si pensi ad esempio all'accattonaggio che, per quanto attività molesta, risponde pur sempre a situazioni di forte vulnerabilità. Rimuovere dalla società una persona che pratica l'accattonaggio con una pena detentiva da due a sei anni può forse dar l'impressione di una città più sicura, ma non rimuove il problema, lo posticipa e anzi lo aggrava, specialmente nel caso di minori coinvolti direttamente o indirettamente in quanto parenti della persona detenuta, e quindi lasciati ancora più in balia delle loro vulnerabilità. Ebbene, come argomentato in precedenza, il controllo penale del dissenso è un sintomo fisiologico di un simile esercizio del potere punitivo che proprio tramite la promozione dell'esclusione sociale si fa garante dell'ordine del capitale e dello Stato.
Rimane ancora un piano di connessioni, forse il più evidente quando si considerano gli interventi sugli articoli 635 e 639 Cp da una prospettiva di potere di polizia. Ci si riferisce evidentemente a quelle disposizioni del Decreto Sicurezza che rappresentano il corollario empirico del controllo penale del dissenso: la repressione del dissenso "su strada". Si passa quindi dal piano del *policing dissent* a quello del *policing protesters* tramite l'uso delle forze dell'ordine, e più in generale degli apparati di sicurezza statali, tra cui quelli militari e i servizi di intelligence[189], a cui, per completezza, sono dedicate alcune brevi riflessioni nel paragrafo seguente, conclusivo della sezione.

---

[183] M. Pelissero, *La tutela penale della sicurezza pubblica*, cit., 13.
[184] F. Palazzi, *La politica della rabbia. Per una balistica filosofica*, Milano 2021.
[185] Sul punto si rimanda a E. R. Zaffaroni *Una storia criminale del mondo. Colonialismo e diritti umani dal 1492 a oggi*, Laterza 2025; M. Rigouste, *La guerre globale contre les peuples. Mécanique impériale de l'ordre sécuritarie*, La fabrique éditions 2025.
[186] Art. 1-bis d.lgs. 22.10.1948 n. 66, modificato dall'articolo 14 Decreto Sicurezza. L'articolo 14 introduce per queste ipotesi l'aggravante del fatto commesso da più persone riunite, ora punito con un aumento sanzionatorio 900 volte superiore al minimo di pena della fattispecie base, in contrasto con gli articoli 17 e 21 Costituzione come denunciato da M. Pelissero, *La tutela penale della sicurezza pubblica*, cit. 9.
[187] Come sostenuto da S. Zirulia, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del codice Rocco alla Costituzione*, cit.
[188] Modificati, rispettivamente, dagli articoli 10 e 16 Decreto Sicurezza.
[189] Il riferimento è alle inquietanti informazioni che stanno emergendo nei giorni in cui si scrive sul presunto uso da parte del governo italiano del software israeliano *Paragon* per sorvegliare giornalisti e altri esponenti della

11. Il Decreto Sicurezza introduce un sistema di potenziamento delle forze dell'ordine attraverso l'inasprimento sanzionatorio di reati commessi a loro danno in uno con altre misure, tra cui la tutela legale per il personale delle forze armate[190]. Questo sistema, di sé apprezzabile, da una prospettiva sistemica e attenta alle logiche del potere di polizia delineate in questa sessione, rivela un disegno unitario con le disposizioni in esame -gli articoli 635 e 639 Cp - costituendone il precipitato operativo[191]. Studi di criminologia critica hanno a lungo indagato le connessioni tra il piano della criminalizzazione del dissenso - *policing dissent*- e la repressione della sua concretizzazione in azioni di protesta – *policing protesters*[192]. Tra questi studi, significativi sono quelli che muovendo da una prospettiva storica hanno evidenziato come la funzione di polizia origini nell'Inghilterra e negli Stati Uniti tra il 1820 e il 1860, precisamente per sopprimere i movimenti sindacali a tutela dei lavoratori impiegati nella produzione industriale dell'epoca, preservando così l'ordine sociale ad essa funzionale[193]. Da una prospettiva più attuale, Donatella Della Porta e Kıvanç Atak hanno evidenziato due aspetti patologici nel rapporto tra dissenso e repressione delle proteste[194]. Il primo, riguarda la tendenza delle forze di polizia ad operare nelle zone grige dei vincoli normativi – ad es. regolamenti, legislazioni settoriali, controlli giudiziari – posti a loro regola e limite. Il secondo aspetto riguarda la tendenza ad attribuire alle forze di polizia maggior autorità in uno con un progressivo restringimento degli spazi del diritto alle proteste. Sebbene intimamente connessi, il Decreto Sicurezza sembra riguardare direttamente solo il secondo aspetto.
Ci si deve domandare, in particolare, se l'insieme delle disposizioni qui in discussione -gli articoli 635 e 639 Cp e quelle riguardanti le forze dell'ordine - incida o meno in senso espansivo sulla fisiologica discrezionalità operativa delle forze dell'ordine, tradizionalmente modulata sull'alternanza tra dialogo e repressione[195]. È questa una domanda cruciale, in quanto la discrezionalità operativa, se per certi versi necessaria per adeguarsi alle circostanze concrete "della strada", porta con sé il rischio insito di abusi, non certo quelli connessi alle c.d. "mele marce"[196], ma quelli riconducibili al binomio violenza-uso regolato della forza pubblica. Se gli

società civile tramite uno spyware di tipo militare. Sul caso, si rimanda a F. Giglio, *The Paragon case: Walking the fine line between press freedom and national security in Italy and the EU*, in *CiTiP blog*, 25.3.2025**.**

[190] Si tratta di misure contenute principalmente nel Capo III Misure in materia di tutela del personale delle forze di polizia, delle forze armate e del corpo nazionale, dei vigili del fuoco, nonché degli organismi di cui alla l. 3.12.2007 n. 124, quali ad esempio gli articoli: 19, in relazione ai casi di violenza o minaccia; 20 sulle lesioni personali; 23 sulla tutela legale per il personale delle forze armate.

[191] Si noti che l'articolo 24 del Decreto Sicurezza che modifica l'articolo 639 Cp, oggetto di questo contributo, è inserito sotto il Capo III, e non sotto il Capo II in materia di sicurezza urbana, come invece l'articolo 12 che modifica l'articolo 635 Cp, nonostante l'asserita comunità di tutela del bene patrimonio.

[192] Tra i tanti, T. Wall - T. Linnemann, *No Chance: The Secret of Police, or the Violence of Discretion*, in *Social Justice* 2020, 77 ss.; R. Selmini, A. Di Ronco, *The Criminalization of Dissent and Protest*, cit.; D. Della Porta, K. Atak, *The Police,* cit**.;** J. Shantz, *Protest and Punishment:* cit.; D. Della Porta - H. Reiter (a cura di), *Policing Protest: The Control of Mass Demonstrations in Western Democracies*, Minneapolis 1998.

[193] J. Shantz, *Protest and Punishment,* cit., 8. Sulla natura politica della polizia, Neocleous, *The Fabrication of Social Order*, cit., 117; A. Gourevitch, *Perché esiste la polizia?* in *Jacobin Italia* (20.6.2020).

[194] D. Della Porta, K. Atak, *The Police,* cit.

[195] D. Della Porta, K. Atak, *The Police,* cit., notando che questa alternanza risponde a istanze diverse, dal semplice mantenimento dell'ordine pubblico a vere e proprie forme di regolazione sociale. Parla di *continuum* tra controllo delle proteste e controllo delle insurrezioni, L. Fernandez, C. Scholl, *The Criminalisation of Global Protest: The Application of Counter-Insurgency*, in *Urban Insecurity: Policing in Neoliberal Times*, a cura di V. Elck, K. Birken, Ottawa 2014. Sulla militarizzazione delle tecniche di controllo, Rigouste, *La guerre globale contre les peuples.* cit.; S. Pickard, *Criminalisation and Repression of Young People's Political Protest*, in S. Pickard, *Politics, Protest and Young People*, London 2019, 446 ss.

[196] Ci si riferisce a quelle condotte criminose perpetrate da ufficiali delle forze dell'ordine del tutto eterogenee rispetto all'ufficio espletato, come ad esempio, il caso dello stupro commesso a danni di una turista americana a

atti di tortura rappresentano la forma più estrema di questo binomio – e gli episodi di "macelleria messicana" nei casi Diaz e Bolzaneto ne dimostrano la mai sopita attualità –[197] esso si ripresenta in forma attenuata nelle reazioni sproporzionate di repressione delle manifestazioni del dissenso, come ad esempio, le deplorevoli azioni di "contenimento" tramite manganellamento perpetrate a danni di studenti liceali nella città di Pisa in occasione di una manifestazione pacifica avverso l'intervento militare di Israele nella striscia di Gaza[198].

Ad una lettura organica, il sistema di potenziamento delle forze dell'ordine sembra rafforzarsi vicendevolmente con le misure di controllo del dissenso, coerentemente con la carica autoritaria delle logiche di polizia che caratterizzano quest'ultime. La previsione, ad esempio, di misure a copertura delle spese processuali per le forze dell'ordine, e al contempo l'espansione dell'area del penalmente rilevante ad opera degli articoli 635 e 639 Cp appare indicativo della volontà politica di incrementare la deterrenza non tanto nei confronti di un'azione criminosa, in linea col principio di offensività penale, ma nei confronti dell'atto stesso di partecipare alla protesta: a un maggior senso di protezione da parte dello Stato nei confronti delle forze dell'ordine, segue in modo speculare il rischio di incriminazione a carico di chi partecipa alle proteste, per fatti prodromici o comunque accidentali nel contesto tumultuoso delle manifestazioni. A tal riguardo, fattispecie criminose minori come quelle in esame, facilmente applicabili anche a fatti di scarsa gravità, appaiono particolarmente insidiose in quanto portatrici, comunque, del carico delegittimante dell'etichetta di "criminale"[199]. Il rischio concreto è quello di giustificare, quanto meno sul piano della narrativa politica, la repressione violenta sulla base della risposta ad azioni "criminali". E, su un piano più ampio, di spostare il focus dal motivo sostanziale del dissenso, ad esempio la politica economica relativa a un settore industriale, a quello della violazione delle disposizioni in esame. In termini concreti, ad esempio, il tema del contrasto al cambiamento climatico rischia di passare in secondo piano rispetto all'azione di imbrattamento con vernice lavabile di un palazzo istituzionale, ora penalmente rilevante ai sensi dell'articolo 639 Cp.

Ovviamente, si è ben consapevoli della possibilità concreta che i motivi di una protesta possono venir strumentalizzati per giustificare azioni violente spesso antitetiche rispetto ai motivi della protesta stessa. È il caso notorio degli infiltrati alle proteste. Tuttavia, è proprio la tenuità delle ipotesi delittuose degli articoli 635 e 639 Cp, a suggerire la loro estraneità rispetto alle istanze di necessario contrasto di azioni delinquenziali organizzate, per fungere invece da copertura

---

Firenze, nel 2017, da due carabinieri, prontamente sospesi dall'Arma e condannati nel 2020. Sul fatto, G.S. Pellegrino, *Carabiniere condannato a Firenze per lo stupro della turista americana*, in *Corriere della Sera*, 21 febbraio 2020 https://www.corriere.it/cronache/20_febbraio_21/carabiniere-condannato-firenze-stupro-turista-americana-9e2288c4-54de-11ea-9196-da7d305401b7.shtml.

[197] Sui fatti, si ricorda la sentenza C. eur. 7.4.2015 *Cestaro c. Italia*, sentenza di condanna dell'Italia da parte della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per l'assenza nell'ordinamento italiano dell'epoca di fattispecie adeguate a sanzionare gli atti di tortura commessi dalle forze dell'ordine in occasione del G8 di Genova del 2001. Lacuna colmata solo nel 2017 ad opera della l. 14.7.2017 n. 110, che ha introdotto nel Cp gli articoli 613-bis e 613-ter Cp sulla criminalizzazione della tortura. È illuminante sulla natura sistemica della violenza negli apparati di polizia la ricostruzione del sostituto procuratore generale presso la Corte d'Appello di Genova Enrico Zucca in E. Zucca, *La decisione della Corte EDU su Bolzaneto: un altro passo verso la verità su Genova*, in *Questione Giustizia* 2017.

[198] Azione repressiva che suscitò anche la condanna del presidente della Repubblica Sergio Mattarella, Redazione RaiNews, *Studenti manganellati a Pisa e a Firenze, le opposizioni chiedono a Piantedosi di riferire in Aula*, in *RaiNews*, 23.12.2024 https://www.rainews.it/articoli/2024/02/studenti-manganellati-a-pisa-e-a-firenze-le-opposizioni-chiedono-a-piantedosi-di-riferire-in-aula-de50503d-6587-4397-a3be-0e96d9c3057f.html.

[199] Sul tema della costruzione di narrative di devianza ai fini della demonizzazione del dissidente, D. Kirkpatrick, *Political Expression and Conflict Transformation in Divided Societies: Criminalising Politics and Politicising Crime*, Routledge 2019; S. Fletcher, *Protest*, in *Shades of Deviance: A Primer on Crime, Deviance and Social Harm*, a cura di R. Atkinson, Routledge 2014.

legalizzante, se non giuridica quanto meno simbolica, di operazioni di *law enforcement* nei confronti del dissidente-criminale.

12. Il presente lavoro ha analizzato come gli articoli 12 e 24 del decreto-legge n. 48/2025, c.d. Decreto Sicurezza, abbiano innovato due disposizioni a tutela del patrimonio, ovvero gli articoli 635 e 639 Cp. Data l'estensione in apparenza marginale dell'intervento legislativo, questo studio si è interrogato sul suo ruolo nel veicolare un fine autoritario, in particolare in relazione alla repressione del dissenso strutturato tramite manifestazioni.
Come chiarito in apertura del lavoro, il filo conduttore dell'analisi è il rapporto tra diritto penale e proprietà. Tramite un'analisi descrittivo esegetica, la prima sezione del contributo ha argomentato come le disposizioni in esame incidano su questo rapporto piegando la finalità di tutela del bene giuridico patrimonio alla gestione del dissenso, in potenziale conflitto con i principi di offensività e materialità penale. È il dato di contesto materiale -le manifestazioni- l'elemento tipico che attiva l'area del disvalore penale e produce l'effetto repressivo del dissenso. La natura autoritaria dell'intervento in esame, sostenuta dalla dottrina maggioritaria e dalla società civile, emerge anche in questa torsione di fattispecie a tutela del patrimonio per incidere in chiave repressiva preventiva sulla dialettica tra governanti e governati.
La seconda parte dello studio ha indagato le logiche e le ragioni sottese a tale torsione. Si è rilevato come il Decreto Sicurezza denoti un'affinità con le mai sopite logiche del potere di polizia, quale potere discrezionale refrattario alla critica sociale e antitetico allo Stato di Diritto. Sulla base di questa affinità, l'analisi ha evidenziato come la repressione del dissenso sia una componente fisiologica della penalità neoliberale, nella tutela dell'ordine economico egemonico.
In ultima analisi, il presente lavoro ha razionalizzato la riforma degli articoli 635 e 639 Cp da parte del Decreto Sicurezza, inquadrandola nell'ambito di una lettura sistemica della tutela penale della proprietà come ordine economico dello Stato, evidenziando come il diritto penale nei sistemi democratico-liberali sia ancora venato da logiche di polizia.
Questa lettura non è ovviamente esclusiva, ben potendo il controllo penale del dissenso essere rivolto ad aspetti non economici. Tuttavia, ad avviso di chi scrive, il merito primario di questa lettura risiede nel fornire una spiegazione di contesto che invita a porre le riforme in esame in dialogo con l'azione complessiva del governo in area economica. Il considerare il controllo degli spazi dialettici di critica *fisiologico* in funzione di tutela degli assetti di potere economico implica appunto una lettura dinamica di contesto sui motivi sostanziali del dissenso. Questo è ovviamente un compito che esorbita dal fuoco dell'applicazione giudiziale dei riformati articoli 635 e 639 Cp, ma non da quello dell'interprete-destinatario di queste disposizioni. Del resto, non si può ignorare come sia proprio il legislatore ad introdurre l'elemento politico nella tipicità di tali disposizioni tramite il loro dato di contesto -la partecipazione alle manifestazioni- vero cuore del loro disvalore penale di fattispecie. Ecco allora che, tramite questa lettura, la reazione dell'autorità a forme di manifestazione del dissenso – ad esempio, quello degli attivisti climatici e ambientali, del proletariato, o dei sindacati- diviene una spia per valutare il grado di adesione di un ordinamento alle ideologie neoliberali. Il punto non è meramente teorico. L'azione statale in area economica è poliedrica, e coinvolge temi centrali come il *welfare state*, le politiche fiscali, le privatizzazioni di asset strategici nazionali, e, fondamentale, il rapporto tra potere politico e impresa[200]. Il grado di adesione a modelli neoliberali determina

[200] Un aspetto che caratterizza il governo Meloni è proprio, ad esempio, la volontà di procedere alla privatizzazione di quote di asset nazionali, quali *Eni* o *Ferrovie*, come dichiarato nel documento di Economia e finanza 2023 rinvenibile sul portale del Ministero dell'Economia e delle Finanze https://www.mef.gov.it/focus/Il-Documento-di-Economia-e-finanza-2023-DEF/. Si merito anche lo studio M. Bordignon, L. Virgadamo, *Le privatizzazioni del governo Meloni*, in *Osservatorio conti pubblici italiani*, Università Cattolica di Milano 2024. Queste

conseguenze di primo ordine in tema, ad esempio, di sanità, di tassi occupazionali, di sicurezza energetica, di sicurezza alimentare e di sovranità sulle risorse naturali.
Ecco allora che l'azione di controllo del dissenso portata avanti tramite il Decreto Sicurezza dovrebbe essere l'occasione per riflettere sulla compatibilità costituzionale non solo delle disposizioni interessate dal Decreto Sicurezza, nel nostro caso gli articoli 635 e 639 Cp; ma anche, su un piano più ampio, delle ideologie economiche alla cui tutela il controllo penale del dissenso è preordinato.

privatizzazioni spesso riguardano attori stranieri, specialmente USA, G. Fonte, *Italy's Meloni rules out cheap sell-offs under privatisation plan*, in *Reuters* 2023, disponibile sul portale https://www.reuters.com/markets/europe/italys-meloni-rules-out-cheap-sell-offs-under-privatisation-plan-2023-12-12/.

RIFLESSIONI MINIME SU DIRITTI DELL'ACCUSATO E COOPERAZIONE GIUDIZIARIA EUROPEA A QUASI UN VENTENNIO DA STOCCOLMA

di Fabio Nicolicchia (Ricercatore in Diritto processuale penale, Università di Ferrara)

Lo scritto si sofferma sul difficile rapporto tra cooperazione giudiziaria e diritti procedurali minimi. All'esito della disamina dedicata ad alcune linee di tendenza esistenti in materia l'Autore evidenza i rischi legati ad una promozione delle garanzie unicamente concepita come funzionale all'efficacia degli strumenti di cooperazione.
This paper examines the relationship between judicial cooperation and procedural rights. Based on the findings of this analysis, the author highlights the drawbacks and risks associated with promoting safeguards solely as a means to ensure the effectiveness of cooperation mechanisms

Unione europea, cooperazione giudiziaria, direttive di Stoccolma
European Union, Judicial Cooperation, Stockholm Directives

Sommario: 1. Tutta l'Europa è paese. – 2. Efficienza della cooperazione e tutela dei diritti fondamentali: un *lapsus* della Corte di giustizia. – 3. La diffusione di applicativi gestionali e l'impatto sulle prerogative processuali. – 4. Indagini *ultra fines* e parità delle armi nello Spazio giudiziario europeo. – 5. "Nuove" frontiere della cooperazione: gli strumenti dedicati alla fase esecutiva. – 6. La valenza strategica dei diritti.

1. L'approvazione di una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali ha indubbiamente segnato un punto di svolta nelle politiche dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria. Il passaggio palesò infatti, almeno sulla carta, un'acquisita consapevolezza da parte delle istituzioni sovranazionali circa la necessità di fissare uno *standard* minimo di garanzie da assicurare in quella cornice[1], anche se, invero, per lo più indotta da una esigenza "utilitaristica" volta a preservare la fiducia reciproca tra Stati sulla quale si fonda il principio di mutuo riconoscimento.
A quasi un ventennio di distanza da quella promettente stagione si sono ormai delineati alcuni esiti del percorso intrapreso ed emergono con sufficiente nitidezza le tendenze di sistema che hanno sin qui caratterizzato le posture del legislatore e della giurisprudenza dell'Unione; è da questo panorama che è dunque necessario partire per identificare le criticità ancora esistenti e le più importanti sfide che si profilano all'orizzonte.
In effetti, il cammino verso il consolidamento delle garanzie dell'individuo nel contesto dei meccanismi di cooperazione sembra ancora lungi dal potersi dire giunto a compimento: se da un lato i mutamenti nel tempo intervenuti hanno prodotto alcuni risultati apprezzabili – si pensi su tutti agli orientamenti della Corte di giustizia che prescrivono il rifiuto dell'assistenza al cospetto del rischio di violazioni dei diritti fondamentali della persona[2], da ultimo espressamente positivizzati anche nella disciplina di alcuni prodotti normativi di genesi più recente[3] – dall'altro lato si rinvengono ancora esegesi giurisprudenziali e assetti normativi non

[1] Per un'analisi dei mutamenti che hanno interessato le politiche dell'Unione a seguito del Trattato di Lisbona e del c.d. Programma di Stoccolma, M. Caianiello, *Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali,* "road map" *e l'impatto delle nuove direttive,* in AA.VV., *I nuovi orizzonti della giustizia penale europea*, Milano 2015, 97 ss.
[2] C.G.UE, Aranyosi e Căldăraru, C-404/15, 24.7.2015; nonché C.G.UE, Celmer, C-216/18, 25.7.2019.
[3] Il riferimento va qui al motivo di rifiuto di cui all'art. 11 lett. *f* della direttiva 2014/41/UE in materia di ordine europeo di indagine penale, su cui cfr. I. Armada, *The European Investigation Order and the Lack of European*

sempre coerenti con la premessa rappresentata dalla necessità di una adeguata promozione delle prerogative processuali.
Vedremo meglio nel prosieguo le ragioni alla base di questa diagnosi in chiaroscuro, ma c'è una prima considerazione che possiamo già sviluppare in questo stadio preliminare della nostra analisi: l'antitesi tra un'efficienza declinata in senso puramente statistico-manageriale e gli spazi riconosciuti ai diritti non rappresenta infatti a ben vedere una caratteristica esclusiva del contesto della procedura penale europea, ma il conflitto evocato costituisce oggigiorno un *topos* ricorrente anche sul versante eminentemente nazionale[4]. Questo tendenziale allineamento testimonia allora se non altro l'esistenza di un terreno di confronto (o scontro) caratterizzato da una sintassi ormai in buona parte condivisa tra i due sistemi, pur alla luce delle loro perduranti e forse irriducibili differenze di approccio. Se in passato le questioni afferenti alla procedura penale europea rappresentavano insomma temi retti da logiche e schemi appannaggio di quel contesto, affatto differenti da quelli invalsi in sede interna, risulta attualmente più agevole per l'interprete nazionale comprendere e contestualizzare le insidie che si celano dietro alla tensione tra efficienza e garanzie anche al di fuori dei confini statali.

2. Il primo filone con cui è necessario misurarsi è quello più trasversale, connesso ai limiti all'operatività della cooperazione indotti dal sospetto di un *vulnus* ai crismi del giusto processo. È proprio in questo settore che si sono del resto storicamente registrate alcune tra le affermazioni giurisprudenziali più problematiche[5], le quali hanno poi nel tempo stimolato lo sviluppo di condivisibili principi di garanzia facendo a loro voltada preludio ad innovazioni strutturali tradotte anche sul piano normativo, come già ricordato in apertura[6].
Il panorama interpretativo in questa materia si è ormai assestato sull'affermazione di principio per cui le protezioni riconducibili ai regimi propri degli ordinamenti interni non possono ostacolare il funzionamento dei meccanismi di cooperazione, in quanto diversamente opinando verrebbe compromessa la funzionalità del sistema, smentendo così in radice gli stessi presupposti di fondo su cui esso si basa. D'altro canto, rimane ferma la necessità di rispettare *standard* minimi di tutela per come condivisi a livello europeo[7].
Quest'ultima centrale affermazione, pur formalmente ribadita in una recente decisione della Corte di giustizia in materia di mandato d'arresto europeo, sembra essere stata almeno indirettamente smentita dalla risposta fornita alla questione là scrutinata[8]. Il problema

Standards for Gatherin Evidence, in *New Journ. Eur. Crim Law* 2015, 25 ss.
[4] Con buona probabilità ciò si deve in misura rilevante proprio alla contaminazione delle categorie dogmatiche domestiche con logiche di derivazione europea, tendenza consacrata dalle ultime riforme, inclini a sposare una «logica economica del rendimento, del risultato, dei flussi degli affari penali sotto la pressione del numero, delle prestazioni organizzative, delle statistiche». Così D. Negri, *Il processo penale liberale nella postmodernità. Anacronismo o costante attualità di un ideale?*, in *Discrimen*, 4.12.2025, 11. In tema, tra gli altri e con accenti similari, O. Mazza, *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *AP (web)* 2022/2, 1 ss. Per una ricostruzione meno critica, M. Gialuz-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022, 16 ss.
[5] Si pensi al noto precedente C.G.UE, Melloni, C-399/11, 26.2.2013, su cui L. Bachmaier Winter, *Dealing with European Legal Diversity at the Luxembourg Court: Melloni and the Limits of European Pluralism*, in *EU Criminal Justice and the Challenges of Diversity*, a cura di R. Colson-S. Field, Cambridge 2016, 160 ss.
[6] Sugli atti di diritto derivato adottati in forza degli obiettivi fissati dalla c.d. *roadmap* di Stoccolma, A. Klip, *Fair Trial Rights in the European Union: Reconciling Accused and Victims' Rights*, in *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. Rafaraci-R. Belfiore, Cham 2019, 3 ss.; nonché, più di recente, G. Caneschi, *Le direttive dell'Unione europea a tutela dei diritti fondamentali dell'indagato e dell'imputato nel processo penale*, in *Questioni attuali di giustizia penale europea e internazionale*, a cura di L. Camaldo, Torino 2024, 145 ss.
[7] Questo, in estrema sintesi, il portato essenziale della giurisprudenza citata *supra*, nota n. 2.
[8] Cfr. C.G.UE, Anacco, C-504/24, 13.1.2025.

riguardava nello specifico una richiesta di consegna indirizzata dalle autorità belghe a quelle italiane per l'esecuzione di una condanna pronunciata all'esito di un giudizio svoltosi *in absentia*, senza che l'interessata fosse neppure stata assistita da un legale durante la celebrazione del processo a suo carico. La Cassazione aveva dunque comprensibilmente dubitato della possibilità di dar corso al MAE, interrogando al riguardo la Corte di giustizia mediante apposito rinvio pregiudiziale *ex* art. 267 TFUE, evidenziando in particolare il mancato rispetto delle prescrizioni in tema assistenza difensiva di cui alla direttiva 2013/48/UE.
Il giudice di Lussemburgo ha tuttavia scelto di incentrare il proprio *decisum* sulla natura tassativa dei motivi di possibile rifiuto del riconoscimento del MAE a seguito di procedimenti celebrati *in absentia*, i quali escludono espressamente la facoltà in discorso qualora alla persona sia comunque garantita la possibilità di contestare la decisione accedendo a un nuovo processo dopo la consegna ovvero appellando la sentenza emessa senza la sua partecipazione[9]. A fronte delle rassicurazioni fornite sul punto dall'autorità di emissione, la Corte ha allora escluso qualsiasi facoltà di rifiuto in capo alle autorità italiane richiamando i numerosi precedenti esistenti in materia. In questa maniera il giudice europeo ha dimostrato tuttavia di non aver saputo – o peggio, voluto – cogliere la reale portata del dubbio palesato.
Come già detto, le osservazioni rassegnate dalla Cassazione non attenevano infatti tanto alle condizioni inerenti alla legittimità della condanna emessa senza la presenza dell'imputata, quanto piuttosto all'inosservanza del suo diritto alla difesa tecnica in conformità a quanto stabilito dallo stesso diritto dell'Unione. A questo proposito la Corte di giustizia si limita ad affermare che «un'eventuale non conformità del diritto nazionale dello Stato membro emittente alle disposizioni di una direttiva non può costituire un motivo idoneo a comportare il rifiuto di eseguire il mandato d'arresto europeo»[10].
Proprio in questa sbrigativa conclusione risiede la carica dirompente della pronuncia, che propone in buona sostanza un *distinguo* artificioso tra la mera violazione di atti di diritto derivato dell'Unione e il *vulnus* inferto al contenuto dei diritti fondamentali dell'accusato. I due *standard* finiscono infatti a ben vedere per coincidere allorquando vengono in questione le direttive in materia di diritti procedurali minimi, e per quanto rileva nel caso di specie le prescrizioni della direttiva sul diritto al difensore. La Corte tralascia insomma di considerare che la violazione denunciata dal giudice nazionale non riguardava una direttiva *qualsiasi*, bensì un testo appositamente incaricato di sancire la soglia minimale di salvaguardia dei diritti processuali uniformemente condivisa a livello eurounitario al fine di assicurare la *fairness* del rito, in conformità al disposto dell'art. 6 TUE[11].
Trincerandosi dietro alla necessità di dar corso alla consegna pur al cospetto di una potenziale inosservanza di quella fonte la Corte ha di fatto finito per rinnegare i principi affermati dalla

[9] Rileva in particolare al riguardo il disposto dell'art. 4 *bis* lett. *d* della decisione quadro 2002/584/GAI, modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI. Si manifesta così una certa "simpatia" rispetto a rimedi restitutori che potrebbero tuttavia non sempre dimostrarsi adeguati a controbilanciare il *deficit* partecipativo da cui è affetta la decisione resa senza la presenza dell'accusato. Lo rileva, proprio con riferimento al caso di specie, S. Quattrocolo, *Su MAE e diritti fondamentali ritorna in auge Melloni la Corte di giustizia segna ancora una volta la vecchia strada, che la Cassazione è costretta a seguire…*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 18.7.2025, 6.
[10] In questi termini il punto n. 55 della decisione in oggetto.
[11] Esplicito in tal senso il considerando n. 12 della direttiva 2013/48/UE, allorquando afferma che essa «stabilisce norme minime relative al diritto di avvalersi di un difensore nei procedimenti penali e nei procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo ai sensi della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13.6.2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri («procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo»), al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. In tal modo, la direttiva promuove l'applicazione della Carta, in particolare gli articoli 4, 6, 7, 47 e 48».

sua stessa giurisprudenza rispetto ai limiti alla cooperazione indotti da esigenze di tutela dei diritti fondamentali.
Risulta allora a ben vedere secondario interrogarsi circa l'effettiva sussistenza di una trasgressione dello *standard* delineato dalle disposizioni della direttiva 2013/48/UE in conseguenza della procedura celebrata nello Stato dell'autorità di emissione del MAE; quel che più rileva ai nostri fini, infatti, è semplicemente il netto rifiuto opposto dai giudici nel valutare la possibilità per lo Stato di esecuzione di non dare corso alla consegna alla luce del sospetto di una potenziale violazione delle tutele fondamentali affermate a livello sovranazionale e non già soltanto domestico, il che segna un apparente punto di rottura rispetto ai precedenti approdi.
Spicca più in generale sul piano del metodo la lettura formalista dei giudici del Kirchberg nel momento in cui scelgono di basare il loro responso su di un'esegesi testuale delle fattispecie di rifiuto contemplate dall'art. 4 *bis* della decisione quadro in materia di MAE, senza estendere il loro sindacato alle criticità in tema di assistenza difensiva pur rappresentate nell'ordinanza di rinvio, prediligendo così un'impostazione assai lontana dall'apprezzamento di *overall fairness* normalmente adoperato dagli organi di giustizia europei[12]. L'atteggiamento di radicale chiusura serbato appare peraltro molto simile a quello in passato riservato alle proposte interpretative sviluppate attraverso referenti estrapolati dal diritto nazionale[13], facendo sorgere inevitabilmente il sospetto che dietro a quelle letture non vi fosse solo il condivisibile intento di preservare le logiche sottese al mutuo riconoscimento messe a repentaglio dal ricorso a regole e principi di derivazione esclusivamente domestica, ma si celasse anche una più generale *forma mentis* strutturalmente ostile a qualsivoglia ostacolo in grado di ridimensionare gli effetti della cooperazione.

3. Il difficile bilanciamento tra prerogative dell'accusato ed efficacia dei meccanismi della cooperazione è attualmente sottoposto a nuove sollecitazioni in occasione del ricorso a strumenti risalenti e ben rodati, come nel caso delle attività demandate alle squadre investigative comuni di cui alla decisione quadro 2002/465/GAI[14]. Più in particolare rilevano al riguardo alcune recenti innovazioni che non attengono tanto al funzionamento dell'istituto in sé considerato, quanto piuttosto al versante organizzativo-gestionale dell'attività delle squadre.
La funzionalità delle indagini, tanto più se sviluppate in una dimensione transfrontaliera, si può evidentemente giovare di una architettura di condivisione e memorizzazione informatica a disposizione degli attori coinvolti, ed il regolamento 2023/969/UE aveva dunque a suo tempo previsto l'istituzione di una piattaforma di collaborazione volta ad agevolare gli scambi e le comunicazioni tra i membri delle squadre; la decisione di esecuzione 2025/1274 emanata dalla Commissione ha da ultimo dettagliato le specifiche tecniche di questa piattaforma.
Le previsioni contenute nell'atto appena richiamato disciplinano dunque piuttosto analiticamente le varie caratteristiche dell'applicativo a disposizione delle SIC attraverso un lessico specialistico non facilmente intelligibile al giurista. Nondimeno, l'adozione di quel testo fornisce l'occasione per alcuni rilievi dedicati più in generale alle implicazioni discendenti dal ruolo e dalla rilevanza attualmente assunti dalle infrastrutture tecnico-gestionali nell'ambito del settore processuale. L'importanza nel tempo guadagnata da questi ritrovati

[12] Cfr., con particolare riguardo alle tecniche decisorie del giudice di Strasburgo, G. Di Chiara, Fair Trial *e «giusto processo» italiano*, in *I princìpi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 84.
[13] Sebbene estraneo al settore della cooperazione giudiziaria tra Stati, è pertinente il rinvio alla nota vicenda decisa in prima battuta da C.G.UE, Taricco, C-105/14, 8.9.2015.
[14] In tema, L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Bari 2023; V. Vasta, *Le squadre investigative comuni*, in *Questioni attuali di giustizia penale europea e internazionale*, cit., 181 ss.

nella dinamica del rito sembra infatti assumere i contorni di un fenomeno riconducibile ad una vera e propria torsione algoritmico-organizzativa del processo.
A riprova di quanto si andava dicendo all'esordio circa la convergenza dei temi riscontrabile a livello interno e sovranazionale, esattamente come nel caso della recente decisione sopra richiamata, anche in ambito domestico è infatti sempre più frequente imbattersi in regolamentazioni volte a disciplinare le funzioni di sistemi e protocolli informatici fruibili durante l'accertamento al fine di perfezionare vari incombenti processuali[15]. A fronte di ciò sarebbe dunque necessario avere ben presenti i risvolti delle scelte operate in quelle sedi apparentemente periferiche sull'effettività dei diritti attribuiti ai protagonisti del rito, rifuggendo un approccio miope incline a "derubricare" l'oggetto di quegli interventi ad aspetti secondari, concependoli come dotati di rilievo esclusivamente sul piano burocratico-organizzativo. La tendenza segnalata è in effetti particolarmente insidiosa in quanto astrattamente capace di incidere subdolamente sugli spazi in concreto riconosciuti a categorie e principi che rischiano di rimanere schiacciati da previsioni operative solo in apparenza dotate di un'incidenza trascurabile sul piano delle garanzie.
Tuttavia una appropriata consapevolezza dell'importanza dei valori in gioco non sembra ancora entrata a far parte del patrimonio concettuale né del legislatore nazionale[16], né – per quanto qui più rileva - delle istituzioni europee, come emblematicamente dimostrato appunto dal tenore della normativa relativa all'istituzione della piattaforma di collaborazione delle SIC.
Basti dire che né in quella sede né altrove ci si è premurati di chiarire esattamente le modalità di impiego e gli usi consentiti dell'ambiente informatico in questione, limitandosi ad elencare in maniera piuttosto generica le finalità dello strumento[17].
Vengono del tutto pretermesse questioni di capitale importanza, legate *in primis* agli spazi da riservare alle facoltà partecipative della persona coinvolta nelle operazioni condotte dalla squadra. Si pensi ad esempio ad un aspetto cruciale come quello relativo all'estensione dei supporti che saranno conoscibili al momento della *disclosure* degli atti dell'inchiesta: le ultime regolamentazioni non chiariscono infatti se ed eventualmente in che misura alla difesa sarà garantito l'accesso – magari anche ad essa per via informatica – al materiale condiviso attraverso l'apposita piattaforma.
Nulla si dice poi sul versante delle sanzioni processuali all'occorrenza riferibili a contributi veicolati senza l'osservanza degli *standard* tecnici espressamente prefissati, ed è quindi facilmente prevedibile che gli orientamenti interpretativi che si formeranno al riguardo ribadiranno la superfluità di un compiuto accertamento del rispetto delle pertinenti procedure ai fini della spendibilità degli elementi scambiati tra il *team* investigativo.

---

[15] Basti pensare agli applicativi tecnici oggigiorno coinvolti nella gestione telematica degli adempimenti processuali già a partire dalla fase delle indagini, su cui B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano 2022, 136 ss.
[16] Lo si evince anche dalla collocazione "periferica" delle regole deputate a fissare le modalità di funzionamento degli strumenti in questione, sovente relegate in previsioni di rango secondario. Per più approfonditi rilievi, L. Tavassi, *Le disfunzioni del processo telematico*, in *Le riforme del processo penale. Problemi operativi da Cartabia a Nordio*, a cura di A. Gaito-O. Mazza, Milano 2025, 431 ss.
[17] Rileva in tal senso l'art. 5 del Regolamento 2023/969/UE, là dove si prevede che «la finalità della piattaforma di collaborazione per le SIC è facilitare: a) il coordinamento e la gestione di una SIC, tramite una serie di funzioni che forniscono supporto alle procedure amministrative e finanziarie all'interno della SIC; b) lo scambio rapido e sicuro e la conservazione temporanea di dati operativi, compresi file di grandi dimensioni, tramite una funzione di caricamento e scaricamento; c) la sicurezza delle comunicazioni, tramite una funzione che comprende messaggistica istantanea, chat, conferenze audio e conferenze video; d) la tracciabilità degli scambi di prove, tramite un meccanismo avanzato di registrazione e tracciamento che consente di seguire tutte le prove scambiate e il relativo accesso e trattamento tramite la piattaforma di collaborazione per le SIC; e) la valutazione della SIC, tramite uno specifico processo di valutazione collaborativo».

Se l'intuizione è corretta, l'intento in astratto commendevole di dettagliare le modalità di condivisione adoperate dagli attori della cooperazione rischia allora di incentivare orientamenti scarsamente sensibili alle esigenze conoscitive della difesa, palesando ancora una volta un'attenzione esclusivamente dedicata alla funzionalità dell'investigazione transfrontaliera.

4. Vi sono ulteriori settori, meno all'avanguardia, in cui una certa insoddisfazione per la considerazione riservata alle facoltà della difesa pure deriva da un prolungato disinteresse da parte degli attori delle politiche europee. È questo quanto si verifica più in particolare con riferimento ai canali di raccolta probatoria transfrontaliera a disposizione del difensore; se infatti la possibilità di procurarsi elementi utili alla difesa viene espressamente riconosciuta in ambito prettamente interno mediante l'istituto delle investigazioni difensive[18], una analoga facoltà ancora stenta ad affermarsi nello spazio giudiziario europeo.
Ciò si deve con ogni probabilità al fatto per cui la necessità di assicurare un accesso tendenzialmente paritario alle fonti conoscitive al fine di garantire il c.d. diritto a difendersi provando è un portato caratteristico dei sistemi a matrice schiettamente accusatoria, e dunque appannaggio di un modello processuale non così diffuso tra gli Stati del vecchio continente.
D'altra parte, l'erosione dei limiti spaziali riconducibile alle potenzialità delle moderne indagini digitali, che consentono di prescindere dalle barriere fisiche erette dai confini statali, e i corrispondenti poteri riconosciuti alle autorità pubbliche onde assicurare la funzionalità dell'inchiesta in questo mutato contesto, rendono la disparità di trattamento evidenziata ancor più intollerabile.
Sta però di fatto che anche i meccanismi più recenti ed evoluti continuano a replicare schemi desueti ereditati dal vecchio sistema rogatoriale, in cui l'unica possibilità concessa alla difesa per ottenere l'acquisizione di elementi di prova localizzati all'estero consiste nell'interlocuzione mediata dagli organismi pubblici. La direttiva 2014/41/UE si limita dunque a riconoscere all'art. 1 § 3 la legittimazione della persona sottoposta alle indagini o imputata, se del caso per il tramite del difensore, a richiedere l'emissione di un OEI «conformemente al diritto e alla procedura penale nazionale». Il legislatore italiano ha così recepito quella previsione sancendo appunto la mera facoltà di domandare «al pubblico ministero o al giudice che procede l'emissione di un ordine d'indagine»[19], escludendo qualsiasi titolarità autonoma della difesa nell'impulso alla raccolta transfrontaliera. All'art. 41 § 3 del regolamento 2017/1939/UE, per quanto concerne le indagini condotte dall'EPPO, si dispone poi del pari che «l'imputato e le altre persone coinvolte nel procedimento dell'EPPO» possano di nuovo rivolgersi al pubblico ministero europeo al fine di ottenere l'acquisizione di determinati elementi[20].
La disparità di trattamento evocata si rafforza alla luce delle cadenze attualmente assunte dalla cooperazione. Da un lato lo sviluppo del processo di integrazione europea e il consolidamento della reciproca fiducia tra gli Stati membri hanno infatti nel tempo consentito di snellire significativamente le formalità necessarie per il trasferimento e lo scambio degli elementi di

[18] E. Lorenzetto, *Il diritto di difendersi indagando nel sistema processuale penale*, Napoli 2013; S. Lorusso, *Investigazioni difensive*, in *Trattato di Procedura penale, vol. III, Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino 2009, 477 ss.; N. Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano 2002. Già in passato l'art. 38 NAttCpp riconosceva al difensore la «facoltà di svolgere indagini per ricercare e individuare elementi di prova a favore del proprio assistito».
[19] O. Calavita, *L'ordine europeo di indagine penale. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'unione europea*, Milano 2024, 203; F.M. Grifantini, *Ordine europeo di indagine penale e investigazioni difensive*, in *PPG* 2016, 6; A. Mangiaracina, *A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order*, in *Utrecht Law Review* 2014, 10, 123;
[20] G. Barrocu, *La procura europea. Dalla legislazione sovranazionale al coordinamento interno*, Padova 2021, 149.

prova, come da ultimo emblematicamente dimostrato dall'omessa previsione di un controllo giurisdizionale preventivo nello Stato di esecuzione ai fini dell'acquisizione di prove digitali detenute all'estero in base a quanto previsto nel c.d. regolamento *e-evidence*[21]; dall'altro lato, a questa tendenza non immune da rischi per i diritti fondamentali[22] non corrisponde alcuna significativa apertura sul versante degli spazi partecipativi della difesa.

Gli effetti di questa evoluzione "a doppia velocità" – sensibile alle esigenze cognitive degli organi dell'indagine ma sostanzialmente disinteressata a quelle della difesa – per quanto in sé preoccupanti, potrebbero invero essere significativamente mitigati dalla già evocata fisionomia delle moderne tecniche investigative: la digitalizzazione dei mezzi di ricerca della prova faciliterebbe infatti in linea di principio l'accesso a informazioni utili all'accertamento consentendo spesso di prescindere dalla collaborazione attiva delle autorità della giurisdizione in cui essi sono localizzati, rendendoli così accessibili anche in assenza di un canale acquisitivo istituzionale appositamente predisposto.

La "partita" potrebbe allora prevedibilmente traslare dal piano della materiale disponibilità delle informazioni detenute oltre confine a quello della spendibilità processuale del materiale comunque autonomamente ottenuto dalla difesa.

A questo proposito la giurisprudenza nazionale continua a esibire posture rigorose, inclini a desumere un generale divieto che interessa il compimento di attività investigative *ultra fines* per il difensore che non abbia attivato l'apposita procedura rogatoriale, da cui discenderebbe altresì l'inutilizzabilità di quanto illegittimamente acquisito[23]. La conclusione non pare ineccepibile nel momento in cui individua una difformità dal modello legale semplicemente in forza dell'omesso ricorso ad un meccanismo – appunto quello della rogatoria – che non viene però mai qualificato alla stregua di canale esclusivo di approvvigionamento di elementi di prova situati all'estero[24].

A prescindere da ciò, quello che però ancora una volta colpisce anche sul fronte interno è l'approccio marcatamente differente che viene riservato al problema della spendibilità processuale delle fonti ottenute oltreconfine a seconda della provenienza pubblica o privata del dato: alla perentoria chiusura nei riguardi dell'impiego delle risultanze di indagini difensive si accompagnano infatti orientamenti e prassi ben più disinvolte allorquando si tratta di supporti ottenuti e introdotti nell'accertamento dalla parte pubblica, i quali non solo sono perfettamente

---

[21] Si veda in particolare il combinato disposto degli artt. 7 e 8 del Regolamento 2023/1543/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2023 relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali.

[22] A questo proposito sembra significativo osservare che la nuova fisionomia acquisitiva ha immediatamente agevolato tentativi di ridimensionamento dell'intensità delle garanzie stabilite a livello interno, paradossalmente proprio a seguito di precedenti sollecitazioni sovranazionali. Emblematico quanto verificatosi in occasione del recente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte di un giudice italiano diretto a sollecitare l'abolizione del controllo giurisdizionale previsto dall'art. 132 del d.lgs. 30.6.2003, n. 196 per l'acquisizione dei dati esteriori delle comunicazioni. Sulla vicenda, volendo, F. Nicolicchia, *Per rotte in parte inesplorate verso approdi prevedibili. Ancora un rinvio pregiudiziale del giudice italiano sul nuovo art. 132 "codice privacy"*, in *Ind. pen. online*, 5.5.2026.

[23] Per un esempio, si veda Cass., 29.5.2007, n. 23967, in *GI*, 2008, 496, secondo cui «in base ai principi generali del codice di rito, l'unica forma per la raccolta della prova all'estero è la rogatoria, con la conseguenza che il difensore non è direttamente abilitato ad esperire le indagini ex art. 391 bis c.p.p., ma deve rivolgersi all'autorità giudiziaria italiana affinché questa attivi una domanda di assistenza giudiziaria internazionale».

[24] Peraltro la giurisprudenza è incline ad ammettere l'esperimento di attività indagine da parte di chi non rivesta la formale qualifica di difensore, come nel caso dell'investigatore privato che non risulterebbe assoggettato alle formalità del codice di rito. Cfr. sul punto Cass., 31.1.2020, n. 4152, in *PPG*, 2020, 1073 ss., con nota di M.T. Vita, *Elementi probatori acquisiti dal privato in territorio straniero*.

utilizzabili anche in assenza di un vaglio approfondito circa la legalità del procedimento di raccolta del dato, ma godono altresì di una presunzione di legittimità dell'acquisizione[25].
In quest'ottica le proposte dirette all'istituzione di un c.d. "eurodifensore"[26] difficilmente potrebbero spingersi al di là del pur rilevante obiettivo di assicurare una facilitazione nell'accesso alle fonti di potenziale interesse per la difesa, senza quindi riuscire nella specie ad incidere sulle criticità da ultimo segnalate, legate ai limiti all'utilizzabilità che scaturiscono dagli orientamenti della giurisprudenza interna. Del resto, è ben nota l'affermazione per cui le questioni attinenti all'utilizzabilità delle prove e alla loro valutazione ricadono nel monopolio interpretativo delle autorità domestiche[27].
D'altro canto l'istituzione di appositi canali di approvvigionamento a beneficio della difesa, oltre a chiarire le formalità acquisitive da osservare al fine di garantire la genuinità delle notizie ottenute nel rispetto della sovranità dello Stato di esecuzione della raccolta, potrebbe influire sulle cadenze interpretative della giurisprudenza, contribuendo a creare le condizioni per una effettiva parità delle armi tra le parti processuali nella raccolta di elementi di prova situati all'estero a partire dal frangente acquisitivo e, almeno indirettamente, anche in quello oggigiorno cruciale dell'impiego processuale del materiale ottenuto oltreconfine.

5. Bisogna da ultimo dare atto di tendenze almeno in astratto più promettenti, in cui le politiche in materia di cooperazione sembrano almeno in apparenza disposte ad emanciparsi da una visione esclusivamente incentrata su obiettivi di efficientamento repressivo. Rilevano a questo proposito gli strumenti deputati a consentire l'esecuzione di pene detentive e misure limitative della libertà personale al di fuori del territorio dello Stato in cui è stata pronunciata la condanna (decisione quadro 2008/909/GAI), nonché dedicate al mutuo riconoscimento di sentenze e decisioni che applicano la sospensione condizionale della pena ovvero sanzioni sostitutive (decisione quadro 2008/947/GAI)[28].
Ci troviamo quindi in ambiti che trascendono la fase della cognizione e che attengono ad un frangente come quello esecutivo in cui si estrinseca tipicamente in maniera assai intensa l'esercizio della sovranità statale; significativa pare dunque la disponibilità degli ordinamenti nazionali a rinunciare ad una "gestione" esclusiva dell'attuazione materiale del prodotto dell'accertamento confezionato in ambito domestico.
D'altro canto l'analisi dei testi normativi in questione restituisce l'immagine di una cooperazione ancora alquanto "timida", caratterizzata da motivi di rifiuto piuttosto estesi,

[25] Questo in particolare l'orientamento della Cassazione palesato anche nell'ambito della vicenda relativa all'acquisizione delle *chat* criptate da parte delle autorità francesi trattata dalla C.G.UE nella causa C-670/22, 30.4.2024, M.N. (Encrochat). Nello specifico, secondo un'impostazione consolidata ribadita da Cass., 3.12.2024, n. 44047, in *PPG*, 2025, 775 ss., con nota di O. Calavita, C*riptofonini e ordine europeo di indagine penale (OEI): ancora zone d'ombra*, «vige la presunzione di legittimità dell'attività svolta e spetta al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità lamentata nella fase delle indagini preliminari».
[26] B. Schünemann, *Solution Models and Principles Governing the Transnational Evidence-Gathering in the EU*, in *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, a cura di S. Ruggeri, Cham 2014, 174.
[27] In merito, va comunque registrata la timida apertura verso una fattispecie di inutilizzabilità di matrice europea proprio da parte di C.G.UE, M.N. (Encrochat), C-670/22, 30.4.2024, , in particolare al § 130 della decisione, che pure ribadisce l'affermazione di principio circa la competenza delle autorità domestiche in materia di regole per la spendibilità processuale degli elementi raccolti.
[28] Su cui, anche con riguardo alla normativa di recepimento interna, A. Martufi-G. Bondi, *L'esecuzione delle sanzioni sostitutive delle misure alternative nell'Unione europea alla luce del d.lgs. 38/2016 di attuazione della decisione quadro 947/2008. Criteri ermeneutici, istituti applicabili e prospettive di riforma*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7.6.2023, 1 ss.

verosimilmente anche in ragione della collocazione temporale piuttosto risalente di queste fonti.
Più in generale emerge dall'impianto della rilevante disciplina una prospettiva duplice e per certi versi speculare: accanto ad un "diritto" al trasferimento maturato sulla scorta delle previsioni che ammettono la possibilità di eseguire la pena in uno Stato diverso da quello in cui è stata pronunciata la condanna, talune disposizioni sembrano invece ispirate dalla necessità di imbastire protezioni rispetto a trasferimenti che verrebbero invece subiti dal condannato.
Proprio quest'ultima dimensione riconducibile a decisioni determinate da esigenze estranee alla condizione personale e alla volontà dell'interessato sembra nel complesso prevalere se si considera che i presupposti di operatività del trasferimento non risultano analiticamente definiti ed appaiono quindi difficilmente collegabili ad una genuina aspettativa di potere accedervi; nello stesso senso rileva l'assenza di previsioni chiare anche in merito alla titolarità del potere d'impulso della procedura di riconoscimento del titolo prodromica all'esecuzione della pena oltreconfine. In un simile quadro, a dispetto delle enunciazioni di principio del legislatore UE, non è dunque inverosimile ipotizzare che la scelta di ricorrere a questi modelli di cooperazione venga influenzata in via preponderante da considerazioni legate all'esigenza di fronteggiare endemiche emergenze di sovraffollamento carcerario, piuttosto che relative alla situazione personale del condannato nell'ottica di favorire il suo reinserimento sociale[29].
Alla luce dell'ambiguità segnalata sarebbero allora auspicabili scelte più ambiziose, in grado di smentire il sospetto di politiche anche in questo caso guidate in misura prevalente da obiettivi di massimizzazione dell'efficienza dell'apparato punitivo e non da una doverosa promozione dei diritti della persona funzionale a rinsaldare la fiducia reciproca tra Stati.
Quale che sia la filosofia realmente sottesa disciplina in rilievo, essa si dimostra ad ogni modo inadeguata a fronte dell'assenza di adeguati rimedi a disposizione del condannato candidato al trasferimento rispetto ad una decisione che ne dispone l'allontanamento dal territorio nazionale talvolta anche senza il suo consenso. Più in particolare rilevano a tal proposito le previsioni che consentono di prescindere dal consenso all'esecuzione della pena oltreconfine là dove la persona si trovi nel territorio dello Stato poiché vi è fuggita o ritornata «a motivo del procedimento penale», il che obbliga peraltro ad una difficile indagine soggettivistica sulle motivazioni alla base dello spostamento.
Il consenso eventualmente prestato è altresì dotato di effetti assai significativi, addirittura in grado di neutralizzare il portato del principio di specialità[30], il che di nuovo alimenta il sospetto dell'esistenza di una certa strumentalizzazione della persona da parte di un *corpus* che si dimostra ancora una volta particolarmente sensibile alle esigenze dell'autorità piuttosto che alla tutela dell'individuo.

6. Tirando le fila della sintetica disamina condotta, emerge in maniera trasversale un'attuazione ancora deficitaria delle premesse che avevano a suo tempo animato la promessa garantista di ormai quasi un ventennio orsono. L'attenzione verso i diritti dell'accusato, pur sovente ribadita attraverso reiterate affermazioni di principio negli atti e nelle decisioni degli organi europei, pare insomma ancora lungi dal tradursi in politiche normative e orientamenti esegetici realmente in grado di consolidare un quadro di garanzie condiviso senza esitazioni a livello sovranazionale.
Spiace dunque constatare una certa ipocrisia da parte delle istituzioni comunitarie, ancora per lo più preoccupate di assicurare la piena attuazione del principio del mutuo riconoscimento

[29] Giunge a conclusioni analoghe con particolare riferimento alla decisione quadro 2008/909/GAI, V. Mitsilegas, *Third Wave of Third Pillar Law: Which Direction for EU Criminal Justice?*, in *European Law Review* 2009, 542.
[30] Secondo quanto previsto dall'art. 18 § 2 lett. *e* della decisione quadro 2008/909/GAI.

anche a costo di proporre letture riduttive dei diritti quando essi sono in grado di frapporsi alla fruttuosità della cooperazione.
Una simile tendenza risulta particolarmente allarmante non soltanto in ragione dell'ovvia conseguenza legata nell'immediato all'inevitabile ridimensionamento di alcune aspettative di protezione, ma anche nella prospettiva dei possibili sviluppi che potrebbero interessare in futuro i meccanismi di cooperazione giudiziaria europea.
Del resto, come già ricordato, l'accettazione di uno *standard* minimo di tutela dei diritti procedurali di indagati e imputati sarebbe pur sempre funzionale «a rafforzare la fiducia degli Stati membri nei reciproci sistemi di giustizia penale e, quindi, a facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale»[31]. Ogni battuta d'arresto nel coerente perseguimento dell'obiettivo rischia allora di alimentare un clima diffidenza tra gli Stati membri, deteriorando a lungo andare la fiducia reciproca alla base del sistema.
I tempi sarebbero forse maturi per abbandonare un'impostazione incline ad una configurazione in chiave antitetica dei rapporti tra garanzie e cooperazione, concependo i due poli alla stregua di un virtuoso binomio simbiotico, in maniera più aderente alle logiche su cui si fonda l'apparato della cooperazione[32].
Una prospettiva ancora più ambiziosa, forse addirittura velleitaria se non altro in quanto eccedente i limiti della competenza attualmente attribuita all'UE, suggerirebbe addirittura di arrivare a concepire la promozione dei diritti processuali dell'accusato alla stregua di un'autonoma strategia dell'Unione, concettualmente avulsa da necessità legate al consolidamento della fiducia tra Stati nell'ottica di favorire la cooperazione[33]. L'impostazione "tradizionale" ha infatti dato prova di esser troppo "esposta" ai condizionamenti derivanti dalla declinazione in ottica essenzialmente utilitaristica delle iniziative in tema di tutela dei diritti processuali, contribuendo a vincolare le azioni intraprese al riguardo in termini di sostanziale subalternità rispetto ad un efficientismo repressivo dotato ancora di valenza assorbente.

[31] Così nella specie il considerando n. 10 della direttiva 2016/343/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.
[32] Propone una lettura di questo tipo L. Bernardini, *Conclusioni*, in *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, a cura di L. Bernardini-C. De Caro, Torino 2025, 394.
[33] L'art. 82 TFUE istituisce infatti una competenza rispetto ai «diritti della persona nella procedura penale» declinata in senso funzionale, ovverosia sussistente solo «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale». In argomento, V. Mitsilegas, *EU Criminal Law after Lisbon. Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford 2016, 156.

LE SQUADRE INVESTIGATIVE COMUNI TRA FLUIDITÀ OPERATIVA, IMPERATIVI DI TUTELA E NUOVE FORME DI COLLABORAZIONE: LA DECISIONE DI ESECUZIONE 2025/1274/UE

di Palma Pujia (Dottoranda di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Catanzaro "Magna Graecia")

Il contributo in esame si propone di interrogare criticamente l'evoluzione delle Squadre Investigative Comuni, istituto che ha progressivamente assunto una posizione di indiscussa centralità nello scenario della cooperazione investigativa europea. Muovendo dalla genesi dell'istituto e dalle sue principali tappe evolutive, l'analisi disvela le aporie di un quadro regolatorio segnato da frammentarietà ed inusuali stratificazioni. In tale contesto, l'efficienza – costituendo idealmente il principio coordinatore dell'attività transazionale – sembra sovente prevalere sull'esigenza di un corrispondente irrobustimento delle garanzie processuali riconosciute alla persona sottoposta all'attività di indagine. In tale scenario, particolare attenzione è dedicata alla piattaforma digitale di cooperazione prevista dal regolamento (UE) 2023/969 e resa operativa dalla decisione di esecuzione (UE) 2025/1274, la quale si configura quale snodo strategico nella digitalizzazione dell'interazione operativa tra le Squadre. La creazione di tale piattaforma, seppure emblematica di una razionalizzazione tecnologica volta ad aumentare le capacità di coordinamento dello scambio informativo, risulta foriera di molteplici ricadute sul piano garantistico. Il presente lavoro, pur riconoscendo il significativo valore dello strumento in termini di semplificazione dell'interazione tra Squadre, ne mette in luce i profili di incompiutezza sul versante garantistico.
This paper aims to critically examine the evolution of Joint Investigation Teams, an institution that has progressively assumed a position of undisputed centrality within the landscape of European investigative cooperation. Starting from the origins of the institution and its main stages of development, the analysis reveals the inconsistencies of a regulatory framework characterised by fragmentation and unusual layers.In this context, efficiency – ideally constituting the guiding principle of cross-border activity – often seems to take precedence over the need for a corresponding strengthening of the procedural safeguards afforded to the person subject to the investigation. In this scenario, particular attention is paid to the digital cooperation platform provided for by Regulation (EU) 2023/969 and made operational by Implementing Decision (EU) 2025/1274, which serves as a strategic hub in the digitalisation of operational interaction between the Teams. The creation of this platform, whilst emblematic of a technological rationalisation aimed at enhancing the coordination of information exchange, has far-reaching implications in terms of procedural safeguards. This paper, whilst acknowledging the significant value of the tool in terms of simplifying interaction between Teams, highlights its shortcomings regarding procedural safeguards.

cooperazione investigativa, squadre investigative comuni, processo penale
investigative cooperation, joint investigation teams, criminal proceedings

Sommario: 1. Le SIC tra passato e presente: genesi di un istituto innovativo. – 2. Questioni problematiche derivanti dalla preesistente regolamentazione frammentaria. – 3. La nuova piattaforma di collaborazione: la decisione di esecuzione 2025/1274/UE. – 4. La necessità di stabilire un effettivo equilibrio tra esigenze investigative e tutela del soggetto sottoposto ad indagine. – 5. Conclusioni.

1. È oramai consolidata l'idea secondo cui l'azione repressiva contro la criminalità transnazionale[1] richieda necessariamente un meccanismo di coordinamento[2] delle attività investigative dei diversi Stati[3].
L'intensificazione dei flussi criminali, la "deterritorializzazione" delle condotte e la crescente sofisticazione dei mezzi di commissione dei reati hanno reso necessaria una partecipazione diretta degli organi titolari dell'azione penale alle attività investigative transfrontaliere.
Tale evoluzione ha condotto al superamento del modello di cooperazione giudiziaria fondato sul ruolo meramente mediato e sulla netta separazione delle rispettive giurisdizioni nazionali.
In tale contesto, infatti, non stupisce come il principio del coordinamento investigativo si sia evoluto passando da un modello di tipo informale e intergovernativo a uno di tipo verticale e centralizzato[4].
In un quadro volto, quindi, a potenziare la cooperazione diretta tra autorità giudiziarie spiccano le c.d. Squadre Investigative Comuni (SIC)[5], particolare strumento di cooperazione investigativa finalizzato all'accertamento e alla repressione dei fenomeni criminali che coinvolgono l'ambito territoriale di due o più Stati.
Il modello di cooperazione in esame si colloca oltre le coordinate di una sorta di "bilateralismo formale" -cooperazione limitata a rapporti binari tra Stati e strutturalmente dipendente dal mutuo riconoscimento[6] – per andare ad abbracciare un'attività di interazione semplificata tra stati.
Tale strumento cooperativo diviene espressione paradigmatica di una cooperazione investigativa[7] "integrata", nella quale la tradizionale dicotomia tra ordinamento procedente e ordinamento cooperante tende progressivamente a dissolversi.
Nel concreto, l'attività di cooperazione internazionale[8] delle SIC si basa su un accordo istituito tra due o più autorità competenti appartenenti a Stati differenti, accordo che viene istituito per un periodo temporalmente prestabilito e per finalità investigative.
Rispetto alle forme tradizionali di cooperazione giudiziaria, l'elemento maggiormente innovativo risiede nella capacità delle squadre investigative comuni di attenuare – drasticamente – le rigidità procedurali che connotano i classici strumenti di assistenza giudiziaria.

---

[1] V. Manes, M. Caianiello, *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, Torino 2020, 15 e ss.
[2] E. Andolina., *Cooperazione- integrazione penale nell'Unione Europea*, in *CP*., 2001, 10, 2898 e ss.
[3]A. Scalfati (a cura di), A. Bernardini, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino 2023, 1121 e ss.
[4] G. De Amicis, *Cooperazione giudiziaria e corruzione internazionale. Verso un sistema integrato di forme e strumenti di collaborazione tra le autorità giudiziarie*, Milano 2007, V. sul punto L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Bari 2023, 21.
[5] A. Mangiaracina, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria*, in *CP*, 2004, 6, 2189- 2200.
[6]O. Mazza, *Il principio del mutuo riconoscimento nella giustizia penale, la mancata armonizzazione e il mito taumaturgico della giurisprudenza europea*, in *RDPr*, 2009, 2, 393.
[7] M Bargis., *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea tra mutuo riconoscimento a armonizzazione: analisi e prospettive*, in *RDPr*., 2012 n.4, p. 914.
[8]R. M. Geraci, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Milano 2017, 1 – 157.
In tema di cooperazione, si veda anche, G. Barrocu, *Le speciali tecniche di investigazione nel contesto europeo*, in *CP*, 2020, 3, 1325 e ss; F. Ruggieri, *Le nuove frontiere dell'assistenza penale internazionale: l'ordine europeo di indagine penale*, in *PPG*, 2018, 1, 3; M.R. Marchetti, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *DPP*, 2017, 12, 1545 – 1553; L. Camaldo, *La normativa di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale: le modalità operative del nuovo strumento di acquisizione della prova all'estero*, in *CP*, 2017, 11, 4196 e ss.; G. Di Paolo, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE: recenti novità sul fronte domestico a livello europeo*, in *CP*, 2016, 7-8, 3018 e ss.;

In primo lugo, infatti, esse consentono, ai fini dell'accertamento dei fatti, la raccolta e la circolazione diretta di informazioni, dati sensibili ed elementi probatori, senza la necessità di attivare i tradizionali canali,[9] quali le rogatorie[10] internazionali o le richieste di cooperazione veicolate dalle autorità centrali.
Il trasferimento dei risultati investigativi [11] avviene sulla base del solo accordo istitutivo della SIC, a condizione che l'acquisizione sia avvenuta nel rispetto delle norme procedurali vigenti nello stato in cui l'attività d'indagine viene concretamente svolta.
Ed è esattamente quest'ultimo punto a rappresentare uno dei nodi più problematici di tale attività.
Infatti, se tale tipologia di meccanismo investigativo[12] apporta inevitabilmente una sensibile riduzione dei tempi d'indagine e un'indubbia efficienza investigativa, dall'altro, il medesimo solleva rilevanti criticità sotto il profilo della legalità processuale e del diritto di difesa.
La validità e l'utilizzabilità della prova finiscono, infatti, per essere ancorate a parametri procedurali eterogenei, propri dell'ordinamento di acquisizione, con il rischio di una frammentazione delle garanzie e di una sostanziale elusione dei presidi costituzionali previsti dall'ordinamento dell'autorità procedente.
In questa prospettiva, l'efficienza investigativa rischia di legittimare un'attività d'indagine disomogenea, in netta tensione con il principio di legalità processuale inteso nella sua dimensione sovranazionale.
Ancor più incisiva, sotto il profilo sistematico, è la possibilità riconosciuta ai cosiddetti membri distaccati – funzionari di polizia o autorità giudiziarie appartenenti a Stati diversi da quello ospitante- di partecipare attivamente alle operazioni investigative sul campo.
Tale partecipazione, pur formalmente subordinata ai limiti imposti dalla legislazione dello Stato ospitante e alle condizioni stabilite nell'accordo istitutivo o dal responsabile operativo della squadra, introduce una forma di esercizio transnazionale del potere investigativo che potrebbe incrinare il tradizionale monopolio statale dell'azione penale.
L'indagine si trasformerebbe così in un'attività condivisa, nella quale le categorie classiche di competenza, responsabilità e controllo giurisdizionale finirebbero per apparire come concretamente sfumate.
Esse, dunque, si affermano non soltanto come strumenti di cooperazione, ma come vere e proprie architetture normative di un potere investigativo reticolare, capace di ridefinire il paradigma tradizionale dell'indagine transnazionale.
Tuttavia, tale flessibilità rischia di tradursi in una normalizzazione dell'eccezione: uno strumento concepito per fronteggiare situazioni di particolare complessità potrebbe essere elevato a modello ordinario di investigazione europea, con il pericolo di un'erosione silenziosa delle garanzie ordinamentali di ogni singolo Stato.
L'evoluzione normativa dell'istituto riflette, non a caso, la tensione tra efficienza investigativa e tutela delle garanzie del soggetto sottoposto ad indagine.

---

[9] Per un'attenta disamina sui modelli tradizionali di cooperazione, R. M. Geraci, *Il mutuo riconoscimento nella cooperazione processuale: genesi, sviluppi, morfologie*, Bari 2020, 193 e ss.
[10]Con riferimento alla disciplina delle rogatorie quale strumenti rientranti nei modelli cooperativi che, in epoca anteriore, hanno rappresentato il fulcro del quadro cooperativo europeo, si segnala P. Ferrua., *Rogatorie: una legge che smentisce la riforma del giusto processo,* in *D&G.*,2001, n. 36, p. 34.
[11] S. Ponteduro, *Le squadre investigative comuni sovranazionali: un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria e di polizia,* in *CP.*, 2012, 10, 3566. V. G. Barrocu, *Le speciali tecniche investigazione nel contesto europeo*, in *CP*, 2020, 3, 1325 – 1327.
[12] M. Luchtmanm, *Transnational Law Enforcement Cooperation- Fundamental Rights in European Cooperation in Criminal Matters*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2020, 14.

Dalla Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000 (art. 13), alla decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, fino alla Raccomandazione dell'8 maggio 2003, l'Unione europea ha costruito un quadro giuridico orientato a implementare l'efficienza operativa delle SIC.
Sul piano interno, l'attuazione della disciplina italiana – avvenuta con significativo ritardo mediante il d.lgs. 15 febbraio 2016, n.34[13] - che ha dato attuazione alla delega conferita al Governo dalla legge di delegazione europea 2014 (legge 9 luglio 2015, n. 114) per il recepimento della decisione quadro del Consiglio 2002/465/GAI del 13 giugno 2002– ha sancito l'ingresso definitivo di tale modello nell'ordinamento interno, segnando una profonda novità nell'approccio alle indagini penali transfrontaliere.
Da ultimo, l'istituzione di una piattaforma europea dedicata alle SIC, prevista dalla risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 30 marzo 2023, promette un ulteriore rafforzamento dell'efficienza comunicativa tra squadre investigative comuni.
Nondimeno, proprio l'intensificazione di tali strumenti impone una riflessione critica non più eludibile.
In assenza di un rafforzamento simmetrico dei meccanismi di controllo giurisdizionale e di tutela del diritto di difesa, la disciplina della SIC rischia di divenire veicolo di una trasformazione surrettizia dell'azione penale, nella quale la cooperazione investigativa, da strumento di integrazione, si converte in fattore di opacizzazione delle responsabilità interne e di indebolimento dei principi cardine dello Stato di diritto.

2. La fisionomia attuale della cooperazione investigativa europea e, in particolare, della disciplina delle Squadre investigative comuni è rappresentativa di una stratificazione normativa disorganica, esemplificativa di un progressivo accumulo di soluzioni emergenziali, nonché dell'assenza di una "ponderata strategia politica di fondo"[14].
La frammentarietà che connota l'assetto regolatorio delle SIC è il sintomo di un progetto incompiuto, nel quale l'urgenza dell'efficienza repressiva ha preceduto e – talvolta sopravanzato – l'importanza dei presupposti garantistici dell'azione penale.
È risaputo che ogni razionalizzazione strumentale[15] che non sia accompagnata da una razionalità assiologica è destinata a produrre un potere tecnicamente efficiente ma giuridicamente cieco; ed è tale rischio che sembra materializzarsi nello spazio investigativo europeo.
Il carattere intrinsecamente pragmatico e dinamico dello strumento, se da un lato risponde alle esigenze di tempestività e flessibilità imposte dalla tipologia dei reati, dall'altro determina un affievolimento dei principi cardine che ordinariamente presidiano la fase investigativa.
Esemplare, in tal senso, è il dato- tutt'altro che neutro – per cui, nelle dinamiche di istituzione e funzionamento delle SIC, la persona sottoposta alle indagini rimane costantemente sullo sfondo.
Non solo. La decisione quadro 2002/465/GAI si caratterizza per un silenzio pressoché assoluto in ordine alle conseguenze processuali di investigazioni eseguite contra ius [16], quasi come se la dimensione patologica dell'indagine fosse un'eventualità trascurabile o, peggio, irrilevante sul piano delle garanzie.

[13] Per una disamina approfondita del decreto legislativo n. 34/26 si v. R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/ 2016*, in *CP*, 10, 3886 – 3890.
[14] A Scalfati., *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *PPG*, 2017, 217.
[15] R. Boudon, Max Weber*: la razionalità assiologica e la razionalizzazione della vita morale*, in id., *A lezione dei classici*, Bologna 2002, 217-255.
[16] L. Pulito, op. cit., 21.

La dottrina[17] ha da tempo evidenziato come il legislatore europeo, negli interventi in materia investigativa, faccia ricorso a un linguaggio volutamente indeterminato, funzionale a garantire una compatibilità minimale con le eterogenee tradizioni processuali degli Stati membri.
Tuttavia, tale scelta lessicale, se comprensibile sul piano politico- istituzionale, produce effetti distorsivi sul piano dogmatico: nel momento in cui l'atto probatorio attraversa i confini nazionali, i modelli istruttori normativamente più rigidi finiscono per essere relativizzati, con il risultato di una lenta dissoluzione delle categorie tradizionali degli ordinamenti interni.
Neppure, l'intervento del legislatore nazionale, attuato con il d.lgs. 15/2016, n.34[18], appare idoneo a colmare tali lacune.
La disciplina interna che regolamenta il funzionamento delle SIC si caratterizza per una preoccupante limitazione della tutela dell'indagato, inserendosi così in un quadro normativo nel quale l'attività d'indagine assume tratti particolarmente fluidi.
In tale contesto, il rischio di una compromissione dei caratteri essenziali del giusto processo non può essere sottovalutato.
La partecipazione della difesa, ad esempio, è totalmente rimessa alla sola *lex loci*[19], ossia alla disciplina dello Stato nel cui territorio la Squadra opera, con una conseguente disarticolazione del principio di parità.
Questa impostazione solleva rilevanti perplessità, tanto in relazione all'utilizzabilità nel processo di atti irripetibili compiuti senza l'attivazione delle garanzie del contraddittorio[20], quanto con riferimento alla mancata previsione di interventi specifici del difensore in relazione agli atti compiuti all'estero che - pur essendo ripetibili secondo la normativa interna italiana - risultano sostanzialmente sottratti al vaglio del giudice[21].
L'idea [22] che i confini statali possano dissolversi al cospetto dell'azione investigativa transazionale, senza una contemporanea espansione delle garanzie difensive, appare tutt'altro che rassicurante, richiamando l'idea secondo cui l'efficacia dell'azione pubblica non può mai essere disgiunta dal rispetto della dignità del soggetto sottoposto ad attività di indagine, la cui posizione risulta particolarmente acuità in ottica transnazionale. [23].
Non meno problematica l'ipotesi in cui vengano compiute attività investigative non previste dall'accordo[24] costitutivo o difformi rispetto al suo contenuto.
La normativa nazionale tace sulle conseguenze processuali di simili deviazioni, lasciando l'interprete privo di criteri certi per valutare la legittimità e l'utilizzabilità degli atti compiuti.

---

[17] Sul punto, autorevolmente cfr. A. Scalfati, op.cit. 218.
[18] D.lgs. 15.2.2016, n. 34. (Norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni). Il recepimento di tale decisione è avvenuto sulla base della delega contenuta nell'art.18 della legge di delezione europea 2014 (legge 114/2015).
[19] L. Pulito, op.cit. 207. Sul punto, dettagliatamente, S. Ruggeri, *Procedimento penale, diritto di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *DPC*, 2015, n.4, 150.
[20] Le ricadute sul piano probatorio risultano essere quelle maggiormente considerate. A tal proposito, si v. M Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *CP*, 2018, 6, 2197; M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, in *www.penalecontemporaneo.it.*, 2014, 3-4, 143. G. Daraio, *La circolazione della prova nello spazio giudiziario europeo*, in AA.VV. *<<Spazio europeo di giustizia>> e procedimento penale italiano. Adattamenti normativi e approdi giurisprudenziali*, Torino 2012, 503.
[21] G. Barrocou, *Le squadre investigative comuni*, cit., p.417.
[22] G. Melillo, *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione interna*, in *PPG*, 2008, 1, 125 e ss.
[23] A. Scalfati, *Pre-investigazioni (Espedienti e mezzi*), Torino 2020, 195 e ss.
[24] Per un'indagine comparativa, P.A. Tinoco, *La sfida della digitalizzazione e dell'efficienza procedurale nell'Unione Europea. Progressi in materia di cooperazione giudiziaria e la situazione del sistema processuale spagnolo*, in *IlPROCESSO*, 2023, 3, 1037 e ss.

In assenza di una disciplina chiara, tali attività rischiano di tradursi in interventi invasivi, privi di rimedi effettivi individuabili.
Si pone, dunque, l'interrogativo – tutt'altro che teorico- se sia possibile rinvenire, in chiave esegetica, strumenti idonei a riequilibrare tali distonie procedurali.
Interrogativo per nulla retorico, il quale richiede una serie di riflessioni interdipendenti l'una dall'altra.
Ma prima di provare a dare una risposta a tale domanda è bene richiamare una diversa questione avente ad oggetto la conformità degli elementi raccolti[25] dalla Squadra rispetto alle garanzie difensive. Tale questione sorge quando la prova risulta acquisita conformemente alla Decisione quadro e all'accordo, ma senza il rispetto dei canoni "interni" del singolo Stato.
Evenienza tutt'altro che remota, posto che l'assetto proposto dalla Decisione quadro *de qua* deve fare i conti, come più volte ricordato, con la frammentazione normativa dei singoli ordinamenti nazionali[26].
Come facilmente desumibile, non esiste una normativa unitaria in grado di armonizzare le disposizioni legislative dei singoli Stati: le indagini sono transnazionali, ma risulta centrale la dimensione statale che disciplina le modalità e le procedure di adozione delle misure.
Il complesso e problematico rapporto tra teoria e prassi emerge, in questo punto, con particolare evidenza. La saldatura tra i due piani si rivela, infatti, estremamente ardua, poiché l'inevitabile grado di astrazione propria dell'elaborazione teorica risulta difficilmente conciliabile, in tale specifico contesto, con la dimensione concreta operativa dell'esecuzione affidata ai singoli Stati.

3. Nel quadro evolutivo del diritto dell'Unione Europea in materia di cooperazione giudiziaria e di contrasto alla criminalità transnazionale, assume, da ultimo, particolare importanza l'adozione del regolamento (UE) 2023/969, attraverso il quale è stata istituita una piattaforma digitale volta a implementare il funzionamento delle squadre investigative comuni (SIC).
Tale piattaforma appare, idealmente, come uno spazio informatico volto ad agevolare lo scambio tempestivo di informazioni, documenti e dati sensibili tra autorità investigative appartenenti agli Stati membri. Lo strumento qui richiamato assurge, quindi, a mezzo idoneo a facilitare il coordinamento strategico delle attività d'indagine congiunte.
In un contesto così rappresentato, ove la sofisticazione delle reti criminali si fa protagonista, risulta essenziale rivalutare la concreta esigenza di un'azione repressiva congiunta, che consenta un'interazione modulabile, in tempo reale, tra i diversi protagonisti coinvolti nelle SIC.
Ma attenzione; sempre rispettando l'autonomia dei singoli spazi di collaborazione[27].
A concretizzare gli intenti manifestati nel regolamento (UE) 2023/969, è la Commissione europea che, con la decisione di esecuzione (UE) 2025/1274[28], ha definito le modalità tecniche necessarie per la piena implementazione della piattaforma, configurandone la struttura funzionale, i requisiti di operabilità e le misure di sicurezza da adottare.

[25] C. Conti, *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra costituzione e legge ordinaria*, in *CP*, 2024, 451
[26] L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Bari 2023, 220.
[27] Quanto affermato trova enucleazione specifica nell'art.1 della decisione di esecuzione 2025/ 1274/ UE.
[28] Decisione di esecuzione (UE) 2025/1274 della Commissione del 30 giugno 2025 recante modalità di applicazione del regolamento (UE) 2023/969 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le misure necessarie per l'attuazione tecnica della piattaforma di collaborazione per le squadre investigative comuni, 2025, *in PPG*

La decisione[29] individua una pluralità di ambiti applicativi: in primo luogo, essa si sofferma sulle funzionalità fondamentali per la gestione delle SIC, enucleando meccanismi di condivisione delle informazioni, assegnazioni di compiti, pianificazioni delle attività e monitoraggio dei risultati;
in secondo luogo, disciplina gli standard tecnici necessari per garantire il collegamento tra sistema informativo centralizzato e i differenti strumenti digitali[30] nazionali utilizzati dalle autorità competenti, offrendo, in tal modo, la piena interoperabilità e l'efficace fruizione dei dati da parte di tutti i soggetti legittimati.
In particolare, per quanto riguarda la prima parte, l'articolo 1 della decisione di esecuzione 2025/1274 sancisce il principio fondante l'intera architettura collaborativa: per ciascuna squadra, può esistere un solo spazio dedicato all'interno della piattaforma; ciò al fine di ribadire la natura monadica e autonoma di ogni spazio SIC.
Trattasi di una previsione fondamentale, poiché evita commistioni informative tra squadre differenti e preserva la riservatezza dell'attività investigativa di ogni singola squadra.
L'esplicito riferimento ad interazioni tra i vari spazi di collaborazione rafforza il principio della compartimentazione, molto caro alla cultura della sicurezza informatica, poiché limita il rischio di accessi impropri.
Nel medesimo contesto, l'articolo 2 delinea con rigorosa sistematicità la tipologia dei profili utenti che posson operare all'interno degli spazi di collaborazione SIC, introducendo un'articolazione gerarchica che riflette la stratificazione istituzionale della cooperazione giudiziaria europea.
Il primo paragrafo codifica nove tipologie di profili, ciascuno corrispondente a un libello di accesso differenziato, modulato in funzione della posizione dell'utente all'interno dell'organizzazione investigativa.
La netta distinzione che viene effettuata tra utenti standard, tecnici e amministratori conferma l'impostazione verticale della struttura informatica, rispondente a esigenze di sicurezza e tracciabilità.
L'articolo 2 non si esaurisce in un mero elenco tecnico, ma assurge a vera e propria analisi funzionale della rete investigativa in esame, la quale si fonda sulla fiducia, sulla sicurezza e sulla proporzionalità.
In ottica teorica, infatti, si tratterebbe di un ecosistema investigativo integrato, in cui la tecnologia risulta servente alla legalità.
La struttura operativa del sistema di informazione centralizzato viene delineata dall'art.4, il quale rappresenta il fulcro tecnologico della piattaforma in esame.
Le sue funzionalità, infatti, vanno dalla gestione degli spazi SIC alla tracciabilità delle prove.
Emerge, ordunque, una polifunzionalità del sistema, progettato per accelerare la collaborazione investigativa.

[29] Una decisione complessa e strutturata, articolata in una pluralità di punti e corredata da diverse rappresentazioni di carattere tecnico-gestionale. L'art. 1 rubricato "Norme generali" riflette la complessità intrinseca del coordinamento investigativo transnazionale. In particolare, l'articolato sistema di regole relativo alla creazione e al funzionamento degli spazi di collaborazione per le Squadre investigative Comuni, unitamente alla minuziosa classificazione dei profili utente, evidenzia la volontà del legislatore europeo di disciplinare in modo puntuale ogni aspetto operativo della piattaforma. Tale livello di specificità, se da un lato garantisce maggiore certezza giuridica e sicurezza nella gestione delle informazioni sensibili, dall'altro contribuisce a rendere la decisione complessa, sia sotto il profilo applicativo sia sotto quello interpretativo.
[30] Su efficienza della cooperazione europea volta a combattere i crimini transnazionali, V. Oddi, *Ambiente e criminalità organizzata transnazionale: quale futuro per la cooperazione giudiziaria e di polizia?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 4, 240 e ss.

In questo contesto, emblematico, risulta il cosiddetto software di comunicazione[31] che costituisce la dimensione interattiva e sincronica delle attività delle squadre investigative comuni.
Tale software consente, difatti, la messaggistica istantanea, lo scambio sicuro di file e notifiche, rappresentando una vera e propria forma di dematerializzazione del coordinamento investigativo.
Tale articolo si chiude con due garanzie: da una parte, l'assenza di backup dei dati scambiati e, dall'altra, la criptazione end- to- end.
Tali due caratteristiche assicurano sicurezza assoluta nello scambio dei dati nonché l'impossibilità di tracciamento delle operazioni eseguite.
Quest'ultima scelta normativa è significativa poiché comporta un duplice risultato: protegge la libertà comunicativa tra autorità giudiziarie, ma, allo stesso tempo, alimenta interrogativi sul bilanciamento tra segretezza e trasparenza.
Si tratta di un compromesso necessario, ma non sempre rispettato.
Vi è da prendere in considerazione, poi, il necessario collegamento tra il sistema informativo centralizzato e gli strumenti informatici esterni delle SIC, ambedue gestiti dal segretario della rete.
L'articolo 6 va letto secondo il principio dell'interoperabilità informatica, fondamentale nel contesto della digitalizzazione della cooperazione giudiziaria.
Ma il momento essenziale del ciclo vita di uno spazio SIC è l'attivazione iniziale dello spazio a seguito della trasmissione dell'accordo SIC.
Il processo di creazione di uno spazio SIC è formalizzato, documentato e autenticato poiché coinvolge gli Stati membri interessati l'Agenzia eu-LISA in un rapporto fiduciario istituzionale.
Il momento essenziale di un ciclo di vita di uno spazio SIC viene individuato nell'attivazione iniziale a seguito della trasmissione dell'accordo SIC.
Lo spazio per gli accordi SIC è un ambiente separato e autonomo rispetto alla piattaforma operativa.
Questa scelta denota una chiara separazione tra fase genetica e fase operativa della collaborazione investigativa.
Seppur la decisione codifichi un sistema di sicurezza logica e operativa della piattaforma prevedendo un access autenticato tramite Login, non è escluso un potenziale accesso anomalo.
Per tali ragioni è stato introdotto il c.d. "incidente di sicurezza", il quale permette interventi tempestivi e flessibili in grado di bloccare attacchi informatici.
L'art.9, nel medesimo contesto, consolida, invece, un modello amministrativo di sorveglianza attiva, conforme ai canoni di trasparenza. Questa disposizione, infatti, introduce i registri digitali, suddivisi in tecnici e infrastrutturali. La loro conservazione mira a garantire una forma di centralizzazione controllata volta a scongiurare l'accesso indiscriminato.

[31] Già il Regolamento (UE) 2023/ 969 contemplava un espresso rinvio al software in parola, delineandone i tratti essenziali sotto il profilo tecnico-operativo. In tale prospettiva, la piattaforma collaborativa destinata alle Squadre Investigative Comuni si configura quale infrastruttura digitale ad elevato grado di sicurezza, accessibile mediante connessione internet protetta, e articolata secondo un'architettura multilivello.
Essa dovrebbe, in particolare, comprendere: un sistema informativo centralizzato, fruibile attraverso un portale web sicuro, un applicativo di comunicazione interoperabile, utilizzabile tanto su dispositivi mobili tanto su terminali fissi, nonché un sofisticato meccanismo di registrazione e tracciamento delle attività.
Completa tale assetto un funzionale collegamento tra il sistema informativo centralizzato e gli ulteriori strumenti informatici di supporto al funzionamento delle Squadre Investigative Comuni, gestiti dal segretariato della rete delle medesime, in un'ottica di coordinamento sistemico e di potenziale ottimizzazione dei flussi informativi.

La disposizione finale sancisce l'entrata in vigore della decisione dopo venti giorni dalla pubblicazione, secondo la prassi consolidata dell'UE.
Di particolare interesse, inoltre, sono le disposizioni concernenti la sicurezza informatica, le quali mirano a garantire la protezione dei dati trattati attraverso le misure di cifratura e controllo degli accessi nel rispetto delle norme dell'Unione Europea.
La decisione contempla altresì l'istituzione e la gestione di registri elettronici, nonché la raccolta di informazioni e statistiche funzionali alla valutazione dell'efficacia dello strumento e all'adozione di eventuali interventi migliorativi o correttivi.
La Commissione, sostanzialmente, persegue un duplice obiettivo: da un lato, garantire un supporto tecnico qualificato e affidabile alle Squadre investigative comuni, dall'altro, assicurare la trasparenza nell'uso dello strumento digitale in questione, al fine di salvaguardare la legalità dell'azione investigativa congiunta.
Se sul primo obiettivo *nulla quaestio* poiché è possibile desumere dalla decisione di esecuzione numerosi dettagli e caratteristiche tecniche volte all'efficienza comunicativa tra SIC; medesima osservazione non si può effettuare, però, per quel che riguarda la trasparenza nell'uso della piattaforma e, di conseguenza, nella tutela dei diritti del soggetto sottoposto ad indagine.
È risaputo che dinnanzi ad un qualsiasi sistema che promuova l'efficienza dello strumento investigativo dovrebbe conseguire una maggior tutela di quelli sono i diritti delle parti processuali poiché aumentando la qualità investigativa, aumenta la possibilità di sconquassare i principi cardini del giusto processo.
D'altronde, la complessità strutturale della decisione in esame non sembra prestarsi a un'utilizzazione agevole e immediatamente perspicua da parte degli operatori del diritto.
La compenetrazione, talora non sempre armonica, tra tecnicismi di matrice informatica e categorie giuridiche, lungi dal determinare una effettiva semplificazione dell'operatività delle Squadre Investigative Comuni e dei flussi comunicativi tra le medesime, rischiando di tradursi in un aggravio procedurale e cognitivo.
Per quanto sia certamente possibile attenuarne le asperità mediante un'opera interpretativa sistematica e teleologicamente orientata, resta il dato ineludibile della intrinseca complessità dei dispositivi tecnici sottesi, che continuano a richiedere competenze specialistiche.
In tale prospettiva, potrebbe rilevarsi opportuno – se non addirittura necessario- affiancare alle figure tradizionali ulteriori professionalità dotate di specifiche competenze tecnico – informatiche, in grado di coadiuvare nel concreto la gestione dei profili operativi e dei rapporti intersquadra.
Una simile integrazione multidisciplinare, oltre a favorire una più efficiente attuazione degli strumenti di cooperazione, contribuirebbe a colmare il divario, sempre più presente, tra innovazione tecnologica e capacità di assorbimento del sistema giuridico.
Si potrebbe, altresì, riflettere sull'opportunità di una maggiore standardizzazione delle interfacce operative e dei protocolli applicativi, nonché sulla predisposizione di percorsi formativi specialistici destinati a chi opera nell'ambito, così da garantire non solo una comprensione meramente formale degli strumenti, ma, anche e soprattutto, una loro effettiva e consapevole padronanza.

4. Alla stregua delle criticità sinora emerse, appare non più procrastinabile l'esigenza di ridefinire i parametri dell'equo processo nell' ambito dell'acquisizione probatoria transnazionale, al fine di evitare che la cooperazione investigativa europea si trasformi in un terreno di continua compressione delle garanzie.
L'efficienza dell'ordinamento non può essere assunta quale valore autosufficiente, pena la dissoluzione della giustizia nella mera funzionalità del potere; tra razionalità strumentale e razionalità garantista, a costituire il nucleo problematico della Squadre Investigative Comuni.

In tale prospettiva, è possibile individuare almeno tre linee direttrici – interconnesse- lungo le quali tentare un riequilibrio dell'attuale assetto.
Una prima linea direttrice impone la riconsiderazione complessiva del quadro normativo che disciplina la cooperazione investigativa, ancora oggi segnato da una stratificazione piuttosto disorganica. La frammentarietà regolatoria non è soltanto un problema di tecnica legislativa, ma incide direttamente sulla prevedibilità delle regole processuali, minando i presupposti dello Stato garantista. In tale ottica, appare congruo un riordino[32] sistematico delle disposizioni che, sino all'emanazione del d. lgs. 15 febbraio 2016 n. 34, hanno disciplinato le varie forme di cooperazione investigativa, nonché una ricostruzione coerente dei rapporti tra le SIC e gli altri strumenti operativi nel quadro europeo: si pensi al mandato di arresto europeo, all'ordine di indagine europeo e al nuovo assetto delineato dall'*European Public Prosecutor's Office*.
Tale opera di ricomposizione dovrebbe estendersi anche al coordinamento tra la legge quadro 2002/465/GAI e il nuovo Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che ha istituito la nuova piattaforma europea di collaborazione, evitando zone d'ombra interpretative.
Una volta ricostruito il quadro normativo di riferimento, emerge la palpabile discrasia tra la potenzialità operative delle SIC e la debolezza dei presidi garantisci posti a tutela del soggetto indagato.
È in tale frattura che si annida il rischio maggiore: quello di una cooperazione investigativa che, nel perseguire l'obiettivo dell'efficienza, finisca per obnubilare le garanzie processuali; rischio che tende ad acuirsi a causa della differente legislazione che alberga ogni singolo Stato. Le garanzie processuali coinvolte - o potenzialmente travolte – rischiano di essere offuscate dalla fluidità dell'azione investigativa.
La creazione di Squadre *ad hoc*[33] può di certo contribuire a rendere più efficiente la cooperazione investigativa, ma bisogna garantire altresì innesti armonici con i valori fondamentali sottesi alle procedure giudiziarie, nella direzione di un giusto processo;
In tale ottica, potrebbe risultare appropriata la previsione di un meccanismo di omologazione giurisdizionale preventiva, attribuito ad un organo nazionale (ad es. al giudice per le indagini preliminari) o sovranazionale (ad una Sezione della Corte di giustizia), che validi gli atti maggiormente rilevanti sotto il profilo probatorio, compiuti dalle SIC, prima della loro introduzione nei procedimenti interni. Ma anche l'elaborazione di protocolli europei uniformi sulla conservazione, tracciabilità e trasmissione dei dati raccolti mediante la piatta forma di cooperazione, così da evitare contestazioni in merito all'integrità o utilizzabilità della prova digitale. Nella medesima prospettiva, si potrebbe auspicare alla possibile creazione di un registro digitale centralizzato delle SIC che risulti accessibile ai difensori delle parti e che consenta di monitorare lo svolgimento delle attività, anche mediante un *audit ex post*.
Solo attraverso un ripensamento in tali termini sarà possibile definire le Squadre investigative comuni come strumenti di cooperazione che non siano percepiti come veicoli di compressione delle tutele, ma come modelli virtuosi di integrazione tra efficienza investigativa e rispetto dei valori dello Stato di diritto. La sfida per l'avvenire consisterà nel trasformare l'attuale instabile assetto in un paradigma operativo in cui l'efficacia delle indagini transazionale non risulti in forte distonia con i principi del giusto processo. Il potere punitivo, se non incanalato entro forme legali predeterminate, tende a espandersi oltre i limiti del necessario.
Ed ecco che risulta fondamentale recuperare la legalità processuale "europea", soprattutto nell'ambito della cooperazione giudiziaria. L'attuale assetto rivela gravi criticità in termini di

[32] Già in passato si era tentato di intraprendere la via di un riordino sistematico della materia, A. Cabiale, *Verso una disciplina delle squadre investigative comuni?*, in *LP*, 2014, 1-2, 121 e ss.
[33] V. Vasta, *Le linee evolutive della disciplina delle squadre investigative comuni*, in *PPG*, 2024, 1, 228;

prevedibilità delle leggi e di frammentazione dei diritti di difesa, determinando una tutela intermittente.
Da ultimo, la piattaforma digitale di collaborazione, pur avvalorando ulteriormente il profilo efficientistico delle SIC, non appare accompagnata da un parallelo rafforzamento delle garanzie, confermando una tendenza già riscontrabile nella normativa previgente: l'innovazione tecnologica viene assunta come valore in sé, senza una simmetrica riflessione suoi effetti sistemici.
Eppure, sfiorando il pensiero di Heidegger, la tecnica non è mai neutra: essa plasma il modo stesso in cui il potere si esercita e viene percepito.
In un quadro critico così rappresentato, appare essenziale sollecitare una riflessione che riporti alla base la posizione del soggetto che "subisce" l'azione investigativa, tanto più quando essa si manifesta in una dimensione sovranazionale, opaca e difficilmente intellegibile.
L'uso di strumenti innovativi per potenziare l'efficienza investigativa non può prescindere da un confronto rigoroso con i principi cardini del giusto processo, sanciti non solo a livello costituzionale, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.
L'istituzione delle SIC non può e non deve essere tradotta in una deroga sistemica alle regole del processo penale, bensì come banco di prova per la loro tenuta in un contesto di avanzata integrazione.
La situazione attuale rivela, infatti, diversi aspetti problematici legati alla prevedibilità delle leggi applicabili e all'incapacità del diritto di impedire una frammentazione dei diritti di difesa.
Attraverso un'analisi dettagliata dei dati emersi nella fase sopra delineata sarà utile interrogarsi sulle modalità idonee a far fronte alle disfunzioni che si riscontrano sul piano applicativo.
In tale contesto, la piattaforma digitale inserita ha avvalorato, ancora una volta, quello che è il profilo efficientistico delle Squadre di cui si discute, non prestando, nel concreto, maggiore attenzione, ai risvolti negativi sul piano garantistico.
Sollecitare con vigore una riflessione critica sulla necessità di porre in primo piano le garanzie processuali coinvolte del soggetto che "subisce" l'attività investigativa, specie in ambito sovranazionale, porta a ritenere che l'utilizzo di uno strumento innovativo per potenziare l'efficienza e la tempestività della cooperazione investigativa non può esimersi dal confronto con i principi cardine dello Stato di diritto e con i principi del giusto processo, sanciti non solo costituzionalmente, ma anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.
In tale ottica, l'istituzione di tali squadre ad hoc, sebbene giustificata dall'esigenza di contrastare con maggiore incisività le forme più gravi di criminalità organizzata, non deve essere considerata come una deroga sistemica al rispetto delle regole del processo penale, bensì come un'occasione per rafforzare – e non svilire- le tutele riconosciute all'individuo, tanto più in un contesto in cui il potere punitivo viene esercitato in forme più articolate.
L'interazione tra ordinamenti giuridici eterogenei, ciascuno ispirato a differenti tradizioni processuali rischia di generare un "luogo incerto" in cui la cooperazione giudiziaria si emancipa, di fatto, dai limiti imposti dalla legalità costituzionale.
In tale spazio, il soggetto sottoposto ad indagine rischia di perdere ogni punto di riferimento normativo, trovandosi esposto a un potere investigativo diffuso e difficilmente confutabile.

5. La progressiva istituzionalizzazione delle Squadre Investigative Comuni (SIC), oggi coadiuvata dall'infrastruttura digitale introdotta con il Regolamento (UE) 2023 /969 e resa operativa, da ultimo, con la Decisione di esecuzione (UE) 2025/ 1274, rappresenta l'epilogo di un percorso evolutivo che ha inteso trasformare la cooperazione investigativa europea da strumento eccezionale a elemento strutturale dell'azione repressiva transnazionale.
Tale metamorfosi, se per alcuni versi offre un'efficace risposta al dilagare della criminalità organizzata e dei crimini cyber, per altri, innesca dinamiche complesse in grado di distorcere

l'architettura garantista propria del processo penale.
La disciplina attuale, apparentemente articolata, risulta caratterizzata da un'impronta funzionalista, che privilegia l'efficienza investigativa rispetto alla salvaguardia dei diritti della persona sottoposta a indagine. Le SIC, infatti, superando barriere procedurali e giuridiche, nonché favorendo "scambi" probatori rapidi, si configurano come strumenti idonei a perseguire obiettivi di giustizia sostanziale in contesti transfrontalieri; ne è una dimostrazione la partecipazione diretta di investigatori stranieri alle attività sul campo. Tuttavia, proprio tale fluidità operativa rischia di compromettere principi astrattamente consolidati quali il contraddittorio preventivo, la certezza delle regole di ammissione della prova, generando, come ricordato da autorevoli studiosi, una tutela a "geometria variabile" dei diritti fondamentali[34].
L'assenza di una disciplina armonizzata e unitaria coniugata alla frammentazione derivante dall'applicazione delle sole leggi del *locus commissi delicti*, (a seconda, ovviamente, del tipo di delitto), per la partecipazione del difensore, lascia spazi di incertezza che si traducono in un'applicazione diseguale delle garanzie. Come rimembrato, si pensi all'acquisizione degli atti irripetibili compiti *ultra fines* senza preventivo contraddittorio o alla raccolta di elementi probatori secondo procedure difformi dai canoni interni dello Stato di utilizzazione, con il rischio che la loro ammissibilità venga rimessa a una valutazione ex post del giudice nazionale in base alla disciplina di cui all'art. 729 Cpp, che, però, presuppongono l'emissione di una rogatoria, intesa quale vera e propria domanda di assistenza giudiziale includente sia atti d'indagine, sia atti acquisiti nel corso di un procedimento penale straniero. Ma il contesto finora rappresentato differisce dai casi in cui è utilizzabile la rogatoria, la quale ha una disciplina a parte[35].
In questo scenario, la recente piattaforma digitale, pur inserendo meccanismi di trasparenza e tracciabilità nello scambio delle prove e dei dati, non risolve in via definitiva le criticità relative al rispetto dei diritti di difesa, né chiarisce in modo adeguato le conseguenze processuali delle eventuali attività investigative condotte in difformità dagli accorsi istitutivi delle squadre investigative comuni. Permane, dunque, la necessità di un intervento normativo organico, volto a tutelare la salvaguardia delle parti processuali, stabilendo regole uniformi in merito alla partecipazione da parte del difensore, all'utilizzabilità della prova transnazionale e alle modalità di controllo giurisdizionale.
Le direttrici di riforma sopra enucleate si prospettano come necessarie. L'orizzonte cui tendere è quello di una legalità processuale pienamente europea, capace di coniugare uniformità di mezzi e pluralismo giuridico, efficienza operativa e tutela della dignità dell'imputato, nella consapevolezza che non può esservi una vera giustizia laddove venga meno la trasparenza dell'azione penale.

[34] A. Scalfati, *Note minime su cooperazione investigativa e mutuo riconoscimento*, in *PPG*, 2017, n. 2, 217.
[35] Sul tema, autorevolmente, N. Galantini, *Rogatoria internazionale e "giusto processo"*, in *PPG*, 2016, 6, 8.

DATA RETENTION "INDISCRIMINATA": LIMITI EUROPEI E RESISTENZE NAZIONALI[*]

di Luigi Parodi (Dottorando di ricerca in Security and Law, Università di Genova)

Intorno all'estensione della *data retention* si registrano marcate frizioni tra principi europei e ordinamenti nazionali. A fronte di un chiaro divieto sovranazionale di conservazione "indiscriminata" dei metadati e di controversi criteri delimitativi, il panorama comparato appare disomogeneo e variegato. Esaminate le coordinate provenienti da Lussemburgo, il contributo si sofferma su tre differenti approcci adottati dagli Stati membri, per poi tratteggiare alcune prospettive di adeguamento.
Significant tensions have emerged between European principles and national legal systems regarding the scope of data retention measures. Given the clear supranational ban on indiscriminate metadata retention and controversial delimiting criteria, the comparative landscape is fragmented. After examining the guidance from Luxembourg, this article explores three approaches adopted by Member States and sketches possible avenues for adaptation.

Data retention "indiscriminata", protezione dei dati personali, proporzionalità
"Indiscriminate" data retention, data protection, proportionality

Sommario: 1. *Data retention*: intrusività del mezzo e profili "quantitativi". – 2. *Privacy*, proporzionalità e conservazione "indiscriminata": limiti sovranazionali. – 3. Riferimenti comparatistici: sistemi nazionali ed estensione della *data retention.* – 3.1. La rinuncia alla *data retention*. – 3.2. Il mantenimento della conservazione generalizzata: strategie di aggiramento e semplici resistenze. – 3.3. La via intermedia: tentativi (più o meno riusciti) di adeguamento ai principi sovranazionali. – 4. La sistematica violazione delle prerogative fondamentali degli individui, tra *primacy* e rimedi effettivi. – 5. Prospettive di adeguamento.

1. Anche grazie alle numerose pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea ascrivibili alla c.d. *data retention saga*[1], sono ormai noti i profili di intrusività nei diritti fondamentali degli individui che connotano lo strumento in discorso.
Le fonti europee consentono di perimetrare con una certa chiarezza le prerogative individuali sulle quali incide la misura: primariamente, i diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati personali, garantiti dagli artt. 8 CEDU, 7 e 8 CDFUE. Quando la Corte di Lussemburgo ha dovuto misurare la gravità dell'ingerenza in tali diritti conseguente all'uso dei dati per finalità preventive o di giustizia, ha spesso fatto riferimento al rischio che l'accesso alle informazioni

[*] Il contributo riproduce il testo, ampliato e corredato di note, della relazione svolta al seminario *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, II edizione, Università di Firenze, 20 novembre 2025.
[1] Il riferimento è alla traiettoria giurisprudenziale inaugurata dalla celebre sentenza CGUE, Grande Sezione, 8.4.2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*; la bibliografia, sull'argomento, è sterminata: limitandosi alle opere monografiche, si rinvia a E. Andolina, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, Padova 2018, 66 ss.; R. Flor, S. Marcolini, *Dalla* data retention *alle indagini ad alto contenuto tecnologico. La tutela dei diritti fondamentali quale limite al potere coercitivo dello Stato. Aspetti di diritto penale processuale e sostanziale*, Torino 2022, *passim*, spec. 5 ss.; G. Formici, *La disciplina della* data retention *tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, Torino 2021, 68 ss.; I. Neroni Rezende, *Criminal Justice and Data Protection. Communication Metadata under EU Human Rights Law*, Torino-Abingdon-New York 2026, 135 ss.

raccolte consenta di «trarre conclusioni precise sulla vita privata dell'utente» e, conseguentemente, «tracciarne il profilo dettagliato»[2].

Le riportate considerazioni colgono una caratteristica cruciale dei contemporanei strumenti tecnologici di indagine e di ricerca della prova, vale a dire il pericolo, scaturente dal loro impiego, di profilazione della persona alla quale i dati si riferiscono. La pericolosità delle forme – più o meno – tecnologiche di controllo degli individui è avvertita già da tempo: dai moniti contenuti nelle opere di Huxley e di Orwell[3], alle pionieristiche riflessioni dottrinali di Maestri del diritto[4]. Già nel 1981, uno dei padri dell'informatica giuridica in Italia non esitava ad affermare che il controllo esercitabile da chi detiene i dati che compongono l'«identità informatica» dell'individuo fosse paragonabile «[a]ll'arbitrio di chi detiene abusivamente in prigionia una persona»[5].

Simili rischi non sono certo propri della sola *data retention*. Tuttavia, le peculiarità dell'istituto ne delineano una pericolosità per i diritti della persona superiore a quanto potrebbe, *prima facie*, immaginarsi. Come noto, la misura consiste nell'imposizione, ai *provider*, di obblighi di conservazione dei c.d. dati "esteriori" delle comunicazioni, o "metadati", in funzione di un eventuale successivo accesso da parte delle autorità[6]. Si potrebbe osservare che, in fin dei conti, lo strumento non consente di accedere al contenuto delle comunicazioni, argomento tutt'altro che sconosciuto nell'ordinamento interno[7]. La considerazione, pur veritiera, non coglie nel segno, se tesa a dimostrare la limitata intrusività della *data retention*.

Un primo profilo non può essere trascurato: i metadati, specialmente se esaminati nel loro insieme, consentono di ricostruire un quadro dettagliato delle comunicazioni, degli spostamenti, degli interessi e, in generale, delle abitudini di vita dell'interessato. Come si è efficacemente affermato, essi forniscono «*a detailed summary of what's happening to us at any point in time*»[8]. Si tratta, dunque, di dati particolarmente "eloquenti", rispetto ai quali il paragone con i dati relativi al contenuto non pare azzardato[9]. Ciò anche perché, a ben vedere,

---

[2] Così, di recente, CGUE, seduta plenaria, 30.4.2024, C-470/21, *La Quadrature du Net* e a., punti 81 e 131.

[3] Il riferimento è, naturalmente, ad A. Huxley, *Brave New World*, Londra 1932 e a G. Orwell, *1984*, Londra 1949.

[4] Esemplare, in tal senso, è l'opera di S. Rodotà, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Bologna 1973, *passim*.

[5] In questi termini, V. Frosini, *La protezione della riservatezza nella società informatica*, in *Informatica e diritto*, 1981, 1, 8; un simile concetto – l'«identità informatica» – è stato sviluppato da G. Alpa, *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, Modena 2021, 85.

[6] Tra i quali vanno annoverati, in particolare, i dati sul traffico telefonico, quelli sull'ubicazione del dispositivo, gli indirizzi IP e, più in generale, i *file* di *log* relativi alla navigazione in *Internet*.

[7] È la ragione per la quale, nel sistema nazionale, la C. cost. 26.2.1993 n. 81 – pur con una pronuncia per certi versi coraggiosa, con la quale si è chiarito che la tutela accordata dall'art. 15 Cost. «è sicuramente tale da ricomprendere fra i propri oggetti anche i dati esteriori di individuazione di una determinata conversazione telefonica» – ha riconosciuto l'applicabilità soltanto di un "nucleo minimo" di garanzie all'acquisizione dei "tabulati".

[8] Così B. Schneier, *Data and Goliath, the Hidden Battles to Collect Your Data and Control Your World*, New York 2015, 24, affermazioni riprese da V. Mitsilegas, *The Privatization of Surveillance in the Digital Age*, in V. Mitsilegas, N. Vavoula (a cura di), *Surveillance and Privacy in the Digital Age: European, Transatlantic and Global Perspectives*, Oxford 2021, 103.

[9] Si sofferma sulla spiccata intrusività della raccolta e dell'analisi dei metadati, anche in confronto ai dati "di contenuto", la giurisprudenza di Strasburgo: cfr., in particolare, la sentenza Corte EDU 13.9.2018, ric. n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother Watch c. Regno Unito*, § 356: «*the Court is not persuaded that the acquisition of related communications data is necessarily less intrusive than the acquisition of content. For example, the content of an electronic communication might be encrypted and, even if it were decrypted, might not reveal anything of note about the sender or recipient. The related communications data, on the other hand, could reveal the identities and geographic location of the sender and recipient and the equipment through which the communication was transmitted. In bulk, the degree of intrusion is magnified, since the patterns that will emerge could be capable of painting an intimate picture of a person through the mapping of social networks, location tracking, Internet browsing tracking, mapping of communication patterns, and insight into who a person*

la produzione di simili "tracce" elettroniche è sostanzialmente inevitabile e difficilmente può esserne alterato o mascherato il "significato", mentre è ben possibile che l'utente, specialmente se teme che le sue comunicazioni possano essere intercettate o altrimenti acquisite per finalità investigative, eviti di rivelare, nel corso di tali comunicazioni, dettagli significativi[10].
Ancor più decisivi paiono, peraltro, gli aspetti connessi alla straordinaria estensione che connota lo strumento. La *data retention* è, infatti, tipicamente intesa come una misura a vocazione massiva: le discipline che la regolano tendono a prevedere una conservazione molto estesa, se non generalizzata, dei dati degli utenti, per periodi di tempo prolungati. Su tali profili, che rappresentano il vero tratto distintivo dello strumento in discorso, si intende concentrare l'attenzione nel presente lavoro.
Evidenti sono le peculiarità della misura nel panorama della giustizia penale. Essa prevede la conservazione, per finalità – tra l'altro – di accertamento di reati, dei dati di ampie categorie di soggetti, se non della totalità dei cittadini, per periodi di tempo spesso notevolmente estesi. Ciò, dunque, a prescindere dal riscontro, in concreto, di un collegamento tra i dati dell'interessato e una vicenda illecita, almeno per come la *data retention* è disciplinata nella quasi totalità degli ordinamenti che vi fanno riscorso. La prospettiva è completamente differente rispetto a quella propria degli altri strumenti investigativi e di ricerca della prova: non occorre attendere l'emersione di indizi per incidere sulle prerogative dei singoli, in quanto ciò è già avvenuto in precedenza, nell'eventualità di una futura utilità delle informazioni ai fini di un procedimento penale.
A tal riguardo, sarebbe un errore ritenere che la lesione dei diritti dell'interessato si verifichi, essenzialmente, al momento dell'accesso. Una volta che il dato è soggetto a conservazione, infatti, esso è in mano a terzi, esposto a rischi di uso improprio o di *data breaches*. Inoltre, notoriamente, la sensazione di sorveglianza che consegue alla consapevolezza che le proprie informazioni siano suscettibili di controllo da parte delle autorità può sortire effetti dissuasivi dell'esercizio delle libertà fondamentali, quali, nel caso di specie, quelle connesse all'uso del telefono, dei dispositivi digitali e della rete (c.d. *chilling effect*)[11].
Alla luce dei profili di rischio appena tratteggiati, pare evidente la necessità di calibrare adeguatamente la disciplina della misura in parola. Il criterio guida, poiché vengono in rilievo diritti fondamentali della persona (quelli sanciti, nel panorama europeo, dagli articoli 8 CEDU, 7 e 8 CDFUE), non può che essere quello di proporzionalità. A prima vista, parlare di proporzionalità con riferimento a sistemi di conservazione "massiva" o, a maggior ragione,

---

interacted with»; nello stesso senso, Corte EDU, Grande Camera, 25.5.2021, ric. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother watch* e altri *vs* Regno Unito, § 342. Si veda, altresì, quanto chiarito dai giudici di Lussemburgo nella pronuncia CGUE, Grande Sezione, 21.12.2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2*: «tali dati forniscono gli strumenti per stabilire (…) il profilo delle persone interessate, informazione tanto sensibile, in rapporto al diritto al rispetto della vita privata, quanto il contenuto stesso delle comunicazioni»; peraltro, nella già richiamata sentenza *Digital Rights Ireland*, punto 39, si è ritenuto che la *data retention* prevista dalla direttiva 2006/24/CE non pregiudicasse il "contenuto essenziale" del diritto tutelato dall'art. 7 della Carta, in quanto la misura non consentiva «di venire a conoscenza del contenuto delle comunicazioni elettroniche».

[10] Sul punto, G. Lasagni, *Dalla riforma dei tabulati a nuovi modelli di integrazione fra diritti di difesa e tutela della privacy*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21.7.2022, 14 s.; G. Leo, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *www.sistemapenale.it*, 31.5.2021, 5.

[11] Si tratta di un rischio sotteso, in generale, alle forme estese di sorveglianza: cfr. il report del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, "*Democratic and effective oversight of national security services*", maggio 2015, 25 s., consultabile all'indirizzo https://rm.coe.int/16806daadb; in dottrina, sul punto, G. Di Paolo, *Tecnologie del controllo e prova penale. L'esperienza statunitense e spunti per la comparazione*, Padova 2008, 147; con specifico riguardo alla *data retention*, si rinvia alla recente analisi di I. Manokha, *Data Retention and the 'Chilling Effect' in the Context of Mass Surveillance and a Tacit Sift Towards a Hobbesian state in Western Democracies*, in E. Kosta, I. Kamara (a cura di), *Data Retention in Europe and Beyond*, Oxford 2025, 471 ss.

"indiscriminata" dei dati personali potrebbe sembrare un ossimoro[12]. Eppure, si tratta di un terreno scivoloso, sul quale si registrano marcate frizioni tra limiti europei e tendenze estensive degli ordinamenti nazionali, non ultimo quello italiano.

2. Si è detto che, per apprezzare la reale portata della misura e il conseguente livello di ingerenza nei diritti fondamentali dei singoli, è essenziale porre mente ai profili connessi alla sua estensione. La questione è dunque antecedente, sul piano logico e cronologico, rispetto al regime dell'accesso ai dati, e riguarda gli obblighi di conservazione imposti ai *provider*.
L'efficacia della *data retention* dipende, in una certa misura, dalla quantità di informazioni raccolte in funzione di una successiva ed eventuale analisi. Sulla base di tale assunto, come si è accennato, molti ordinamenti hanno implementato forme particolarmente estese di conservazione dei metadati per finalità di sicurezza e di contrasto della criminalità.
Una *retention* "generalizzata" dei dati degli utenti dei servizi di comunicazione era prevista dalla direttiva 2006/24/CE, adottata in seguito agli attentati terroristici di Madrid e Londra. Tale estensione quantitativa della conservazione – unitamente ai suoi limiti cronologici e all'insufficienza delle garanzie a corredo dell'accesso alle informazioni e del loro uso successivo – ha condotto alla storica declaratoria di invalidità, nel 2014, della richiamata direttiva, ad opera della sentenza *Digital Rights Ireland* della Corte di giustizia[13]. Ad avviso della Grande Sezione, una simile «ingerenza nei diritti fondamentali della quasi totalità della popolazione europea» non era tollerabile alla luce del principio di proporzionalità[14]. In particolare, il legislatore europeo non aveva elaborato alcun criterio – ad esempio, di tipo soggettivo o geografico – in grado di stabilire un legame, sia pure indiretto, con gli obiettivi di prevenzione e accertamento perseguiti dalla direttiva.
Netta, dunque, la presa di posizione dei giudici di Lussemburgo, ribadita con la sentenza *Tele2* con riferimento alle discipline nazionali[15]: gli obiettivi di tutela della sicurezza e di accertamento dei reati non giustificano l'intrusione nella sfera privata dei singoli scaturente da una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati personali afferenti alle comunicazioni.
Se le sentenze cui si è appena fatto cenno hanno segnato una chiara prevalenza delle istanze connesse alla *privacy* e alla *data protection*, le successive pronunce hanno introdotto alcuni *distinguo* capaci di far guadagnare terreno alle istanze di sicurezza e di accertamento[16]. Infatti, lo schema di misurazione della proporzionalità delle intrusioni nella sfera privata dei singoli è progressivamente diventato sempre più articolato, mediante la messa a punto di una gerarchia degli obiettivi di interesse generale, da un lato, e di una scala di gravità delle ingerenze nei diritti fondamentali coinvolti, dall'altro[17].
Per quanto di interesse ai fini del presente lavoro, preme segnalare due linee essenziali della traiettoria esegetica sovranazionale. In primo luogo, il divieto di conservazione generalizzata è stato attenuato con riferimento ai dati la cui conservazione comporta ingerenze

[12] In tal senso, con riferimento alla sorveglianza massiva dei metadati, L. Bachmaier Winter, *Proportionality, Mass Surveillance and Criminal Investigation: The Strasbourg Court Facing Big Brother*, in E. Billis, K.N. Knust, J.P. Rui (a cura di), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford 2021, 317.
[13] CGUE, Grande Sezione, 8.4.2014, C-293/12 e C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd*.
[14] *Ivi*, punto 56 e ss.
[15] Il riferimento è a CGUE, Grande Sezione, 21.12.2016, C-203/15 e C-698/15, *Tele2*.
[16] Sul punto, G. Formici, *La disciplina della* data retention *tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali. Un'analisi comparata*, Torino 2021, 114 ss.; J. Sajfert, *Bulk data interception/retention judgments of the CJEU – A victory and a defeat for privacy*, in *European Law Blog*, 26 ottobre 2020.
[17] Cfr., per tutti, S. Marcolini, *La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulla* data retention*; il baluardo dei diritti fondamentali in Europa*, in R. Flor, S. Marcolini, *Dalla* data retention *alle indagini ad alto contenuto tecnologico*, cit., 19 ss.

comparativamente meno gravi dei diritti fondamentali dei singoli: è il caso dei dati sull'identità civile degli utenti e degli indirizzi IP[18]. Una seconda modulazione del divieto, alla quale ha forse contribuito l'approccio più permissivo adottato nel frattempo dalla Corte di Strasburgo nei confronti dei sistemi di *mass surveillance*[19], è connessa all'importanza dell'obiettivo perseguito: per far fronte a minacce gravi e reali alla sicurezza nazionale, attuali o quanto meno prevedibili, è consentita una conservazione generalizzata anche dei dati sul traffico e sull'ubicazione, ferma la necessità di adeguati controlli e di limiti cronologici definiti[20].
Pur a fronte dei *distinguishing* operati dalla Corte di giustizia, il divieto di *data retention* generalizzata rimane la regola[21]. In particolare, i dati relativi al traffico e all'ubicazione degli utenti non possono essere soggetti a conservazione generalizzata per finalità di accertamento di reati, neppure quando si tratti di contrastare le forme "gravi" di criminalità.
La rigidità di un simile divieto può sorprendere. Si potrebbe infatti essere tentati di sostenere che la previsione di garanzie rafforzate e limitazioni in ordine all'accesso e all'uso dei dati conservati possa "compensare" il carattere indiscriminato della conservazione, mantenendo la limitazione delle prerogative individuali entro i confini della proporzione[22]. A un primo sguardo, del resto, può apparire che l'ingerenza nella sfera privata si concretizzi nel momento in cui i dati sono esaminati e utilizzati per le finalità che ne hanno motivato la raccolta.
Diametralmente opposto l'approccio progressivamente consolidato dalla Corte di giustizia, che poggia su un'attenta analisi del fenomeno. Una prima notazione attiene al già richiamato *chilling effect*: una *retention* indiscriminata può indurre nella generalità dei consociati una sensazione di sorveglianza in grado di dissuaderli dall'esercizio delle proprie libertà, in particolare quella di espressione sancita dall'art. 11 della Carta[23]. In secondo luogo, la conservazione dei dati, specialmente se idonei a rivelare informazioni dettagliate sulla vita privata dell'utente, non può assumere carattere "neutro", in quanto li espone a consistenti «rischi di abuso e di accesso illecito»[24]. Risulta evidente, alla luce di tali rilievi, come la conservazione dei dati personali comporti di per sé una grave ingerenza nei diritti fondamentali dei singoli, separata rispetto a quella conseguente all'accesso ai medesimi e, pertanto, necessiti di specifici limiti e garanzie[25].

---

[18] Tali precisazioni si devono alla sentenza CGUE, Grande Sezione, 6.10.2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18, *La Quadrature du Net* e a., punto 155 ss.; nondimeno, la Corte ha comunque qualificato come "grave" l'ingerenza derivante dalla conservazione degli indirizzi IP, che è quindi consentita solo per finalità di contrasto di forme gravi di criminalità.
[19] Il riferimento è alle pronunce sui casi Corte EDU, 19.6.2018, ric. n. 35252/08, *Centrum för Rättvisa c. Svezia* e Corte EDU, 13.9.2018, ric. n. 58170/13, 62322/14 e 24960/15, *Big Brother Watch and others c. Regno Unito*, sui quali si è altresì pronunciata la Grande Camera il 25 maggio 2021; sulla possibile influenza di tali sentenze sulla giurisprudenza successiva della Corte di giustizia, ad esempio, M. Zalnieriute, *A Dangerous Convergence: The Inevitability of Mass Surveillance in European Jurisprudence*, in *www.ejiltalk.org*, 4.6.2021.
[20] Cfr. la sentenza *La Quadrature du Net*, cit., punto 136 ss.
[21] Efficacemente, al riguardo, M. Tzanou, S. Karyda, *Privacy International and Quadrature du Net: One Step Forward Two Steps Back in the Data Retention Saga?*, in *European Public Law* 2022, 1, 130, le quali sottolineano, riprendendo le affermazioni della Corte di giustizia, che «*the exeption shall not become the rule*».
[22] Un simile approccio è stato suggerito dal Tribunale amministrativo federale tedesco, il quale ha sollevato il rinvio pregiudiziale nel caso *SpaceNet* e *Telekom Deutschland* (CGUE, Grande Sezione, 20.9.2022, C-793/19 e C-794/19, punto 32 ss.).
[23] In questo senso la sentenza *La Quadrature du Net* I, cit., punto 147.
[24] *Ivi*, punto 148; più di recente, CGUE, Grande Sezione, 5 aprile 2022, C-140/20, *Commissioner of An Garda Síochána*, punto, 54.
[25] Si legge nella pronuncia *Commissioner*, appena citata, punto 47, che «una normativa nazionale che garantisce il pieno rispetto delle condizioni risultanti dalla giurisprudenza che ha interpretato la direttiva 2002/58 in materia di accesso ai dati conservati non può, per sua natura, essere idonea né a limitare e neppure a rimediare all'ingerenza grave, che risulterebbe dalla conservazione generalizzata di tali dati prevista da tale normativa nazionale, nei diritti garantiti dagli articoli 5 e 6 di tale direttiva e dai diritti fondamentali di cui tali articoli costituiscono la

Nonostante la chiarezza del divieto, il suo recepimento ha incontrato numerosi ostacoli. Proprio sull'attuazione al livello degli Stati membri pare opportuno soffermarsi nelle pagine che seguono.

3. Come accennato, le nette posizioni espresse dalla Corte di giustizia hanno creato più di qualche difficoltà nel panorama degli ordinamenti nazionali. Pur trattandosi di un quadro alquanto variegato, e non potendosi, in queste pagine, fornire una ricognizione completa, sembra utile segnalare tre distinti approcci.

3.1. Il primo approccio è quello degli Stati membri che, a fronte dei divieti nazionali, hanno addirittura rinunciato ad attuare la misura. Paradigmatico il caso dell'ordinamento tedesco. Già nel 2010, con una lungimirante pronuncia, il Tribunale costituzionale federale aveva dichiarato l'illegittimità della disciplina – attuativa della direttiva 2006/24/CE – che prevedeva la conservazione generalizzata dei dati sul traffico, ritenendo sproporzionata la limitazione del diritto alla segretezza delle comunicazioni in difetto di adeguati limiti e garanzie[26]. Dopo alcune esitazioni, che sono costate alla Germania una procedura di infrazione per la mancata attuazione della direttiva Frattini, il legislatore introduceva una disciplina dettagliata della *data retention*, che prevedeva, tra l'altro, brevi termini per la conservazione (quattro settimane per i dati sull'ubicazione, dieci settimane per gli altri dati) e una precisa delimitazione degli obiettivi, tutti di particolare rilevanza, legittimanti la misura[27].

In seguito alle prime pronunce della traiettoria giurisprudenziale della Corte di giustizia in tema di *data retention*, le principali compagnie telefoniche tedesche avviavano un contenzioso nell'ambito del quale veniva promosso un rinvio pregiudiziale[28] in relazione alla compatibilità con il diritto UE della richiamata normativa nazionale. Nel rinvio, diffusamente argomentato, il Tribunale amministrativo federale poneva l'accento sui limiti e sulle garanzie previsti dalla disciplina interna, effettivamente ben più stringenti rispetto a quanto indicato dall'invalidata direttiva 2006/24/CE[29]. La Corte di giustizia, nel caso *SpaceNet*, ribadiva però l'approccio sopra esaminato, escludendo che gli indubbi profili di garanzia della normativa scrutinata valessero a "compensare" il pregiudizio arrecato da una *retention* indiscriminata, in quanto avente ad oggetto i dati di tutti gli utenti[30].

In seguito alla sentenza *SpaceNet*, il Tribunale amministrativo federale dichiarava inapplicabile la disciplina tedesca, anche con riferimento alla conservazione generalizzata degli indirizzi IP, pur ritenuta in linea di principio compatibile con il diritto UE dalla giurisprudenza sovranazionale[31]. Da allora, in Germania non sono in vigore obblighi generali per i *provider* di conservare i metadati delle comunicazioni[32], sebbene vada segnalata la recente approvazione

concretizzazione».

[26] Il riferimento è a BVerfG, 2.3.2010, 1 BvR 256, 263, 586/08, la cui traduzione in inglese è rinvenibile all'indirizzo https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/03/rs20100302_1bvr025608en.html; il Giudice costituzionale non escludeva radicalmente la legittimità, in astratto, di una *data retention* indiscriminata, ma poneva stringenti limiti costituzionali attinenti, in particolare, alla tipologia e gravità dei reati per i quali è consentita la misura, ai controlli giurisdizionali e ai rimedi: cfr., sul punto, M. Albers, *Data retention in Germany*, in M. Zubik, J. Podkowik, R. Rybski (a cura di), *European Constitutional Courts towards Data Retention Laws*, Cham 2021, 141 ss.

[27] Su tale normativa, M. Bäcker, *Data Retention in Germany. Not a Never-ending Story After All?*, in E. Kosta, I. Kamara (a cura di), *Data Retention in Europe and Beyond*, cit., 120 s.

[28] Il riferimento è al rinvio pregiudiziale dal Tribunale amministrativo federale tedesco, sollevato nel caso *SpaceNet* e *Telekom Deutschland*.

[29] Cfr. CGUE, Grande Sezione, 20.9.2022, C-793/19 e C-794/19, *SpaceNet* e *Telekom Deutschland*, punto 31 ss.

[30] *Ivi*, punto 78 ss.

[31] BVerwG, 14.8.2023, cause 6 C 6.22 e 6 C 7.22.

[32] Di recente, sul punto, M. Bäcker, *Data Retention in Germany. Not a Never-ending Story After All?*, cit., 128.

di un disegno di legge federale di iniziativa governativa volto all'introduzione di una *retention* degli indirizzi IP[33].
Nel sistema tedesco, tradizionalmente sensibile alla tutela delle libertà fondamentali a fronte dell'impiego da parte delle autorità di tecnologie intrusive[34], i principi affermati dalla Corte di giustizia nei vari "capitoli" della *data retention saga* sono stati accolti. L'esito è stato, però, la rinuncia a uno strumento di sicura utilità in un'ottica preventiva e di accertamento, senza tentare neppure di costruire un sistema "mirato" di conservazione.
La Germania non è, peraltro, un caso isolato: neppure in Olanda e in Romania risultano attualmente in vigore regimi di *data retention* per finalità di contrasto della criminalità[35]. Accanto alle ragioni di politica criminale proprie di ciascun ordinamento, un ruolo in tale scelta, per certi versi massimalista, pare essere attribuibile alle indicazioni offerte dalla Corte di giustizia per l'implementazione di una conservazione "mirata" dei dati che, come si dirà, risultano per molti versi problematiche.

3.2. Su un versante completamente opposto si colloca l'approccio adottato da quegli ordinamenti che, nonostante i divieti europei, hanno mantenuto forme generalizzate di conservazione dei metadati delle comunicazioni di tutti gli utenti. In alcuni casi, si è assistito ad autentiche frizioni tra principi europei e corti e legislatori nazionali, che si sono risolte in peculiari strategie di aggiramento dei *dicta* sovranazionali. Altri esempi dimostrano invece una sorta di silenziosa resistenza ai divieti posti dalla Corte di giustizia, con il mantenimento di regimi nazionali talvolta chiaramente incoerenti con le fonti UE, come interpretate dai giudici di Lussemburgo.
Appartiene al primo filone descritto il caso del sistema francese, la cui disciplina in tema di *data retention* è stata più volte interessata da pronunce della Corte di giustizia[36]. Dopo la sentenza *La Quadrature du Net* I, il governo francese aveva chiesto al *Conseil d'État* di non applicare la normativa UE, ritenendo che la Corte di giustizia avesse agito *ultra vires*, alla luce della clausola di cui all'art. 4, par. 2, TUE, che riconosce la competenza di ciascuno Stato membro in materia di sicurezza nazionale[37]. Il Giudice amministrativo non si è spinto a tanto, ma ha posto l'enfasi sull'apertura della Corte di Lussemburgo nei confronti di una conservazione generalizzata per far fronte alle minacce alla sicurezza nazionale, fornendone un'interpretazione ampia e salvando, così, la disciplina interna[38].

---

[33] Il medesimo disegno di legge prevede l'introduzione di forme di "*quick freeze*": il testo è reperibile all'indirizzo https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_IP_Speicherung.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
[34] Si pensi, in particolare, alla nota Volkszählungsurteil, BVerfG, 15.12.1983, 1 BvR 209/83, con la quale il Tribunale costituzionale federale ha coniato la nozione di "*Informationelle Selbstbestimmung*" ("autodeterminazione informativa"), o alla pronuncia BVerfG, 27.2.2008, BvR 370/2007-595/2007, relativa al diritto all'integrità e alla riservatezza dei sistemi informatici; di recente, su tale giurisprudenza, si vedano le autorevoli riflessioni di R. Orlandi, *Postulati del processo penale contemporaneo. Tra principi "naturali" e concezioni normative*, in *RIDPP* 2024, 479 s.
[35] M. Mattera, *Update on national data retention laws in Europe*, in *www.cullen-international.com*, 22.7.2025; quanto al sistema olandese si rinvia, in particolare, a M. van der Ham, E. Baars, *Data Retention and Law Enforcement in the Netherlands*, in Kosta, I. Kamara (a cura di), *Data Retention in Europe and Beyond*, cit., 225 ss.
[36] Ci si riferisce, in particolare, ai già citati casi *La Quadrature du Net* I e II.
[37] Cfr., sul punto, S. Vallée, G. Genevoix, *A Securitarian Solange. France has launched a cluster bomb on the EU's legal and political order*, in *www.verfassungsblog.de*, 25.4.2021; sulle origini di tale approccio, J. Ziller, *The Conseil d'Etat refuses to follow the Pied Piper of Karlsruhe*, *ivi*, 24.4.2021.
[38] *Conseil d'État*, 21.4.2021, n. 393099; cfr., sul punto, V. Mitsilegas, E. Guild, N. Vavoula, E. Kuskonmaz, *Data retention and the future of large-scale surveillance: the evolution and contestation of judicial benchmarks*, in *European Law Journal* 2023, 1-2, 199.

Da allora, sono state poste in campo dalle corti nazionali strategie di elusione che fanno leva proprio sull'eccezione appena richiamata. L'idea, avallata dal *Conseil d'Etat*, è che la Francia sarebbe esposta – potenzialmente, in via permanente – a una minaccia grave alla sicurezza nazionale: sulla base di tale assunto, è consentita la conservazione generalizzata dei dati[39]. Ma non è tutto. I dati raccolti in tal modo sono ritenuti utilizzabili anche per finalità diverse da quelle che hanno giustificato la conservazione, sulla base di un'assai discutibile interpretazione dei *dicta* della Corte di giustizia. Si considera, infatti, consentito il c.d. *quick freeze* di tali dati, che li renderebbe utilizzabili per scopi ulteriori, compreso quello di contrasto alla criminalità[40]. Si valorizza così, in chiave strumentale, una misura che la Corte considera un'alternativa alla *data retention*, non certo un congegno utile al reimpiego, per scopi ulteriori, di dati già conservati per finalità di tutela della sicurezza nazionale, con palese aggiramento del divieto sovranazionale[41].

Dunque, benché la disciplina francese non contempli forme di *retention* generalizzata per finalità di contrasto della criminalità[42], tale è la realtà dei fatti. Parzialmente diversa la situazione in quegli ordinamenti, come quello italiano o quello spagnolo, nei quali il divieto di *data retention* generalizzata è sostanzialmente ignorato dal legislatore e dalle corti nazionali.

Nel sistema italiano, la materia è regolata, come noto, dall'art. 132 cod. *privacy*. Già all'indomani delle prime pronunce della *data retention saga*, la distanza tra la disciplina interna e i principi sovranazionali risultava piuttosto evidente. Tuttavia, l'esigenza di intervenire sul testo è stata avvertita solo all'indomani della pronuncia *Prokuratuur* della Corte di giustizia, che ha definitivamente chiarito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione della scelta di attribuire al pubblico ministero il potere di accesso ai dati sul traffico e sull'ubicazione, in assenza di un previo vaglio giurisdizionale[43]. Nonostante la modifica normativa d'urgenza con la quale il legislatore ha tentato di far fronte agli effetti della richiamata pronuncia, numerosi sono ancora i profili di tensione[44]. Con riferimento all'estensione "quantitativa" della misura, in particolare, gli obblighi di conservazione imposti ai *provider* di servizi riguardano tutti i dati relativi al traffico telefonico e telematico della generalità degli utenti, per periodi assai prolungati[45].

---

[39] Al riguardo, M. Lassalle, *A Clash Between the French System and the CJEU Case Law on Data Retention?*, in E. Kosta, I. Kamara (a cura di), *Data Retention in Europe and Beyond*, cit., 184.

[40] Si tratta di una linea interpretativa inaugurata dalla già citata pronuncia del *Conseil d'État* e avallata dalle decisioni della *Cour de cassation*, 12.7.2022, n. 21-83710, 21-83820, 21-84096 e 20-86652: cfr., ancora, M. Lassalle, *A Clash Between the French System and the CJEU Case Law on Data Retention?*, cit., 190.

[41] Diffusamente, su tale meccanismo di conservazione "rapida" dei dati, la sentenza *La Quadrature du Net* I, punto 160 ss.

[42] La disciplina è quella di cui alla l. 30.7.2021, n. 998, reperibile in *www.legifrance.gouv.fr*.

[43] CGUE, Grande Sezione, 2 marzo 2021 *H.K* (*Prokuratuur*), C-746/18, punto 54 s.

[44] Ci si riferisce al d.l. 30 settembre 2021, n. 132, convertito con l. 23 novembre 2021, n. 178; su tale intervento normativo e sulle residue problematiche si rinvia, senza pretese di esaustività, a F.R. Dinacci, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *PPG* 2022, 315 ss.; L. Filippi, *La nuova disciplina dei tabulati: il commento "a caldo" del Prof. Filippi*, in *www.penaledp.it*, 1.10.2021; G. Lasagni, *Dalla riforma dei tabulati a nuovi modelli di integrazione fra diritti di difesa e tutela della* privacy, cit.; A. Malacarne, *La decretazione d'urgenza del Governo in materia di tabulati telefonici: breve commento a prima lettura del d.l. 30 settembre 2021*, n. 132, in *www.sistemapenale.it*, 8.10.2021; A. Pasta, *Luci e ombre nella disciplina dei tabulati telefonici nel processo penale*, in *CP* 2022, 4458 ss.; L. Tavassi, *Acquisizione di tabulati, tutela della* privacy *e rispetto del principio di proporzionalità*, in *www.archiviopenale.it*, 20.1.2022; sia consentito rinviare, per una panoramica sui profili di incoerenza dell'art. 132 cod. *priv.* alla luce delle più recenti pronunce della Corte di giustizia, a L. Parodi, *La "gravità dell'ingerenza" nel prisma della proporzionalità: nuovi equilibri in tema di* data retention, in *DPenCont*, *Riv. trim.*, 2024, 4, 56 ss.

[45] L'art. 132 cod. *privacy* prevede termini di conservazione di dodici o ventiquattro mesi, a seconda che si tratti dei metadati relativi al traffico telematico o telefonico, termini di per sé prossimi a quello contemplato dalla direttiva Frattini, censurata, anche sotto questo profilo, dalla Corte di giustizia nella sentenza *Digital Rights*

La violazione delle indicazioni provenienti da Lussemburgo è conclamata. La Cassazione, chiamata in diverse occasioni a esprimersi sul tema, non ha negato l'antinomia. D'altra parte, ha individuato due snodi problematici: il primo, se il divieto di conservazione generalizzata abbia effetto diretto; il secondo, quali siano le eventuali conseguenze di tale soluzione in punto di utilizzabilità dei dati[46].

Lo scrutinio si è arrestato al primo passaggio, in quanto la Corte di legittimità ha ritenuto la statuizione europea sprovvista dei requisiti di chiarezza, precisione e incondizionatezza che consentirebbero di riconoscerne l'effetto diretto, escludendo di conseguenza effetti processuali della denunciata incompatibilità. A ben vedere, la questione non pare così scontata. È pur vero, come osservato dalla Cassazione, che la declinazione dei criteri di conservazione "mirata" suggeriti dalla Corte di Lussemburgo necessita dell'intervento del legislatore. Ciò non toglie che il divieto di *retention* generalizzata dei dati sul traffico e sull'ubicazione per scopi di accertamento non lasci spazio a particolari incertezze, sicché non parrebbe azzardato prospettarne l'effetto diretto[47].

Maggiormente problematico è il secondo profilo individuato, ma non affrontato, dai giudici di legittimità. Riconosciuto l'effetto diretto del divieto europeo e disapplicata la normativa in tema di conservazione, potrebbe ritenersi operativa, seppure non senza incertezze, la sanzione di inutilizzabilità di cui all'art. 132, comma 3-*quater*[48]. Qualora non si ritenesse percorribile tale soluzione, ci si troverebbe dinanzi all'esigenza di assicurare l'effettività, attraverso idonei rimedi processuali, del *dictum* sovranazionale, da affrontare nel solco delle – non cristalline – statuizioni della Corte di giustizia sul punto[49].

Comunque, sussistendo dubbi sui profili appena tratteggiati, non pare sufficiente constatare il *vulnus* e fare riferimento alla necessità di un intervento legislativo: sembrerebbe invece opportuno promuovere un rinvio pregiudiziale o, in alternativa, sollevare anche d'ufficio la questione di legittimità costituzionale dell'art. 132 per contrasto con gli articoli 11 e 117 c. 1 Cost., in riferimento alle disposizioni europee, *in primis* agli articoli 7 e 8 della Carta[50]. Nondimeno, una svolta sul piano legislativo è senz'altro necessaria, oltre che auspicabile, ma

---

Ireland; la situazione è aggravata dal disposto dell'art. 24 l. n. 167/2017, a norma del quale, per finalità di contrasto del terrorismo, i dati utili all'accertamento dei reati richiamati nella disposizione devono essere conservati per il periodo di settantadue mesi: per una riflessione sul tema, in particolare, S. Signorato, *Novità in tema di* data retention*. La riformulazione dell'art. 132 codice* privacy *da parte del D.Lgs. 10 agosto 2018 n. 101,* in *DPenCont*, 28.11.2018, 156 s.

[46] In questo senso, in particolare, Cass. 3.2.2023 n. 11283; Cass. 13.6.2023 n. 32691, entrambe in *OneLegale*; per una più ampia panoramica delle "resistenze" della giurisprudenza nazionale v., in particolare, la recente analisi di G. Todaro, *L'evoluzione delle fonti del diritto nella «società algoritmica»:* data retention *e diritti fondamentali della per*sona, in *CP* 2024, 2026 ss.

[47] Sui requisiti per l'effetto diretto delle fonti europee, per tutti, D. Gallo, *L'efficacia diretta del diritto dell'Unione europea negli ordinamenti nazionali. Evoluzione di una dottrina ancora controversa*, Milano 2018, *passim*, spec. 114 ss.

[48] La previsione richiamata si riferisce all'art. 132, c. 3, cod. *privacy*, che delinea il regime dell'acquisizione dei dati nel procedimento; peraltro, il richiamato comma 3 si riferisce, evidentemente, a dati conservati a norma del comma 1, disposizione a sua volta incompatibile con il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di giustizia.

[49] In senso favorevole all'individuazione di una inutilizzabilità "europea" dei dati raccolti ai sensi dell'art. 132 cod. *privacy* v., pur con diversità di accenti, S. Marcolini, *Le indagini atipiche a contenuto tecnologico nel processo penale: una proposta*, in *CP* 2015, 780 s., il quale accosta la "inutilizzabilità comunitaria" alla disapplicazione dell'atto probatorio; L. Lupária Donati, Data retention *e processo penale. Un'occasione mancata per prendere i diritti davvero sul serio*, in *Dir. di internet* 2019, 763; F.R. Dinacci, *L'acquisizione dei tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia*, cit., 314.

[50] Propende per la sollevazione della questione di legittimità costituzionale, non ritenendo percorribile la soluzione dell'inutilizzabilità "europea" dei metadati nel nostro ordinamento, A. Chelo, Tabula rasa *sui tabulati? riflessioni a margine della recente giurisprudenza della corte di giustizia dell'Unione europea*, in *CP* 2022, 3277 ss.

una modifica normativa sul regime di conservazione dei metadati in Italia non pare all'ordine del giorno.

Non del tutto dissimile, come accennato, il caso spagnolo. La normativa interna sulla *data retention*, adottata in attuazione della direttiva 2006/24/CE, prevede la conservazione generalizzata dei dati sul traffico e sull'ubicazione, per finalità di contrasto della criminalità, per un periodo minimo di dodici mesi[51]. Tuttavia, la giurisprudenza della Corte di giustizia non ha avuto alcun impatto sul sistema: varie pronunce del Tribunale supremo hanno chiarito che la disciplina spagnola non pone particolari problemi dal punto di vista del principio di proporzionalità, in quanto l'accesso ai dati è sottoposto a condizioni stringenti e la conservazione, di per sé, non costituirebbe una seria ingerenza nei diritti della persona[52].

3.3. In un terzo gruppo di ordinamenti, il confronto con i principi europei ha condotto a tentativi di adeguamento della normativa interna, con soluzioni tra loro eterogenee.

Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'alternativa alla conservazione generalizzata dei dati sul traffico e sull'ubicazione è, come si è già rammentato, la conservazione "mirata" di tali dati[53]. I giudici di Lussemburgo non hanno, tuttavia, fornito coordinate particolarmente approfondite per la costruzione di simili sistemi, salvo indicare, a titolo esemplificativo, una delimitazione su base geografica o soggettiva e accennare alla necessità che il criterio non risulti discriminatorio[54].

Nel panorama comparato, si segnalano in particolare due linee di intervento. Alcuni ordinamenti hanno tentato di raccogliere i suggerimenti della Corte di giustizia, impegnandosi nell'implementazione dei due criteri sopra richiamati. Altri Stati membri hanno invece deciso di evitare la conservazione preventiva dei dati sul traffico e sull'ubicazione per finalità di contrasto alla criminalità, regolando la *data retention* in conformità allo statuto delineato dalla giurisprudenza sovranazionale.

Tentativi di istituire una conservazione "mirata" dei dati sono stati fatti, ad esempio, in Belgio e in Danimarca. Nel primo ordinamento, il legislatore è intervenuto dopo che la *Cour constitutionnelle* aveva dichiarato l'illegittimità della disciplina interna proprio con riferimento alla sua portata generalizzata[55]. La disciplina del 2022 prevede la conservazione dei dati sul traffico e sull'ubicazione, per finalità di contrasto alla criminalità grave, nelle zone rispetto alle quali siano riscontrabili determinati presupposti di ordine strategico – ad esempio, la presenza in un'area di obiettivi sensibili – o connessi al tasso medio di commissione di taluni reati, calcolato nell'arco di tre anni[56].

Anche il legislatore danese ha optato per la conservazione mirata su base geografica, prevista in relazione alle zone, di una superficie di nove chilometri quadrati, nelle quali sia superata la

---

[51] Si tratta della l. 18.10.2007, n. 25, consultabile all'indirizzo www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18243.

[52] Sul punto, si rinvia all'analisi di L. Bachmaier Winter, A. Martínez Santos, *The Impact – or No Impact – of the CJEU Case Law on Data Retention in Spain*, in E. Kosta, I. Kamara (a cura di), *Data Retention in Europe and Beyond*, cit., 221 ss.

[53] Cfr. *supra*, par. 2.

[54] *Ex plurimis*, CGUE, Grande Sezione, 5.4.2022, C-140/20, *Commissioner of An Garda Síochána*.

[55] Ci si riferisce alla sentenza *Cour constitutionnelle*, 22.4.2021, n. 57, rinvenibile all'indirizzo https://nl.const-court.be/public/n/2021/2021-057n.pdf; la Corte ha sostanzialmente recepito i principi affermati nella pronuncia *La Quadrature du Net* I, che aveva ad oggetto anche la disciplina belga: cfr., sul punto, C. Van de Heyning, *The Belgian Constitutional Court's data retention judgment: a revolution that wasn't*, in *www.dirittocomparati.it*, 19.4.2022; G. Formici, *La disciplina della* data retention *tra esigenze securitarie e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 309 ss.

[56] Il riferimento è alla legge belga del 20 luglio 2022, consultabile all'indirizzo www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2022/07/20/2022015454/moniteur, sulla quale v., per tutti, G. Robinson, *Targeted Retention of Communications Metadata: Future-proofing the Fight Against Serious Crime in Europe?*, in *European Papers* 2023, 8(2), 733 s.

media nazionale di segnalazioni relative alla commissione di taluni gravi reati o di condanne per le medesime fattispecie, oltre a quelle ritenute di rilievo strategico[57]. Peraltro, la disciplina danese prevede anche un criterio soggettivo di conservazione, che può riguardare persone condannate a pene detentive di una certa gravità o coinvolte, a vario titolo, in vicende di rilevanza penale.

Tali schemi normativi si espongono a critiche non agevolmente superabili. Un primo ordine di problematiche deriva dalle specifiche scelte operate in sede di delimitazione della conservazione. Pare, infatti, che l'obiettivo di rendere "mirata" la *retention* non sia stato raggiunto in nessuno degli ordinamenti sopra esaminati: in Belgio, il sistema di conservazione pare suscettibile di ricoprire, sostanzialmente, la totalità del territorio nazionale[58], mentre in Danimarca circa il 15%, nel quale risiede però il 67% della popolazione[59].

Un secondo profilo critico concerne la compatibilità della normativa con i principi di ragionevolezza e non discriminazione[60]. È vero che è stata la stessa Corte di giustizia a chiarire che criteri come quello geografico, che si fondano su circostanze obiettive, non sono, in linea generale, discriminatori[61]. Nondimeno, il criterio suscita qualche perplessità: la seria intrusione nei diritti del singolo consistente nella conservazione dei suoi dati personali finisce per essere determinata non dal suo coinvolgimento in vicende illecite, bensì dalla zona nella quale risiede o si trova a transitare.

Oltre al serio rischio di "ghettizzazione" di determinate zone, si può dubitare dell'effettività di un simile schema normativo: da un lato, si conservano tutti i dati con riferimento a talune zone, a prescindere dal collegamento con vicende illecite, dall'altra, le autorità non avrebbero a disposizione alcun dato con riferimento agli illeciti commessi in zone non "*target*". Gli esiti, oltre che insoddisfacenti dal punto di vista dell'effettività della misura, potrebbero addirittura essere paradossali, risolvendosi tale sistema di conservazione in un incentivo alla commissione di reati in aree non "coperte" dalla *retention*[62]. Senza contare, peraltro, che il criterio in parola sembra parametrato sulla sola criminalità comune[63], trascurando, invece, i fenomeni illeciti in tutto o in parte "dematerializzati".

Problemi ancora più seri sembrano sorgere con riferimento al criterio soggettivo: la conservazione dei dati di persone condannate o destinatarie di segnalazioni per precedenti attività illecite sembra fondata su una massima di esperienza discriminatoria, che considera tali

---

[57] Cfr. la legge danese del 8.3.2022, n. 291, rinvenibile all'indirizzo www.retsinformation.dk/eli/lta/2022/291; sulla quale si veda A. Næsborg-Andersen, *To Retain or (not) to Retain Data? The Danish Case*, in E. Kosta, I. Kamara (a cura di), *Data Retention in Europe and Beyond*, cit., 240 ss.

[58] Si veda, al riguardo, l'analisi di P. Breyer, *Targeted Data Retention: our map explained*, in *www.patrick-breyer.de*, 8.6.2022.

[59] Lo si evince dalla risposta del governo danese al quesito del comitato per gli affari legali del parlamento del 7.2.2022, che si può leggere all'indirizzo https://www.ft.dk/samling/20211/lovforslag/L93/spm/51/svar/1853021/2524275/index.htm; su tale statistica v., altresì, J. Lund, *The new Danish data retention law: attempts to make it legal failed after just six days*, in www.itpol.dk/articles/new-Danish-data-retention-law-2022, 15.6.2022.

[60] Ravvisano criticità al riguardo, tra gli altri, A. Malacarne, *Lo "statuto europeo" della* data retention*: luci e ombre*, in L. Bernardini, C. De Caro (a cura di), *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, Torino, 2025, 381 ss.; G. Robinson, *Targeted Retention of Communications Metadata*, cit., 726 s.; sui rischi di discriminazione che scaturiscono, in generale, dall'impiego del criterio geografico, v. altresì G. Lasagni, *Dalla riforma dei tabulati a nuovi modelli di integrazione fra diritti di difesa e tutela della* privacy, cit., 10;

[61] Cfr., ad esempio, CGUE, Grande Sezione, 20.9.2022, C-793/19 e C-794/19, *SpaceNet* e *Telekom Deutschland*, cit., punto 108 ss.

[62] Segnala tale rischio G. Robinson, *Targeted Retention of Communications Metadata*, cit., 737.

[63] Lo rileva M. Tzanou, *The Judicialization of EU Data Retention Law Epistemic Injustice and the Construction of an Unequal Surveillance Regime*, in E. Kosta, I. Kamara (a cura di), *Data Retention in Europe and Beyond*, cit., 354.

soggetti a rischio di commissione di reati a prescindere dalle peculiarità di ciascuna vicenda[64], né pare in fin dei conti in armonia con la finalità rieducativa della pena.
Forse proprio in ragione delle evidenti problematiche che connotano i criteri selettivi appena esaminati, alcuni ordinamenti hanno rinunciato alla conservazione delle informazioni sul traffico e sull'ubicazione per finalità di contrasto della criminalità e hanno implementato, per il resto, schemi normativi costruiti sulla base delle coordinate provenienti da Lussemburgo.
È il caso del sistema irlandese, nel quale – pur non essendo mancate frizioni, anche acute, tra corti nazionali e giurisprudenza europea[65] – è attualmente in vigore un sistema di *data retention* che prevede la conservazione generalizzata di "*user data*" e "*internet source data*" anche per finalità di accertamento dei reati, mentre la conservazione generalizzata di "*telephony and internet traffic data*" e "*location data*" è consentita solo al fine di contrastare minacce serie e attuali alla sicurezza nazionale[66]. Alcuna forma di conservazione "mirata" è invece prevista per i dati menzionati da ultimo, i quali possono però essere soggetti a "*quick freeze*" previa autorizzazione giurisdizionale[67].
Si tratta di un approccio equilibrato, che pare realizzare un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di sicurezza e *law enforcement*, da un lato, e di tutela dei diritti della persona, dall'altro. La *data retention* è infatti implementata nei limiti di quanto stabilito dalla Corte di giustizia, senza privarsi quindi della conservazione generalizzata degli indirizzi IP e dei dati identificativi, e riservandosi la possibilità di conservare i dati sul traffico e sull'ubicazione per far fronte a minacce alla sicurezza nazionale. D'altro canto, non si percorre la via della conservazione "mirata" su base geografica o soggettiva, evitando i delicati problemi che sorgono con riferimento a simili sistemi.
Di particolare interesse, in quest'ottica, la soluzione recentemente adottata nel sistema portoghese, all'esito di quella che è stata definita una "crisi costituzionale"[68]. Il giudice delle leggi, dopo averlo salvato nel 2017, ha dichiarato l'illegittimità dello schema di *data retention* indiscriminata previsto dalla normativa interna, nonché, in sede di scrutinio preventivo, del successivo tentativo di adeguamento legislativo[69]. Il regime attualmente vigente, introdotto nel 2024, prevede che la conservazione dei dati sul traffico e sull'ubicazione sia consentita solo previa decisione giurisdizionale fondata sulla loro necessità per finalità di accertamento di reati gravi[70]. Dal momento della richiesta del pubblico ministero, sulla quale un collegio dalla

[64] Esprime preoccupazioni in merito a sistemi di conservazione "mirata" fondati sui precedenti penali dei *target* I. Neroni Rezende, *Dati esterni alle comunicazioni e processo penale: questioni ancora aperte in tema di* data retention, in *SP* 2020, 5, 196 s.
[65] Si veda, sul punto, X. Tracol, *The Joined Cases of* Dwyer, SpaceNet *and* VD *and* SR *before the European Court of Justice: The Judgments of the Grand Chamber about Data Retention Continue Falling on Deaf Ears in Member States*, in *Computer Law & Security Review* 2023, vol. 48, n. 105773, 9 ss.
[66] Tale disciplina è prevista dal *Communications (Retention Of Data) Act* del 2011, profondamente riformato nel 2022, disponibile all'indirizzo https://revisedacts.lawreform.ie/eli/2011/act/3/revised/en/html#SEC3.
[67] Cfr. la sez. 7A del citato *Communications (Retention Of Data) Act* del 2011.
[68] Così T. Violante, *How the Data Retention Legislation Led to a National Constitutional Crisis in Portugal*, in *www.verfassungsblog.de*, 9.6.2022; in senso analogo M. Mota Delgado, *The EU law of a Portuguese institutional crisis: the Data Retention ruling of the Portuguese Constitutional Court*, in *www.eulawlive.com*, 23.5.2022.
[69] Ci si riferisce alle pronunce della Corte costituzionale portoghese, 13.7.2017, n. 420; 19.4.2022, n. 268; 4.12.2023, n. 800: si rinvia, sul tema, all'ampia analisi di F. Pereira Coutinho, *Data Retention in Portugal: Big Brother is (No Longer) Watching*, in I. Quadros, M. Gorjão-Henriques (a cura di), *Revisiting the Liberal Constitutional Features of the European Union*, Cham 2025, 22, 317 ss.; v., altresì, T. Violante, *Data Retention in Portugal*, in M. Zubik, J. Podkowik, R. Rybski (a cura di), *European Constitutional Courts towards Data Retention Laws*, cit., 206 ss.
[70] È quanto previsto dall'art. 6, c. 2, l. 17.7.2008, n. 32, novellato con l. 5.2.2024, n. 18, disponibile all'indirizzo https://diariodarepublica.pt/dr/legislacao-consolidada/lei/2008-174870511.

composizione particolarmente autorevole deve pronunciarsi entro settantadue ore[71], è data disposizione che i *provider* conservino i dati in attesa della pronuncia con la quale, in caso di accoglimento della richiesta, sono fissati i termini per la conservazione.
Il meccanismo in parola assume i connotati di una *data retention* "mirata", fondata non su un criterio soggettivo o geografico, bensì sull'utilità dei dati per indagini in corso. Se è chiaro che la portata "retrospettiva" della misura ne risulta indebolita, si tratta di un modello che pare comunque consentire un'indagine efficace, specialmente se le autorità si muovono tempestivamente, mantenendo però entro il perimetro della necessità la portata della conservazione e, con essa, la limitazione dei diritti fondamentali coinvolti.

4. I riferimenti comparatistici appena proposti rivelano un panorama frastagliato e disomogeneo. Se in taluni ordinamenti le frizioni tra normative nazionali e *dicta* europei sono state progressivamente arginate da interventi delle Corti e dei legislatori nazionali, in altri permangono rilevanti profili critici. Sia nei sistemi nei quali è del tutto mancato l'adeguamento ai principi sovranazionali connessi all'estensione della *data retention*[72], sia in quelli ove si è assistito a declinazioni problematiche dei criteri indicati dalla Corte di giustizia[73], è in atto una lesione sistematica dei diritti fondamentali sanciti, in particolare, dagli artt. 7 e 8 della Carta. Che si condividano o meno le posizioni espresse dalla giurisprudenza sovranazionale, tale quadro non può rimanere immutato.
In primo luogo, si tratta di uno scenario incompatibile con il principio del primato del diritto dell'Unione. Come si è già accennato, non sembrerebbe inverosimile riconoscere effetto diretto al divieto di *retention* generalizzata dei dati sul traffico e sull'ubicazione, con conseguente disapplicazione delle previsioni che istituiscono simili regimi. Laddove si fosse di contrario avviso, le discipline incompatibili con il diritto dell'Unione dovrebbero essere censurate dalle Corti costituzionali, come peraltro già avvenuto in diversi ordinamenti.
Non va trascurato, su un piano distinto ma, in un certo senso, complementare, che gli Stati membri hanno il dovere di assicurare l'effettività dei diritti sanciti dalle fonti europee, a norma dell'art. 47 della Carta[74]. Ciò significa, sul piano processuale, che l'obiettivo dev'essere quello di «evitare che informazioni ed elementi di prova ottenuti in modo illegittimo rechino indebitamente pregiudizio a una persona sospettata di avere commesso reati», come chiarito dalla Corte di giustizia proprio con riguardo alla conservazione generalizzata dei metadati[75]. Secondo il principio di autonomia procedurale, la scelta dei rimedi orientati a tale scopo ricade nel margine di apprezzamento riservato agli Stati membri, che possono prevedere, ad esempio, regole di esclusione o di valutazione della prova ovvero, addirittura, meccanismi che tengano conto, in via "compensativa", dell'illegittimità delle prove in sede di determinazione della pena[76].

[71] L'art. 6, c. 7, l. 17.7.2008, n. 32, prevede che competente per l'autorizzazione sia un collegio composto dai presidenti delle sezioni penali della Corte suprema e da un ulteriore giudice di tale Corte designato dal Consiglio superiore della magistratura.
[72] Cfr. *supra*, par. 3.2.
[73] Si pensi al caso belga o a quello danese, esaminati *supra*, par. 3.3.
[74] Sul tema, per tutti, S. Allegrezza, *Judicial review as a fundamental right: Article 47 of the Charter*, in S. Allegrezza, V. Covolo (a cura di), *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings*, Milano 2018, 97 ss.; D.P. Domenicucci, F. Filpo, *La tutela giurisdizionale effettiva nel diritto dell'unione europea*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano 2017, 864 ss.; A. Ward, *Article 47 – Right to an Effective Remedy and to a Fair Trial*, in S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Londra 2021, 1245 ss.
[75] Cfr., in particolare, la sentenza *La Quadrature du Net*, cit., punto 225.
[76] *Ibidem*.

È chiaro, dunque, che l'assenza di rimedi volti a reagire all'uso processuale di prove raccolte in violazione dei principi affermati dalla Corte di giustizia – scenario che pare verificarsi in più d'un ordinamento – costituisce una violazione dell'art. 47 della Carta, che si affianca a quella degli artt. 7, 8 e 52.
Merita rimarcare che, proprio rispondendo a una questione relativa alle conseguenze processuali della conservazione generalizzata dei metadati, la Corte di giustizia ha affermato per la prima volta in materia penale l'ormai noto – benché tutt'altro che cristallino – principio che impone al giudice nazionale, in un'ottica di effettività, l'esclusione delle prove raccolte in contrasto con il diritto dell'Unione[77]. Pur non essendo possibile, in questa sede, affrontare la questione in tutti i suoi risvolti problematici, basti sottolineare che l'intento protettivo dei diritti alla *privacy* e alla *data protection*, che pare animare il principio di diritto in discorso, risulta decisamente ridimensionato dai riferimenti all'impossibilità per l'imputato di «svolgere efficacemente le proprie osservazioni» sulle prove raccolte in violazione dei suoi diritti fondamentali, che sembra subordinare l'esclusione a una contestuale lesione del contraddittorio[78].
Qualunque sia l'esito, sul piano esegetico, delle accennate riflessioni sull'effetto diretto dei principi sovranazionali, sulle possibilità di intervento delle Corti costituzionali e sui rimedi esperibili *de iure condito*, sembra evidente la necessità, in quegli ordinamenti nei quali ancora si ravvisano frizioni con le fonti europee, di un intervento sul piano normativo. Su tale profilo si intende proporre alcune considerazioni conclusive.

5. Sembra opportuno, a questo punto, domandarsi quali siano le soluzioni percorribili nella prospettiva del – necessario – adeguamento ai principi europei posti a tutela dei diritti alla *privacy* e alla protezione dei dati personali. Nel quadro dei principi affermati dalla Corte di giustizia in materia di *data retention*, chiaro è il divieto di conservazione generalizzata dei dati sul traffico e sull'ubicazione. Non sempre risultano altrettanto nitidi i criteri che possono essere adottati per ricondurre la misura entro i margini della proporzionalità. Lo dimostra l'orizzonte comparato, nel quale non mancano, come si è visto, incertezze applicative e declinazioni normative insoddisfacenti, o persino elusive del comando sovranazionale.

---

[77] In particolare, nella sentenza *La Quadrature du Net*, cit., punto 227, i giudici europei hanno affermato che il principio di effettività impone l'esclusione di prove ottenute «mediante una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati (…) incompatibile con il diritto dell'Unione» quando la persona sottoposta a processo non sia in grado «di prendere efficacemente posizione su tali informazioni ed elementi di prova, che provengono da un settore che esula dalla competenza dei giudici e possono influenzare in maniera preponderante la valutazione dei fatti». Il principio è stato ribadito dalla sentenza *Prokuratuur*, punto 44, e riproposto, in altre materie, dalle sentenze CGUE, Grande Sezione, 30 aprile 2024, *M.N.* (*EncroChat*), C-670/22, punto 131; CGUE, Sez. I, 14 maggio 2024, *Stachev*, C-15/24, punto 98; CGUE, sez. III, 5 settembre 2024, *M.S.*, C-603/22, punto 172.
[78] Si rinvia, sul punto, alle riflessioni di L. Bachmaier Winter, *The Quest for Evidentiary Rules in EU Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*, in L. Bachmaier Winter, F. Salimi (a cura di), *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings. Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*, Londra, 2024, 19 ss.; L. Bernardini, *On encrypted messages and clear verdicts – the EncroChat case before the Court of Justice (Case C-670/22, MN)*, in *EU Law Live*, 21.5.2024; A. Chelo, Tabula rasa *sui tabulati?*, cit., 3274 ss.; J. Della Torre, *Cripto-attività e giustizia penale*, Milano 2026, 384 ss.; F.R. Dinacci, *Sequestro di dispositivi informatici: imposizioni tecnologiche e scelte interpretative. Alla ricerca di un recupero della legalità probatoria*, in *www.archiviopenale.it*, 14.2.2025, 24 ss.; E. Grisonich, Legal AID *e procedimento penale. Evoluzioni, paradigmi e prospettive tra Europa e Italia*, Milano 2025, 317 ss.; G. Lasagni, *Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings: Lessons (and Problems) from the "data Retention Saga"*, in L. Bachmaier Winter, F. Salimi (a cura di), *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings*, cit., 31 ss.; I. Neroni Rezende, *Criminal Justice and Data Protection*, cit., 236 ss.; M. Panzavolta, E. Maes, *Exclusion of evidence in times of mass surveillance. In search of a principled approach to exclusion of illegally obtained evidence in criminal cases in the European Union*, in *The International Journal of Evidence & Proof*, 2022, 26(3), 199 ss.

L'operazione è quindi tutt'altro che agevole: oltre alle ricordate criticità delle coordinate provenienti da Lussemburgo, vanno affrontate radicate resistenze, anche di ordine politico e culturale. Non pare allora un caso che, a distanza di dodici anni dall'invalidazione della *Data Retention Directive* e nonostante i numerosi interventi della Corte, il legislatore dell'Unione non abbia ancora introdotto una nuova disciplina della materia, per quanto alcuni importanti – sebbene preliminari – passi in tale direzione siano stati di recente intrapresi dalla Commissione[79].

Quanto ai profili culturali e politico-criminali, è opinione diffusa che le forme massive di sorveglianza siano indispensabili al fine di tutelare la sicurezza pubblica e di perseguire i fatti di reato. Tale avviso trae vigore, nel contiguo campo della sorveglianza delle conversazioni telefoniche per scopi di sicurezza, dalle pronunce della Corte di Strasburgo che hanno riconosciuto la "vitale importanza" di siffatte misure per la sicurezza degli Stati[80], contribuendo a quella che è stata efficacemente definita la "normalizzazione" della *mass surveillance*[81].

Quanto alle finalità di accertamento, si è da più parti osservato come privarsi di strumenti quali la *data retention* massiva comporterebbe non solo una minore efficacia dell'accertamento penale, ma addirittura l'impunità sistemica di talune categorie di reati commessi con l'ausilio di mezzi tecnologici[82].

In questa prospettiva, può apparire che il prezzo da pagare per l'adeguamento ai *dicta* sovranazionali sia insostenibile sul piano delle istanze di sicurezza pubblica e di accertamento di reati.

In realtà, non sembra che gli spazi di manovra che emergono dalle pronunce dei giudici sovranazionali siano eccessivamente angusti. Come sottolineato dalla stessa Corte di giustizia, l'efficacia delle indagini non dipende dall'impiego di una sola misura, ma da un uso coordinato di tutti gli strumenti investigativi a disposizione delle autorità[83]. In tale prospettiva, va anzitutto ricordato che è consentita la conservazione generalizzata dei dati identificativi e, soprattutto, degli indirizzi IP: ciò solo dovrebbe essere sufficiente a scongiurare il rischio di impunità dei reati commessi *online*.

Quanto ai dati sul traffico o sull'ubicazione, esistono forme di conservazione che superano la valutazione di proporzionalità svolta dalla Corte. Ad esempio, dal momento in cui emergano elementi che indichino l'utilità di un insieme di dati ai fini dell'accertamento di reati gravi, potrebbe procedersi al "*quick freeze*" dei medesimi, che consiste nella conservazione "rapida" dei dati momentaneamente raccolti dai fornitori di servizi per finalità commerciali e di fatturazione[84].

---

[79] Il riferimento è alla *Communication From the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on ProtectEU* del 1° aprile 2025, nella quale è stato esplicitato l'obiettivo di condurre «*an impact assessment in 2025 with a view to updating rules on data retention at EU level, as appropriate*»; il 25 giugno 2025 è stata poi presentata una *Roadmap for lawful and effective access to data for law enforcement*, nella quale si enuncia la prospettiva dell'introduzione di un regime armonizzato con la finalità di limitare la frammentazione delle discipline nazionali in ordine alle «*rules on retention and the safeguards pertaining to fundamental rights, in particular, privacy and data protection and the rights of defence*».

[80] C. EDU, Grande Camera, 25.5.2021, *Big Brother watch* e altri vs Regno Unito, § 424.

[81] M. Milanovic, *The Grand Normalization of Mass Surveillance: ECtHR Grand Chamber Judgments in Big Brother Watch and Centrum för rättvisa*, in *www.ejiltalk.org*, 26.5.2021.

[82] Di questo avviso, ad esempio, il *Conseil d'État* francese, sentenza *French Data Network*, 4.4.2021, n. 393099; sul punto, M. Lassalle, *A Clash Between the French System and the CJEU Case Law on Data Retention?*, cit., 192 ss.

[83] CGUE, Grande Sezione, 5 aprile 2022, C-140/20, *Commissioner of An Garda Síochána*, punto 69.

[84] Cfr., sul punto, le citate sentenze *La Quadrature du Net* I, punto 160 e ss. e *Commissioner of An Garda Síochána*, punto 67 ss.; in dottrina, su tale strumento, A. Birrer, D. He, N. Just, *The State Is Watching You – A Cross-National Comparison of Data Retention in Europe',* in *Telecommunications Policy* 2023, vol. 47, n.

Un ulteriore profilo riguarda la conservazione "mirata" dei metadati. Si sono già esaminate le criticità che connotano i criteri suggeriti dalla Corte di giustizia, sulla base dei quali alcuni ordinamenti hanno implementato problematiche declinazioni della misura[85]. Non pare, però, che il concetto di conservazione "mirata" debba essere abbandonato.
Sembrerebbe, ad esempio, compatibile con i principi enunciati dalla Corte di giustizia una disciplina che consentisse all'autorità giudiziaria di disporre, per un periodo limitato, la *data retention* in relazione a categorie di informazioni rispetto alle quali sia pronosticabile in concreto l'utilità per finalità di accertamento, soluzione non inesplorata sul piano comparatistico[86]. Fermo restando lo *standard* probatorio per il successivo ed eventuale accesso alle informazioni, parrebbe sufficiente richiedere il riscontro di un *fumus*, fondato su elementi obiettivi, di rilevanza dell'insieme di informazioni individuato *ex ante* dagli inquirenti ai fini di un'indagine per reati rispetto ai quali sia consentita la misura. Sarebbe così istituito un legame più concreto e immediato tra i dati oggetto di conservazione e le finalità dello strumento, nella prospettiva di contenere entro i confini della proporzionalità la limitazione dei diritti fondamentali che scaturisce, di per sé, dalla raccolta delle informazioni di carattere personale.
Una simile costruzione attenuerebbe, certamente, la portata retrospettiva dell'istituto, senza però neutralizzarne l'efficacia. Infatti, con una richiesta tempestiva, si potrebbe ottenere la conservazione dei dati in un momento in cui l'attività illecita – o quella, comunque significativa, immediatamente successiva al fatto – è ancora in corso; ciò, a maggior ragione, se alla *retention* si abbinasse, ove opportuno, il "*quick freeze*" dei dati già in possesso dei *provider* per scopi commerciali e di fatturazione.
In definitiva, pur a fronte dei limiti posti dalla giurisprudenza sovranazionale, pare possibile individuare un punto di equilibrio tra finalità di accertamento e tutela dei diritti fondamentali. Per quanto un intervento armonizzatore sia in linea di principio auspicabile, non sembra necessario – né opportuno – attendere ulteriori *input* da Lussemburgo: il delicato compito spetta ai legislatori nazionali, i quali sono chiamati a tracciare i confini di una *data retention* in grado di soddisfare le esigenze di sicurezza ad essa sottese nel rispetto delle prerogative individuali.

102542, 10.
[85] Cfr. *supra*, par. 3.3.
[86] Ci si riferisce al sistema portoghese, nel quale, però, lo *standard* di prova sembra più elevato: si rinvia, sul punto, a *supra*, par. 3.3.

L'ESAME TESTIMONIALE A DISTANZA NEL SISTEMA DELLA "GRANDE EUROPA"

di Nicola Pascucci (Ricercatore in Diritto Processuale Penale, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo)

Il contributo esamina la disciplina del Consiglio d'Europa sull'utilizzo di tecnologie comunicative a distanza per sentire testimoni, in procedure di assistenza giudiziaria e in procedimenti penali senza profili di transnazionalità. Si analizzano sia le norme contenute nelle convenzioni internazionali stipulate in seno al Consiglio d'Europa, sia quelle di *soft law* emanate dalla Cepej. Speciale attenzione è dedicata alla Cedu e alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Dall'analisi emerge una generale apertura all'esame testimoniale a distanza, talvolta con criticabili abbassamenti di garanzie, nonostante i tentativi normativi e giurisprudenziali di arginare le insidie correlate all'uso di tali strumenti tecnologici.
This paper examines the Council of Europe's framework governing the use of remote communication technologies for hearing witnesses, in mutual legal assistance proceedings and in criminal proceedings without a cross-border dimension. It analyses both the provisions contained in the international conventions adopted within the Council of Europe and the soft law guidelines issued by the Cepej. Particular attention is paid to the European Convention on Human Rights and the case law of the Strasbourg Court. The analysis reveals a general openness to remote witness examination, sometimes accompanied by questionable reductions in safeguards, despite regulatory and judicial attempts to mitigate the pitfalls of such technologies.

Esame testimoniale a distanza; Consiglio d'Europa; Corte europea dei diritti dell'uomo
Remote examination of witnesses, Council of Europe, European Court of Human Rights

Sommario: 1. Le carenze ontologiche del collegamento da remoto e gli equilibri valoriali da mantenere. – 2. L'audizione testimoniale tramite videoconferenza nel Secondo protocollo opzionale alla Ceag. – 3. (Segue): l'audizione testimoniale mediante conferenza telefonica: limiti e criticità. – 4. L'esame testimoniale a distanza in altri atti del Consiglio d'Europa: dalle esigenze di cooperazione internazionale a quelle di tutela della vittima. – 5. Il silenzio della Cedu e gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 6. Previsioni di *soft law*: le *Guidelines* della Cepej nell'alveo della giurisprudenza della Corte EDU. – 7. Conclusioni.

1. L'uso di tecnologie di collegamento a distanza per sentire testimoni, esperti e imputati nel processo penale, che a livello interno risponde principalmente ad esigenze di efficienza, di sicurezza o di tutela del testimone, si rivela spesso fondamentale nelle attività di assistenza giudiziaria tra autorità di Stati diversi, al fine di esaminare dichiaranti che si trovano all'estero[1]. Se, da un lato, l'esame da remoto può costituire un mezzo utile a incrementare l'efficienza del processo penale, dall'altro risulta particolarmente insidioso, presentando indubbi profili di attrito con l'equo processo. Allo stato di avanzamento attuale delle tecnologie, il collegamento a distanza è infatti, per sua stessa natura, del tutto inidoneo a replicare l'esperienza "dal vivo". Il confronto tra interlocutori è infatti inevitabilmente rallentato da un ritardo tra emissione e

[1] Al riguardo, di recente, v. N. Pascucci, *L'esame a distanza di testimoni, periti e consulenti tecnici in dibattimento*, Milano 2025, 127 ss.

ricezione del messaggio – talvolta quantificato in circa 150 millisecondi[2] – che si somma al normale silenzio tra domanda e risposta e che rende meno spontanea la discussione serrata tra gli stessi. A ciò deve aggiungersi il venir meno di gran parte delle normali interazioni che caratterizzano l'esame in presenza: attraverso uno schermo non sono infatti possibili i giochi di sguardi tra i presenti[3] – da cui cogliere intenzioni, disagio, credibilità, sicurezza personale, possibili reazioni – ed è precluso un completo controllo visivo dell'ambiente "al di qua" e "al di là" del monitor. Spesso poi, se l'inquadratura non è "a tutto tondo", rimane irrimediabilmente nascosta una parte della gestualità del dichiarante a distanza. Anche qualora la qualità di audio e video sia elevata, possono comunque presentarsi problemi tecnici durante l'esame, potenzialmente idonei a compromettere, almeno in parte, la genuinità dell'atto. Si consideri, ad esempio, un problema tecnico, intervenuto tra la domanda di una parte e la risposta del testimone: quest'ultimo, nelle more del ripristino del corretto funzionamento della connessione, avrebbe tempo per pensare alla risposta e potrebbe così riuscire con maggior semplicità ad eludere eventuali domande suggestive nel controesame.
L'uso di tecnologie comunicative a distanza è senza dubbio una "sfida della modernità", cui il processo penale non può sottrarsi. È dunque saggio evitare aprioristici entusiasmi e inquadrare la questione in maniera corretta e consapevole. Il problema, infatti, non è "se" la tecnologia impatti negativamente sui diritti del *fair trial*, ma "a quali condizioni" ne sia ugualmente accettabile l'utilizzo, anche in base a un bilanciamento di valori nel processo che conduca a un quadro normativo in linea con esso[4].
Se, in generale, è evidente l'influenza della *remote justice* sui diritti della difesa quando a collegarsi è l'imputato, non bisogna trascurare l'impatto che anche l'esame testimoniale a distanza, oggetto della presente analisi, produce sull'assetto valoriale del processo.
Un ruolo importante nel definire tutele processuali minime per l'uso di tali tecnologie è assunto dal Consiglio d'Europa e dagli organismi ad esso correlati. Mediante convenzioni internazionali, atti di *soft law* e attraverso l'attività della Corte di Strasburgo, "guardiana" dei diritti stabiliti dalla Cedu, la c.d. "Grande Europa" presenta un'elevata capacità di influenzare la normativa eurounitaria e di produrre importanti ricadute nei sistemi processuali nazionali.

2. Nonostante il comprensibile silenzio in tema di esame a distanza della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, emanata nel 1959[5], essa era già reputata sufficiente a legittimare questa tipologia di escussione nell'ambito di una rogatoria, considerata l'assenza di specifici divieti[6].

---

[2] M.A. Hjort, *Orality and Digital Hearings*, in *International Journal of Procedural Law* 2022 (1), 33, che parla di "*Zoom fatigue*" in relazione al maggiore *stress* correlato a tale fenomeno. In argomento, v. altresì R. Badowiec, *Remote trial in criminal proceedings as a threat to the implementation of the principle of immediacy? Reflections on the background of the Polish legal order*, in *RBDPP* 2024 (2), 19, 22 ss.
[3] Attribuisce particolare rilievo a tale aspetto D. Negri, *Atti e udienze "a distanza": risvolti inquisitori di una transizione maldestra alla giustizia digitale*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 464.
[4] Occorre infatti essere consci che «esiste spesso uno squilibrio tra la velocità dello sviluppo tecnologico e il ritmo con cui maturano consapevolezza, norme, controlli e istituzioni capaci di governarne gli effetti», per cui è anche necessario approntare «quadri giuridici adeguati»: così, in riferimento all'intelligenza artificiale e, in generale, al progresso tecnologico, Leone XIV, *Lettera enciclica "*Magnifica Humanitas*" del Santo Padre Leone XIV sulla custodia della persona umana nel tempo dell'intelligenza artificiale*, in *www.vatican.va*, 15.5.2026, § 106.
[5] Council of Europe, *European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, Strasbourg, 20.4.1959, *European Treaty Series - No.* 30, in *rm.coe.int*.
[6] In tal senso, M. Pisani, *Rogatorie internazionali e videoconferenze*, in *RDPr* 2002, 981 ss., in part. 983, che parla di rogatoria «del terzo tipo», al fine di distinguerla da quella di primo tipo, cioè effettuata dall'autorità di esecuzione, e da quella di secondo tipo o "partecipata". Al riguardo, v. inoltre F. Ertola, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano 2025, 199.

Un riconoscimento formale è giunto con il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 2001 (Sec. prot. add. Ceag), che, agli artt. 9 e 10, disciplina le audizioni eseguite da remoto durante le rogatorie internazionali. In linea con l'approccio del Consiglio d'Europa, finalizzato a stabilire standard minimi per gli Stati, è stata disciplinata la possibilità di utilizzare non solo la videoconferenza, ma anche la conferenza telefonica.

A dire il vero, il contenuto di questo accordo non rappresenta un'assoluta novità: esso è stato infatti approvato un anno dopo la Convenzione di Bruxelles in materia di assistenza giudiziaria, stipulata nel 2000 tra gli Stati dell'Unione europea[7], che, agli artt. 10 e 11, disciplina le audizioni tramite videoconferenza e teleconferenza. Gli artt. 9 e 10 Sec. prot. add. Ceag si ispirano alle relative previsioni della Convenzione di Bruxelles. L'intreccio normativo tra Grande e Piccola Europa è dunque, in questo caso, particolarmente evidente.

L'art. 9 § 1 Sec. prot. add. Ceag prescrive un requisito d'accesso all'esame di *witnesses* ed *experts* tramite videoconferenza "a maglie larghe": è infatti possibile, per lo Stato procedente, chiedere allo Stato di esecuzione l'impiego di tale strumento, in sostituzione della presenza fisica, quando non sia «*desirable or possible*» che il dichiarante compaia di persona nel territorio dello Stato procedente. Ai sensi del successivo § 3, che precisa il contenuto della richiesta di assistenza giudiziaria, le ragioni dell'impossibilità o dell'inopportunità che la persona sia esaminata in presenza devono essere ivi esplicitate[8]. Il § 2 del medesimo articolo circoscrive l'area valutativa del giudice del Paese di esecuzione: occorre che la videoconferenza non confligga con i princìpi fondamentali di quest'ultimo ordinamento e che vi siano gli strumenti tecnici idonei ad effettuare l'atto a distanza, i quali possono essere forniti, in caso di indisponibilità, anche dallo stesso Stato richiesto, previo accordo. Il rispetto dei princìpi fondamentali è assicurato dalla presenza dell'autorità giudiziaria del Paese richiesto in sede di celebrazione dell'atto, che può adottare tutte le misure necessarie affinché l'esame prosegua nel rispetto di tali princìpi (art. 9 § 5 lett. *a* Sec. prot. add. Ceag). A detti limiti si aggiungono quelli derivanti dalle regole generali di assistenza giudiziaria, cioè gli eventuali controlli di natura politica e i princìpi di non discriminazione e di doppia incriminabilità[9].

Se il presupposto dell'impossibilità a comparire fisicamente non sembra discutibile, desta qualche dubbio quello di "auspicabilità" o di opportunità, in grado di conferire un margine discrezionale molto elevato allo Stato procedente. Una simile norma, che si limita a chiedere il rispetto dei princìpi fondamentali dell'ordinamento del Paese di esecuzione senza prevedere una vera e propria clausola di "non regressione" nei confronti di eventuali livelli più elevati di garanzie nell'ordinamento dello Stato richiedente, rischia di essere interpretata dal giudice nazionale di quest'ultimo come una deroga alle ordinarie regole procedurali interne. Tale lettura è confermata da una considerazione sistematica. L'accordo in questione, quando ha inteso stabilire uno standard più elevato, ha infatti contemplato espresse prescrizioni in tal senso: si pensi al divieto di richiesta di conferenza telefonica da parte di quegli Stati che non la prevedano nel loro ordinamento processuale (art. 10 § 1 Sec. prot. add. Ceag)[10]. Il giudice

[7] *Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *GUCE*, 12.7.2000, C 197/3 ss.

[8] Si prevede poi che la domanda contenga «*the name of the judicial authority and of the persons who will be conducting the hearing*», oltre alle informazioni sancite in via generale per le domande di assistenza dall'art. 14 Ceag: l'oggetto e il motivo della richiesta, possibilmente l'identità e la nazionalità del soggetto in causa, il nome e l'indirizzo del destinatario, qualora occorresse, nonché l'accusa e un'esposizione sommaria dei fatti.

[9] M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano 2005, 45 ss.; C. Valentini, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova 1998, 91 ss.

[10] V. *infra*, § 3.

potrebbe allora disporre un ampio uso dell'esame in videoconferenza nell'ambito delle rogatorie, anche qualora la disciplina nazionale, valevole per la generalità delle testimonianze, risulti molto più rigida.
La citazione del dichiarante avviene secondo le forme della *lex loci*, cioè quella dello Stato richiesto (art. 9 § 4 Sec. prot. add. Ceag), mentre l'escussione è condotta dall'autorità giudiziaria dello Stato richiedente, o perlomeno sotto la sua direzione, secondo le regole della *lex fori* (art. 9 § 5 lett. *c* Sec. prot. add. Ceag). La sottoposizione alla *lex fori* per le modalità di esame risponde, con ogni evidenza, alla necessità di formare un atto probatorio valido nel procedimento in corso nello Stato richiedente. Temperamenti alla *lex fori* sono previsti in ipotesi di particolare delicatezza. Innanzitutto, eventuali misure protettive nei confronti del dichiarante (ad esempio testimoni di giustizia oppure testimoni minorenni o particolarmente vulnerabili), debbono essere concordate tra le autorità dei due Paesi (art. 9 § 5 lett. *b* Sec. prot. add. Ceag). Inoltre, si applicano sia le cause di astensione dalla testimonianza dello Stato richiedente, sia quelle dello Stato richiesto (art. 9 § 5 lett. *e* Sec. prot. add. Ceag). La previsione sulle modalità protettive in favore della fonte probatoria non può leggersi nel senso di rendere utilizzabili nell'ordinamento dello Stato richiedente prove che, nel diritto processuale nazionale, non lo sarebbero. L'eventuale maggior flessibilità sulla concessione di modalità protettive nello Stato di esecuzione non giustifica infatti un allineamento "al ribasso" delle garanzie fondamentali del *fair trial* per prove da utilizzare in un processo del Paese richiedente.
All'audizione partecipa l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto in funzione di garanzia: sia, come accennato, per controllare il rispetto dei princìpi fondamentali del proprio ordinamento, sia per identificare il testimone. La centralità di tale presenza, che non deve ridursi a un ruolo meramente formale, è confermata dalla previsione sulla nomina di un interprete, qualora occorresse (art. 9 § 5 lett. *a* Sec. prot. add. Ceag). L'interprete va altresì nominato, se necessario e previa richiesta dell'autorità emittente o del dichiarante, per assistere quest'ultimo (art. 9 § 5 lett. *d* Sec. prot. add. Ceag). Qualora non debba essere sentita la vittima del reato, bensì un mero testimone o un esperto, si realizza un'ipotesi di intermediazione linguistica a scopo di giustizia, finalizzata non tanto a realizzare i diritti difensivi dell'imputato o della persona offesa, ma a rendere materialmente possibile l'acquisizione della prova[11].
Il verbale, redatto dall'autorità dello Stato richiesto, deve riportare non solo le informazioni essenziali su data, luogo e partecipanti, ma anche le «*technical conditions*» in cui l'atto si è svolto. Da tale previsione si evince un dato all'apparenza elementare, ma di centrale importanza: il protocollo del C0nsiglio d'Europa non considera "neutrale" l'uso delle tecnologie di collegamento a distanza, marcando al contrario una differenza ontologica tra l'esame in presenza e quello da remoto. In quest'ultimo, infatti, le condizioni tecniche dello strumento influenzano necessariamente la maggiore o minore attendibilità del risultato[12].
Al fine di conferire effettività e capacità dissuasiva alle conseguenze penali per testimonianza falsa o reticente nell'ambito di una rogatoria, si prevede l'impegno, da parte dello Stato richiesto, a perseguire tali violazioni allo stesso modo di quelle consumatesi in un procedimento nazionale (art. 9 § 7 Sec. prot. add. Ceag).
Ulteriori implicazioni e interferenze con i princìpi del *fair trial* comporta invece l'uso delle tecnologie di comunicazione a distanza per sentire l'indagato e l'imputato. Alla luce di ciò, l'art. 9 § 8 Sec. prot. add. Ceag consente di estendere le predette regole all'audizione di questi

[11] M. Gialuz, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Milano 2018, 29 ss.
[12] In merito all'assenza di "neutralità tecnologica" della partecipazione a distanza rispetto ai valori del processo penale, v. S. Allegrezza, L. Bernardini, *Digitalizing Judicial Cooperation in Criminal Matters. Nailed it on the first try?*, in *eulawlive.com*, 5.10.2024, 3.

ultimi, ma tale ampliamento dipende da una scelta discrezionale degli Stati ed è comunque subordinata al consenso dell'indagato/imputato[13].

3. L'art. 10 Sec. prot. add. Ceag, che riprende l'art. 11 Convenzione di Bruxelles, disciplina invece l'audizione di testimoni ed esperti – ma non di indagati e imputati, esclusi dal perimetro applicativo della norma – tramite conferenza telefonica. Il fatto di permettere l'uso del telefono per sentire un testimone è criticabile[14]: si tratta di uno strumento assai meno affidabile della videoconferenza, che elimina del tutto la comunicazione gestuale e l'interazione visiva e che priva le parti della possibilità di confrontarsi in maniera efficace con la fonte di prova. Tali carenze rendono poi estremamente ardua la valutazione giudiziale sull'attendibilità della testimonianza.
Nondimeno, nella consapevolezza di tali criticità, si delineano presupposti stringenti: uno Stato può chiedere l'uso del telefono solo se tale modalità è prevista dalla sua legge nazionale (art. 10 § 1 Sec. prot. add. Ceag); lo Stato richiesto accetta a condizione che detta tecnica non violi i princìpi fondamentali del suo diritto (art. 10 § 3 Sec. prot. add. Ceag); il dichiarante deve prestare il consenso ad essere escusso tramite telefono (art. 10 § 2 Sec. prot. add. Ceag). Tale consenso viene raccolto dall'autorità dello Stato richiesto ai sensi dell'art. 10 § 4 Sec. prot. add. Ceag e va verificato da quella dello Stato richiedente in base all'art. 10 § 5 Sec. prot. add. Ceag. Se i primi due presupposti sono assolutamente condivisibili, il terzo pare invece eccentrico rispetto alla struttura e alle finalità del processo: il testimone e il perito, infatti, sono persone estranee al processo penale, che non dovrebbero possedere una capacità decisionale sulle modalità di formazione delle prove[15]. Tale potere dovrebbe invece attribuirsi all'imputato, sui cui diritti difensivi incide fortemente questa modalità di esame testimoniale.
La domanda presenta un contenuto molto simile a quello previsto per l'audizione in videoconferenza, stante il rinvio all'art. 14 Ceag[16]. Nondimeno, le modalità concrete di espletamento vengono rimesse a un accordo tra le autorità dei due Paesi[17]. Lo Stato richiesto può subordinare l'accettazione al rispetto delle previsioni *ex* art. 9 § 5 e 7 Sec. prot. add. Ceag, in quanto compatibili.
L'art. 10 Sec. prot. add. Ceag non sancisce espressamente il carattere subordinato della teleconferenza rispetto alla videoconferenza. Vi sono comunque elementi che orientano l'interprete verso questa ragionevole conclusione: il carattere circoscritto dell'uso del telefono (non contemplato per l'esame dell'indagato/imputato), la possibilità di chiedere la conferenza telefonica solo da parte di quei Paesi che la prevedono nel loro ordinamento processuale, il rinvio alle norme della videoconferenza, che ne costituisce dunque l'archetipo[18].

---

[13] Il successivo § 9 prevede poi che uno Stato parte, in ogni tempo, mediante una dichiarazione indirizzata al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, possa dichiarare che non intende avvalersi della possibilità prevista nel paragrafo antecedente.
[14] Di diverso avviso, in merito alle analoghe prescrizioni della Convenzione di Bruxelles, è R. Belfiore, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Roma 2014, 164, la quale, alla luce del principio di proporzionalità, considera opportuno avvalersi della modalità telefonica per sentire testimoni su questioni di *routine*.
[15] Una previsione simile è rinvenibile nel codice di procedura penale italiano, ove subordina alla richiesta della persona informata sui fatti la documentazione delle sue dichiarazioni investigative tramite registrazione fonografica (artt. 351 comma 1-*quater*, 357 comma 3-*bis*, 362, comma 1-*quater* e 373 comma 2-*ter* Cpp).
[16] Occorre in ogni caso menzionare il nome dell'autorità giudiziaria e delle persone che condurranno l'audizione, oltre al fatto che il dichiarante abbia prestato il consenso alla modalità telefonica (art. 10 § 4 Sec. prot. add. Ceag).
[17] Nell'ambito di tale accordo, lo Stato richiesto si impegna in ogni caso ad avvisare il dichiarante della data e del luogo dell'esame, a identificarlo e a verificare il suo consenso alla modalità telefonica (art. 10 § 5 Sec. prot. add. Ceag).
[18] *Contra* M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano 2005, 231, secondo cui la subordinazione del collegamento telefonico a quello audiovisivo viene meno nel momento in cui la norma sancisce il necessario consenso del testimone o dell'esperto all'utilizzo del mezzo meno garantito. Tale lettura

Tuttavia, il fatto stesso di contemplare la conferenza telefonica è di per sé estremamente criticabile, trattandosi di un mezzo di comunicazione incompleto, del tutto inidoneo a garantire una percezione reciproca "a tutto tondo" dei partecipanti e ad instaurare il contraddittorio per la prova. A ciò si aggiunga che oggi il collegamento audiovisivo è molto economico ed estremamente diffuso ad ogni livello della vita quotidiana e professionale. È impensabile che le autorità giudiziarie degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa non posseggano tecnologie audiovisive così basilari, fruite quotidianamente anche dai privati.

4. L'esame a distanza è stato di recente contemplato anche dal Secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica (d'ora in poi Sec. prot. add. Conv. Budapest)[19], attualmente aperto alla firma degli Stati e in attesa di entrare in vigore[20].
Il protocollo presenta un ambito di applicazione limitato, avendo ad oggetto procedimenti per reati connessi a sistemi e dati informatici o di natura razzista o xenofoba compiuti tramite sistemi informatici, nonché la raccolta di prove in formato elettronico (art. 2 § 1 Sec. prot. add. Conv. Budapest).
L'art. 11 Sec. prot. add. Conv. Budapest regola, in maniera residuale rispetto ad eventuali accordi specifici tra gli Stati[21], l'uso della videoconferenza per sentire dichiaranti in procedure di cooperazione giudiziaria. Parte della dottrina ha criticato l'introduzione di una disciplina specifica sull'esame da remoto, non trattandosi, a rigore, di una prova elettronica, bensì della tradizionale prova dichiarativa, benché assunta mediante tecnologie di comunicazione a

non convince, in quanto il consenso del teste non è in alcun modo equiparabile a quello delle parti e, *in primis*, dell'imputato. Accogliendo detta ricostruzione, si finirebbe infatti per conferire a una persona esterna al procedimento penale – che agisce sulla base dei propri interessi personali, estranei a quest'ultimo – il potere di sostituire uno strumento molto più garantito (per quanto anch'esso carente) come il collegamento audiovisivo, con uno estremamente deficitario, menomando così i diritti difensivi dell'imputato.

[19] *Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and disclosure of electronic evidence*, Strasbourg, 12.5.2022, *Council of Europe Treaty Series - No. 224*, in *rm.coe.int*. In dottrina, v. C. De Luca, *Il secondo protocollo aggiuntivo alla convenzione sulla criminalità informatica relativo alla cooperazione rafforzata e alla circolazione di prove elettroniche*, in *PPG* 2022 (3), 648 ss.; G.M. Ruotolo, *Il Secondo Protocollo alla Convenzione cybercrime sulle prove elettroniche tra diritto internazionale e relazioni esterne dell'Unione europea*, in *DPP* 2022, 1022 ss.

[20] L'atto entra in vigore dopo cinque ratifiche. Considerato che la materia regolata dal protocollo ricade in gran parte nell'area di competenza dell'Unione europea (in particolare la cooperazione giudiziaria in materia penale), la Commissione ha partecipato ai negoziati per la sua stesura, assicurando la conformità al diritto eurounitario. L'UE ha autorizzato gli Stati membri dell'Unione a sottoscrivere ed a ratificare il protocollo, indicandone le modalità: decisione (UE) 2022/722 del Consiglio del 5.4.2022 *che autorizza gli Stati membri a firmare, nell'interesse dell'Unione europea, il secondo protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica riguardante la cooperazione rafforzata e la divulgazione di prove elettroniche*, in *GUUE*, 11.5.2022, L 134/15 ss.; decisione (UE) 2023/436 del Consiglio del 14.2.2023 *che autorizza gli Stati membri a ratificare, nell'interesse dell'Unione europea, il secondo protocollo addizionale alla Convenzione sulla criminalità informatica riguardante la cooperazione rafforzata e la divulgazione di prove elettroniche*, in *GUUE*, 28.2.2023, L 63/48 ss. Al riguardo, v. M. Buccarella, *Digitalizzazione della cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale e tutela dei dati personali nel diritto UE: alla ricerca di una compatibilità (im)possibile*, in *Freedom, Security & Justice* 2023 (2), 227 ss.

[21] Il titolo della sezione 5 del capitolo II, in cui si trova il citato art. 11, è infatti «*Procedures pertaining to international co-operation in the absence of applicable international agreements*». Inoltre, l'art. 15 § 1 Sec. prot. add. Conv. Budapest rinvia all'art. 39 § 2 Conv. Budapest, secondo cui, se uno o più Stati «*have already concluded an agreement or treaty on the matters dealt with in this Convention or have otherwise established their relations on such matters, or should they in future do so, they shall also be entitled to apply that agreement or treaty or to regulate those relations accordingly. However, where Parties establish their relations in respect of the matters dealt with in the present Convention other than as regulated therein, they shall do so in a manner that is not inconsistent with the Convention's objectives and principles*».

distanza[22]. Considerato che già esisteva il Secondo protocollo addizionale alla Ceag, una disciplina *ad hoc* per la videoconferenza, avente portata generale e residuale, pare in effetti non solo eccentrica rispetto all'atto in questione, ma anche ultronea. È preferibile ritenere che le norme sulla videoconferenza *ex* art. 11 Sec. prot. add. Conv. Budapest rientrino nell'oggetto di tale protocollo non in quanto disciplinanti prove elettroniche – dato che, come osservato, non si tratta di una prova elettronica *stricto sensu* – ma nella misura in cui detto strumento venga utilizzato in procedimenti penali compresi nell'alveo applicativo del protocollo stesso, come definito dall'art. 2 Sec. prot. add. Conv. Budapest.
Il collegamento audiovisivo è possibile per sentire sia testimoni ed esperti, sia, ove il Paese richiesto acconsenta, indagati e imputati (art. 11 § 8 Sec. prot. add. Conv. Budapest).
In diversi passaggi, si valorizza la consultazione tra lo Stato richiedente e quello richiesto: innanzitutto per consentire l'effettuazione dell'atto a distanza, ma anche per risolvere eventuali problemi esecutivi, connessi alla presidenza dell'audizione, ai soggetti presenti, all'eventuale giuramento, agli avvertimenti nei confronti del dichiarante, alle modalità di udienza, al rispetto dei diritti di testimoni ed esperti, a cause di immunità, alla procedura da seguire in caso di obiezioni a domande o risposte durante l'esame, ai servizi di interpretazione e trascrizione (art. 11 § 1 Sec. prot. add. Conv. Budapest). Inoltre, previo accordo tra le autorità dei due Stati, è anche possibile sentire il dichiarante tramite mera audioconferenza o utilizzare il collegamento audiovisivo per l'identificazione di persone o di cose, oppure per scopi o udienze diversi (art. 11 § 7 Sec. prot. add. Conv. Budapest). Si tratta, anche in questo caso, di una previsione criticabile, soprattutto in relazione all'uso dell'audioconferenza, che snatura l'essenza dell'esame testimoniale e limita in modo evidente la formazione della prova in contraddittorio. La previsione che ammette l'uso del telefono è ancor meno comprensibile se si considera che il protocollo *de quo* è stato formulato solo pochi anni fa, in un contesto di piena e capillare diffusione degli strumenti di videoconferenza.
Tali norme, piuttosto generiche, non paiono in contrasto con l'art. 9 Sec. prot. add. Ceag, ma semmai complementari, invitando le autorità dei due Stati a un dialogo costante, in ogni fase della procedura di assistenza giudiziaria.
Sotto alcuni profili, emergono poi somiglianze con l'art. 9 Sec. prot. add. Ceag: si pensi alla clausola che equipara la testimonianza falsa o reticente prestata nell'ambito di una richiesta di assistenza giudiziaria a quella prestata in un procedimento penale interno allo Stato richiesto (art. 11 § 4 Sec. prot. add. Conv. Budapest). Si consideri altresì l'applicazione della *lex fori*, eccetto i casi in cui lo Stato richiedente nulla specifichi. Una differenza con l'art. 9 Sec. prot. add. Ceag consiste nel fatto che lo Stato richiesto può rifiutare la *lex fori* ove questa non risulti compatibile con il suo «diritto interno»: una clausola, se intesa in modo letterale, più stringente rispetto a quella dell'incompatibilità con i princìpi fondamentali dell'ordinamento, stabilita dal citato art. 9 Sec. prot. add. Ceag. Anche in tale ipotesi, però, la consultazione schiude margini di flessibilità potenzialmente ampi: in alternativa alla *lex loci*, è possibile applicare le regole convenute tra le autorità dei due Stati (art. 11 § 4 Sec. prot. add. Conv. Budapest). In tal caso, l'unico limite, stabilito in modo implicito, pare nuovamente il rispetto dei princìpi fondamentali di entrambi gli ordinamenti.
In linea con diversi accordi bilaterali[23], i compensi degli esperti, le spese per la traduzione, l'interpretazione e la trascrizione e i costi straordinari sono a carico dello Stato richiesto, salvo

[22] Al riguardo, v. O. Murro, *La disciplina della videoconferenza per le dichiarazioni del testimone e dell'esperto*, in *DPP* 2022, 1143 ss., secondo cui, per tale motivo, la previsione risulta «anomala».
[23] Per tutti, v. art. VII § 7 accordo Italia-Albania («*Accordo tra la Repubblica italiana e la Repubblica di Albania, aggiuntivo alla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 ed alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, ed inteso a facilitarne l'applicazione*», recepito con l. 14.6.2011 n. 97); art. VI § 7 accordo Italia-Svizzera («*Accordo tra l'Italia e la Svizzera che completa la*

accordi diversi, ferma restando la necessità di una previa consultazione tra le autorità dei due Paesi ove si prevedano costi straordinari (art. 11 § 6 Sec. prot. add. Conv. Budapest).
Il Consiglio d'Europa non concepisce le tecnologie di comunicazione a distanza come un mero strumento per facilitare le procedure di assistenza giudiziaria tra Stati, ma ne contempla l'applicazione anche con finalità di tutela di dichiaranti vulnerabili, in procedimenti penali senza elementi di transnazionalità. È il caso dell'art. 36 § 2 lett. *b* Convenzione di Lanzarote[24], che configura la possibilità di sentire a distanza testimoni minori d'età vittime di abusi sessuali, al fine di renderne meno traumatica l'audizione. Ai sensi della norma citata, «*the victim may be heard in the courtroom without being present, notably through the use of appropriate communication technologies*». Queste disposizioni, come spesso accade, hanno poi contribuito ad ispirare le previsioni eurounitarie: una norma identica, estesa a tutte le vittime con specifiche esigenze di protezione, adulte e minori d'età, è infatti prevista dall'art. 23 § 3 lett. *b* direttiva 2012/29/UE, secondo cui tali dichiaranti possono beneficiare di «misure per consentire alla vittima di essere sentita in aula senza essere fisicamente presente, in particolare ricorrendo ad appropriate tecnologie di comunicazione». Se l'esame da remoto è, in generale, meno accurato rispetto a quello in presenza, detto problema risulta amplificato in caso di dichiaranti minorenni, soprattutto bambini. Nelle loro interazioni, infatti, la comunicazione non verbale è ancor più rilevante rispetto a quella degli adulti, cosicché l'utilizzo di tecnologie di collegamento a distanza rischia inesorabilmente di impedire la percezione di gran parte del messaggio, rendendo l'audizione incompleta e suscettibile di fraintendimenti. Occorre dunque limitare il più possibile l'uso di tali strumenti in caso di dichiaranti minorenni e, in generale, vulnerabili[25].

5. Benché nell'art. 6 Cedu non compaia alcun riferimento all'esame testimoniale a distanza, la giurisprudenza di Strasburgo ha affrontato a più riprese il tema, soprattutto in relazione al collegamento da remoto dell'accusato per partecipare alle udienze, tema ancor più carico di implicazioni rispetto all'esame a distanza del testimone.
Per quanto riguarda la testimonianza da remoto, la norma di riferimento è innanzitutto l'art. 6 § 3 lett. *d* Cedu, ai sensi del quale la persona accusata di un reato ha diritto a esaminare o a far esaminare testimoni a carico e ad ottenere la citazione di quelli a discarico nelle medesime condizioni dei testi a carico.
Anche in questo caso, la Corte adotta una linea aperturista, conformemente all'obiettivo della Cedu di dettare livelli minimi di garanzie, suscettibili di innalzamento da parte dei singoli ordinamenti statali. L'esame da remoto del testimone non viene perciò considerato *a priori* contrario al *fair trial*, benché risulti sicuramente preferibile quello in presenza[26]. La Corte Edu effettua, come di consueto, una valutazione complessiva del caso concreto, «*as a whole*», per valutare se le tutele approntate nel singolo processo penale siano effettivamente idonee a garantire l'equità[27].

Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959 e ne agevola l'applicazione», recepito con l. 5.10.2001 n. 367).
[24] *Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse*, Lanzarote, 25.10.2007, *Council of Europe Treaty Series - No. 201*, in *rm.coe.int*.
[25] V., *amplius*, N. Pascucci, *La testimonianza della persona offesa minorenne. Dalle sollecitazioni sopranazionali alle risposte dell'ordinamento italiano*, Torino 2020, 20.
[26] Corte eur., 3.3.2011, *Zhukovskiy c. Ucraina*, § 43.
[27] Sulla necessità di considerare l'art. 6 Cedu «*as a whole*», v., tra le tante, Corte eur., 4.11.2025, *Vasile Rusu c. Romania*, § 57, 82; Corte eur., 27.7.2021, *X c. Paesi Bassi*, § 43; Corte eur., 5.10.2006, *Marcello Viola c. Italia*, § 53; Corte eur., 23.2.1994, *Stanford c. Regno Unito*, § 26; Corte eur., 12.2.1985, *Colozza c. Italia*, § 27.

Secondo la giurisprudenza di Strasburgo, qualora la persona accusata del reato presti il consenso al collegamento a distanza non si pongono problemi, poiché i diritti del *fair trial* sono rinunciabili da parte dell'interessato[28]. La rinuncia, espressa o tacita, è infatti sempre possibile, purché risulti inequivoca, volontaria, consapevole e informata, assistita da «*minimum safeguards commensurate to its importance*», non contraria a «*any important public interest*». Inoltre, in caso di rinuncia implicita, è necessario dimostrare che l'accusato avrebbe potuto prevedere ragionevolmente le conseguenze di tale scelta[29]. I giudici di Strasburgo ritengono poi che la rinuncia a esaminare un testimone – e quindi, *a fortiori*, il consenso a sentirlo a distanza – possa provenire non solo dall'accusato, ma anche dal suo difensore[30].
Qualora difetti il consenso dell'accusato, la Corte non reputa l'esame da remoto del testimone *ex se* incompatibile con il diritto al confronto *ex* art. 6 § 3 lett. *d* Cedu[31]. In generale, tale diritto si considera rispettato quando l'accusato ha ottenuto una «*adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him – either when that witness is making his statements of at a later stage of the proocedings*»[32]. Le uniche condizioni per rispettare la norma, quindi, risiedono nel fatto che l'opportunità di confronto, attuale o differita, risulti "adeguata" e "idonea".
Vengono dunque in questione, nel caso dell'esame a distanza, due requisiti primari: l'adeguatezza tecnica del collegamento[33], che l'accusato può contestare[34], e la necessità di bilanciare la perdita della presenza fisica con altre esigenze processuali. Tra i fattori di bilanciamento, sono stati di volta in volta considerati le ragioni di speditezza; la protezione della sicurezza e dell'ordine pubblico, ove la presenza fisica di un detenuto appartenente alla criminalità organizzata possa ad esempio intimidire collaboratori di giustizia e vittime; esigenze di tutela di minorenni vittime di abusi sessuali; la necessità di assumere prove all'estero, soprattutto ove vi sia il pericolo di indebite pressioni[35].
In merito alla qualità del collegamento, occorre garantire la reciproca visibilità e udibilità tra i partecipanti in aula e colui che si trova collegato[36].
Come accennato, si ritiene comunque preferibile l'esame in presenza, per garantire il quale le autorità nazionali debbono compiere ogni sforzo ragionevole[37]. La Corte europea dei diritti dell'uomo è perciò consapevole dell'inferiorità, sotto il profilo gnoseologico, dell'audizione da remoto. Ciò emerge altresì da quell'orientamento che permette di condannare l'imputato anche in assenza di un confronto con il testimone d'accusa solo dopo aver compiuto ogni tentativo ragionevole per sentirlo: tra i tentativi considerati, vi è anche l'esame in videocollegamento tramite rogatoria, che viene quindi concepito come un fattore "compensativo" e non come la "regola d'oro" per l'audizione di un testimone[38].

---

[28] Corte eur., 23.6.2011, *Zdravko Petrov c. Bulgaria*, § 37; Corte eur., 26.4.2007, *Vozhigov c. Russia*, § 57.
[29] *Ex multis*, v. Corte eur., 12.6.2025, *Krpelík c. Repubblica Ceca*, § 76.
[30] Corte eur., 18.12.1989, *Kamasinski c. Austria*, § 91.
[31] Corte eur., 27 ottobre 2011, *Ahorugeze c. Svezia*, § 122.
[32] Così Corte eur. GC, 15.12.2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 105. Similmente, Corte eur. GC, 15.12.2011, *Al-Khawaja e Tahery c. Regno Unito*, § 118.
[33] In relazione al collegamento a distanza dell'accusato, v. Corte eur. GC, 2.11.2010, *Sakhnovskiy c. Russia*, § 98, secondo cui occorre che quest'ultimo sia in grado di «*follow the proceeding and to be heard without technical impedimentss*».
[34] Corte eur., 5.10.2006, *Marcello Viola c. Italia*, § 74.
[35] Per tutte, Corte eur., 5.10.2006, *Marcello Viola c. Italia*, § 70 s.; Corte eur., 16.2.2016, *Yevdokimov e al. c. Russia*, § 43; Corte eur., 10.11.2005, *Bocos-Cuesta c. Paesi Bassi*, § 71; Corte eur., 3.3.2011, *Zhukovskiy c. Ucraina*, § 45; Corte eur., 27 ottobre 2011, *Ahorugeze c. Svezia*, § 122.
[36] Corte eur., 16.2.2016, *Yevdokimov e al. c. Russia*, § 43.
[37] Corte eur., 3.3.2011, *Zhukovskiy c. Ucraina*, § 43.
[38] Corte eur. GC, 15.12.2015, *Schatschaschwili c. Germania*, § 136-140; Corte eur., 23.6.2016, *Ben Moumen c. Italia*, § 50 s.

La Corte, pur senza riconoscere mai la piena equiparabilità tra presenza fisica e collegamento da remoto, legittima quest'ultimo utilizzando anche argomenti esterni al "sistema Cedu": innanzitutto, riconosce che tale strumento è contemplato da diverse convenzioni in materia di assistenza giudiziaria, stipulate sia in seno al Consiglio d'Europa – di cui fa parte la stessa Cedu – sia tra gli Stati dell'Unione europea: ci si riferisce, rispettivamente, al Secondo protocollo addizionale alla Ceag e alla Convenzione di Bruxelles[39]. Per quanto riguarda l'Italia, la giurisprudenza di Strasburgo, espressasi in merito alla disciplina anteriore alla legge 23 giugno 2017, n. 103, osserva inoltre che la normativa italiana stabilisce in modo preciso i casi, l'autorità competente e le modalità tecniche di videoconferenza[40] e che essa «*poursuit des buts légitimes à l'égard de la Convention*»[41].
La Corte non esclude *a priori* nemmeno la compatibilità tra l'art. 6 Cedu e l'esame mediante conferenza telefonica, pur avendola in un'occasione considerata illegittima[42]. Tale approccio pare fin troppo permissivo, nei confronti di uno strumento che, come già osservato, non consente di escutere in maniera attendibile un dichiarante. Il diritto di esaminare i testimoni *ex* art. 6 § 3 lett. *d* Cedu non sembra infatti realizzabile con il mezzo del telefono, il quale elimina del tutto la comunicazione non verbale e limita in maniera sensibile l'interazione tra i partecipanti, creando non solo difficoltà comunicative, ma anche rischi elevati di fraintendimenti. Né si può ribattere che, così ragionando, dovrebbe allora vietarsi anche la documentazione meramente fonografica di un esame in presenza. Se, in linea di principio, questo tipo di documentazione risulta in effetti estremamente carente e quindi da evitare, soprattutto in caso di dichiaranti minorenni o di vittime vulnerabili, bisogna tuttavia riconoscere che un conto è un esame celebrato *in toto* tramite telefono e quindi parimenti documentato con il solo audio, un altro è un esame tenutosi in presenza, con possibilità di piena interazione tra le parti, e poi documentato attraverso una mera fonoregistrazione. In quest'ultimo caso, infatti, si tratta di un esame in cui le parti e il testimone si sono confrontati in modo completo, benché documentato in maniera parziale. Nel primo caso, invece, è proprio l'esame in sé ad essere carente, con una documentazione che perciò riflette un irrimediabile difetto originario dell'atto.
Di fronte a una lesione dell'art. 6 § 3 lett. *d* Cedu, la Corte potrebbe semmai verificare se – in base al consueto, benché criticabile, orientamento olistico *case by case* – il *fair trial*, valutato «*as a whole*», sia stato violato o se vi siano, al contrario, garanzie che abbiano compensato il *vulnus* alla suddetta previsione nel caso di specie.

6. Considerato, soprattutto dopo lo scoppio della pandemia da Covid-19, l'utilizzo sempre più diffuso della videoconferenza nei procedimenti giudiziari, la *Commission européenne pour l'efficacité de la justice* (Cepej), organismo del Consiglio d'Europa finalizzato a implementare l'efficienza giudiziaria, ha ritenuto opportuno dettare regole di *soft law* capaci di orientare le corti, valevoli sia per i processi civili che per quelli penali. Si tratta delle *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings* del 2021[43], accompagnate da una raccolta di buone

[39] Corte eur., 5.10.2006, *Marcello Viola c. Italia*, § 66; conf. Corte eur., 27.11.2007, *Asciutto c. Italia*, § 63.
[40] Corte eur., 5.10.2006, *Marcello Viola c. Italia*, § 65.
[41] Corte eur., 27.11.2007, *Zagaria c. Italia*, § 29.
[42] Corte eur., 23.4.1997, *Van Mechelen e al. c. Paesi Bassi*, § 59.
[43] Cepej, *Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings. Document adopted by the CEPEJ at its 36th plenary meeting (June 2021)*, Council of Europe, 2021, in *rm.coe.int*. Per un'analisi, v. B. Galgani, *Forme e garanzie nel prisma dell'innovazione tecnologica. Alla ricerca di un processo penale "virtuoso"*, Milano 2022, 307 ss.; N. Pascucci, *L'esame a distanza*, cit., 18 ss.

pratiche nazionali[44]. In ambito penale, esse riguardano ogni ipotesi di videoconferenza, finalizzata sia ad acquisire prove dichiarative, sia a consentire la partecipazione dell'imputato. Per quanto concerne le *Guidelines*, alle previsioni introduttive segue la *Part* I, intitolata «*Procedural issues on videoconferencing in respect of the right to a fair trial*» (punti 1-31), la quale contiene enunciazioni di valore applicabili a tutti i procedimenti. Tra di esse, i punti 21-31 sono dedicati ai procedimenti penali. La *Part II*, denominata «*Organisational and technical issues of videoconferencing*» (punti 32-56), ha invece ad oggetto gli aspetti tecnici ed organizzativi. L'appendice delle *Guidelines* contiene infine una *checklist* delle caratteristiche essenziali per collegarsi da remoto nella prassi giudiziaria[45].

Le linee guida stabiliscono innanzitutto lo scopo, cioè assicurare che la videoconferenza non pregiudichi il diritto al *fair trial* stabilito dall'art. 6 Cedu. La finalità è poi ribadita tra i princìpi fondamentali, che stabiliscono l'applicazione di tutte le garanzie dell'equo processo alle *remote hearings*. Inoltre, ai sensi del punto 34 delle *Guidelines*, la *remote hearing* si basa non solo sui princìpi di efficienza e di celerità dei procedimenti, ma anche su quelli di «*fairness*» e di «*co-operation, security and legality of personal data processing*». Il consenso libero e informato dell'imputato è richiesto espressamente, in alternativa alla presenza di uno scopo legittimo («*legitimate aim*»)[46], solo quando si preveda la partecipazione da remoto del medesimo (punti 21-22). Tale previsione è comunque ragionevolmente estensibile dalle normative nazionali alle ipotesi di esame a distanza di un testimone, considerati i riflessi sull'esercizio dei diritti difensivi[47]. L'esame da remoto, in linea con la giurisprudenza di Strasburgo, è considerato dalle *Guidelines* non solo per i potenziali benefici sull'efficienza processuale, ma anche in funzione di tutela di dichiaranti in condizioni di vulnerabilità psicofisica, come i minorenni, i migranti, le persone con disabilità. A tale proposito, si invitano i giudici a considerare dette situazioni nella decisione sull'*an* e sul *quomodo* della *remote hearing* (punto 8). La norma va letta in combinato disposto con il suddetto punto 22, il quale, tra gli "scopi legittimi", individua la tutela dei diritti alla vita, alla libertà e alla sicurezza di testimoni e vittime di reato[48].

Un obiettivo utopistico, declamato dalle *Guidelines* ma lungi dall'essere raggiunto, è la c.d. "neutralità tecnologica", cioè l'irrilevanza dello strumento tecnologico rispetto ai valori del processo penale. Ad essa fa riferimento il punto 49, in base al quale gli Stati dovrebbero valutare di rendere le norme sulla videoconferenza «*technology-neutral*», senza imporre o favorire «*a particular type of videoconferencing technology*». Si tratta di un proposito smentito dai fatti, come del resto traspare dalla trama normativa delle stesse *Guidelines*, nate proprio per salvaguardare le garanzie minime del *fair trial* in caso di collegamento da remoto, nella consapevolezza delle insidie che reca con sé questa pratica. Del resto, il punto 48 prevede la necessità di adottare *standard* minimi per gli *hardware* e per i *software* di videoconferenza, «*to reduce delays in video and audio data transmission*»: emerge quindi la consapevolezza che i ritardi possono essere ridotti ma non eliminati. Si prevedono altresì norme specifiche in caso di «*technical incident*» (punto 9), nonché per tutelare la sicurezza del collegamento (punti 42-

[44] V. altresì Cepej, *Selected national good practices on videoconferencing in judicial proceedings. Complement to the CEPEJ Guidelines on videoconferencing in judicial proceedings*, doc. redatto da M. Świerczyński, A. Palanco, in *rm.coe.int*, 30.11.2021, 1 ss.

[45] V. B. GALGANI, *Forme e garanzie*, cit., 309.

[46] Lo "scopo legittimo" come requisito della videoconferenza è altresì contemplato dalla giurisprudenza di Strasburgo: v. *supra*, § 5.

[47] Sul punto, v. *amplius* N. Pascucci, *L'esame a distanza*, cit., 21.

[48] Un'altra vulnerabilità considerata dalle linee guida è quella linguistica. In tal caso, però, la videoconferenza non è concepita come uno strumento facilitatore, potendo anzi rivelarsi un ostacolo aggiuntivo alla consapevole partecipazione dell'alloglotto all'udienza. Viene perciò stabilito che, quando il partecipante non conosce la lingua del processo, deve essere assistito da un interprete, il quale, in ogni momento dell'udienza, «*should have appropriate visual contact with the person whose speech is being interpreted*» (punti 19-20).

47) e sull'accesso all'assistenza tecnica dei partecipanti alla *remote hearing* (punto 54). Inoltre, la qualità di audio e video deve essere «*sufficient*» al fine di mantenere «*continuous and adequate audio-visual connectivity*»: dagli aggettivi "sufficiente" e "adeguata" – spesso utilizzati anche dalla Corte di Strasburgo in relazione al diritto dell'accusato di avere un'occasione di confronto con il proprio accusatore[49] – traspare la connaturata irriducibilità della partecipazione da remoto a quella in presenza. Questa irriducibilità emerge inoltre da una serie di previsioni, riguardanti le misure da prendere per garantire una connessione a internet affidabile e di sufficiente qualità, anche sotto il profilo dell'illuminazione, che consenta la presenza effettiva della persona all'udienza e la sua visibilità (punto 37), nonché per colmare eventuali vulnerabilità tecnologiche dei partecipanti. Si pensi all'erogazione di *tutorial*, utili ai partecipanti meno avvezzi alla videoconferenza, al collegamento preventivo di prova, alla connessione alla sessione di videoconferenza «*in good time before the remote hearing is due in order to resolve any technical issues*» (punti 35, 38 e 39). I testimoni, tra l'altro, sono spesso i soggetti maggiormente esposti a vulnerabilità tecnologiche, non essendo di solito avvezzi all'utilizzo professionale di collegamenti da remoto, per di più in un contesto processuale[50].
Questo atto di *soft law* si pone dunque in piena continuità con gli orientamenti della Corte europea dei diritti umani, che considera la videoconferenza non incompatibile *ex se* con l'art. 6 Cedu, fissando però, come osservato, alcune condizioni generali da valutare caso per caso.
Per quanto riguarda l'esame a distanza del testimone, sono dettate due previsioni specifiche, ai punti 14 e 15, in cui si riconosce, in sostanza, la non equiparabilità *tout court* tra esame in presenza e da remoto.
Il punto 14 afferma che l'escussione testimoniale da remoto deve conformarsi «*as closely as possible*» all'esperienza dell'esame in presenza. La norma va letta in combinato disposto con il punto 33, secondo cui gli Stati dovrebbero assicurare, «*as much as possible*», «*a true-to-life hearing experience*» che includa «*full communication and interaction of all the parties to the procedure with the person to be heard*».
Al punto 15 si evidenzia la necessità di garantire l'integrità delle udienze remote e di evitare pressioni o influenze sui testimoni: si tratta, con ogni evidenza, di due punti nevralgici, che marcano un'importante differenza tra l'escussione in presenza e a distanza. Non solo, infatti, l'integrità dei dati è essenziale per garantire la qualità e la sicurezza dell'atto, ma, in un ambiente remoto non adeguatamente controllato da un operatore della giustizia, si corre il rischio che soggetti terzi compiano indebite pressioni sul dichiarante, perdipiù senza possibilità di adeguata verifica. Funzionale a prevenire tali fenomeni, oltreché a garantire un ambiente il più possibile simile a quello *de visu*, è il punto 7, secondo cui il giudice deve assicurare che la trasmissione venga vista e sentita dai partecipanti al procedimento e, in caso di pubblica udienza, anche dal pubblico: la previsione si pone in continuità con gli orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo[51].
Un altro aspetto di portata generale, ma di primario rilievo per l'esame a distanza dei testimoni, è la possibilità di presentare «*documents or any other materials*» in una *remote hearing*. In tal caso, si affida al giudice il compito di fornire le necessarie istruzioni (punto 16), avendo cura che tutti i partecipanti possano vedere i materiali presentati (punto 17). Queste norme sono applicabili anche durante un esame testimoniale, potendo risultare necessario sottoporre al dichiarante un documento o utilizzare documenti in aiuto alla memoria. Il collegamento a distanza rischia di rendere tali attività innaturali e farraginose. Il problema, come si vede, non viene eliminato dalle *Guidelines*, le quali ne demandano la risoluzione pratica al giudice.

[49] V. *supra*, § 5.
[50] V. *amplius* N. Pascucci, *L'esame a distanza*, cit., 25.
[51] V. *supra*, § 5.

7. Dagli atti e dalla giurisprudenza della "Grande Europa" emerge un generale *favor* verso l'esame testimoniale a distanza, non solo nei rapporti di assistenza giudiziaria con autorità estere, ma anche nei procedimenti penali senza elementi di transnazionalità. Si riconoscono comunque, in modo condivisibile, i rischi di tali tecnologie per l'efficacia del diritto al confronto con il dichiarante e, in generale, la minor affidabilità rispetto a un'escussione in presenza.
Si colgono rilevanti interazioni con il sistema eurounitario: si pensi alla Convenzione di Bruxelles del 2000, stipulata in seno all'Unione europea, cui sono ispirate numerose previsioni del Secondo protocollo addizionale alla Ceag del 2001; si consideri altresì la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, che legittima il collegamento da remoto anche in ragione del fatto che esso è previsto da convenzioni del Consiglio d'Europa e dell'Unione europea.
Il livello qualitativo richiesto per il collegamento da remoto è, tuttavia, criticabilmente basso, come dimostra l'ammissibilità, ormai anacronistica, della conferenza telefonica, presente non solo nel più datato Secondo protocollo addizionale alla Ceag, ma anche nel Secondo protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest. Né la Corte di Strasburgo eleva tale standard, peraltro in coerenza con il compito del "sistema Cedu" di stabilire livelli minimi, innalzabili pur sempre dai singoli ordinamenti statali. Le previsioni sull'esame in teleconferenza, presenti nei citati accordi internazionali, dovrebbero essere abrogate, risultando impensabile, al giorno d'oggi, che le autorità di un Paese membro del Consiglio d'Europa non dispongano di tecnologie audiovisive e debbano invece ricorrere al telefono.
Il fatto che le *Guidelines* della Cepej, organismo del Consiglio d'Europa finalizzato a favorire l'efficienza della giustizia, non consideri per nulla la teleconferenza pare comunque un chiaro sentore della generale inidoneità di questo mezzo per sentire un dichiarante. Del resto, un processo penale non può considerarsi efficiente se, pur contraendo i tempi, smarrisce la sua finalità accertativa[52].
Le citate linee guida lasciano spesso ai giudici un ampio margine valutativo. Nondimeno, paiono comunque utili a individuare gli intrinseci difetti della videoconferenza e le soluzioni pratiche idonee a rendere l'esame a distanza il più possibile simile a quello in presenza.
Nonostante l'impostazione apparentemente permissiva adottata ad ogni livello dal Consiglio d'Europa, emerge un'attenzione particolare alle carenze di tali tecnologie. Nonostante diverse ambiguità riscontrabili sia a livello normativo che giurisprudenziale, dalla "Grande Europa" non proviene un acritico "lasciapassare" ad ogni tipo di utilizzo della videoconferenza per sentire un testimone, bensì un forte monito a mantenere l'esame in presenza come opzione preferibile, circondando al contempo l'escussione a distanza, ove indispensabile, di una serie di cautele finalizzate a garantirne la compatibilità con i princìpi sopranazionali e costituzionali.

[52] Sui rapporti tra durata del processo e «primari valori di giustizia», v., per tutti, P. Ferrua, *Il 'giusto processo'*[3], Bologna 2012, 113 ss.

LA RIGIDITA' DEL PARADIGMA MELLONI NELL'ERA DELLE DIRETTIVE DI ARMONIZZAZIONE: RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO ANACCO*

di Lorenzo Rapisarda (Dottorando di ricerca in diritto processuale penale, Università di Catania)

Il contributo analizza criticamente l'ordinanza della Corte di giustizia dell'Unione Europea nel caso *Anacco*, soffermandosi sulle tensioni sistemiche derivanti dall'applicazione della dottrina elaborata con la sentenza *Melloni* nell'attuale fase del diritto processuale penale europeo, caratterizzata dal progressivo sviluppo delle direttive di armonizzazione dei diritti procedurali. L'analisi mette in luce le aporie derivanti dall'assimilazione del caso *Anacco* ai precedenti concernenti i processi celebrati *in absentia*, mediante una lettura rigidamente formalistica dell'art. 4-*bis* della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, osservando come la presenza di una *retrial clause* venga elevata dalla Corte a strumento idoneo a neutralizzare qualsiasi violazione verificatasi nel procedimento conclusosi con la condanna. Il contributo intende evidenziare che la mancata assistenza difensiva nel corso di un procedimento penale, derivante da patologiche lacune all'interno degli ordinamenti nazionali, non possa essere considerata compatibile con il livello di tutela dei diritti fondamentali già imposto dal diritto dell'Unione e come, invece, proprio l'ordinanza *Anacco* apra una crisi di coerenza all'interno del sistema europeo di tutela dei diritti.
This article critically examines the order delivered by the Court of Justice of the European Union in the *Anacco* case, focusing on the systemic tensions arising from the continued application of the doctrine established in *Melloni* within the contemporary framework of European criminal procedural law, increasingly shaped by harmonisation directives on procedural rights. The paper argues that the Court adopted an excessively formalistic interpretation of Article 4a of the Framework Decision on the European Arrest Warrant, effectively treating the existence of a retrial clause as sufficient to remedy any procedural defect affecting the original proceedings. In doing so, the specific implications deriving from the absence of legal representation during the criminal trial were largely overlooked. The contribution argues that the lack of legal assistance, particularly where it results from structural shortcomings within national legal systems, cannot be regarded as compatible with the level of fundamental rights protection required by EU law, the Charter of Fundamental Rights, and secondary legislation concerning defence rights. From this perspective, the *Anacco* case exposes a broader crisis of coherence within the European system of fundamental rights protection and raises wider questions regarding the relationship between mutual trust, mutual recognition, and the effective safeguarding of procedural guarantees.

Mandato d'arresto europeo; Diritto alla difesa tecnica; Dialogo tra le Corti
European Arrest Warrant; Right to Legal Assistance; Dialogue between Courts

Sommario: 1. Una premessa di sistema: traiettorie del dialogo tra le Corti; 2. Specificità del caso *Anacco* e aporie derivanti dall'applicazione della dottrina *Melloni*; 3. Il diritto di difesa tecnica come diritto fondamentale; 4. Può *Anacco* diventare il nuovo *Taricco*?

* Lo scritto riproduce, con note e integrazioni, l'intervento svolto in occasione del convegno *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, II Edizione, Università di Firenze, 20 novembre 2025.

1. La c.d. costituzionalizzazione dell'Unione europea, secondo una duplice accezione elaborata in dottrina, rappresenta sia il percorso mediante il quale l'ordinamento dell'Unione europea si è progressivamente affrancato dalla logica propria del diritto delle organizzazioni internazionali, sviluppando una propria autonomia rispetto agli ordinamenti degli Stati membri, sia il graduale processo attraverso cui il diritto dell'Unione europea ha maturato una crescente attenzione verso le esigenze di tutela dei diritti fondamentali[1].
Ciò ha consentito alla Corte di giustizia di assumere un ruolo propulsivo all'interno di una rete giurisdizionale capace di produrre e (r)innovare il diritto, contribuendo alla definizione dei suoi principi strutturali e orientando l'evoluzione (nonché la trasformazione) degli equilibri interordinamentali. In questa prospettiva, è stato affermato che «*the most remarkable development in the case law [of the CJEU] over the last ten years has perhaps been the way the ECJ has broadened and deepened its jurisdiction on fundamental rights*»[2].
In un contesto normativo caratterizzato da un'elevata densità di interconnessioni tra ordinamenti multilivello, le tradizionali categorie di subordinazione o separazione funzionale sono divenute insufficienti per definire il rapporto tra giudici nazionali e Corti sovranazionali. Tali relazioni assumono, piuttosto, le forme fluide di un dialogo giurisprudenziale dinamico, alimentato da richiami reciproci, convergenze interpretative e, talvolta, perfino da tensioni.
Queste ultime, dunque, traggono origine dal pluralismo delle sedi di garanzia e dalla sovrapposizione delle rispettive funzioni interpretative, che vede interagire — talora in chiave conflittuale — giudici nazionali, Corte di giustizia e Corte europea dei diritti dell'uomo nella definizione del significato e nell'elaborazione del contenuto di principi ormai elevati a patrimonio comune, in particolare quelli afferenti alla salvaguardia dei diritti fondamentali[3].
È stato in proposito rilevato come, nella prassi, il dialogo tra le Corti si sviluppi secondo due principali modalità[4].
Una prima direttrice si manifesta attraverso i frequenti riferimenti reciproci che le giurisdizioni sovranazionali e le corti nazionali inseriscono nelle rispettive decisioni[5].

---

[1] Si tratta di riflessioni di G. Martinico, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2018, 3, 793-794. Sul tema, altresì, autorevolmente, G. Tesauro, *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1992, 426 ss., nonché K. Lenaerts, *Fundamental rights in the European Union*, in *European Law Review* 2000, 575 ss.

[2] T. Tridimas, *The ECJ and the National Courts: Dialogue, Cooperation, and Instability*, in *The Oxford Handbook of European Union Law*, a cura di D. Chalmers e A. Arnull, Oxford 2015, 405.

[3] Cfr., sul punto, D. Halberstam, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, a cura di J.L. Dunoff e J.P. Trachtman, Cambridge 2009, 337, il quale, sviluppando l'idea di un rapporto di natura eterarchica tra le corti nel contesto europeo, sostiene che «*constitutional heterarchy is not merely conflict and accommodation based on raw power differentials or random fortuity of positions of relative advantage. Instead, constitutional heterarchy reflects the idea that the coordination among the various actors is based in constitutional considerations, that is, in the values of constitutionalism itself*».

[4] Il riferimento è a G. Lattanzi, *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco*, in *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme/Intersecting Views on National and International Human Rights Protection. Liber Amicorum Guido Raimondi*, a cura di L.-A. Sicilianos, I.A. Motoc, R. Spano e R. Chenal, Tilburg 2019, 419.

[5] Cfr. A. Ruggeri, *"Dialogue" Between European and National Courts, in the Pursuit of the Strongest Protection of Fundamental Rights (with Specific Regard to Criminal and Procedural Law)*, in Humans Rights in European Criminal Law, a cura di S. Ruggeri, Cham 2015, 11: «*the European courts increasingly often mutually refer to each other, as they also do to the most significant rulings of national courts (some in particular) from whose case law they draw on those "common constitutional traditions" that are seen as an inexhaustible reservoir for an effective, renewed protection of rights. At the same time, also in the rulings of national courts (both constitutional and ordinary) there are now frequent references to the case law of European courts, especially in view of the fulfilment of those "new" rights that, in a growing number and demand, are to be safeguarded*».

Maggiore visibilità, tuttavia, assume il dialogo che si articola mediante sollecitazioni esplicite e rinvii, spesso coincidenti con l'emersione di contrasti interpretativi, nei quali possono venire in rilievo anche i c.d. controlimiti.
Nondimeno, «il confronto dialettico tra le Corti sopraggiunge a garantire che la tutela multilivello dei diritti non si risolva in una sterile contrapposizione egemonica tra ordinamenti e tra giudici di ciascuno di essi, ma si assesti piuttosto su un ragionevole punto di equilibrio»[6].
Il dialogo tra le Corti, pertanto, anche laddove sorgano frizioni e resistenze interpretative, non andrebbe inteso come un'azione di regolamento di confini e di edificazione di barricate, bensì come un processo volto alla composizione dei valori in tensione, attraverso un bilanciamento che consenta di armonizzare le diverse posizioni delle corti, concorrendo alla costruzione di «una comune casa dei diritti, meno legata all'origine nazionale delle comunità che vi vivono piuttosto che alla creazione di un nuovo ordinamento, capace di fonderle in unità»[7].

2. Al fine di valutare se e in che termini il caso Anacco possa essere ricondotto alla dinamica del dialogo tra le corti, si rende preliminarmente necessario delineare i tratti che ne definiscono la peculiare fisionomia.
L'ordinanza Anacco[8] è derivata da un mandato d'arresto europeo, emesso dall'autorità giudiziaria belga, per l'esecuzione di una condanna inflitta a una cittadina franco-maliana per il reato di sottrazione di minore. Tale sentenza, peraltro, è stata pronunciata in assenza dell'imputata, non essendole neppure stato notificato l'atto d'imputazione. Inoltre – ed era questo il nodo centrale e maggiormente problematico per l'esecuzione del MAE da parte della Corte d'Appello di Roma – il processo si era svolto senza un difensore che assistesse e rappresentasse l'imputata – come consente di fare l'ordinamento belga – non essendone stato nominato uno né d'ufficio né, tantomeno, di fiducia.
La Corte capitolina, dunque, si è interrogata sulla compatibilità con il diritto dell'Unione – in particolare, con l'art. 6 TUE e gli articoli 48 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nonché con gli articoli 3 della Direttiva 2013/48/UE e 6 della Direttiva 2012/13/UE – e con l'articolo 6, paragrafo 3, della CEDU di una normativa interna che non consentisse il rifiuto all'esecuzione di un MAE emesso a seguito di un processo penale celebratosi in assenza di un difensore nominato di fiducia dall'imputato o d'ufficio dal Tribunale. Specificamente, inoltre, il giudice del rinvio s'interrogava sulla medesima compatibilità anche nelle ipotesi – come quella ricorrente nel caso di specie – in cui, a seguito della consegna, fosse esperibile una *retrial clause* nell'ordinamento d'emissione o comunque potesse essere proposto appello contro la sentenza emessa in assenza.
La lesione del diritto alla difesa tecnica è, dunque, l'elemento differenziale del caso rispetto ad altri precedenti in materia della Corte eurounitaria. Quest'ultima, peraltro, è parsa non dare il giusto rilievo a tutte le questioni coinvolte, sollevate dal giudice del rinvio, reiterando principi enunciati nel proprio *case law* in tema di mandati d'arresto europei emessi successivamente a processi contumaciali, che, tuttavia, solo in parte erano aderenti al fatto[9].

[6] G. Lattanzi, *Dialogo tra le Corti e il caso Taricco*, cit., 418.
[7] *Ibidem*.
[8] C.G.UE, Prima Sezione, 20.9.2024, C-504/24 PPU, Anacco. Si tratta di un'ordinanza perché la Corte, ritenendo che la questione di diritto potesse trovare risposta nella giurisprudenza o che comunque non desse adito a nessun ragionevole dubbio, ha applicato l'art. 99 del Regolamento di procedura. Conseguentemente, la pronuncia non è stata preceduta dalle conclusioni dell'Avvocato Generale.
[9] Cfr. N. Canestrini, *Una condanna nazionale senza difesa né contraddittorio non osta alla consegna in un procedimento MAE: il diritto di difesa è diritto solo illusorio e teorico?*, in *CP* 2025, 325-326: «l'ordinanza in commento si limita infatti a ribadire […] la legittimità di un MAE basato di una condanna nazionale contumaciale quando sussista la possibilità di riapertura del procedimento nazionale, senza rilevare che la specificità della questione pregiudiziale ruotava intorno alla possibilità per un giudice nazionale dell'Unione europea di emettere

La vicenda, infatti, riguardava non tanto e non solo un processo celebrato *in absentia* nello Stato d'emissione, essendo, invece, stata richiesta un'interpretazione circa la rilevanza, nel procedimento d'esecuzione di un MAE, di un preciso diritto fondamentale, quello alla difesa tecnica nel procedimento penale, riconosciuto anche dalla Carta di Nizza e dalla CEDU, e oggetto, altresì, di strumenti normativi d'armonizzazione nel diritto derivato dell'Unione, in attuazione della *Roadmap* di Stoccolma.
L'ordinanza con cui è stata data risposta al rinvio pregiudiziale non pare particolarmente convincente poiché sembra che la Corte di giustizia si sia esclusivamente limitata a una formalistica lettura dell'art. 4-bis della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo.
Quest'ultima disposizione, oggetto d'inserimento da parte della Decisione quadro 2009/299/GAI, regola i casi di (non) rifiuto facoltativo di un mandato d'arresto europeo, qualora quest'ultimo sia stato emesso per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, quando l'interessato non è comparso personalmente al processo. Segnatamente, il legislatore europeo ha definito quattro ipotesi – dalla lettera a) alla lettera d) del primo paragrafo – in cui deve comunque ritenersi che il processo contumaciale si sia svolto senza determinare violazione del diritto alla partecipazione da parte dell'imputato; conseguentemente, in tali situazioni, non viene meno l'obbligo di eseguire il MAE.
Nello specifico, la lettera d) dell'art. 4-bis della Decisione quadro prevede che il mandato d'arresto europeo debba essere regolarmente eseguito se, pur non avendo l'imputato ricevuto personalmente la notifica della decisione, quest'ultima sarà a lui accessibile dopo la consegna allo Stato emittente e sarà, altresì, espressamente informato del diritto a un nuovo processo o ad un ricorso in appello, cui l'interessato ha il diritto di partecipare, nonché dei termini entro cui deve richiedere un nuovo processo o presentare ricorso in appello, così che possa essere riesaminato il merito della causa, possano essere assunte prove nuove e possa la decisione originaria essere riformata[10].
La citata lettera d) ha assunto una non trascurabile centralità per la vicenda *Anacco* poiché la Corte l'ha giudicata assolutamente pertinente nel caso, affermando, peraltro, che «tale disposizione non fa riferimento all'assistenza di un avvocato durante il processo»[11], nel senso che «non si evince che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa rifiutare di eseguire un mandato d'arresto europeo quando la persona è destinataria di [un MAE] a seguito di un processo al quale non è comparsa personalmente, in quanto non è stata rappresentata da un avvocato da essa designato o nominato d'ufficio»[12]. Conseguentemente, ha sostenuto la Corte, non può interpretativamente innestarsi nell'art. 4-bis, lettera d), una nuova condizione all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo non prevista normativamente, perché ciò equivarrebbe a eludere il *numerus clausus* dei casi che giustificano un rifiuto all'esecuzione, in violazione della regola aurea propria del mutuo riconoscimento, per cui gli Stati membri sono tenuti a dare esecuzione all'atto trasmesso.
Ha proseguito la Corte, soffermandosi sul peso specifico della Direttiva 2012/13 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e della Direttiva 2013/48 sul diritto di avvalersi di un difensore, affermando che «un'eventuale non conformità del diritto nazionale dello Stato membro emittente alle disposizioni di una direttiva non può costituire un motivo idoneo a

una condanna a pena detentiva in assenza radicale di contraddittorio e assistenza difensiva, emettendo poi l'autorità giudiziaria di quello stato membro un MAE esecutivo rispetto a tale condanna. E invece proprio questo pare essere il *novum* della questione».
[10] Più approfonditamente, sull'art. 4-bis della Decisione quadro 2002/584/GAI, v. A. Stirone, *Il mandato d'arresto europeo. Grammatica della consegna nello spazio giuridico europeo*, Torino 2025, 155 ss.
[11] C.G.UE, Prima Sezione, 20.9.2024, C-504/24 PPU, Anacco, paragrafo 46.
[12] C.G.UE, Prima Sezione, 20.9.2024, C-504/24 PPU, Anacco, paragrafo 48.

comportare il rifiuto di eseguire il mandato d'arresto europeo»[13], poiché anche questo rappresenterebbe un aggiramento dei motivi di rifiuto all'esecuzione.
Vi sono, inoltre, due ulteriori puntualizzazioni da parte della Corte, che riprendono e consolidano la dottrina *Melloni*.
La prima riguarda l'interpretazione del motivo di rifiuto cristallizzato nell'art. 4-bis della Decisione quadro in conformità ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta di Nizza e dalla CEDU. Il dato da cui partono i giudici del Kirchberg è che l'art. 4-bis, unitamente ai precedenti articoli 3 e 4, disciplina in modo completo ed esaustivo sia i motivi obbligatori sia quelli facoltativi di rifiuto dell'esecuzione di un MAE e che, con specifico riguardo alle condizioni di rifiuto in caso di condanna *in absentia* nello Stato d'emissione, la «decisione quadro procede a un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna in contumacia, che riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, ai sensi del diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate in contumacia raggiunte da un mandato d'arresto europeo»[14]. Sul punto, la Corte ha osservato che la compatibilità della disposizione di cui all'art. 4-bis con quanto statuito dagli articoli 47 e 48 della Carta di Nizza è già stata oggetto di positivo accertamento; pertanto, la Corte esclude che il giudice nazionale possa negare la consegna per il solo fatto che la condanna *in absentia* sia stata pronunciata senza difensore, invocando la tutela dei diritti fondamentali, poiché ciò equivarrebbe a interrogarsi nuovamente sulla medesima questione di compatibilità[15].
Infine, ha affermato la Corte che un rifiuto all'esecuzione del MAE non potrebbe basarsi su uno standard di tutela nell'ordinamento italiano del diritto difesa tecnica superiore a quello dell'ordinamento eurounitario, poiché ciò «rimette[rebbe] in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definiti dal diritto dell'Unione»[16], pregiudicando i principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca. È proprio questa la riproposizione del cuore della dottrina *Melloni*.
I profili dell'ordinanza che destano perplessità sono molteplici per una serie di ragioni.
L'origine delle aporie risiede nell'avere la Corte incentrato il proprio *focus*, in maniera pressoché esclusiva, su quanto orbita attorno ai procedimenti *in absentia*, rispetto ai quali la presenza di una *retrial clause* nell'ordinamento d'emissione del mandato d'arresto europeo diventa una sorta di panacea, capace di sanare ogni tipologia di vizio e di violazione di diritti fondamentali occorsa nel procedimento che ha portato alla condanna, compresa la mancata nomina, quindi l'assenza, di un difensore dell'imputato[17].

---

[13] C.G.UE, Prima Sezione, 20.9.2024, C-504/24 PPU, Anacco, paragrafo 55.
[14] C.G.UE, Prima Sezione, 20.9.2024, C-504/24 PPU, Anacco, paragrafo 58, che a sua volta riprende testualmente il paragrafo 62 della sentenza Melloni (C.G.UE, Grande Sezione, 26.2.2013, C-399/11, Stefano Melloni).
[15] Criticamente, sul punto, S. Quattrocolo, *Su MAE e diritti fondamentali ritorna in auge Melloni: la Corte di giustizia segna ancora una volta la vecchia strada, che la Cassazione è costretta a seguire*, in www.lalegislazionepenale.eu, 18.7.2025, 8: «ed è esattamente questo che i remittenti chiedono di fare e che la Corte, invece, rifugge: tale incisivo passaggio della decisione resta infatti privo di ulteriori sviluppi, con il ripiegarsi dell'argomentazione della Corte sulla necessità di evitare che l'effettività del sistema del MAE sia compromessa».
[16] C.G.UE, Prima Sezione, 20 settembre 2024, C-504/24 PPU, Anacco, paragrafo 60, che a sua volta riprende testualmente il paragrafo 63 della sentenza Melloni.
[17] Cfr. A. Rosanò, *Fiducia reciproca e circostanze eccezionali: considerazioni a partire dall'ordinanza Anacco della Corte di giustizia in materia di MAE*, in *Riv. Quad. AISDUE* 2025, 1, 355: «il nocciolo della questione affrontata nell'ordinanza attiene al fatto che, ai fini dell'esecuzione del MAE, è irrilevante che la destinataria del mandato non sia stata rappresentata da un avvocato nel processo svoltosi in Belgio, dato che il MAE emesso dal *Procureur du Roi* chiariva che ella avrebbe potuto opporsi alla sentenza o proporre un ricorso in appello e indicava i termini per provvedere al riguardo, come previsto dall'art. 4 bis, par. 1, lett. d), della decisione quadro 2002/584/GAI».

Vi sono due effetti controversi *prima facie* più evidenti.
Innanzitutto, si sta sottodimensionando il valore di quel provvedimento di condanna emesso senza la presenza di un difensore per l'accusato: un nuovo processo potrà essere celebrato *ex novo* dopo la consegna, potendo anche giungersi a un esito assolutorio; tuttavia, quel provvedimento intanto sta producendo degli effetti giuridici, conducendo proprio alla consegna, con il conseguente potenziale sradicamento dal luogo in cui si svolge la vita familiare e professionale del soggetto consegnato.
Egualmente, come attentamente già sottolineato in dottrina, le prove acquisite nel corso del primo procedimento potrebbero restare pienamente valorizzabili nel successivo giudizio di rinnovazione, che non necessariamente si configura come un nuovo processo integralmente rifatto, bensì come una rivalutazione complessiva dei fatti alla luce delle nuove prove eventualmente introdotte e della partecipazione effettiva dell'imputato[18].
In secondo luogo, la pronuncia appare svilire il valore che le direttive di armonizzazione hanno assunto nel processo d'integrazione europea in materia penale, alla luce, soprattutto, di quanto disposto dalla legislazione primaria dell'Unione, in particolare dall'art. 82 TFUE.
Appare decisivo a riguardo, in primo luogo, quanto statuito dal Considerando n. 52 della Direttiva 2013/48, secondo cui la stessa «difende i diritti fondamentali e i principi riconosciuti dalla Carta». Lo scopo primario dovrebbe essere proprio quello di ravvicinare le normative nazionali, al fine di rafforzare la fiducia reciproca, così incidendo in misura positiva sul funzionamento del mutuo riconoscimento[19]. Pertanto, la non conformità di un ordinamento nazionale a una direttiva, il cui contenuto incide sulla tutela di diritti fondamentali, garantiti anche dalla Carta di Nizza, allo scopo di uniformarne la salvaguardia nello spazio giuridico eurounitario, non può non avere delle ricadute nella fiducia che verso quell'ordinamento gli altri Stati membri devono (o dovrebbero) riporre, causando, conseguentemente, una rottura nella catena che alimenta il principio del mutuo riconoscimento[20].
La distorsione diventa ulteriormente evidente se si analizza la giurisprudenza citata dalla Corte nell'ordinanza. Invero, quanto statuito nel caso *Anacco* al paragrafo 55 della pronuncia – per cui l'inosservanza nello Stato emittente degli obblighi derivanti da una direttiva dell'Unione non può giustificare il rifiuto, da parte dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, di dare corso al mandato di arresto europeo – è la riproposizione di un principio già affermato dalla stessa Corte eurounitaria nel caso *TR*[21], anch'esso relativo a un mandato d'arresto per l'esecuzione di una sentenza di condanna in contumacia, per il quale a venire in rilievo secondo

[18] Così S. Quattrocolo, *Su MAE e diritti fondamentali ritorna in auge Melloni: la Corte di giustizia segna ancora una volta la vecchia strada, che la Cassazione è costretta a seguire*, cit., p. 7: «la lettera dell'art. 4 bis d.q. MAE, così come interpretata dalla Corte di Giustizia, non esclude affatto che gli esiti accertativi ottenuti nel primo procedimento siano inutilizzabili nel nuovo, successivo, giudizio 'di purgazione', per la rivalutazione dei fatti alla presenza dell'imputato, in prima battuta pretermesso. Al contrario, dalla formula impiegata è chiaro che gli elementi valutativi acquisiti nel procedimento svoltosi senza le caratteristiche minime del processo equo rimangono utilizzabili, affiancandosi alle nuove prove indicate dall'imputato, finalmente presente».
[19] Cfr. V. Faggiani, *Le direttive sui diritti processuali. Verso un «modello europeo di giustizia penale»?*, in *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies* 2017, 1, 89: «i diritti riconosciuti in tali misure sono complementari e inseparabili nella garanzia del giusto processo. Inoltre, ravvicinando le norme processuali si intende rafforzare la fiducia nei sistemi di giustizia penale e consolidare il principio del reciproco riconoscimento delle sentenze e delle decisioni giudiziarie».
[20] T. Armenta Deu e L. Urban, *The Rights of Access to a Lawyer Under Directive 2013/48/EU*, in *Effective Defence Rights in Criminal Proceedings. A European Comparative Study on Judicial Remedies*, a cura di S. Allegrezza, V. Covolo, Padova 2018, 66: «*common standards in the protection of procedural rights are essential to promote cross-border cooperation among EU Member States. Indeed, judicial cooperation within the EU criminal justice area is based on the principle of mutual recognition, which requires mutual trust that only grows where fundamental rights are respected*».
[21] C.G.UE, Quarta sezione, 17.12.2020, C-416/20 PPU, *TR (Generalstaatsanwaltschaft Hamburg)*.

il giudice del rinvio, però, era la Direttiva 2016/343/UE sul diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali.
In quella sede, l'Avvocato Generale Tanchev ha affermato che la semplice possibilità che lo Stato di emissione non rispetti pienamente le disposizioni di una direttiva non basta, di per sé, a giustificare il rifiuto all'esecuzione di un MAE: solo una violazione di tale atto normativo secondario dell'Unione, che incida su un diritto fondamentale riconosciuto dalla Carta – nel caso specifico uno dei corollari del diritto a un equo processo – può legittimare il giudice dello Stato di esecuzione a interrompere o rifiutare la procedura di consegna[22].
L'analisi può sul punto arricchirsi di un tassello ulteriore, poiché quanto affermato nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Tanchev nella causa *TR* sembra riecheggiare quanto già in precedenza sostenuto dall'Avvocato Generale Sharpston nelle conclusioni della causa *Radu*. Quest'ultima, invero, aveva osservato che, con riferimento alle violazioni di natura procedurale, la gravità delle stesse è determinante: non qualsiasi compressione dei diritti è sufficiente a giustificare il rifiuto all'esecuzione di un MAE, ma solo quelle violazioni che incidono in modo sostanziale sull'equità complessiva del processo, con riferimento specifico a diritti fondamentali come la libertà personale e il giusto processo previsti dagli artt. 5 e 6 CEDU e dagli artt. 6, 47 e 48 della Carta di Nizza[23]. È noto che la Corte di giustizia non abbia aderito alla soluzione interpretativa prospettata dall'Avvocato Generale Sharpston; peraltro, lo stretto legame che intercorre tra la sentenza *Radu* e la successiva pronuncia *Melloni*[24], nonché tra queste ultime e i casi *TR* e *Anacco*, viene a costituire un vero e proprio *fil rouge*.
Tuttavia, dei principi enunciati dall'Avvocato Generale Tanchev nelle proprie conclusioni la Corte di giustizia, nel caso *TR*, ne ha riproposta in sentenza solo una minima parte, snaturando, però, completamente quanto appare, in realtà, evincibile nelle parole dell'Avvocato Generale. La Corte eurounitaria ha, infatti, affermato quanto poi è stato pedissequamente ripreso anche nell'ordinanza *Anacco*, cioè, più genericamente, che il contrasto tra il diritto interno e il contenuto di una direttiva non può rappresentare legittimo motivo di rifiuto di un mandato d'arresto europeo[25].
È evidente, peraltro, che i principi espressi dall'Avvocato Generale Tanchev e dalla Corte di giustizia abbiano una portata e delle implicazioni del tutto differenti.

3. Per comprendere il significato e la rilevanza delle questioni sollevate dal caso *Anacco*, occorre soffermarsi sul valore che il diritto di difesa tecnica assume nell'ordinamento interno, nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nonché nella giurisprudenza della Corte EDU) e in quello eurounitario.
Nell'ordinamento italiano, alla luce della formulazione dell'art. 24 della Costituzione, quello alla difesa è un diritto inviolabile, del quale, in realtà, è possibile individuare molteplici sfaccettature, di cui il diritto alla difesa tecnica rappresenta solo una delle forme in cui tale diritto si estrinseca[26].

---

[22] Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 10.12.2020, causa C-416/20 PPU, *TR*, paragrafi 64-68.
[23] Conclusioni dell'Avvocato Generale Eleanor Sharpston presentate il 18.10.2012, causa C-396/11, *Ciprian Vasile Radu*, paragrafo 97.
[24] Cfr. R. Raffaelli, *Judgment of the Court of Justice of the European Union, 29 January 2013,* Radu, in *The Court of Justice and European Criminal Law. Leading Cases in a Contextual Analysis*, a cura di V. Mitsilegas, A. Di Martino e L. Mancano, Londra 2019, 370-371: «Radu *made it possible to decide* Melloni; *and* Melloni *followed easily from* Radu».
[25] C.G.UE, Quarta sezione, 17 dicembre 2020, C-416/20 PPU, *TR (Generalstaatsanwaltschaft Hamburg)*, paragrafi 46-47.
[26] *Amplius,* A. Police, sub *art. 24*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Milano 2006, 501 ss.

La Corte costituzionale in numerose occasioni ha definito il diritto di difesa, nonché le multiformi espressioni di quest'ultimo, come principi fondamentali (o supremi) dell'ordinamento costituzionale e diritti inalienabili della persona[27]. Costituendo l'art. 24 parte del c.d. nucleo duro della Costituzione, può rappresentare anche controlimite all'ingresso delle norme dell'Unione europea e delle norme internazionali generalmente riconosciute[28].
Secondo autorevole dottrina, il diritto di difesa, seppur definito come diritto (individuale) inviolabile dall'art. 24 della Costituzione, rappresenterebbe, in realtà, un principio cardine del procedimento penale, che regge e definisce la struttura di quest'ultimo e che, conseguentemente, non potrebbe essere oggetto di compressione alcuna[29].
Nel contesto sovranazionale, invece, rilevante sul punto è, in primo luogo, l'art. 6, paragrafo 3, lett. c), della CEDU, nel quale è affermato il diritto di «difendersi personalmente e avere l'assistenza di un difensore di [propria] scelta e, se [l'accusato] non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi di giustizia».
Il *case law* della Corte di Strasburgo sul valore e sulla portata del diritto alla difesa tecnica nei procedimenti di natura penale è estremamente ampio. In generale, in plurime occasioni, anche la Grande Chambre ha statuito che «*the right set out in Article 6 § 3 (c) of the Convention is one element, among others, of the concept of a fair trial in criminal proceedings contained in Article 6 § 1*»[30]. Inoltre, con specifico riferimento ai rapporti tra il diritto alla partecipazione al processo e quello alla difesa tecnica, la Corte ha osservato che quest'ultimo non costituisce una prerogativa esclusiva dell'imputato che presenzia al processo[31]. Al contrario, la giurisprudenza di Strasburgo ha più volte ribadito che «*a person charged with a criminal offence does not lose the benefit of this right merely on account of not being present at the trial*»[32], poiché la rinuncia a comparire non implica, necessariamente e automaticamente, anche rinuncia al diritto all'assistenza legale[33].

---

[27] *Ex multis*, tra le più recenti, C. cost., 24.1.2022 n. 18, paragrafo 4.1 in diritto; tra le prime pronunce, C. cost., 2.2.1982 n. 18, paragrafo 5 in diritto.
[28] Sul punto, *ex multis*, C. cost., 22.10.2014 n. 238, paragrafo 3.2 in diritto.
[29] Il riferimento è a R. Orlandi, *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi "naturali" e concezioni normative*, in *RIDPP* 2024, p. 465 ss. e, in particolare, p. 482 ss. Secondo l'Autore «non tutti i diritti considerati inviolabili sono tuttavia soggetti al criterio di proporzionalità. A ben vedere, esso non trova (o non dovrebbe trovare) applicazione con riguardo a diritti pur rientranti nel novero degli inviolabili, quali il diritto di difesa (art. 24 comma 2 Cost.), il giudice naturale (art. 25 comma 1 Cost.) e la presunzione di innocenza (art. 27 comma 2 Cost.). Non siamo qui in presenza di semplici diritti individuali, ma di principi-cardine del procedimento penale. Essi valgono non solo per i vantaggi e le garanzie che offrono all'imputato, ma altresì e principalmente per i riflessi che ne derivano sulla struttura del processo penale. Prova ne sia che i diritti in questione riguardano l'imputato nel suo ruolo di parte del processo, mentre i classici diritti inviolabili di libertà (artt. 13-15 Cost.) garantiscono il cittadino indipendentemente dalla sua qualità di imputato» (p. 486).
[30] C. eur. GC, 27.11.2008, Salduz v. Turkey, paragrafo 50, ripreso da: C. eur. GC, 20.10.2015, Dvorski v. Croatia, paragrafo 76; C. eur. GC, 13.9.2016, Ibrahim and others v. United Kingdom, paragrafo 255; C. eur. GC, 12.5.2017, Simeonovi v. Bulgaria, paragrafo 112; C. eur. GC, 9.11.2018, Beuze v. Belgium, paragrafo 123;
[31] C. eur., 22.9.1994, Lala v. The Netherlands, paragrafo 27: «*the right to defend oneself through legal assistance cannot be invoked only by defendants who are themselves present at their trial. The Commission was therefore of the opinion that the position adopted in Netherlands law, namely that an accused who does not attend his trial in person loses the right to defend himself through counsel, is incompatible with the respect for the fundamental guarantees which every person charged with a criminal offence should enjoy*».
[32] C. eur., 23.11.1993, Poitrimol v. France, paragrafo 34; ripreso da C. eur., 13.2.2001, Krombach v. France, paragrafo 89. Analogamente, C. eur. GC, 21.1.1999, Van Geyseghem v. Belgium, paragrafo 34: «*an accused does not lose this right merely on account of not attending a court hearing*».
[33] C. eur., 9.7.2015, Tolmachev v. Estonia, paragrafo 53: «*assuming that the applicant waived his right to take part in the hearing […], there is nothing to indicate that the applicant waived his right to be defended through legal assistance of his own choosing, a distinct right protected under Article 6 § 3 (c) of the Convention*».

Nel diritto dell'Unione europea il diritto alla difesa tecnica trova fondamento negli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali. La prima delle due disposizioni, che sancisce il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, include tra i requisiti dell'accesso alla giustizia la possibilità di avvalersi dell'assistenza legale. L'art. 48, d'altro canto, collega la difesa tecnica al principio di presunzione di innocenza e ne fa uno strumento necessario per garantire l'uguaglianza delle parti processuali. La norma, altresì, come affermato espressamente dalle spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali[34], corrisponde all'articolo 6, paragrafi 2 e 3 della CEDU.

Nonostante si tratti di un diritto fondamentale comune alle tradizioni giuridiche degli ordinamenti nazionali europee, il grado e le forme di tutela sono estremamente disomogenee[35]. Per tale ragione, nel quadro eurounitario, la già menzionata Direttiva 2013/48/UE, approvata sulla base dell'art. 82, paragrafo 2, lett. b) del TFUE, ha inteso armonizzare standard minimi comuni sul diritto all'assistenza difensiva tecnica nei procedimenti penali e nelle procedure di mandato d'arresto europeo. Essa si fonda su una concezione della difesa tecnica che non è meramente formale, ma profondamente sostanziale: l'assistenza dell'avvocato deve essere garantita tempestivamente, effettivamente e in modo da consentire al difensore di incidere realmente sull'andamento del procedimento[36].

Per quanto poi attiene più specificamente ai profili interessati dal caso *Anacco*, l'art. 3, paragrafo 2, lett. d) della Direttiva 2013/48 individua un preciso momento processuale, nel corso del quale (*rectius*: prima del quale) soggetti indagati o imputati devono potersi avvalere di assistenza difensiva tecnica[37]: un difensore di fiducia o d'ufficio deve essere nominato «qualora siano stati chiamati a comparire dinanzi a un giudice competente in materia penale, a tempo debito prima che compaiano dinanzi a tale giudice»; ciò, come sottolineato in dottrina, deve avvenire «*independent of any notification*»[38].

Inoltre, i paragrafi 5 e 6 del medesimo articolo 3 contemplano delle parziali deroghe (o vere proprie eccezioni) di carattere temporaneo al diritto, le quali, come statuito anche dalla Corte di giustizia, in ragione della loro natura, devono essere oggetto d'interpretazione restrittiva: non essendo normativamente prevista un'eccezione derivante dalla mancata comparizione dell'indagato o dell'imputato, quest'ultima non può essere ricavata interpretativamente senza entrare in conflitto con gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva e con la *ratio* sottesa a quest'ultima[39].

---

[34] Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, 2007, C 303/02, 17 ss.

[35] Cfr. I. Anagnostopoulos, *The Right of Access to a Lawyer in Europe: A Long Road Ahead?*, in *European Criminal Law Review*, 4(1), 2014, 4: «*the right to legal assistance in criminal proceedings is firmly established in national legal systems. However, the details of this right, in other words when and how this right is to be exercised and what exactly it includes, are far from being regulated in a uniform way in different countries*».

[36] Come puntualizzato anche da C.G.UE, Grande Chambre, 5.6.2018, C-612/15, *Nikolay Kolev e altri*, paragrafo 103.

Sul punto, altresì, in dottrina, cfr. M. Jilmeno-Bulnes, *The Right of Access to a Lawyer in the European Union: Directive 2013/48/EU and Its Implementation in Spain*, in *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, a cura di T. Rafaraci e R. Belfiore, Cham 2019, 63: «*it is possible to affirm that this Directive recognises the indissoluble relationship between the right to defence and the right of access to a lawyer. Undoubtedly, the right of access to a lawyer is essential in criminal proceedings, constituting perhaps the fundamental axis of the right to defence and, therefore, of due process*».

[37] Cfr. L. Bachmaier Winter, *The EU Directive on the Right to Access to a Lawyer: A Critical Assessment*, in *Humans Rights in European Criminal Law*, cit., 118 ss., che analizza «*the moment[s] from which the right of access to lawyer is granted*».

[38] T. Armenta Deu, L. Urban, *The Rights of Access to a Lawyer Under Directive 2013/48/EU*, cit., p. 70.

[39] C.G.UE, Seconda sezione, 12 marzo 2020, C-659/18, *VW*, paragrafi 43-45.

Questa seppur estremamente sintetica analisi del contesto normativo rende comunque chiaro un preciso errore di fondo nell'ordinanza della Corte di giustizia: si sta applicando il paradigma *Melloni* a un caso che non è affatto sussumibile entro quella regola interpretativa, per la semplice ragione che il diritto alla difesa tecnica costituisce un diritto fondamentale, sia nell'ordinamento interno che in quello unionale, del quale la Corte d'Appello di Roma non ha proposto un livello di tutela superiore a quello garantito dal diritto dell'Unione, bensì, in senso esattamente opposto, una protezione dello stesso in senso esattamente conforme a quanto previsto dal diritto primario e secondario dell'Unione, nonché dal sistema convenzionale della CEDU, cui anche l'ordinamento eurounitario aderisce, ai sensi dell'art. 6, paragrafi 2 e 3, TUE[40].

D'altronde, anche alla luce della c.d. regola Melloni, le direttive di armonizzazione processuale — e, nel caso specifico, la direttiva 2013/48/UE — rappresentano l'espressione di un consenso politico e giuridico tra gli Stati membri più recente e qualitativamente diverso rispetto a quello che presiedette all'adozione della decisione quadro 2002/584 sul mandato di arresto europeo, nonché alla sua riforma del 2009. Dunque, appare ardito voler cristallizzare l'interpretazione dei limiti alla cooperazione giudiziaria penale sulla base di un assetto normativo risalente, ignorando gli sviluppi successivi del diritto derivato che hanno inteso rafforzare le garanzie difensive dell'imputato.

È noto, tuttavia, che è assente uno specifico motivo di rifiuto nella Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo basata sulla lesione effettiva o potenziale nello Stato d'emissione di un diritto fondamentale, come, invece, previsto nella Direttiva sull'ordine europeo d'indagine o, da ultimo, nel Regolamento sugli ordini di produzione e conservazione dell'*e-evidence*. Si tratta di un profilo di attualissima inadeguatezza del disposto normativo, senza il quale, peraltro, non vi sarebbe stata ragione di sviluppare il farraginoso test bifasico a partire dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*[41], che, come affermato in dottrina, potrebbe anche essere rilevante nell'ipotesi di specie[42].

Comunque, la non conformità dell'ordinamento belga alla disciplina di armonizzazione contenuta nella Direttiva 2013/48 non può non assumere rilevanza sotto l'art. 1, paragrafo 3, della Decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, che mantiene impregiudicati gli obblighi di rispetto dei diritti fondamentali e dei principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del TUE[43].

---

[40] Cfr., autorevolmente, sul punto. S. Quattrocolo, *Su MAE e diritti fondamentali ritorna in auge Melloni: la Corte di giustizia segna ancora una volta la vecchia strada, che la Cassazione è costretta a seguire*, cit., p. 8: «fa apparire il diritto di ogni imputato, anche se non presente al giudizio, ad essere quantomeno rappresentato da un difensore, una preoccupazione rilevante solo per l'ordinamento italiano. È, invece, la direttiva 2013/48, nella pur timida affermazione di certi standard minimi di garanzia difensiva, ad aver sancito, a livello unionale, il diritto all'assistenza del difensore, al più tardi […] nella fase che può condurre all'accertamento di responsabilità penale dell'imputato».

[41] C.G.UE, Grande Sezione, 5.4.2016, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU, Pál Aranyosi e Robert Căldăraru.

[42] Sul punto, v. A. Rosanò, *Fiducia reciproca e circostanze eccezionali: considerazioni a partire dall'ordinanza Anacco della Corte di giustizia in materia di MAE*, cit., p. 358: «vi sarebbero quasi certamente ricadute significative sul piano della tutela dei diritti fondamentali, le quali andrebbero fatte oggetto di un'adeguata verifica da parte dell'autorità giudiziaria di esecuzione mediante il test Aranyosi e Căldăraru».

[43] Cfr. M. Böse, *European Arrest Warrants and Minimum Standards for Trials in absentia – Blind Trust vs. Transnational Direct Effect?*, in *European Criminal Law Review*, 11(3), 2021, 280: «*the fact that Article 4a FD EAW does not establish a binding minimum standard of protection does not mean that the executing State is not bound by international and European human rights standards and the Charter of Fundamental Rights […]. Article 1(3) FD EAW expressly states that the obligation to recognise and execute European arrest warrants shall not have the effect of modifying the obligation to respect fundamental rights and fundamental legal principles*».

4. L'ordinanza *Anacco* non presenta, almeno in apparenza, la portata dirompente che caratterizzò la prima sentenza *Taricco*[44], né sembra destinata, nel breve periodo, a innescare un conflitto manifesto tra la Corte di giustizia e le Corti nazionali (costituzionali e non). Tuttavia, essa si colloca lungo una traiettoria conservatrice, che tende a cristallizzare assetti interpretativi elaborati in un contesto normativo ormai superato, lasciando emergere una serie di tensioni sistemiche che potrebbero, nel medio-lungo periodo, riattivare dinamiche di conflitto interpretativo non dissimili, sul piano strutturale, da quelle emerse nel caso *Taricco*.
Se la presenza effettiva del difensore nel processo penale è intesa come componente indefettibile del diritto inviolabile di difesa (*id est*, come principio supremo, insuscettibile di compressioni che ne intacchino il nucleo essenziale), allora la presunzione di compatibilità del sistema europeo potrebbe risultare difficilmente conciliabile con la dottrina dei controlimiti. È in questo spazio, ancora solo potenziale, che si annida una possibile riattivazione della dialettica già sperimentata in *Taricco*[45].
Peraltro, vi è un non trascurabile elemento differenziale: nella vicenda *Taricco*, infatti, la Corte costituzionale italiana ha fatto esplicito riferimento a un diritto costituzionale specifico, il principio di legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., valorizzandone il livello di tutela così come definito dall'ordinamento costituzionale interno e qualificandolo come «impedimento di ordine costituzionale»[46] all'applicazione del diritto dell'Unione. Il conflitto si è, dunque, sviluppato lungo una linea "classica", nella quale il parametro di resistenza era chiaramente identificabile in una disposizione costituzionale nazionale e nel suo contenuto essenziale, già consolidato nella giurisprudenza costituzionale.
Nel caso *Anacco*, alla luce di quanto precedentemente osservato, lo scenario appare sensibilmente diverso: l'eventuale tensione tra Corti non deriverebbe esclusivamente dalla rivendicazione di un autonomo standard costituzionale nazionale di tutela di un diritto, bensì dalla pretesa di garantire una "legalità europea" intesa in senso sostanziale. In altri termini, il problema non consisterebbe tanto nell'opporre al diritto dell'Unione un diritto costituzionale interno più elevato, quanto nel denunciare un'insufficiente attuazione, da parte di alcuni Stati membri e dalla Corte di giustizia stessa, del livello di protezione dei diritti fondamentali già riconosciuto dall'ordinamento eurounitario.
Non è una differenza meramente formale, poiché inciderebbe profondamente sulla struttura del possibile conflitto, prefigurando non tanto una tensione fondata sui tradizionali controlimiti, quanto, piuttosto, una possibile crisi di coerenza del sistema europeo di tutela dei diritti. Ecco, quindi, che il dialogo tra Corti potrebbe riattivarsi per sollecitare un ripensamento alla luce dell'evoluzione normativa e valoriale nel diritto dell'Unione.
Nondimeno, anche a voler ritenere fondate le prospettazioni sin qui delineate, non può non emergere, in chiave prospettica, una nota di pessimismo, che è legata alla ben nota difficoltà della Corte di giustizia di procedere a *overruling* espliciti della propria giurisprudenza[47], soprattutto quando si tratta di assetti interpretativi che incidono su pilastri strutturali dell'ordinamento eurounitario, quali il principio del primato e quello di fiducia reciproca.
In questo senso, non sembrano poter essere qualificati come autentici *overruling* neppure arresti frequentemente richiamati come segnali di apertura, quali la già citata sentenza *Aranyosi*

[44] C.G.UE, Grande Sezione, 8.9.2015, C-105/14, Ivo Taricco e altri.
[45] Cfr., nello stesso, senso, S. Quattrocolo, *Su MAE e diritti fondamentali ritorna in auge Melloni: la Corte di giustizia segna ancora una volta la vecchia strada, che la Cassazione è costretta a seguire*, cit., 21.
[46] C. cost., 1.2.2017, ord. n. 24, paragrafo 8.
[47] Su tale specifico tema, v. T. Tridimas, *Precedent and the Court of Justice: A Jurisprudence of Doubt?*, in *Philosophical Foundations of European Union Law*, a cura di J. Dickson e P. Eleftheriadis, Oxford 2012, 307 ss. e, in particolare, p. 316 ss.

e Căldăraru o la pronuncia *Taricco II* (*M.A.S.*)[48]. In entrambi i casi, infatti, la Corte di giustizia non ha formalmente ritrattato le premesse teoriche delle proprie precedenti pronunce, ma si è limitata a circoscriverne l'ambito applicativo, introducendo correttivi funzionali a evitare esiti manifestamente incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali o con l'equilibrio istituzionale dell'Unione[49]. Si tratta, dunque, di interventi che hanno operato sul piano dell'eccezione e della modulazione, senza incidere sul nucleo dogmatico delle dottrine di riferimento.

Alla luce di ciò, appare realisticamente difficile immaginare che la Corte di giustizia possa, nel breve periodo, procedere a una riconfigurazione profonda del rapporto tra mandato di arresto europeo e direttive di armonizzazione processuale. Ne consegue che le tensioni sistemiche evidenziate dall'ordinanza *Anacco* sono destinate, almeno per ora, a rimanere irrisolte, collocandosi in una zona grigia nella quale il dialogo tra Corti continua a svilupparsi in modo implicito e frammentario, senza approdare a una chiara ricomposizione teorica dell'equilibrio tra integrazione europea ed effettività della tutela dei diritti fondamentali.

[48] C.G.UE, Grande Sezione, 5.12.2017, causa C-42/17, M.A.S. e M.B.

[49] Con riferimento alla prima pronuncia, cfr. G. Anagnostaras, *Mutual confidence is not blind trust! Fundamental rights protection and the execution of the European arrest warrant:* Aranyosi and Căldăraru, in *Common Market Law Review*, 53(6), 2016, 1687-1688: «*the ruling clarifies that the existence of a real risk of infringement of the fundamental rights of the requested person must be ascertained by having regard to the level of protection of these rights guaranteed by EU law. This constitutes in essence a confirmation of the underlying rationale of Melloni*». Rispetto alla seconda, invece, cfr. V. Mitsilegas, *Judicial dialogue in three silences: Unpacking* Taricco, in *New Journal of European Criminal Law*, *9*(1), 2018, 41: «*the dialogue between the CJEU and the Italian Constitutional Court in the Taricco litigation can be seen as reaching a successful outcome from the perspective of both Courts. On the one hand, the Italian Constitutional Court has secured that its position on the legality principle is not jeopardized, at least for cases occurring before the adoption of the EU PIF Directive. On the other hand, the CJEU maintained (at least on paper) the basic principles put forward in Taricco I*».

IMPLICAZIONI COGNITIVE DEL CONFLITTO PRATICO DI GIUDICATI E INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE DELL'ESECUZIONE

di Flora Romano (Dottoressa di ricerca di Procedura penale, Sapienza Università di Roma)

La nota analizza la decisione con la quale la Corte costituzionale ha riconosciuto l'incompatibilità del giudice dell'esecuzione chiamato a decidere nuovamente, in sede di rinvio, sulla revoca di una sentenza per conflitto pratico di giudicati. La pronuncia viene esaminata alla luce dell'evoluzione dell'istituto dell'incompatibilità e, in particolare, della natura dei poteri esercitati dal giudice *in executivis*: l'accertamento dell'*idem factum* – presupposto del conflitto pratico di giudicati – e le conseguenti valutazioni sul trattamento sanzionatorio eccedono una verifica meramente formale e confermano la presenza di quel "frammento di cognizione" della giurisdizione esecutiva già riconosciuto in passato dal Giudice delle leggi. La decisione costituisce, infatti, ulteriore espressione della progressiva metamorfosi della fase *post iudicatum*, ormai connotata da parentesi decisorie tipiche di quella cognitiva e non più funzionale alla sola esecuzione della sentenza.
This article analyzes the ruling in which the Constitutional Court recognized the incompatibility of an enforcement judge called upon to rule again – in the referral proceedings – on the revocation of a judgment on account of a practical conflict between final judgments. The decision is examined in light of the evolution of the rules governing judicial incompatibility and, specifically, the nature of the powers exercised by the enforcement judge: the determination of the *idem factum* – a prerequisite for establishing a practical conflict between final judgments – and the subsequent assessments concerning the penalty to be applied go beyond mere formal review, confirming the existence of that "fragment of adjudicative function" exercised within the enforcement proceedings already acknowledged by the Constitutional Court. The ruling thus represents a further manifestation of the progressive transformation of the *post iudicatum* phase, which is increasingly characterized by adjudicative moments traditionally associated with the trial phase and is no longer exclusively devoted to implementing the command contained in the judgment.

Incompatibilità del giudice, giudice dell'esecuzione, conflitto pratico di giudicati
Judicial incompatibility, Enforcement judge, Practical conflict between final judgments

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'evoluzione giurisprudenziale in tema di incompatibilità del giudice. – 3. Il conflitto pratico di giudicati e le sue implicazioni cognitive. – 4. Le premesse della tensione costituzionale. – 5 I precedenti e la natura dei poteri cognitivi del giudice dell'esecuzione. – 6. La metamorfosi della giurisdizione esecutiva.

1. Il giudice dell'esecuzione chiamato a decidere, ai sensi dell'art. 669 Cpp, sull'istanza di revoca di una sentenza per conflitto pratico di giudicati deve provvedere con un'ordinanza che, se è annullata dalla Cassazione, la legge non prevede debba essere rinviata ad un giudice diverso: è sulla legittimità costituzionale della mancata previsione di tale ipotesi di incompatibilità – ricavabile dal combinato disposto degli artt. 34 co. 1 e 623 co 1 lett. *a* Cpp – che è stato chiamato a pronunciarsi il Giudice delle leggi.
Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte costituzionale, il giudice dell'esecuzione aveva rigettato la domanda di revoca avanzata dal condannato avendola considerata priva del suo presupposto, ossia il *pluries in idem*. Più precisamente, aveva ritenuto che non si fosse consumata alcuna violazione del divieto di *bis in idem*, che l'istante avesse preso parte a due

consorterie criminali distinte e che le decisioni non avessero riguardato il medesimo reato di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti.
Impugnata l'ordinanza per erronea applicazione di legge e vizio di motivazione, i giudici di legittimità avevano annullato il provvedimento, prescrivendo al giudice del rinvio di verificare in modo puntuale, alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza, se si fosse trattato di associazioni a delinquere autonome, cui il condannato avesse contemporaneamente partecipato, ovvero di due articolazioni della medesima compagine criminale[1].
Lo stesso collegio cui erano trasmessi gli atti in sede di rinvio, in funzione di giudice dell'esecuzione, aveva così sollevato una questione di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 623 co. 1 lett. *a* Cpp, con riferimento agli artt. 3 e 111 Cost.: l'identità fisica del giudice del rinvio, conseguente all'annullamento di un'ordinanza, lederebbe infatti sia il principio di uguaglianza, in ragione dell'ingiustificata disparità di trattamento della medesima situazione tra la fase della cognizione e quella dell'esecuzione (poiché, nella prima, il giudizio di rinvio deve svolgersi dinanzi a un giudice *diverso*, come imposto dall'art. 623 co. 1 lett. *d*, riguardante l'annullamento delle sentenze), sia il principio d'imparzialità dell'organo giudicante, il quale, avendo già approfondito nel merito la sussistenza dell'*idem factum*, andrebbe considerato non immune da pregiudizi nel contesto rescissorio.
Il Giudice delle leggi ha accolto la questione con una sentenza che si colloca al crocevia di diversi percorsi giurisprudenziali: quello riguardante il principio di incompatibilità del giudice, quello inerente all'identificazione dell'*idem factum* e quello relativo al "frammento di cognizione" della giurisdizione esecutiva.

2. La pronuncia costituisce innanzitutto una nuova censura di incostituzionalità dell'art. 34 Cpp, norma preposta a tutelare l'imparzialità del giudice[2], preservandolo dalla c.d. forza della prevenzione, ossia dalla «naturale tendenza a confermare una decisione già presa o a mantenere un atteggiamento già assunto, scaturente da valutazioni cui il giudice sia stato precedentemente chiamato in ordine alla medesima *res iudicanda*»[3].
Come noto, all'indomani della promulgazione del nuovo codice di rito, tale disposizione è stata destinataria di un'opera di sostanziale riscrittura da parte della Corte costituzionale, mediante una serie di sentenze additive che hanno introdotto ipotesi di incompatibilità ulteriori e concettualmente assimilabili a quelle prese in considerazione dal legislatore[4]. Si è trattato di un

[1] Nella sentenza di annullamento, Cass. 19.6.24 n. 37181, n.m., la Cassazione prescriveva di tenere conto, in particolare, della quantità e del ruolo dei membri del gruppo, dell'eventuale collocazione di quest'ultimo nel contesto di una più ampia organizzazione criminale e degli accertamenti già compiuti nelle sedi cognitive. Su *ne bis in idem* e associazione a delinquere, v. Cass. 26.3.2015 n. 28116, in *CEDCass*, m. 263928; Cass. 1.12.2021 n. 4984, *ivi*, m. 282721; Cass. 5.10.16 n. 48691, *ivi*, m. 268226; Cass. 8.11.2013 n. 2260, *ivi*, m. 258750; Cass. 10.3.15 n. 44537, *ivi*, m. 264684.
[2] Sul principio di imparzialità del giudice e sull'istituto dell'incompatibilità per preservarlo, cfr. P.P. Rivello, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano 1996, 2; G. Di Chiara, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino 2000. Da ultimo, cfr. anche G. Di Chiara, *Il terzo e il pregiudizio. Tavola delle incompatibilità endoprocessuali, geometrie dell'astensione e della ricusazione, itinerari della giurisprudenza costituzionale dell'ultimo scorcio*, in *www.indicepenaleonline.it*, 3 settembre 2026.
[3] C. cost., 6.7.2001 n. 224. L'istituto dell'incompatibilità è preposto a garantire il regolare esercizio delle pubbliche funzioni e affonda la sua *ratio* nella inopportunità che la stessa persona, nello stesso processo, rivesta o svolga la medesima funzione o attività (P.P. Rivello, *L'incompatibilità*, cit., 2). Per F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 172, l'incompatibilità determinerebbe l'incapacità dell'organo giudicante, sanzionata con la nullità assoluta, ma la dottrina maggioritaria lo esclude, dal momento che l'art. 33 Cpp fa espresso riferimento alle sole leggi d'ordinamento giudiziario; in proposito, anche per la dottrina e la giurisprudenza citate, v. R. Aprati, sub *art. 34*, in *Commento Giarda-Spangher*[6], I, Milano 2023, 838 ss.
[4] P.P. Rivello, *Con la sentenza n. 155/96 si avvia verso la conclusione una travagliata, ma feconda «stagione» di interventi additivi della Corte costituzionale sulla tematica dell'incompatibilità*, in *CP* 1996, 2868.

fenomeno inevitabile, dal momento che i casi previsti hanno carattere tassativo e sono inapplicabili in via analogica[5]. Per la dottrina è stato evidente sin dall'inizio, infatti, che il legislatore del codice Vassalli avesse commesso un «errore di impostazione»: in luogo della previsione in via generale dei presupposti di incompatibilità del giudizio, la legge ha optato per una casistica tassativa[6], in quanto tale «inidonea a esaurire tutti i possibili casi di incompatibilità»[7].

I timori relativi al rischio di una paralisi giudiziaria[8] correlata all'individuazione di ogni ipotesi di condizionamento del giudice, nonché la necessità di mantenere l'unità del procedimento all'interno del grado[9], hanno così progressivamente ceduto il passo all'esigenza di preservare uno dei connotati propri della giurisdizione[10]: nell'arco di oltre trent'anni[11] si è proceduto alla individuazione degli elementi suscettibili di ostacolare la «massima spersonalizzazione» della funzione giudicante, possibile solo in assenza del «carico delle qualità e delle propensioni personali» e delle «opinioni precostituite in altre fasi processuali presso lo stesso giudice-persona fisica»[12].

All'inizio di tale opera la Corte costituzionale si era limitata ad evidenziare che il "giudizio" cui il giudice non può partecipare, e al quale fa riferimento l'art. 34 Cpp, includesse «qualsiasi tipo di giudizio, cioè ogni processo che, in base ad un esame delle prove, pervenga a una decisione di merito»[13], ossia ogni controllo non formale, bensì di contenuto, delle risultanze probatorie[14]. Successivamente, sono stati identificati in modo più analitico tutti gli elementi necessari e sufficienti per ritenere integrato il fenomeno dell'incompatibilità. Posto che devono potersi riconoscere due "termini di relazione", ossia una sede "pregiudicante", nella quale avviene la contaminazione dell'obiettività della funzione giurisdizionale, e una,

[5] C. cost., 6.7.2001 n. 224.

[6] C. cost., 10.3.2022 n. 64.

[7] O. Mazza, *Il progressivo ampliamento delle incompatibilità del giudice*, in *DPP* 1995, 1403. Il problema con l'art. 34 Cpp sarebbe sorto altresì perché il legislatore non ha avuto «perfetta percezione della diversa articolazione del nuovo processo anche in relazione ai nuovi poteri attribuiti alle parti sugli sviluppi procedimentali»: G. Spangher, *Incompatibilità, in sede di rinvio, del giudice dell'esecuzione*, in *GCos* 2013, 2658. Al fine di tutelare il principio di imparzialità, il legislatore del codice Vassalli ha elaborato un «sistema integrato», composto, oltre che dall'incompatibilità, dall'astensione e dalla ricusazione (C. cost., 14.11.2024 n. 179): mentre la prima, rispondendo alla logica della scansione del processo in fasi e differenze di ruoli, esige regole astratte, le cause di astensione di ricusazione operano in concreto (P.P. Rivello, *Incompatibilità, astensione e ricusazione nel processo penale: delimitazione delle fattispecie; nuove norme in tema di giudice unico; effetti processuali derivanti dalla violazione della disciplina*, in *RIDPP* 1999, 1360); pertanto, «la scelta del legislatore di inquadrare una situazione come l'una o l'altra discende dalla possibilità o meno di valutare preventivamente e in astratto l'effetto pregiudicante per l'imparzialità» (C. cost., 1.10.1997 n. 308).

[8] Considerazioni che, pur potendo assumere un rilievo contingente sul piano teorico, non possono essere ignorate dal legislatore e dalla Corte, dovendo la disciplina dell'incompatibilità confrontarsi con i concreti limiti di funzionalità del sistema, nella consapevolezza che non è possibile «privilegiare soluzioni che si rivelino a priori impraticabili» (P.P. Rivello, *L'incompatibilità*, cit., 17). Pertanto, inizialmente la Corte aveva stabilito che il legislatore avrebbe dovuto prevedere le sole ipotesi nelle quali il rischio di condizionamento fosse realmente idoneo a incidere sulla genuinità del giudizio (C. cost., 25.3.1992 n. 124).

[9] G. Spangher, *Incompatibilità*, cit., 2658. Sul prodursi di tali rischi in conseguenza dell'insorgere di una situazione di incompatibilità di ogni giudice che si fosse pronunciato *de libertate*, v. M. Ruotolo, *Efficienza, garanzia e organi giudicanti: riflessioni sull'opportunità e legittimità di una mancata limitazione dell'efficacia temporale di una sentenza di incostituzionalità*, in *GI* 1996, 1693 ss.

[10] A. Giarda, *Astratte modellistiche e principi costituzionali del processo penale*, in *RIDPP* 1993, 889 ss.

[11] P.P. Rivello, *Con la sentenza n. 155/1996*, cit., 2863 s.; si è trattato di un processo che è stato definito di "gemmazione" (C. Conti, *L'istituto dell'incompatibilità del giudice tra microconflittualità costituzionale e prospettive di riforma ordinamentale*, in *GGiur* 1996, 2).

[12] C. cost., 20.5.1996 n. 155.

[13] C. cost., 12.11.1991 n. 401.

[14] C. cost., 26.10. 1990; C. cost., 25.3.1992 n. 124; C. cost., 30.12.1994 n. 453.

conseguentemente, "pregiudicata"[15], i requisiti in presenza dei quali il giudice deve essere ritenuto incompatibile sono stati individuati: nella preesistenza di valutazioni che cadono sulla medesima *res iudicanda*; nella circostanza che il giudice abbia effettuato una valutazione degli atti anteriormente compiuti, strumentale all'assunzione di una decisione; nella natura non formale, ma di contenuto, della decisione, tale da aver comportato valutazioni attinenti al merito della ipotesi di accusa e non al mero svolgimento del processo[16]; nella diversità di fase procedimentale[17].
Alla luce di queste coordinate, nel corso del tempo sono state riconosciute e "formalizzate" svariate ipotesi di incompatibilità ulteriori[18], tra le quali rientra anche quella oggetto della sentenza in commento.

3. Prima di passare all'analisi della pronuncia, è allora opportuno inquadrare brevemente gli istituti che la Corte costituzionale ha preso in considerazione.
Il conflitto pratico di giudicati, disciplinato dall'art. 669 Cpp, è lo strumento tramite cui si dirime l'*impasse* operativa che si crea quando i comandi contenuti in due sentenze passate in giudicato sono materialmente ineseguibili in modo contestuale, perché concernenti la stessa persona e il medesimo fatto[19].
Si tratta dunque della terapia, operante in fase esecutiva[20], alla violazione del principio del *ne bis in idem*[21], che, essendosi ormai consumata, è basata su una logica più politica che tecnica[22]:

[15] C. cost., 21.11.1997 n. 346.
[16] Sulla "valutazione contenutistica" quale fonte del pregiudizio, v. Di Chiara, *L'incompatibilità endoprocessuale*, cit., 170 ss.
[17] Così C. cost., 24.4.1996 n. 131; C. cost., 25.5.2012 n. 153; C. cost., 10.3.2022 n. 64; C. cost., 19.12.2024 n. 209; C. cost., 5.12.2025 n. 182; C. cost., 18.12.2025 n. 190; C. cost., 30.12.2025, n. 212. La diversità di fase è stata concettualizzata come vera e propria condizione per l'integrazione dell'incompatibilità del giudice in ragione della considerazione che la decisione maturi progressivamente: frazionare anche la sequenza di atti «ciascuno dei quali legittima, prepara e condiziona quello successivo», con la conseguenza di «dover disporre, per la medesima fase del giudizio, di tanti giudici diversi, quanti sono gli atti da compiere» (C. cost., 5.2.1996 n. 24; C. cost., 25.3.1992 n. 124), determinerebbe «l'assoluta impossibilità di funzionamento della giurisdizione» (ancora, C. cost., 5.12.2025 n. 182). È stato dopo la concettualizzazione del presupposto della diversità di fase – avvenuta con le sentenze C. cost. 24.4.1996 n. 131 e 31.5.1996 n. 177 –, successiva ad un'iniziale giurisprudenza costituzionale di segno contrario (*ex multis*, C. cost., 25.3.1992 n. 124; C. cost., 22.4.1992 n. 186), che il rigetto della richiesta di applicazione di pena concordata *ex* art. 444 Cpp è divenuto irrilevante ai fini della partecipazione del medesimo giudice al successivo giudizio: tale decisione, infatti, non lo rende incompatibile (come recentemente ribadito da C. cost., 10.3.2022 n. 64).
[18] P.P. Rivello, *L'incompatibilità*, cit., 7 s.
[19] Il conflitto teorico, invece, sussiste quando ad essere inconciliabili risultano le ricostruzioni storiche contenute nelle due sentenze: l'ipotesi per cui può procedersi con la revisione prevista dal 630 co. 1 lett. *a* è integrata ogni volta emerga l'impossibilità naturalistica o giuridica della coesistenza dei fatti accertati dalle sentenze. Il tratto distintivo tra i due tipi di conflitto dovrebbe risiedere nella necessità, nel solo conflitto teorico, di comprendere *dove sia l'errore*, poiché nel conflitto pratico «l'esigenza di certezza giuridica è soddisfatta con una regola processuale autonoma e tipica che non implica, come nella revisione, un confronto tra più motivazioni e non conferisce […] quel carattere di operazione critica che nella sentenza di revisione è presente»: A. Cristiani, *La revisione del giudicato nel sistema del processo penale*, Milano 1970, 89; tale tratto distintivo, tuttavia, si sta mitigando: v. *infra*, nt. 28 (sul conflitto teorico, cfr. anche A. Cristiani, *op. cit.*, 153 ss.; G. Dean, *La revisione*, Padova 1999, 54 ss.; A. Scalfati, *L'esame sul merito nel giudizio preliminare di revisione*, Padova 1995, 92 ss. Sul rapporto tra conflitto pratico e conflitto teorico – sebbene con riferimento al codice abrogato –, v. G. Lozzi, voce *Giudicato*, in *ED*, XVIII, Milano 1969, 516).
[20] F. Corbi, *L'esecuzione nel processo penale*, Torino 1992, 318.
[21] Il principio infatti ha una portata più ampia di quella ricavabile dall'art. 649 Cpp e si esprime anche nelle norme sui conflitti positivi di competenza o sui contrasti positivi tra uffici del p.m.: Cass. 25.2.2002 n. 31512, in *CEDCass*, m. 222736.
[22] G. Lozzi, Favor rei *e processo penale*, Milano 1968, 145 ss.

se si applicasse la *ratio* dell'art. 649 co. 2 Cpp, infatti, si dovrebbe revocare il provvedimento cronologicamente posteriore, ma il legislatore ha improntato la risoluzione del conflitto pratico alla logica del *favor rei*, imponendo l'esecuzione della sentenza più favorevole per l'interessato, sulla base delle regole decisorie elencate nella disposizione[23]. Se, dunque, l'art. 649 Cpp opera in via preventiva, l'art. 669 Cpp interviene *ex post*[24], per rimediare a una situazione non tollerabile per l'ordinamento; il presupposto delle due norme, però, è il medesimo: il *bis in idem*. Il giudice dell'esecuzione è dunque chiamato a vagliare innanzitutto tale premessa, in assenza della quale non potrebbe legittimamente esercitare il corrispondente potere decisorio finalizzato all'applicazione della regola, più o meno automatica, che risolve il conflitto.

Tale dinamica comporta, inevitabilmente, una prima "implicazione cognitiva" dell'art. 669 Cpp, quella relativa all'accertamento dell'*idem factum*, che impone di «travalica[re] la stretta esecuzione e attinge[re] in via eccezionale il livello della cognizione»[25]. Il Giudice delle leggi infatti si serve delle conclusioni alle quali è giunta la giurisprudenza a proposito della valutazione di medesimezza del fatto: le *res iudicatae* non sono distinte qualora vi sia «coincidenza di tutte le componenti della fattispecie concreta oggetto dei due processi, [ossia] l'identità storico-naturalistica del reato, in tutti i suoi elementi costitutivi identificati nella condotta, nell'evento e nel rapporto di causalità, in riferimento alle stesse condizioni di tempo, di luogo e di persona»[26]. Oggi è dunque precluso limitare la valutazione ad un piano puramente formale, poiché un accertamento incentrato sul solo *idem* legale è incompatibile tanto con la Costituzione quando con la CEDU[27]: gli elementi, selezionati secondo criteri normativi, devono comunque riferirsi all'accadimento dal punto di vista storico-naturalistico, e il vaglio sulla medesimezza del fatto non può risolversi nel mero confronto tra le accuse descritte nelle sentenze[28].

---

[23] È il diretto interessato a poter scegliere la sentenza cui dare esecuzione, essendo il «miglior giudice dei propri interessi» (F. Corbi, *op. cit.*, 321); in mancanza di indicazioni, il giudice applicherà i criteri sussidiari e oggettivi stabiliti dall'articolo, in base ai quali è possibile distinguere tra conflitti omogenei o disomogenei a seconda che i dispositivi in contrasto siano, rispettivamente, solo di proscioglimento/di condanna o l'uno e l'altra (F. Caprioli, *Il principio del* ne bis in idem, in F. Caprioli-D. Vicoli, *Procedura penale dell'esecuzione*[2], Torino 2011, 106); sono fatti salvi i casi di esercizio dell'azione penale dopo l'erronea dichiarazione di morte dell'imputato (art. 69 co. 2 Cpp), di sopravvenienza della condizione di procedibilità o della capacità dell'imputato, inizialmente assenti, (345 Cpp) e di estinzione del reato maturata successivamente all'irrevocabilità del provvedimento (art. 669 co. 8 Cpp): in tali casi, può procedersi con la revoca del proscioglimento. Il criterio cronologico, poi, torna operativo qualora le condanne risultino identiche (669 co. 4); e, nel caso di conflitto tra una sentenza di non luogo a procedere e una pronunciata in giudizio (o un decreto penale di condanna), prevale quest'ultima, perché più stabile e preclusiva (F. Caprioli, *Il principio del* ne bis in idem, cit., 110).

[24] G. De Luca, *I limiti soggettivi della cosa giudicata penale*, Milano 1963, 112.

[25] C. cost., 10.3.2026 n. 27.

[26] Cass. S.U. sentenza 28.6.2005 n. 34655, in *DPP* 2005, 719 ss., con nota di P. Troisi, *La nozione giurisprudenziale di litispendenza penale*; nello stesso senso, a livello sovranazionale, C. eur. GC, 10.9.2009, *Zolotukhin c. Russia*.

[27] C. cost., 21.7.2016 n. 200, ove si legge che «le considerazioni sottratte alla dimensione empirica, sui beni giuridici, sulla natura giuridica, sulle implicazioni penalistiche, sono sempre opinabili e non si confanno alla garanzia costituzionale e convenzionale del *ne bis in idem*». Sulla estensione dell'*idem* e sui rapporti tra *ne bis in idem* sostanziale e processuale, v. F. Caprioli, *Il principio del* ne bis in idem, cit., 85 ss. Più recentemente, per una ricostruzione della giurisprudenza e della dottrina anche successive alla sentenza della Corte costituzionale, v. A. Procaccino, *I* bis in idem *tra diritti individuali e discrezionalità dell'apparato*, Milano 2022, 38 ss.

[28] F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano 2016, 22 ss. L'accertamento è ancor più penetrante qualora il giudice debba valutare se i medesimi fatti siano stati giudicati in una sentenza formalmente penale e in un provvedimento sanzionatorio solo "sostanzialmente" penale e formalmente emesso da un soggetto non investito dalla giurisdizione penale: così F.P.C. Iovino, *La risoluzione del conflitto pratico di giudicati*, in *Esecuzione penale e modifiche del giudicato*, a cura di P. Troisi, Torino 2023, 125 ss.; nello stesso senso, già F. Centorame, *La cognizione penale in fase esecutiva*, Torino 2018, 96 ss., secondo la quale la necessità di approfondire i fatti –

La premessa per l'operatività delle regole risolutive del conflitto pratico di giudicati esige allora apprezzamenti che, lungi dal ricorrere a «criteri puramente oggettivi, [implicano] valutazioni tecnico-giuridiche che, seppur ai soli fini del rispetto del *ne bis in idem*, non possono prescindere dallo scrutinio del materiale probatorio»[29]: essi sono finalizzati a valutare gli elementi costitutivi del reato con riguardo alle concrete circostanze di tempo, luogo e persona, e devono addirittura permettere di «ricavarli» laddove impliciti e non chiaramente espressi[30].
Inoltre, criteri automatici sono preclusi anche nel caso in cui il giudice, a seguito della revoca di una delle due sentenze, debba intervenire sul trattamento sanzionatorio: non solo sulla pena principale, ma anche su quelle accessorie, sulle misure di sicurezza e su eventuali ulteriori benefici[31]. In tale dinamica, che l'art. 669 Cpp ammette «con una spregiudicatezza operativa ignota al vecchio sistema»[32], è ravvisabile la seconda "implicazione cognitiva" dell'art. 669 Cpp, *conseguente* alla riscontrata violazione del *ne bis in idem*, e consistente nell'esercizio dei poteri di cui agli artt. 132 e 133 Cp.

4. Nel provvedimento sottoposto alla sua attenzione, la Corte è stata chiamata ad analizzare l'istituto disciplinato dall'art. 669 Cpp alla luce dei requisiti in presenza dei quali scatta l'incompatibilità. Ed infatti, nel caso di incidente vòlto alla revoca *in executivis* di una delle sentenze che si pongano l'una rispetto all'altra in conflitto pratico, la tensione costituzionale è diretta conseguenza dell'impianto normativo.
Al vaglio della Corte è infatti sottoposto il primo comma dell'art. 34 Cpp, a salvaguardia del sistema delle impugnazioni e relativo all'incompatibilità verticale del giudice[33], perché riguardante la progressione del processo in senso tanto ascendente – in relazione ai superiori gradi di giudizio – quanto discendente – in riferimento innanzitutto al giudizio di rinvio[34]. Il

indipendentemente dagli elementi costitutivi dell'illecito – comporta l'avvicinamento tra il conflitto pratico e quello teorico di giudicati: a rigore, infatti, solo in quest'ultimo dovrebbe svolgersi una «vera e propria attività cognitiva *post iudicatum*» avente ad oggetto i fatti, mentre nel conflitto pratico il *pluries in idem* dovrebbe potersi constatare «*ictu oculi*». La sentenza in commento mostra allora che nel conflitto pratico la violazione del *ne bis in idem* non sia "auto-evidente" neanche in presenza di plurime sentenze irrevocabili *penali* – al di là, dunque, dell'ipotesi di doppio binario sanzionatorio.

[29] C. cost., 10.3.2026 n. 27. Queste considerazioni si rivelano particolarmente evidenti nel caso di specie: nella sentenza di annullamento (Cass. 19.6.24 n. 37181, n.m.), si evidenzia che l'accertamento sul *bis in idem* nell'ipotesi di associazione a delinquere «costituisce una questione di fatto, da risolversi attraverso la disamina e la valutazione degli indici materiali emersi, da ponderare in modo congruo e conforme a logica, tenendo conto delle regole di esperienza rilevanti per il corrispondente apprezzamento».

[30] Cass. 15.4.2014 n. 30609, in *CEDCass*, m. 261087.

[31] Ad esempio, se una delle condanne è stata pronunciata in concorso formale con altri reati o come episodio di un reato continuato, e potrebbe dover essere il giudice dell'esecuzione a dover prima stimare l'entità della pena di ciascun reato, per poi revocare quella meno favorevole (F. Corbi, *op. cit.*, 325; Cass. 15.2.2016 n. 20015, in *CEDCass*, m. 267278); o, ancora, se, in conseguenza della rideterminazione sanzionatoria, emerga la possibilità di riconoscere il beneficio della sospensione condizionale della pena, che implica poterne vagliare i presupposti (Cass. 30.10.2018 n. 51692, in *CEDCass*, m. 274547).

[32] F. Cordero, *Procedura penale*[8], Milano 2006, 1243.

[33] Il secondo comma riguarda la incompatibilità conseguente allo «sviluppo del processo in "orizzontale"». Sulle diverse declinazioni che può assumere la incompatibilità, v. G. Spangher, *Soggetti*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*[3], a cura di G. Conso-V. Grevi, Padova 1993, 16.

[34] C. cost., 6.7.2001 n. 224 prende in considerazione anche l'ipotesi dell'annullamento della sentenza e della regressione del processo al medesimo giudice-persona dell'udienza preliminare, che di per sé non è né un grado diverso, né un giudizio di rinvio dopo l'annullamento: tale caso, allora, non rientrerebbe in nessuno dei primi due commi dell'art. 34 Cpp, nel quale è disciplinata solo l'eventualità – speculare – del giudice dell'udienza preliminare che non può partecipare al successivo giudizio. La Corte accoglie il ricorso alla luce della metamorfosi subita dall'udienza preliminare con la l. 16.12.1999 n. 479, che ha privato l'accertamento funzionale all'emissione del decreto che dispone il giudizio o della sentenza di non luogo a procedere del suo tipico carattere di "sommarietà". Sull'incompatibilità del giudice dell'udienza preliminare, G. Di Chiara, *Sistema delle*

Giudice delle leggi evidenzia allora che, nel caso in esame, «il problema […] si pone perché, ai sensi dell'art. 666 co 6 Cpp, il tipico provvedimento decisorio emesso dal giudice nel procedimento di esecuzione è l'ordinanza» e, in virtù dell'art. 623 co. 1 lett. *a*, Cpp, il giudice del rinvio non deve necessariamente cambiare rispetto a quello che ha pronunciato il provvedimento annullato[35].

Tale previsione, costituendo una eccezione alla regola – contenuta nella lettera *d* del medesimo articolo e riguardante l'annullamento delle sentenze –, manda in "cortocircuito" il sistema, in quanto preclude di considerare l'intensità del contenuto cognitivo dell'ordinanza.

L'art. 623 Cpp, infatti, è considerato una declinazione specifica dell'art. 34 Cpp[36], rispetto al cui tenore letterale si pone in linea di continuità: anche tale disposizione «limita l'incompatibilità verticale al caso in cui il giudice abbia già pronunciato o concorso a pronunciare "sentenza", al fine di conservare l'unita di giudizio all'interno del grado e di evitare una eccessiva dilatazione dell'area dell'incompatibilità»[37]; pertanto, il silenzio relativo alle pronunce delle ordinanze è preordinato – come già sotto la vigenza del codice abrogato – a non paralizzare lo svolgimento dell'attività giudiziaria[38].

Ecco perché la Corte costituzionale, in sede di valutazione di ammissibilità della questione sollevata dal giudice *a quo*, ha evidenziato la correttezza della premessa ermeneutica da cui muove quest'ultimo: costituisce, infatti, «diritto vivente l'orientamento della giurisprudenza di legittimità che interpreta l'art. 623 co. 1 lett. *a* Cpp nel senso della possibile identità del giudice che ha pronunciato l'ordinanza annullata con il giudice del rinvio»[39].

Tuttavia, con riguardo all'annullamento dei provvedimenti pronunciati dal giudice dell'esecuzione, al tradizionale orientamento ad avviso del quale la fase rescissoria debba svolgersi di fronte al medesimo giudice-persona fisica[40] si è contrapposto un indirizzo secondo

---

incompatibilità e natura dell'udienza preliminare, in *GCos* 2002, 3297.

[35] Ad avviso di G. Ciani, sub *art. 34*, in *Commento Chiavario*, I, Torino 1989, 297, la norma non sarebbe attributiva di competenza, ma comporterebbe una «reinvestitura dello stesso giudice che aveva emesso il provvedimento impugnato».

[36] Così C. cost., 18.1.2022 n. 7, che identifica l'art. 623 Cpp come norma "speciale" rispetto all'art. 34 co. 1 Cpp.

[37] C. cost., 9.7.2013 n. 183.

[38] G. Ciani, sub *art. 623*, in *Commento Chiavario*, VI, Torino 1991, 297. Sintomatica di tale intenzione era stata l'eliminazione, nel testo definitivo del codice rispetto al progetto preliminare, della previsione dell'incompatibilità del giudice che avesse pronunciato ordinanza: P.P. Rivello, *L'incompatibilità*, cit., 235.

[39] C. cost., 10.3.2026 n. 27. Con specifico riferimento alle misure cautelari, inizialmente si riteneva che i provvedimenti sulla libertà personale non determinassero «un "pregiudizio" che mini l'imparzialità della decisione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato», dal momento che «si caratterizza[va]no per diversità di oggetto e di funzione» (C. cost., 30.12.1991 n. 502); a seguito delle modifiche normative apportate con la l. 8.8.1995 n. 332 – che ha imposto l'onere di motivare sui gravi indizi di colpevolezza, "anticipando" il giudizio sulla responsabilità – e la riforma dell'art. 111 Cost. – che ha consacrato l'imparzialità come un requisito imprescindibile della giurisdizione –, il Giudice delle leggi ha incluso nell'area dell'incompatibilità anche il giudice chiamato ad effettuare apprezzamenti sui risultati delle indagini (C. cost., 15.9.1995 n. 432; C. cost., 24.4.1996 n. 131; C. cost., 20.5.1996 n. 155: in tale sentenza la Corte aveva pressoché "chiuso" il capitolo concernente le misure cautelari, grazie del meccanismo della illegittimità derivata: A. Giannone, *La «chiusura del cerchio» delle cause di incompatibilità al giudizio di merito per effetto del pregresso intervento del giudice sulla libertà personale*, in *CP*, 1996, 3223 ss.; O. Mazza, *La proliferazione delle incompatibilità è giunta al capolinea?*, in *DPP* 1996, 975 ss.).

[40] A parte l'indirizzo di legittimità antecedente alle sentenze della C. cost., 9.7.2013 n. 183 e 18.1.2022 n. 7 (analizzate nel prossimo paragrafo) e relativo alle ordinanze del giudice dell'esecuzione in materia di applicazione *in executivis* del reato continuato e di revoca della sentenza per *abolitio criminis* o per declaratoria di illegittimità costituzionale (Cass. sez. I, 19.12.2007 n. 2098, in *CEDCass*, m. 238645, o Cass. sez. I, 25.11.2008 n. 607, *ivi*, m. 242382), successivamente, con riferimento ad altre ordinanze adottate dal giudice dell'esecuzione, la giurisprudenza ha continuato a ritenere che il rinvio debba essere disposto al medesimo giudice-persona: ad es. Cass. sez. I, 7.5.2019 n. 5042, *ivi*, m. 278461, riguardante il decreto di inammissibilità dell'istanza di incidente di esecuzione emesso *de plano*; o Cass. sez. IV, 30.9.2015 n. 43026, *ivi*, m. 264750, sull'ordinanza di rigetto di

cui tale identità ne comprometterebbe la neutralità cognitiva[41]. Si ritiene infatti che l'interpretazione letterale delle disposizioni citate «non conservi attualità»[42], in ragione della costituzionalizzazione del principio di imparzialità nell'art. 111 Cost., che dev'essere effettivo anche nella fase esecutiva. Si abbraccia, così, una conclusione alla quale da tempo era già giunta la Corte costituzionale.

5. La sentenza in commento si è dunque posta in linea di continuità con i precedenti nei quali il Giudice delle leggi ha già ritenuto opportuno estendere alla fase esecutiva gli approdi esegetici raggiunti in tema di incompatibilità[43].
Nella sentenza n. 183 del 2013 è stata dichiarata la incostituzionalità degli artt. 34 co.1 e 623 co. 1 lett. *a* Cpp nella parte in cui non escludono la partecipazione, al giudizio di rinvio, del giudice dell'esecuzione che abbia pronunciato ordinanza – poi annullata dalla Cassazione – a seguito di richiesta di applicazione della disciplina del reato continuato *ex* art. 671 Cpp[44]. In questo caso, il ragionamento della Corte era fondato sulla natura e sull'ampiezza dei poteri cognitivi del giudice chiamato a decidere se rideterminare la pena *in executivis* applicando il cumulo giuridico in luogo di quello materiale: l'accertamento di un medesimo disegno criminoso «non attiene affatto alla esecuzione della sentenza, quanto piuttosto al merito delle imputazioni»[45]. La parzialità del giudice, dunque, sconfesserebbe la stessa *ratio* dell'art. 671 Cpp, ossia garantire il principio di uguaglianza nella quantificazione del trattamento sanzionatorio, che deve prescindere dalla circostanza, di per sé casuale, che in sede di cognizione si sia svolto un *simultaneus processus*[46].
Nella sentenza n. 7 del 2022, invece, sono stati dichiarati incostituzionali i medesimi articoli nella parte in cui non prevedono, nel giudizio di rinvio, la diversità del giudice dell'esecuzione che si sia già pronunciato sulla richiesta di rideterminazione della pena a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma incidente sul trattamento sanzionatorio. Anche in tale caso il ragionamento si è fondato sulla natura dell'attività cognitiva del giudice, che, dovendo tenere in considerazione, *ex* artt. 132 e 133 Cp, il disvalore del fatto concreto, nonché la finalità rieducativa della pena, procede con un vero e proprio giudizio – e non con la mera applicazione di criteri automatici e oggettivi.
Tra gli elementi necessari per il manifestarsi del fenomeno dell'incompatibilità[47], a essere dirimente è dunque in particolare il terzo, relativo alla natura di merito e non "meramente processuale" delle valutazioni già compiute: in entrambe le sentenze l'argomento cardine su cui fa leva il Giudice delle leggi è precisamente il frammento di cognizione del giudice

rimessione in termini per opporsi al decreto penale di condanna.
[41] Cass. sez. II, 11.1.2024 n. 7155, in *CEDCass*, m. 285999, riguardante una confisca disposta in fase esecutiva, nella quale la Corte ha argomentato sulle ragioni per cui, in sede di rinvio, il Collegio in funzione di giudice dell'esecuzione dovesse essere diversamente composto.
[42] F.R. Dinacci, *Il giudizio di rinvio nel processo penale*, Padova 2002, 33, il quale proponeva un'interpretazione sistematico-adeguatrice dell'art. 623 Cpp che, facendo leva sull'ampiezza semantica della parola "giudice", vi includesse il concetto di "ufficio" in luogo di "persona fisica".
[43] Ci si riferisce a C. cost., 9.7.2013 n. 183, in *LP* 2013, 1085, con nota di B. Lavarini, *Giudice dell'esecuzione "di rinvio" e incompatibilità: una sentenza costituzionale dalle potenzialità espansive*; e a C. cost., 18.1.2022 n. 7, in *GCos* 2022, 80, con nota di D. Vicoli, *Fisionomia della fase esecutiva e giusto processo: la Corte sancisce l'incompatibilità in sede di rinvio del giudice la cui ordinanza sulla rideterminazione della pena illegale sia stata annullata*.
[44] A norma dell'art. 27 l. 11.3.1953 n. 87, è stata dichiarata altresì l'incostituzionalità delle stesse disposizioni nella parte in cui non prevedono la medesima incompatibilità in relazione alla richiesta di applicazione della disciplina del concorso formale di reati.
[45] C. cost., 9.7.2013 n. 183.
[46] B. Lavarini, *op. cit.*, 1087.
[47] S*upra*, par. 2.

dell'esecuzione, che renderebbe il contesto nel quale viene assunta la decisione una "situazione pregiudicante" per la sede rescissoria.
Anche nella sentenza in esame il perno dell'argomentazione è costituito dalla natura cognitiva dell'attività compiuta dal giudice chiamato a decidere su un'istanza vòlta a dirimere un conflitto pratico tra giudicati: tanto nella valutazione del suo presupposto – la sussistenza del *pluries in idem* – quanto delle sue conseguenze in termini di quantificazione della pena.
Tuttavia, vi è una differenza tra l'ipotesi disciplinata dall'art. 671 Cpp e quella contemplata negli artt. artt. 669 e 673 Cpp: nella prima, all'accertamento della premessa per l'applicazione della disciplina della continuazione o del concorso formale seguono una ricostruzione della vicenda concreta, funzionale all'inquadramento dell'accadimento storico-naturalistico secondo gli elementi propri di tali istituti[48], e la determinazione del trattamento sanzionatorio; negli altri due casi l'accertamento della premessa applicativa (la sussistenza del *pluries in idem* ovvero della rilevanza del fenomeno abrogativo o della declaratoria di illegittimità costituzionale[49]) conduce, in linea di principio, alla revoca della sentenza, cui può eventualmente seguire un intervento sul trattamento sanzionatorio.
La sentenza in esame mostra allora che, anche laddove l'attività cognitiva compiuta dal giudice dell'esecuzione non conduca a una decisione inerente alla responsabilità, bensì alla legittimità in sé del processo[50] (al punto che, in caso di esito negativo, il conseguente potere decisorio si esprime nella revoca della sentenza, in "autotutela" dell'ordinamento[51]), il giudice è pur sempre chiamato a svolgere valutazioni che eccedono una verifica meramente formale[52].

---

[48] E. Aprile, *Incompatibilità a partecipare al giudizio di rinvio del giudice che si è pronunciato su una richiesta* ex *art. 671 Cpp*, in *CP* 2013, 3922, parla di «una sorta di estensione dei poteri decisionali spettanti al giudice della cognizione»; mentre F. Centorame, *op. cit.*, 38, elegge l'art. 671 Cpp a «"norma-manifesto" della possibilità non soltanto teorica, bensì anche pratica, di compiere pure in fase esecutiva nuove inedite valutazioni di merito, suscettibili di infrangere, entro certi limiti, la stessa ricostruzione giuridico-fattuale operata nel *dictum* cognitivo irrevocabile».

[49] Deve evidenziarsi che nella sentenza C. cost., 18.1.2022 n. 7, a differenza di quanto avvenuto nella decisione in commento, il Giudice delle leggi non ha preso in considerazione la portata cognitiva dell'accertamento della premessa per l'applicazione dell'art. 673 Cpp: verificare se si sia di fronte ad una vera e propria *abolitio criminis* o ad una semplice successione di leggi penali è infatti attività complessa che attribuisce al giudice dell'esecuzione un ampio potere (G. Dean, *Ideologie e modelli dell'esecuzione penale*, Torino 2004, 62), ma la Corte si è limitata a pesare solo l'entità cognitiva della rideterminazione del trattamento sanzionatorio. In proposito, D. Vicoli, *La rivisitazione del fatto da parte del giudice dell'esecuzione: il caso dell'*abolitio criminis, in *CP* 2010, 1689 ss.; e, sul versante sostanziale, cfr. M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli 2008.

[50] La verifica positiva del *ne bis in idem* integra una pronuncia sul rito, poiché «l'unica soluzione tecnicamente possibile è che il secondo giudice si dichiari soggetto al precedente e, quindi, declini la pronuncia sul merito» (F. Cordero, *Procedura penale*[2], Milano 1983, 1040); la matrice del divieto è infatti riconducibile alla figura della preclusione-consumazione, provocata dal precedente esercizio dello stesso potere (Cass. S.U. 28.6.2005 n. 34655, cit.; cfr. anche T. Rafaraci, voce *Ne bis in idem*, in *ED*, Ann., III, Milano 2010, 863 s.).

[51] Alla revoca di un provvedimento è estraneo ogni profilo della rivalutazione dell'attività del giudice della cognizione: esprime solo lo *ius poenitendi*, ossia la ritrattazione della volontà ordinamentale, e non contiene alcuna nuova manifestazione volitiva positiva (nel caso dell'art. 669 Cpp, la statuizione che segue è l'ordine di esecuzione del titolo prevalente, che è solo «l'indicazione autoritativa degli effetti già individuati nella sentenza e che devono prodursi» cui può aggiungersi, nel solo caso del sesto comma, una parziale rideterminazione di contenuti: R. Normando, *Il sistema dei rimedi revocatori del giudicato penale*, Torino 1996, 79). Alla revoca si ricorre per esprime la nozione di "ritiro" del provvedimento e, essendo di competenza del medesimo organo che lo ha adottato, propone il modello, tipicamente amministrativo, «dell'"autotutela" del diritto pubblico», «intesa quale adeguamento ad esigenze di giustizia»: lo dimostrano l'assenza di limiti di tempo e la possibilità di procedervi anche con riferimento a provvedimenti inoppugnabili, al fine di eliminare atti illegittimi ed inopportuni (*ivi*, 77-83).

[52] Anche laddove si sostenga l'aspetto *processuale* proprio del vincolo negativo insito nel *ne bis in idem*, «comunque rimane che l'efficacia preclusiva del giudicato ha un suo oggetto sostanziale, che è l'ipotesi storica accertata»; sostanzialmente, «nell'individuazione dei limiti negativi della preclusione è logicamente insito

Sotto questo profilo, il terzo requisito individuato dalla Corte costituzionale – relativo alla natura non in "rito" della decisione precedentemente adottata –, più che escludere dall'area dell'incompatibilità ogni pronuncia che non abbia direttamente riguardato il "merito" dell'imputazione[53], impone più precisamente di verificare se l'attività precedentemente compiuta sia stata meramente interinale od ordinatoria, oppure realmente cognitiva, e in quanto tale idonea a generare quella forza di prevenzione che l'art. 34 Cpp mira a scongiurare.

6. Questa decisione, come i precedenti che, altrettanto, hanno applicato l'art. 34 Cpp alla fase esecutiva del processo sulla base della correlazione tra frammento di cognizione e incompatibilità del giudice, si collocano nel contesto di una più ampia e progressiva assimilazione della giurisdizione cognitiva ed esecutiva.
Dalla concezione prettamente amministrativa presente nel codice Rocco, in cui il giudice dell'esecuzione era chiamato a compiere operazioni per lo più automatiche e funzionali a dare attuazione al comando contenuto nella sentenza[54], si è passati, con il codice Vassalli, ad accogliere il principio di giurisdizionalità della fase esecutiva, per garantire «la perdurante legalità e adeguatezza della pronuncia di merito»[55], alla luce delle coordinate costituzionali[56].
È in quest'ottica che la giurisprudenza, sia costituzionale sia di legittimità, sta progressivamente ammettendo l'ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione: lo ha fatto sia con la valorizzazione di poteri di per sé già riconosciuti dal legislatore[57], sia con il loro

quell'aspetto positivo che è dato dalla dichiarazione di verità contenuta nella sentenza»: A. Cristiani, *op. cit.*, 76.

[53] «Anche la decisione che dichiara il non doversi procedere contiene un accertamento: quel che varia, rispetto alla pronuncia sulla fondatezza della domanda, è l'oggetto accertato» (F. Cordero, voce *Merito [diritto processuale]*, in *NssDI*, Torino 1964, 578), che anche quando riguarda la instaurabilità del processo può esigere che si effettuino giudizi relativi al merito (F. Cordero, sub *art. 649*, in *Codice di procedura penale*, Torino 1990, 737); cfr. anche A. Capone, *La "cassazione non giudica nel merito". Nuovi sviluppi di un antico adagio*, in *RIDPP* 2006, 1618 ss., il quale evidenzia i fraintendimenti di carattere semantico nelle espressioni "fatto" e "merito". Tali equivoci, ad avviso di chi scrive, contribuiscono ad alimentare il dibattito intorno alla eccepibilità della violazione del principio del *ne bis in idem* per la prima volta in Cassazione: secondo un orientamento, infatti, non sarebbe possibile in ragione dell'accertamento "di merito" che esige la verifica della medesimezza del fatto, e la questione andrebbe sollevata di fronte al giudice dell'esecuzione (Cass. 15.1.2021 n. 6179, in *CEDCass*, m. 280648; Cass. 13.3.2019 n. 18559, *ivi*, m. 276122); secondo altro orientamento, invece, sarebbe ammissibile, poiché la violazione del principio si tradurrebbe in un *error in procedendo* rilevabile dal giudice di legittimità (Cass. 7.4.2017 n. 30845, *ivi*, m. 270871; Cass. 30.9.2009, *ivi*, m. 244856); ad avviso di un terzo indirizzo intermedio, poi, la Cassazione potrebbe averne cognizione solo qualora ciò non comporti un accertamento di fatto (diversamente, la domanda andrebbe proposta in fase esecutiva: Cass. 24.6.2021 n. 37282, *ivi*, m. 282044; Cass. 10.1.2019 n. 5772, *ivi*, m. 276319).

[54] Il giudicato, infatti, era circondato da qualcosa di «vagamente superstizioso» (F. Cordero, *Procedura penale*[6], Milano 1983, 1064). Sul dibattito relativo alla natura giurisdizionale dell'esecuzione penale, v. G. Giostra, *Il procedimento di sorveglianza nel sistema processuale penale*, Milano 1983.

[55] G. Dean, *Ideologie e modelli*, cit., 15. L'Autore, tuttavia, rimane critico sull'effettività del principio di imparzialità nella fase esecutiva: ancor prima che in sede rescissoria a seguito di annullamento del provvedimento da parte della Cassazione, infatti, il problema si pone con riguardo allo stesso criterio di individuazione della competenza, che essendo basato, nell'art. 665 Cpp, sull'identità del giudice che ha deliberato la sentenza, trascurerebbe completamente il rischio insito nella forza della prevenzione (12 e 98); nello stesso senso, recentemente, F. Centorame, *op. cit.*, 135 ss., che propone di considerare il giudice dell'esecuzione individuato *ex* art. 665 Cpp incompatibile per mezzo dell'art. 34 co. 1 Cpp: la fase dell'esecuzione può essere considerata, infatti, come un «atipico strumento di gravame avverso la decisione irrevocabile» (145).

[56] La previsione costituzionale di una riserva di giurisdizione in materia di libertà personale, su cui incide l'attività dell'esecuzione penale, nonché della rieducazione della pena, hanno imposto anche in tale fase garanzie giurisdizionali minime: F. Caprioli, *Introduzione*, in F. Caprioli-D. Vicoli, *op. cit.*, 8.

[57] Come il potere di applicare la sospensione condizionale della pena e la non menzione nel certificato del casellario per via del riconoscimento, in sede esecutiva, del concorso formale o della continuazione tra reati, di cui all'art. 671 Cpp; o come quello di adottare «tutti i provvedimenti conseguenti» alla revoca della sentenza o del decreto penale di condanna *ex* art 673 Cpp; o, in caso di retroattività o ultrattività della *lex mitior* e di

potenziamento anche al di là del dettato codicistico, in virtù di una condizione di potere «necessariamente implicata da quella che [gli] consente di rimuovere il giudicato»[58], e «coessenziale» alle attribuzioni esplicitamente riconosciute dal legislatore[59].
Con la pronuncia in commento – come visto, la terza in tema di rimedi *post iudicatum* – è stato compiuto un ulteriore passo in questa direzione: poiché l'accertamento funzionale all'applicazione dell'art. 669 Cpp rientra a pieno nel concetto di "giudizio" e rende il relativo incidente un contesto "pregiudicante", si riproduce plasticamente il paradigma decisorio tipico della fase cognitiva[60]. Da un lato, dunque, si conferma quanto la categoria del "giudizio" presenti una «propria intrinseca capacità di autoadattamento», idonea ad assecondare le spinte del sistema[61]; dall'altro, emerge che è essa stessa a definire in modo più nitido fenomeni in evoluzione, dal momento che costringe a «cogliere l'intrinseca natura delle parentesi decisorie» del processo[62].
In tal modo, la metamorfosi della giurisdizione esecutiva è proseguita ancora, ma va escluso, alla luce dell'attuale assetto normativo, che essa possa compiersi del tutto[63]. La particolarità della giurisdizione esecutiva e il suo dovere di dare esecuzione al giudicato precludono, difatti, la possibilità di ravvisare un principio generale in forza del quale, in caso di annullamento di ordinanza pronunciata dal giudice dell'esecuzione, quello del rinvio debba sempre essere diverso[64]: a fronte del tenore letterale dell'art. 623 co. 1 lett. *a* sarà quindi inevitabile attendersi ulteriori sentenze additive della Corte costituzionale.

---

illegittimità costituzionale della norma penale (solo) mitigatrice del trattamento sanzionatorio, di rideterminare la pena, in virtù dell'art. 30, comma 4, l. n. 87 del 1953 (così Cass. S.U. 24.10.2013 n. 18821, in *GI* 2014, 1752, con nota di D. Amoroso, *Sugli effetti* ultra partes *del giudicato di Strasburgo*; Cass. S.U. 29.5.2014 n. 42858, in *RIDPP* 2015, 975, con nota di D. Vicoli, *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi delle Sezioni unite*) o di applicare ulteriori benefici (Cass. S.U. 26.2.2015 n. 37107, in *DPP* 2016, 177, con nota di B. Nacar, *I "nuovi" poteri del giudice dell'esecuzione di rideterminazione della pena illegittima*).

[58] C. cost., 19.12.2024 n. 208, in *GCos* 2024, 2507, con nota di chi scrive, *Poteri impliciti del giudice dell'esecuzione e flessibilità del giudicato penale*.

[59] Cass. 30.10.2018 n. 51692, in *CEDCass.*, m. 274547. Rientrano, tra i poteri "impliciti" del giudice dell'esecuzione, quello di rideterminare la pena e applicare benefici in caso: di annullamento senza rinvio di uno o di alcuni soltanto dei capi della sentenza (Cass. 1.3.2013 n. 16679, *ivi*, m. 254570); di revoca per conflitto pratico di giudicati (Cass. 30.10.2018 n. 51692, *ivi*, m. 274547); di rinuncia, ai sensi dell'art. 442 co. 2-*bis* Cpp, all'impugnazione dopo il rito abbreviato, e di conseguente riduzione della pena in forza dell'art. 676 co 3-*bis* Cpp (C. cost., 19.12.2024 n. 208 del 2024). L'ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione non espressamente riconosciuti dal legislatore e rimessi all'approccio casistico della giurisprudenza recherebbe, invero, rischi per il principio di legalità: in proposito, v. F. Caprioli, Res iudicata *penale e diritto del condannato a una punizione non sproporzionata*, in *RIDPP* 2025, 1037 ss.

[60] Già da tempo infatti si propone, in conseguenza della metamorfosi della giurisdizione esecutiva, di potersi procedere anche in tale fase, in relazione all'esercizio di poteri decisori di merito, con astensioni e ricusazioni: A. Gaito, *Nel segno dell'imparzialità del giudice: verso l'assimilazione della fase esecutiva alla fase del giudizio*, in *GI* 1997, 47.

[61] G. Di Chiara, S*istema delle incompatibilità*, cit., 3306.

[62] D. Vicoli, *Fisionomia della fase esecutiva*, cit., 83.

[63] La persistenza dell'autonomia del pubblico ministero nell'emanazione di provvedimenti esecutivi incidenti sulla libertà personale «consente di affermare che l'esecuzione penale non è una fase integralmente giurisdizionale»: F. Caprioli, *Introduzione*, cit., 17.

[64] A differenza di quanto avvenuto con riferimento alle misure cautelari: oggi il principio in base al quale il giudice che si sia pronunciato in tema di libertà personale diventi incompatibile nei successivi giudizi «è ormai penetrato come paradigma "di sistema" nel vigente ordinamento processuale penale» ed è possibile farne applicazione diretta senza bisogno di sollecitare censure di incostituzionalità (C. cost., 21.6.2012 n. 153; sebbene, nella recente C. cost., 30.12.2025 n. 212, la Corte sia nuovamente intervenuta sul tema con una sentenza additiva).

LA PROGRESSIVA EROSIONE DEGLI SPAZI VALUTATIVI DEL GIUDICE CAUTELARE A FAVORE DELLA RILEVANZA DEL MERO TITOLO DI REATO

di Paola Spagnolo (Professoressa ordinaria di Diritto processuale penale, Università di Roma LUMSA)

Enrico Marzaduri ha dedicato gran parte dei suoi studi al tema della libertà personale, consegnandoci una serie di importanti riflessioni. Partendo dalle scelte iniziali del codice di rito, il contributo esamina la progressiva trasformazione della disciplina delle misure cautelari personali da modello unitario e tendenzialmente lineare a sistema frammentato, fondato su differenziazioni normative legate al tipo di reato, alla figura dell'autore e alla qualità della vittima. In tale quadro, l'analisi si sofferma sulle presunzioni dell'art. 275 c.p.p. e le nuove modifiche dovute al c.d. codice rosso sottolineando la progressiva rilevanza attribuita al mero titolo di reato, che finisce per compromettere la natura stessa del giudizio cautelare, che dovrebbe conservarsi attuale, concreto e individualizzato. Si sottolinea altresì il pericolo di un sistema processuale a geometria variabile, nel quale la qualificazione giuridica provvisoriamente individuata dal pubblico ministero incide in modo significativo sul regime applicabile, mentre il giudice dispone, nella fase iniziale, di elementi conoscitivi limitati per verificarne compiutamente la correttezza. Ne deriva una tensione critica tra automatismi legislativi, garanzie individuali e principio di proporzionalità della cautela.
Enrico Marzaduri devoted a significant part of his scholarship to the issue of personal liberty, offering a series of important reflections on the subject. Starting from the original choices made by the Code of Criminal Procedure, this contribution examines the gradual transformation of the rules governing personal precautionary measures from a unitary and broadly linear model into a fragmented system, based on normative differentiations linked to the legal classification of the offence, the status of the offender, and the characteristics of the victim. Within this framework, the analysis focuses on the presumptions laid down in Article 275 of the Code of Criminal Procedure and on the recent amendments introduced by the so-called *Codice Rosso*, highlighting the increasing relevance attributed to the mere legal classification of the offence. This development ultimately risks undermining the very nature of the precautionary assessment, which should remain current, concrete, and individualised. The contribution also stresses the danger of a procedurally variable system, in which the provisional legal classification identified by the public prosecutor significantly affects the applicable regime, while the judge, at the initial stage, has only limited information with which to fully verify the correctness of that classification. This gives rise to a critical tension between legislative automatisms, individual guarantees, and the principle of proportionality in precautionary measures.

Libertà personale, adeguatezza, titolo del reato
Personal liberty, proportionality/adequacy, offence charged

Sommario: 1. Le scelte di fondo del codice del 1988. – 2. Involuzioni del sistema. – 3. Il contrasto alla violenza di genere. – 4. Conclusioni.

1. Non è semplice individuare un tema nell'ambito del sistema cautelare e trattarlo davanti ad un Maestro che ha scritto pagine bellissime. Ed è arduo anche ritagliare un aspetto da approfondire in quanto il microcosmo cautelare è oggetto di continua attenzione non solo da parte del legislatore e della giurisprudenza interna e internazionale, ma anche dell'opinione pubblica che, complice la (dis)informazione mediatica, ingigantisce la fase cautelare,

caricandola di funzioni che le dovrebbero rimanere estranee e spingendo così il legislatore ad attuare incessanti modifiche spesso frutto dell'emergenza del momento.
L'ambito cautelare è proprio la cartina di tornasole di questo *modus operandi*: innumerevoli sono le modifiche normative, spesso ad opera di decreti legge, non sempre giustificati dalla necessità ed urgenza, e gli interventi interpretativi e/o demolitivi della Corte costituzionale.
Un esempio lampante si può rinvenire nelle molteplici modifiche all'art. 275 Cpp che oggi ha davvero poco a che vedere con l'originario articolo, scarno ed essenziale.
Se i calcoli non sono errati, dal 1988 al 2025 vi sono state 22 modifiche normative, mentre solo sul terzo comma dell'art. 275 Cpp sono intervenute, tra il 2010 e il 2015, nove sentenze dichiarative di illegittimità costituzionale.
L'incessante "rincorrersi" tra legislatore e giudice delle leggi, in un perenne pendolo tra esigenze sicuritarie e istanze garantistiche, è forse solo la conferma della delicatezza di una tematica che, in tutta la sua drammaticità, esprime il perenne rapporto di tensione tra autorità e libertà.
Gli scritti di Enrico Marzaduri ripercorrono per gran parte questa evoluzione; volendomi limitare solo al nuovo codice di procedura penale, non si può non citare la bella voce Misure cautelari sul Digesto[1], che rimane sempre un punto di partenza per chi si accinge allo studio delle cautele, senza dimenticare i vari commenti alla giurisprudenza costituzionale o alle riforme normative apparsi sulla rivista La legislazione penale o su varie opere collettanee all'indomani dell'entrata in vigore della disciplina.
Impossibile richiamare tutte le sue opere, essendo la tematica cautelare uno dei suoi campi d'elezione.
Come risulta anche dai suoi scritti, in origine il sistema cautelare prevedeva diverse misure cautelari sostitutive della custodia cautelare in carcere, sistematicamente inserite per rendere visibile il principio di gradualità che ispirava il nuovo sistema cautelare: i presupposti cautelari, i criteri di scelta, le regole di "governo" delle misure erano così identici per ogni reato.
In particolare, il codice del 1988 aveva inteso superare la rilevanza che fino ad allora si conferiva al mero titolo di reato. Quale che fosse il reato addebitato all'indagato/imputato le regole cautelari rimanevano le stesse, superandosi l'alternativa obbligatorietà/facoltatività che aveva caratterizzato il codice Rocco. Al giudice era riconosciuta una discrezionalità ricognitiva dei presupposti, guidata dai principi di adeguatezza e proporzionalità e si richiedeva, per ogni singola fattispecie, la verifica in concreto della sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e delle esigenze cautelari[2].
L'idea di fondo dell'intero sistema processuale poggiava sulla considerazione che, indipendentemente dal titolo di reato contestato, le regole processuali e decisorie, sia nel procedimento principale sia in quello incidentale, dovevano essere le stesse.
Una scelta di valore molto importante che, ripudiando l'idea di una giustizia a gamma variabile, fa del processo il luogo dell'accertamento del fatto, designando regole valide per ogni tipologia di reato, al di là della fattispecie sottoposta al giudice.
Analogamente, sul piano cautelare, si delinea un sistema che affida al giudice il delicato compito di individuare, presenti i gravi indizi, le esigenze cautelari e di valutare, alla luce dei principi di adeguatezza e proporzionalità, la misura più idonea a fronteggiare i *pericula libertatis* nel caso concreto. Si delinea così quello che poi la Corte costituzionale indicherà come il "trattamento individualizzato" nel rispetto del principio del minor sacrificio.

[1] E. Marzaduri, *Misure cautelari (principi generali e disciplina)*, in *Dig. Disc. Pen*., vol. VIII, Torino 1994, 59 e ss.
[2] Per E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in *CP* 2014, 20, le scelte originarie del codice in materia cautelare erano un «modello» di elaborazione normativa.

È a tutti noto che quell'assetto originario è oggi messo in crisi in ogni suo aspetto.
Sotto il profilo dell'accertamento, oltre alle deroghe in materia di contrasto alla criminalità organizzata, il c.d. doppio binario processuale, assistiamo alla creazione di plurimi binari processuali (in materia di violenza sessuale, pornografia, violenza di genere, reati contro la pubblica amministrazione), procedendo con una legislazione per cataloghi. E così, a seconda del titolo di reato, vi sono termini di indagine differenti, presupposti dei mezzi di ricerca della prova differenziati, regole probatorie di ammissione e assunzione diverse, con vistose deroghe al principio della formazione della prova in contraddittorio, secondo i principi di oralità e immediatezza.
In misura quasi maggiore questa parcellizzazione o frammentazione tra fattispecie, tipi di autore o di vittima, ha riguardato anche la tematica cautelare, che già nella tipologia delle misure oggi si presenta frastagliata, avendo perso, anche sotto il profilo della sistematica codicistica, quell'aspirazione a rendere "visibile" nella progressione codicistica il principio di gradualità delle misure.

2. La frammentazione che oggi caratterizza il sistema cautelare ha anche determinato una progressiva erosione degli spazi valutativi del giudice.
In diversi ambiti il legislatore ha operato riducendo la discrezionalità vincolata – o ricognitiva dei presupposti – che era la caratteristica del nuovo codice di procedura penale, inserendo una serie di previsioni astratte che "incanalano" la valutazione del giudice, allontanandola da quell'ideale di vaglio concreto e individualizzato che doveva caratterizzare l'ambito cautelare.
Talvolta si tratta di modifiche che nulla o poco aggiungono a quanto era già rilevabile dal sistema.
Si pensi alle modifiche all'art. 274 Cpp.
Nel valutare la sussistenza dei *pericula libertatis* il legislatore indica le caratteristiche del *periculum* – concreto, attuale –, gli indici da cui ricavarlo – circostanze concrete, precedenti penali, personalità del soggetto – e di cosa non si deve tener conto – le situazioni di concreto e attuale pericolo non possono essere desunte dall'esercizio del diritto al silenzio o dalla gravità del titolo di reato per cui si procede.
Si tratta di specificazioni ultronee, a volte ridondanti, che evidenziano solo una sorta di rinuncia all'interpretazione, delegando al legislatore la soluzione di problemi "pratici"[3], probabilmente denotando sfiducia per l'elaborazione giurisprudenziale.
Ancora si pensi all'introduzione dell'art. 273 comma 1-*bis* Cpp, che nel tentativo di imporre alla giurisprudenza l'applicazione di alcuni criteri di valutazione della prova – essenzialmente quello indicato nel 3 e 4 comma dell'art. 192 Cpp - finisce per escludere il riferimento ad altre regole di valutazione, come quella riferibile al comma 2 dell'art. 192 Cpp[4], e per richiamare solo alcune delle regole di esclusione probatoria, ponendo la questione se l'elenco normativo sia solo esemplificativo o tassativo[5].
In analoga prospettiva possono essere lette alcune disposizioni dell'art. 275 Cpp, dove talune delle valutazioni che il giudice era comunque chiamato a svolgere, sono ora predeterminate dal legislatore.

[3] Così, fin dalle prime modifiche dovute alla l. 332/1995: G. Illuminati, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in V. Grevi (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano 1996, 76.
[4] Ancora oggi la giurisprudenza esclude l'applicabilità dell'art. 192 comma 2 Cpp: Cass., V., 19.11.2024, n. 7092, in *CED Cass*., n. 287536-01; Cass., II, 10.11.2022, n. 8948, *ivi*, n. 284262-01; Cass., IV, 8.4.2021, n. 16158, *ivi*, n. 281019-01.
[5] V. all'indomani dell'introduzione G. Canzio, *Commento all'art. 11 l. 63/2001*, in *LP* 2002, 254.

Si pensi alla previsione del comma 1-*bis* dove viene specificato come deve essere condotto l'esame delle esigenze cautelari a seguito di una sentenza di condanna[6]. La disposizione appare meramente didascalica, essendo ovvio che il giudice debba tener conto dell'esito del procedimento, delle modalità del fatto, degli elementi sopravvenuti, dell'emersione, anche a seguito della sentenza, delle esigenze cautelari del pericolo di fuga e del pericolo di reiterazione della condotta. Lo scopo della disposizione è quindi solo quello di richiamare il giudice al dovere di porsi, a seguito della sentenza, la questione in ordine alla libertà personale del soggetto. Non tanto e non solo, quindi, il *quomodo* della valutazione, ma l'*an* della stessa.
Ma si può citare anche l'art. 275 comma 2-*ter* Cpp, che impone al giudice, in caso di condanna in appello per determinati reati (quelli previsti dal comma 1 dell'art. 380), commessi dal soggetto condannato nei cinque anni precedenti per reati della stessa indole, di porsi il tema dello *status libertatis* dell'imputato, valutando le esigenze secondo i criteri indicati nel comma 1-*bis* dello stesso art. 275 Cpp.
Anche in questo caso sicuramente la condanna in appello per un reato grave dovrebbe indurre il giudice a porsi il problema della libertà dell'imputato; ma non compete al legislatore prevedere in astratto che una misura debba essere applicata, indipendentemente da una richiesta del pubblico ministero.
Similmente si pensi alle specificazioni in ordine al principio di proporzionalità con riferimento alla prognosi di applicazione della sospensione condizionale della pena, valevole solo per le misure custodiali e semi custodiali o, ancora, alla prognosi sulla pena finale che si ritiene di irrogare (art. 275 comma 2-*bis* Cpp). In questo caso, da un lato, si impone al giudice di porsi la questione solo quando ritenga di applicare la custodia cautelare in carcere, dimenticando l'equiparazione con gli arresti domiciliari, dall'altro, si deroga alla disposizione per una serie di reati eterogenei tra loro, per i quali il mero titolo di reato può comportare, quand'anche la prognosi sia inferiore ai tre anni, l'ingresso in carcere[7]. Peraltro, quando si tratta dei reati indicati nel co. 3 e 3.1 dello stesso art. 275 Cpp, quella prognosi infratriennale che, nelle ipotesi ordinarie, è un limite significativo alla carcerazione cautelare segnando *per tabulas* la sproporzione della custodia cautelare rispetto alla sanzione finale prevedibile, viene meno e si coniuga con i regimi presuntivi, finendo per agevolare ulteriormente la scelta per le misure coercitive in senso stretto.
Vi sono poi una serie di modifiche normative che sostituiscono i concreti vagli giudiziali con valutazioni "predeterminate" e astratte del legislatore.
Sotto questo profilo vi sono diversi esempi, anche se talvolta le scelte legislative sono state in seguito, per vari fattori esogeni, oggetto di ripensamento.
Il riferimento è alle disposizioni dell'art. 276 comma 1-*ter* e dell'art. 284 comma 5-*bis* Cpp.
Nel primo caso, il d.l 341/2000, conv. in legge dalla l. 4/2001, aveva inserito un automatismo: nell'ipotesi di trasgressione alla prescrizione di non allontanarsi dalla propria abitazione o da altro luogo di privata dimora il giudice avrebbe dovuto disporre la revoca degli arresti domiciliari e la sua sostituzione con la custodia cautelare in carcere. Nel secondo, lo stesso decreto aveva escluso che potessero essere applicati gli arresti domiciliari a chi avesse posto in essere una condotta punibile per evasione nei cinque anni precedenti al fatto per cui si procede[8].

[6] La giurisprudenza sottolinea come analoghe regole valgono nel caso di richiesta di sostituzione o revoca della misura presentata dopo la sentenza di condanna: Cass., III, 25.5.2025, n. 25921, in *CED Cass.*, n. 288400-01.
[7] L'elenco dei reati è stato di recente ampliato dapprima con la l. 168/2023 e, poi, con la l. 181/2025. Sottolineano l'eterogeneità dei reati B. Romanelli, E. Sacchetto, *Il nuovo volto della violenza di genere tra diritto penale e processo. Commento alla legge 2 dicembre 2025, n. 181*, in *LP* 24.3.2026, 39-40.
[8] Con la l. 128/2001 la disposizione era stata modificata richiedendo la condanna per evasione nei cinque anni precedenti.

Queste previsioni, che escludevano qualsiasi valutazione del giudice in ordine all'entità o ai motivi della trasgressione alle prescrizioni o alla condotta di evasione posta in essere, sono state modificate con la l. 47 del 2015 che ha in parte restituito al giudice l'ambito valutativo che gli è proprio.
Oggi, infatti, il giudice è chiamato a valutare se il "fatto sia di lieve entità" e, eventualmente, mantenere o disporre gli arresti domiciliari.
La vicenda legata a queste due disposizioni dimostra come il legislatore alterni, in relazione alle istanze del momento, la disciplina concreta. Vincoli *in malam partem* quando prevalgono istanze di sicurezza, come per i vari pacchetti sicurezza che per un certo periodo sono stati un appuntamento fisso della nostra legislazione; restituzione del potere concreto di valutazione, qualora occorra rispondere ad input esterni, come per le modifiche di cui stiamo trattando, che risalgono alla L. 47 del 2015 ossia alla riforma del sistema cautelare a seguito della condanna della Corte europea nel caso Torreggiani al fine di arginare il sovraffollamento carcerario riducendo gli ingressi in carcere.
Le attuali previsioni, che oggi per quanto riguarda la trasgressione alle prescrizioni richiamano anche la manomissione del braccialetto elettronico, superano le maggiori criticità che erano state evidenziate in dottrina. Tuttavia, a ben vedere, al giudice non è stato restituito il pieno potere di valutazione[9]. Le modifiche infatti non hanno comportato l'abrogazione delle disposizioni derogatorie rispetto allo schema ordinario, ma solo una loro modifica, indicando, ancora una volta, al giudice il percorso da seguire, senza restituirgli piena autonomia valutativa.
L'esempio più lampante della sostituzione della valutazione in concreto del giudice con quella astratta del legislatore essenzialmente basata sul titolo di reato si rinviene nell'automatismo cautelare dell'art. 275 comma 3 Cpp. In questo caso il legislatore ha inciso sul principio di adeguatezza. Se infatti in origine si statuiva solamente che «nel disporre le misure, il giudice tiene conto della specifica idoneità di ciascuna in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto», sottolineando al terzo comma dell'art. 275 Cpp solo il carattere di *extrema ratio* del ricorso alla custodia cautelare, oggi il vaglio di adeguatezza si articola in diverse previsioni.
Limitandosi al terzo comma dell'art. 275 Cpp, innumerevoli, come si è anticipato, sono state le modifiche normative.
La prima risale al 1991 e, nell'arco di pochi mesi (da luglio a novembre), quel comma 3 era stato modificato due volte[10]. Il legislatore conia per la prima volta un meccanismo, allora inedito, che sconfessa le scelte di base del sistema cautelare. Alla piena libertà valutativa del giudice in ordine ai presupposti cautelari viene imposto, per una serie di reati, un vincolo al giudice: si inserisce, sulla base del solo titolo di reato, una presunzione relativa di pericolosità dell'imputato che impedisce al giudice di applicare misure cautelari intermedie e lo pone di fronte all'alternativa secca tra applicazione della custodia cautelare in carcere e libertà. Non si ripropone il ripristino della cattura obbligatoria, ma qualcosa di davvero simile essendo molto arduo fornire la prova della mancanza di pericolosità del soggetto.
È a tutti noto che, nel 1995, il legislatore aveva ristretto le deroghe contenute nell'art. 275 comma 3 Cpp, limitando il regime speciale, introduttivo di una presunzione relativa di

[9] Per alcune considerazioni, all'indomani dell'entrata in vigore della l. 47/2015, F. Alonzi, *Commento all'art. 5 l. 47/2015*, in *LP*, 1.12.2015; F. Alonzi, *Commento all'art. 6 l. 47/2015*, in *LP*, 1.12.2015; V. Bonini, *La attenuazione degli (altri) automatismi* in peius, in Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino 2015, 135.
[10] Va sottolineato che i dd.ll. 13.11.1990, n. 324, 12.1.1991, n. 5 e 13.3.1991. n. 76 non furono convertiti. Il d.l. 13.5.1991, n. 152 fu invece convertito dalla l. 12.7.1991, n. 203 e poi modificato con il d.l. 9.9.1991, n. 292, convertito dalla l. 8.11.1991, n. 356.

sussistenza delle esigenze cautelari e una assoluta di adeguatezza della sola misura custodiale, alle fattispecie di reato riconducibili alla criminalità organizzata di tipo mafioso.
In perfetta linea con quella prima tendenza di costruzione di un doppio binario processuale per i reati di criminalità organizzata.
Nella convinzione che la disposizione avesse dato buona prova di sé nella feroce stagione delle stragi di mafia, nel 2009 con un nuovo decreto legge (d.l. 38/2009, conv, in legge dalla l. 38/2009), in risposta ad allarmi sociali fomentati da campagne mediatiche[11], il legislatore amplia ulteriormente il catalogo di reati, facendo riferimento ad un elenco eterogeneo di fattispecie.
Fa infatti ingresso nell'art. 275 comma 3 Cpp il richiamo ai reati di cui all'art. 51 commi 3-*bis* e 3 -*quater* Cpp, ossia quelli per i quali è prevista la competenza della procura distrettuale.
Una disposizione funzionale all'efficacia investigativa, diviene incomprensibilmente "indice" di una maggiore pericolosità dei presunti responsabili di quei fatti. Oltre a questo richiamo, compaiono nuovamente fattispecie che già nel 1991 erano state prese in considerazione e poi abbandonate (si pensi all'omicidio) e i reati legati alla sfera sessuale[12].
L'ampliamento del meccanismo presuntivo ad una serie eterogenea di reati è stato presto scrutinato dalla Corte costituzionale che con una serie di pronunce ha (in parte) attenuato la rigidità del meccanismo previsto[13].
Vale la pena evidenziare che il giudice delle leggi, da un lato, è rimasto strettamente ancorato al *devolutum* – ossia la sola presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere – dall'altro, non ha sancito l'incompatibilità della presunzione con gli artt. 13 e 27 Cost., ma ha ribadito la necessità di operare una verifica caso per caso dell'esistenza di dati d'esperienza generalizzati, lasciando spazio alla possibile sopravvivenza del meccanismo presuntivo.
Dalla lettura delle sentenze si ricava che, ad avviso dei giudici di Palazzo della Consulta, anche le presunzioni assolute non violano il principio di uguaglianza se non sono arbitrarie e irrazionali e sono quindi riconducibili a dati di esperienza generalizzati (come nel caso della criminalità organizzata di tipo mafioso o del terrorismo)[14].
In tutti i casi portati all'esame della Corte, infatti, la questione sollevata è la stessa (la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria) e il dispositivo è comune: è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3 Cpp nella parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto (di volta in volta differente) è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano

[11] Cfr. ancora S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, in Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 108 s., che ricorda altresì l'appassionata denuncia di G. Giostra, *Carcere cautelare 'obbligatorio', la campana della Corte costituzionale, le 'stecche' della Cassazione, la sordità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2012, 4904 s.
[12] Evidenzia come l'estensione delle fattispecie sia di «vistosa e innegabile arbitrarietà»: E. Marzaduri, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *LP* 2011, 702; v. anche, per analoghe considerazioni, L. Giuliani, *Violenza sessuale di gruppo e discrezionalità del giudice* de libertate*: dalla Corte di cassazione una quinta declaratoria di incostituzionalità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare*, in *CP* 2012, 921; F. Zacchè, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in O. Mazza, F. Viganò (a cura di), Il *"Pacchetto sicurezza" 2009*, Torino 2009, 290.
[13] Si allude alle sentt. n. 265 del 2010, nn. 164, 231 e 331 del 2011, n. 110 del 2012, nn. 57, 213 e 232 del 2013, n. 48 del 2015.
[14] V., con riferimento all'art. 416-*bis* c.p., Corte cost., 8.3.2017, n. 136 e, per quanto attiene al terrorismo, Corte cost., 14.7.2020, n. 191.

acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.
In definitiva, fermo restando la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, i *dicta* dei giudici della legge hanno inciso esclusivamente sulla presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere trasformandola da assoluta a relativa. In altri termini, non si esclude la legittimità di un sistema che, sulle esigenze cautelari o sulla scelta della misura in concreto da applicare, utilizzi le presunzioni, ma si richiede una valutazione affidabile dei dati di esperienza[15]. Tuttavia, questa valutazione, «suggerita da taluni aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato»[16], è rimasta inespressa, essendoci diversi dubbi che – almeno per i reati diversi da quelli del contesto mafioso – vi siano caratteristiche costanti idonee a fornire un adeguato fondamento statistico alle diagnosi legislative di pericolosità[17].
In risposta alle decisioni della Corte costituzionale, il legislatore, con la l. 47/2015, ha modificato ulteriormente l'art. 275 Cpp, recependo i *decisa* del giudice delle leggi, senza cogliere l'occasione di ripensare completamente il sistema. Attualmente le presunzioni assolute di adeguatezza riguardano esclusivamente i reati di associazione mafiosa, terroristica e sovversiva, mentre per le residue fattispecie opera una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia cautelare in carcere[18].
La scelta timida della Corte costituzionale, avallata dal legislatore, lascia irrisolta l'«incompatibilità concettuale tra la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari ed il tipo di giudizio demandato al giudice da una disposizione che lo autorizza a verificare se siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che, in relazione al caso concreto, il *periculum in mora* possa essere soddisfatto con misure diverse dalla custodia in carcere»[19]. Può infatti risultare difficoltoso procedere ad una verifica dell'intensità delle esigenze cautelari, al fine di individuare se è possibile non applicare la custodia cautelare, se prima non si individuano le esigenze nel caso concreto.
Afferma Enrico Marzaduri che «solo in presenza di un accertamento riguardante le esigenze descritte nell'art. 274 Cpp, potrà essere condotta una verifica, quale che essa sia, sull'adeguatezza delle soluzioni adottabili *de libertate*, mentre un giudice che non è chiamato a svolgere tale accertamento, non è neppure in condizione di apprezzare natura e grado di tali esigenze»[20].
Ragionamento non introiettato dalla giurisprudenza che ancora oggi ripete che il giudice in un primo momento verifica se non vi siano elementi idonei ad escludere la sussistenza di ogni esigenza[21], superato questo step, le esigenze, comunque presenti, saranno oggetto di

[15] Diverse sono le critiche alla soluzione di compromesso, tra i tanti: E. Marzaduri, *Continua la bonifica costituzionale nei confronti dei meccanismi presuntivi di accertamento della sussistenza delle esigenze cautelari*, in *LP* 2013, 1071; S. Carnevale, *op. cit.*, 115 e ss.
[16] Cfr. § 13 della sent. 265/2010.
[17] S. Carnevale, *op. cit.*, 116.
[18] Sottolinea che, almeno sul piano formale, la novella del 2015 è andata al di là di quanto strettamente imposto dall'ossequio ai dispositivi delle sentenze costituzionali, dato che nella previgente versione dell'art. 275, co. 3, Cpp comparivano ipotesi di reato che non erano ancora state sottoposte al sindacato della Corte, anche se non appariva difficile pronosticare l'accoglimento dell'eventuale questione di legittimità: E. Marzaduri, *A trenta anni dall'entrata in vigore del Cpp: le disposizioni generali sulle misure cautelari*, in AP 2019, 9, nt. 23.
[19] E. Marzaduri, *A trenta anni dall'entrata in vigore del Cpp: le disposizioni generali sulle misure cautelari*, cit., 14.
[20] Così E. Marzaduri, *Disciplina delle misure cautelari personali e presunzioni di pericolosità: un passo avanti nella direzione di una soluzione costituzionalmente accettabile*, in *LP*, 2010, 506 s.
[21] Sempre rigida la giurisprudenza con riguardo alla possibilità di superare la presunzione di sussistenza delle esigenze cautelari. Si afferma infatti che la presunzione può essere superata solo con il recesso dell'indagato dalla associazione e con l'esaurimento dell'attività associativa: Cass., V, 21.2.2024, n. 1634; Cass., II, 14.7.2021, n. 38848.

valutazione da parte del giudice per individuare la misura da applicare nel caso concreto. In altri termini, seguendo l'*iter* argomentativo anche del giudice delle leggi, la presunta esistenza di esigenze cautelari non precluderebbe al giudice di valutarne l'effettiva rilevanza ai fini del giudizio di adeguatezza.
Per quanto in tal modo si tenti restituire un effettivo vaglio, almeno sotto il profilo dell'adeguatezza, resta la considerazione che queste predeterminazioni legislative, le quali limitano i concreti vagli giudiziali, finiscono per alleggerire gli obblighi motivazionali che sono l'unico baluardo a tutela del corretto esercizio del potere cautelare ed è indubbio che tale obbligo dovrebbe essere tanto maggiore quanto più elevata è la gravità dell'addebito per cui si procede.

3. Poiché il giudice delle leggi, come si è visto, ha fondamentalmente avallato le scelte in ordine ai vincoli valutativi del giudice, non stupisce che il legislatore stia continuando ad imporne.
Attualmente, complice la normativa internazionale e varie vicende assurte alla cronaca giudiziaria, la nuova emergenza è data dal contrasto alla violenza di genere, domestica e nei confronti delle donne.
A partire dal 2019, fino alla recente normativa del 2025, il legislatore ha inciso sulla normativa delineando un nuovo binario, definibile, riprendendo slogan ormai entrati nel linguaggio comune, da codice rosso.
Varie sono state le modifiche che hanno riguardato le misure cautelari a tutela dell'offeso e, in particolare, l'allontanamento dalla casa familiare e il divieto di avvicinamento alla persona offesa e ai luoghi da questa frequentati.
Se, al momento della loro introduzione, queste misure erano funzionali ad attuare il principio di adeguatezza e proporzionalità consentendo al giudice di definire una cautela idonea a non incidere eccessivamente sulla sfera di libertà dell'indagato ma, contemporaneamente, a tutelare la presunta vittima del reato, oggi l'ago della bilancia sembra pendere a favore della persona offesa.
Le ultime modifiche, infatti, tendono a predeterminare la cautela in relazione non solo ad alcuni titoli di reato, ma anche con riguardo a determinate persone offese.
In origine l'art. 282-*bis* Cpp prevedeva al comma 6 una serie di reati che, se commessi in danno dei prossimi congiunti o del convivente, consentivano la deroga ai limiti di pena dell'art. 280 Cpp, oggi, non solo l'elenco dei reati è stato notevolmente ampliato, ma il comma 6 prevede una sorta di sottospecie cautelare.
Per alcune tipologie di reato a danno di particolari soggetti (prossimi congiunti o convivente), l'allontanamento dalla casa familiare, anche in deroga ai limiti di pena dell'art. 280 Cpp, è sempre accompagnato dal divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa con la predeterminazione di una distanza minima e l'applicazione delle modalità di controllo elettronico.
Analogo obbligo di applicare il c.d. braccialetto elettronico e di mantenere una determinata distanza dalla persona offesa è ora previsto pure per il divieto di avvicinamento di cui all'art. 282-*ter* Cpp [22].
Il legislatore mostra di affidarsi sempre di più al braccialetto elettronico che, quando ben funzionante e disponibile, consente un controllo maggiore del soggetto che lo indossa; tuttavia forse con troppa facilità si dimentica l'incidenza che questi dispositivi possono avere sulla vita sia del soggetto indagato che lo indossa, sia della persona offesa che lo deve sempre avere con sé. I dispositivi elettronici di nuova generazione sono dotati di GPS e, quindi, monitorano tutti gli spostamenti del soggetto raccogliendo una notevole mole di informazioni che possono

[22] Sottolinea la doverosità dell'applicazione del braccialetto elettronico: Cass., IV, 15.10.2024, n. 42892.

arrivare a profilare il soggetto, ben al di là della mera finalità di tutela della persona offesa. Tuttavia questo sembra, allo stato, non preoccupare né gran parte della dottrina né la giurisprudenza.
Tornando alla riduzione degli ambiti valutativi del giudice, va sottolineato come i giudici di Palazzo della Consulta, con la sentenza n. 173 del 2024, abbiano ritenuto conforme a Costituzione la previsione dell'obbligatorietà del braccialetto elettronico[23].
La premessa da cui parte il giudice delle leggi è che il braccialetto elettronico è una mera modalità esecutiva della misura, per cui il legislatore non ha inserito una misura obbligatoria – il che contrasterebbe con la giurisprudenza costituzionale in materia di automatismi cautelari – ma ha configurato una misura che prevede, quale sua modalità applicativa, il braccialetto elettronico. In altri termini, non è obbligatorio l'*an* della misura – che, appunto, renderebbe incostituzionale la previsione – ma è la misura stessa che ha cambiato fisionomia.
In questo ragionamento riecheggia la posizione espressa dalle Sezioni unite con riferimento al braccialetto elettronico negli arresti domiciliari, configurato appunto come una modalità applicativa e non una misura intermedia tra custodia cautelare e arresti domiciliari non controllati[24].
Tuttavia, non si è tenuto conto di due aspetti: uno la differenza, quanto ad intrusività nella raccolta di dati, tra le due tipologie di braccialetti; l'altro, è che il codice prevede gli arresti domiciliari semplici, mentre oggi non esiste più il divieto di avvicinamento non accompagnato dal braccialetto elettronico[25].
Attualmente, infatti, è costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligatorietà del dispositivo elettronico di controllo, per cui il giudice potrà applicare il divieto di avvicinamento con braccialetto elettronico, ma non potrà ritenere idoneo a fronteggiare le esigenze del caso concreto un divieto di avvicinamento senza dispositivo elettronico di controllo.
Ancora una volta si limita il giudizio di adeguatezza.
Anche con riferimento alla distanza predeterminata, non inferiore a 1000 metri[26], la Corte ne conferma la legittimità, riconducendola al c.d. tracciamento di prossimità che consentirebbe alla vittima di allontanarsi e alle forze di polizia di intervenire. In questo caso, però, si intravede un recupero di discrezionalità del giudice: la distanza potrà essere inferiore qualora vengano in gioco esigenze abitative ovvero motivi di lavoro, che impongano un avvicinamento inferiore ai 1000 metri.
Un ulteriore recupero di poteri decisori del giudice si rinviene nell'ultima parte della pronuncia dove la Corte costituzionale distingue i casi in cui il controllo elettronico non possa applicarsi per mancato consenso del destinatario, da quelli in cui la mancata applicazione derivi dalla non fattibilità del controllo elettronico (per mancanza dei dispositivi, per mancanza di copertura, e via dicendo).
Se nel primo caso, ossia quando il destinatario dissente, appare conforme al principio di adeguatezza l'applicazione di una misura più grave (il mancato consenso potrebbe essere sintomo di pericolosità del soggetto), nel secondo caso nulla è rimproverabile al soggetto e ai suoi comportamenti.
Come già aveva statuito la giurisprudenza di legittimità con riferimento all'indisponibilità del braccialetto elettronico[27], anche a fronte della non fattibilità del controllo il giudice potrà

[23] Ci si riferisce a Corte cost., 4.11.2024, n. 174, in *Giur. cost*., 2024, 2007, con nota di P. Spagnolo, *La Corte costituzionale torna sugli automatismi cautelari*.
[24] Cfr. S.U., 28.4.2016, Lovisi, in *Proc. pen. giust.* 2016, n. 5, 175, con nota di F. Cassiba, *L'indisponibilità del "braccialetto elettronico": le Sezioni unite escludono automatismi ma residuano dubbi*.
[25] Ci si riferisce alla previsione dell'art. 282-*ter* Cpp
[26] L'innalzamento della soglia da 500 a 1000 metri si deve alla L. 181/2025.
[27] Sempre S.U., 28.4.2016, Lovisi, cit.

rivalutare la vicenda cautelare e applicare anche una misura meno grave di quella disposta in prima battuta[28]. In altri termini, non vi sarebbe alcun vincolo predeterminato all'applicazione di una misura più grave.
Vincoli predeterminati sono stati, invece, inseriti con l'ultima riforma in materia cautelare, la l. 181/2025, che, ancora una volta, punta sulla rilevanza del mero titolo di reato, dando rilievo anche alle circostanze aggravanti, che diventano elemento qualificante della fattispecie.
Il nuovo comma 3.1 dell'art. 275 Cpp inserisce infatti ulteriori automatismi. Per una ampia serie di reati, alcuni dei quali presi in considerazione solo al ricorrere di specifiche aggravanti[29], tra le quali la c.d. aggravante di genere introdotta dalla l. 181/2025, si riproduce lo schema presuntivo già analizzato – la doppia presunzione relativa in ordine alla sussistenza delle esigenze cautelari e all'adeguatezza delle misure – con l'inserimento di un ulteriore elemento da tenere in considerazione, ossia il pericolo per la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa.
Ancora una volta si inserisce una sorta di *probatio diabolica* in ordine alla non sussistenza delle esigenze cautelari, in considerazione delle caratteristiche di molti dei reati presi in considerazione, spesso riconducibili ai contesti familiari o di violenza di genere per i quali solo di recente si stanno iniziando ad elaborare e a tenere in considerazione i c.d. indici di rischio.
Quanto alla presunzione di adeguatezza, da un lato, non è più riferita alla sola custodia cautelare inframuraria (come prevede l'art. 275, co. 3, ult. periodo, Cpp), ma anche alla misura degli arresti domiciliari che, in virtù della possibilità della contestuale adozione delle particolari modalità di controllo elettronico previste dall'art. 275-*bis* Cpp, potrà forse assumere maggior rilievo nel nuovo assetto[30], relegando alle ipotesi in cui possa applicarsi la sospensione condizionale della pena le misure previste dagli artt. 282-*bis* e 282-*ter* Cpp[31]. Dall'altro, ed è forse l'aspetto più significativo, fa ingresso un parametro che renderà ancora più impervio applicare misure cautelari diverse da quelle presuntivamente ritenute adeguate. La locuzione «anche in relazione al pericolo per la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa» sposta il baricentro da una dimensione prevalentemente processuale a una dimensione marcatamente vittimocentrica[32]. Il giudice, chiamato a valutare la possibilità di applicare misure diverse dalla custodia cautelare o dagli arresti domiciliari, deve ora verificare non soltanto se tali misure siano idonee a neutralizzare i *pericula* previsti dall'art. 274 Cpp, ed in particolare il pericolo di reiterazione del reato, ma anche se esse siano concretamente capaci di prevenire un rischio attuale e specifico per l'incolumità della persona offesa, comprese le sue condizioni di equilibrio psichico[33].
E questa valutazione, che comunque deve essere strettamente riconducibile a conseguenze derivanti da condotte criminose, non solo appare davvero difficile per un giudice che, in prima battuta, ha a disposizione solo quanto presentato dal pubblico ministero[34], ma, rafforzando

[28] Lo ribadisce Cass., V, 29.1.2025, n. 8379, in *CED Cass.*, n. 287573-01.
[29] Sottolinea come la *ratio* di selezione delle ipotesi aggravate non sia di agevole comprensione, L. Pulito, De jure condendo, in *PPG*, 3, 2025, 453. Critiche sui reati presi in considerazione, alcuni dei quali non particolarmente gravi, sono espresse anche da B. Romanelli, E. Sacchetto, *Il nuovo volto della violenza di genere tra diritto penale e processo*, cit., 43-44.
[30] L. Capraro, *Modifiche alla durata delle intercettazioni e alle condizioni cautelari*, in *PPG*, Numero straordinario, Commento alla c.d. legge sul femminicidio (legge 2 dicembre 2025, n. 181), 2026, 59 sottolinea che, nella scelta tra le due misure, il giudice incontrerà l'onere motivazionale rafforzato dell'art. 275 co. 3-*bis* Cpp qualora scelga la misura più afflittiva.
[31] L'*incipit* dell'art. 275 co. 3.1 Cpp fa infatti salvo quanto previsto dal co. 2-*bis*, prima parte, dello stesso articolo.
[32] L. Capraro, *op. cit*., 61
[33] Il giudice sarà chiamato a dare rilievo non solo a condotte violente, ma anche a situazioni di pressione, intimidazione o controllo psicologico: L. Capraro, *op. cit*., 63.
[34] Va infatti sottolineato che, in virtù del coordinamento con l'art. 362 comma 1-*ter* Cpp, in queste ipotesi non si

ulteriormente le esigenze di prevenzione, rischia, ancora una volta, di allontanare il giudizio cautelare da quelle esigenze strettamente processuali che dovrebbero caratterizzare questa tipologia di giudizi. Peraltro già nella valutazione del pericolo di reiterazione della condotta – esigenza sempre ai limiti rispetto all'art. 27 comma 2 Cost. – rientra a pieno titolo la valutazione del pericolo per l'incolumità della persona offesa. Il richiamo espresso a questo "nuovo" rischio imporrà al giudice una soglia argomentativa davvero alta per disporre le misure non custodiali, invertendo il canone che vuole una motivazione rafforzata quando si applichi la misura cautelare carceraria.
Sicché c'è da augurarsi che questa integrazione – dalla valenza più comunicativa che normativa – non faccia virare la giurisprudenza dai principi garantisti finora espressi.

4. L'attuale sistema cautelare ha perso l'iniziale linearità; scorrendo gli articoli del codice ci si imbatte in deroghe su deroghe, che ne rendono difficile anche solo la lettura. L'accumulo di regimi speciali finisce per creare «una molteplicità di procedure penali parallele dove l'impressione è che a qualunque garanzia possa alla bisogna derogarsi»[35].
Il *fil rouge* che collega molte delle riforme è rinvenibile nella progressiva rilevanza attribuita al titolo di reato che diviene sintomo di una maggiore pericolosità del soggetto.
Se infatti all'inizio il titolo di reato e i limiti di pena avevano una funzione negativa, ossia delimitare l'esercizio del potere cautelare, oggi il titolo di reato sta acquisendo una valenza positiva, diviene elemento presuntivo di pericolosità[36].
L'art. 280 Cpp che in origine fissava solo quantitativamente il limite di pena per l'esercizio del potere cautelare, avendo quindi essenzialmente una funzione di garanzia, presenta ora diverse deroghe con un richiamo specifico ad alcune fattispecie[37] che, comunque, spesso avrebbero consentito il ricorso alla tutela cautelare.
Ancora, sempre sotto il profilo del limite al potere cautelare, nelle singole disposizioni dedicate alle varie misure cautelari crescono le deroghe ai limiti di pena dell'art. 280 Cpp, costruendo misure tarate su particolari aggressori sospettati della commissione di specifici reati a danno di determinate vittime.
Infine, prosperano i regimi presuntivi basati esclusivamente sul titolo di reato contestato.
In definitiva, ad un'unica, lineare disciplina si è progressivamente sostituito un sistema frammentato, costruito su "tipi" di reato, tipi di autori, tipi di vittime.
Ma mentre il tipo di autore può effettivamente indicare una sua maggiore pericolosità, o la specifica vittima può richiedere maggiori attenzioni, modificare le regole valutative e decisorie solo sulla base del mero titolo di reato allontana enormemente la cautela dalla sua fisionomia di giudizio attuale, concreto e individualizzato.
Continuare ad attribuire rilevanza al mero titolo di reato determinerà sempre di più procedimenti a geometria variabile, ancor più pericolosi in una fase dove è il pubblico ministero ad individuare il *nomen iuris* e il giudice ha a disposizione pochi dati per una reale verifica della qualificazione giuridica.

procede al contraddittorio anticipato: B. Romanelli, E. Sacchetto, *Il nuovo volto della violenza di genere tra diritto penale e processo*, cit., 43.
[35] In questi termini S. Carnevale, *op. cit*., 109.
[36] V., già A. Nappi, *Il regime delle misure cautelari personali a vent'anni dal codice di procedura penale*, in *CP* 2009, 4095.
[37] Il costante richiamo alle fattispecie penali pone anche il problema se il rinvio sia formale o recettizio, complicando ulteriormente l'opera interpretativa.

LA GRANDE MENZOGNA. DOGMATICA DELLA DISINFORMAZIONE E LIMITI DEL PENALE

di Alessandro Spena (Professore ordinario di diritto penale, Università di Palermo)

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Una definizione di «disinformazione». 2.1. «*Verifiably false or misleading*». – 2.1.1. *Misleading* ergo fuorviante. – 2.1.2. La *differentia specifica* tra falso e fuorviante. – 2.1.2.1. Anatomia del fuorviante. – 2.1.2.2. Il soggetto fuorviabile come sintetizzatore dialettico: insidie dell'accertamento del fuorviante. – 2.1.3. Rilevanza penale del fuorviante. – 3. Falso e fuorviante come categorie penalistiche. – 3.1. Plusvalore del *falso penalistico* rispetto al *non vero*. – 3.1.1. Necessaria dolosità del falso penalistico. Falso penalistico sopravvenuto. – 3.1.2. La molteplice rilevanza penale del falso. – 3.2. Il fuorviante e la menzogna. – 4. Un abbozzo di definizione penalistica della disinformazione. – 4.1. Volontà (dis)informativa e scopi della condotta. – 4.2. Disinformazione putativa è disinformazione? – 5. La disinformazione come condotta comunicativa. Disinformazione non recettizia. – 5.1. La disinformazione come condotta diffusiva. – 5.2. Disinformazione e propaganda. – 6. Meritevolezza di pena della disinformazione. – 6.1. Tutela della verità *vs*. libertà di espressione. – 6.2. La disinformazione come problema politico-criminale specifico. – 7. Rilevanza della disinformazione nel diritto penale vigente. – 8. Scenari politico-criminali: pochi e foschi.

«Considerate la logica inesorabile della Grande Menzogna. […]
Coloro che hanno udito le voci dell'emisfero non dominante del cervello,
ne sottolineano l'assoluta autorità. Sanno che quella è la Verità.
Il fatto che non ci siano prove,
e che magari la voce dica cose totalmente prive di senso, è irrilevante.
Questo è ciò che la Verità *è*. E la verità non ha niente a che fare con i *fatti*.
Coloro che manipolano la Verità a proprio vantaggio,
quelli della Grande Menzogna, stanno molto attenti a evitare i fatti.
In realtà, niente per loro è più offensivo, più oltraggioso, del concetto di fatto.
Portare fatti a propria difesa è come escludersi dal dibattito»
(W.S. Burroughs, *La febbre del ragno rosso*,
trad. it. di M. Caramella, Milano 1996, 15 s., nota 1).

1. Il concetto di disinformazione, da tempo in circolazione[1], ha preso ad aleggiare in maniera ancor più insistente negli ultimi lustri, visto il carattere in un certo senso strutturale che il

[1] Il termine (nell'originale russo *dezinformacija* e poi nell'inglese *disinformation*) sarebbe entrato in uso nella prima metà del secolo scorso, allorché lo stato sovietico prese a impiegarlo per indicare la diffusione di notizie false come strumento strategico di guerra politica (assieme ad altre «misure attive»: ad es., ingaggio di giornalisti, accademici e organizzazioni come canali indiretti, falsificazione di documenti, creazione di movimenti o campagne *spontanei*): v. ad es., R.H. Shultz, R. Godson, Dezinformatsia*: Active Measures in Soviet Strategy*, Washington *et al.* 1984; D. Colon, *La guerra dell'informazione. Gli stati alla conquista delle nostre menti*, trad. it. di C. Stangalino, Torino 2024, cap. VIII. Le prime occorrenze in italiano sono attestate nella prima metà degli anni '80: E. Lombardi Vallauri, Misinformation *e* debunking*: abbiamo i mezzi per tradurli*, in *Accademia della Crusca – Il più bel fior ne coglie* (https://accademiadellacrusca.it/it/consulenza/misinformation-e-debunking-abbiamo-i-mezzi-per-tradurli/2997: ultimo accesso 30 aprile 2026).

fenomeno ha ormai assunto nella nostra epoca di disintermediazione informativa propulsata via internet e social media[2]. Eppure, sarebbe vano cercarne una definizione specificamente penalistica, normativa o dottrinale che sia. Non che le condotte disinformative siano prive di rilevanza penale (*infra*, § 7): tuttavia, le norme dalle quali tale rilevanza discende le intercettano, per così dire, per mera interferenza, incidentalmente, senza farne l'oggetto di apposita statuizione. D'altra parte, se certo non mancano le riflessioni dottrinali sul tema[3], queste lo affrontano prevalentemente da un punto di vista politico-criminale, e tendono invece a dedicare poco o punto spazio a una sua analisi che lo inquadri nella prospettiva delle categorie dogmatiche da esso evocate.

Nelle pagine che seguono cercherò appunto di incunearmi in questo spazio dogmatico, tutto sommato ancora poco frequentato, nel tentativo di ricostruire il concetto (e, solo in seconda battuta, il problema politico-criminale: §§ 6, 6.1, 6.2, 8) della disinformazione in una luce specificamente penalistica. Il mio impegno analitico sarà soprattutto dedicato a inquadrare tale concetto nei suoi rapporti con due categorie penalistiche lungamente consolidate, ossia quella del falso (§§ 3-4.2) e, in misura minore, quella della propaganda (§§ 5, 5.1): rapporto interno con la prima, poiché il falso, come subito vedremo (§ 2), è dentro il concetto di disinformazione, cosicché ragionando dell'uno siamo già entrati nell'altra; di mera interferenza, invece, con la seconda, poiché, pur potendo disinformazione e propaganda concretamente convergere, non è concettualmente richiesto che lo facciano.

2. Se manca una definizione penalistica di disinformazione, non ne mancano invece altre; molte, ad esempio, di ordine filosofico[4]; ma talune anche di ordine giuridico. Tra queste ultime, particolarmente utile a fornirci un terreno normativo-epistemologico affidabile, dal quale muovere per i nostri ulteriori ragionamenti, è quella che troviamo nelle fonti eurounitarie[5]. Sin

---

[2] D. Innerarity, *A Philosophy of Disinformation*, in L. Ginsborg, P. Gori (eds.), *Disinformation. A Multi-Disciplinary Analysis*, Cham 2026, 23: «*The elimination of mediation—which is characteristic of the world today—has favoured both communication and disinformation*».

[3] *Ex multis*: C. Perini, Fake news *e post-verità tra diritto penale e politica criminale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20 dicembre 2017 (ultimo accesso 7 giugno 2026); F. De Simone, *'*Fake news*', 'post truth', 'hate speech': nuovi fenomeni sociali alla prova del diritto penale*, in *www.archiviopenale.it*, 4 aprile 2018 (ultimo accesso 7 giugno 2026); A. Costantini, *Istanze di criminalizzazione delle fake news al confine tra tutela penale della verità e repressione del dissenso*, in *DPenCont* 2019, 2 (ultimo accesso 7 giugno 2026); Ead., *Punire la menzogna "politica" nello spazio virtuale? Il ruolo del diritto penale nel contrasto alla disinformazione e alla manipolazione del consenso elettorale*, in K. Summerer, M.L. Mattheudakis, G.M. Caletti (cur.), *La nozione di contenuto illecito online. Fattispecie e responsabilità penale nella prospettiva europea*, Firenze 2025, 251 ss.; T. Guerini, Fake news *e diritto penale. La manipolazione digitale del consenso nelle democrazie liberali*, Torino 2020; S. De Flammineis, *Diritto penale, beni giuridici collettivi nella sfida delle* fake news*: principio di offensività ed emergenze*, in *Sistema penale* 2020, 6, 131 ss. (ultimo accesso 7 giugno 2026); M. Lamanuzzi, *La disinformazione ai tempi dei social media: una nuova sfida per il diritto penale?*, in *www.archiviopenale.it*, 27 marzo 2020 (ultimo accesso 7 giugno 2026); A. Visconti, *Alcune considerazioni criminologiche e politico-criminali sulle c.d. '*fake news*'*, in *Jus* 2020, 47(1), 43 ss.; E. Birritteri, *Punire la disinformazione: il ruolo del diritto penale e delle misure di moderazione dei contenuti delle piattaforme tra pubblico e privato*, in *DPenCont* 2021, 4, 304 ss. (ultimo accesso 7 giugno 2026).

[4] Si vedano le ricognizioni di D. Fallis, *Mis- and dis-information*, in L. Floridi (ed.), *The Routledge Handbook of Philosophy of Information*, London-New York 2016, 332 ss. (in specie 337 ss.) e di A. Farooq, C. de Vreese, *Disinformation and its Sociopolitical Context*, in *Disinformation. A Multi-Disciplinary Analysis*, cit., 3 ss.

[5] Su cui si vedano; M. Monti, *La disinformazione online, la crisi del rapporto pubblico-esperti e il rischio della privatizzazione della censura nelle azioni dell'Unione Europea (Code of practice on disinformation)*, in *federalismi.it*, 11/2020 (ultimo accesso 10 giugno 2026); O. Pollicino, *Freedom of Expression and Its Limits: Constitutional Dilemmas and Regulatory Conundrum Related to the Fight Against Disinformation*, in *Disinformation. A Multi-Disciplinary Analysis*, cit., 521 ss.; P. Cesarini, *The EU Policy Framework to Counter Disinformation: Enabler or Inhibitor of Freedom of Expression?*, ivi, 551 ss.

dall'apposita Comunicazione rilasciata dalla Commissione il 26 aprile 2018, queste ci dicono che, in ambito europeo, «*[*d*]isinformation is understood as verifiably false or misleading information that is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public, and may cause public harm*»[6].

Definizione certo esaustiva e lineare, ma che, applicata a uso penalistico, rivela un difetto – per così dire – prospettico: l'accento posto, più che sulla condotta, sul suo oggetto. La disinformazione vi è infatti definita come *oggetto* informativo prodotto o propalato – contenuto di significato organizzato, suscettibile di creazione, registrazione, comunicazione o altra forma di utilizzazione – in quel suo particolare atteggiarsi che è dato dall'esser «*verifiably false or misleading*»; non invece come *condotta* disinformativa – atto o attività del disinformare, creando, registrando, comunicando o altrimenti utilizzando contenuti significativi *verifiably false or misleading*. Disinformazione-*oggetto*, dunque, non disinformazione-*condotta*.

Potrebbe sembrare una differenza insignificante: in definitiva, la disinformazione-condotta produce e diffonde disinformazione-oggetto; l'una sfocia nell'altra. Da un punto di vista concettuale, però, la questione è tutt'altro che trascurabile: è la condotta disinformativa a essere tale in ragione delle informazioni che ha ad oggetto, o sono le disinformazioni a divenire tali in ragione della condotta con cui le si produce o diffonde? Viene prima la disinformazione-oggetto o la disinformazione-condotta? Può una informazione essere *verifiably false or misleading* senza una condotta disinformativa che la crei presenti o dissemini «*for economic gain or to intentionally deceive the public*», o è solo in quanto oggetto di una condotta siffatta che una informazione diventa *verifiably false or misleading*? La definizione da cui siamo partiti va nella prima direzione; io proverò a mostrare che, se si ragiona penalisticamente, è più indicata la seconda.

2.1. Intanto, però, cominciamo a chiarire cosa significano e in che rapporto stanno tra loro le due qualificazioni *verifiably false or misleading*.

2.1.1. «*Misleading*» si può rendere in italiano sia con «ingannevole» (come quando si traduce «*misleading advertising*» con «pubblicità ingannevole»[7] o «*misleading commercial practices*» con «pratiche commerciali ingannevoli»[8]) sia con «fuorviante», che è più vicino al senso letterale-metaforico dell'originale: *to mis-lead* significa infatti portare fuori strada, mettere sulla via sbagliata, ossia appunto *fuor-viare*, *s-viare*. Sia *ingannevole* che *fuorviante* servono a qualificare un *quid* in ragione della sua capacità di trarre in errore. Mentre, però, il primo fa pensare principalmente a un'apparenza che porta all'errore ingannando i sensi, producendo un'errata impressione o sensazione[9], il secondo fa pensare piuttosto a un errore di tipo

[6] Brussels, 26 april 2018 COM(2018) 236 final (*Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: Tackling online disinformation: a European Approach*). Analogamente il Piano d'azione comune contro la disinformazione di Commissione europea e Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e le politiche di sicurezza: Brussels, 5 december 2018 JOIN(2018) 36 final (*Joint Communication to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Action Plan against Disinformation*).

[7] Si veda, ad esempio, la traduzione ufficiale della Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising.

[8] Così la traduzione ufficiale della Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market ('Unfair Commercial Practices Directive').

[9] Come, appunto, nel caso della pubblicità, che è il luogo dell'apparenza, del mettere in mostra le qualità, vere o presunte, di un oggetto, in modo da influenzare, manipolare i gusti, le preferenze delle persone; il suo funzionamento – come è stato messo in luce sin dal noto, per quanto discusso, libro di V. Packard, *The Hidden*

ragionativo, che incide sul *corso* di un ragionamento, come nel caso in cui una frase o un argomento portino a conclusioni errate.

Nella misura in cui l'informazione-oggetto è destinata a venire *processata*, *elaborata* dal proprio destinatario, per servire da spunto a un suo ragionamento, sembra allora preferibile rendere «*misleading information*» con «informazione fuorviante», come in effetti accade nella traduzione ufficiale della Comunicazione 236/2018. Del resto, anche nel linguaggio normativo italiano, quando si tratta di qualificare direttamente il termine «informazione», l'aggettivo «fuorviante» viene generalmente preferito a «ingannevole» (es.: «informazioni fuorvianti o inesatte»[10], «informazioni […] incomplete inesatte o fuorvianti»[11], «informazioni false o fuorvianti»[12], «omesse, tardive, inesatte, incomplete o fuorvianti informazioni»[13], «informazioni inesatte o fuorvianti»[14], «informazioni inesatte incomplete o fuorvianti»[15], «informazioni o […] documenti non veritieri, incompleti o fuorvianti»[16]).

Ciò sia detto con la consapevolezza che si tratta di semplici sfumature, da non sovraccaricare d'importanza: un'apparenza ingannevole può fuorviare un ragionamento, un'informazione fuorviante può ricavarsi da un'immagine ingannevole, un'informazione può esser presentata in modo ingannevole, così da impressionare l'interlocutore emotivamente[17]. Ingannevoli, inoltre, nel linguaggio giuridico italiano, possono essere anche delle «asserzioni»[18], delle «indicazioni»[19], delle «pratiche»[20] a loro volta consistenti nel dare o non

---

Persuaders, New York 1957 – è largamente occulto, profondo, inconscio.

[10] Artt. 3, lettera *qq* e 9, co. 2, d. lgs. 10 dicembre 2025, n. 187 (*Disposizioni sanzionatorie per la violazione degli obblighi in materia di diffusione e fornitura di carburanti sostenibili per l'aviazione*).

[11] Artt. 188 *bis*, co. 4, lettera *c*, e 328 *bis*, co. 4, lett. *d*, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (*Codice delle assicurazioni private*).

[12] Art. 98, co. 3.b, d. lgs. 31 marzo 2023, n. 36 (*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*). Già prima, art. 80, co. 5.c-bis, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*).

[13] Art. 20 *ter*, d.l. 13 giugno 2023, n. 69 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi derivanti da atti dell'Unione europea e da procedure di infrazione e pre-infrazione pendenti nei confronti dello Stato italiano*), introdotto in sede di conversione con l. 10 agosto 2023, n. 103 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 giugno 2023, n. 69*).

[14] Art. 14, co. 7 bis, d. lgs. 23 maggio 2000, n. 164 (*Attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale*).

[15] Art. 14, co. 5, lettere *c* e *d*, e co. 7, lett. *b*, l. 10 ottobre 1990, n. 287 (*Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*); v. anche art. 14 *ter*, co. 3, lett. *c*. V. inoltre art. 1, co. 32 *bis*, l. 31 luglio 1997, n. 249 (*Istituzione dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo*).

[16] Art. 9, co. 2, lettera *e*, d.P.R. 30 aprile 1998, n. 217 (*Regolamento recante norme in materia di procedure istruttorie di competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*).

[17] Un esempio. Caia ha fatto qualcosa per la quale teme che suo padre possa punirla severamente. Tizio, che vuole convincere Caia a lasciare casa e fuggire con lui, la informa: «Tuo padre è molto arrabbiato». Caia, impaurita, fugge con Tizio. Il padre di Caia, peraltro, era veramente arrabbiato, ma non con Caia, bensì con altre persone e per ragioni che nulla avevano a che fare con i timori di lei.

[18] Art. 4.9, co. 2, lettera *d*, l. 4 agosto 2015, n. 138 (*Ratifica ed esecuzione dell'Accordo di libero scambio tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Corea dall'altra, con Allegati, fatto a Bruxelles il 6 ottobre 2010*): «L'uso simultaneo di altre lingue non è vietato, purché le informazioni fornite nelle altre lingue siano identiche a quelle fornite nella lingua determinata oppure le *informazioni* fornite nella lingua supplementare non *costituiscano un'asserzione ingannevole* circa il prodotto».

[19] Art. 210, co. 1, lettera *d*, l. 24 luglio 2015, n. 120 (*Ratifica ed esecuzione dell'Accordo commerciale tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Colombia e la Repubblica di Perù, dall'altra, fatto a Bruxelles il 26 giugno 2012*): «qualsiasi altra indicazione falsa o ingannevole, relativa alla provenienza, all'origine, alla natura o alle qualità essenziali dei prodotti».

[20] Ad es.: artt. 7.50, lettera *e-i*, e 8.3, lettera *b-i*, l. 138/2015; artt. 4.6, lettera *e-i*, e 4.9, lettera *d*, l. 31 luglio 2023, n. 117 (*Ratifica ed esecuzione dell'Accordo sulla protezione degli investimenti tra l'Unione europea e i suoi Stati membri, da una parte, e la Repubblica socialista del Vietnam, dall'altra, fatto ad Hanoi il 30 giugno 2019*): «pratiche ingannevoli e fraudolente»; artt. 81, co. 1, lettera *d* («pratiche ingannevoli verso i consumatori»), 106,

dare «informazioni»[21] o «indicazioni […] anche attraverso diciture, immagini e simboli grafici»[22].

2.1.2. Anche il *falso*, come il fuorviante, si caratterizza per la propensione a ingannare, a trarre in errore, a sviare, come è facile evincere dall'etimologia del termine: falso viene da *falsum*, participio passato di *fallĕre*, ossia appunto ingannare, trarre in errore[23].

Pur condividendo il *genus proximum*, tuttavia, le due qualificazioni si distinguono per il fatto di specificare (*differentia specifica*) due vie diverse attraverso le quali la capacità d'inganno può prendere forma.

Falso è il *non vero* – in una qualsiasi delle sue possibili declinazioni (non genuino, non integro, non veridico[24]) – in quanto possa ingannare, il non vero che, se creduto vero, conduce in errore: falsa è l'informazione non vera, la «pseudo-informazione»[25], l'enunciazione di «fatti alternativi»[26], che può portare chi la riceve a farsi un'idea errata della realtà.

---

co. 1, lettera *d* («pratiche ingannevoli»), 163, co. 1, lettera *d* («pratiche commerciali ingannevoli e fraudolente in ambito transfrontaliero»), 166, co. 1 («pratiche commerciali ingannevoli e fraudolente»), 167, co. 1, lettera *e-i* («pratiche ingannevoli e fraudolente») l. 120/2015.

[21] Le «pratiche commerciali ingannevoli» di cui agli artt. 21 ss., d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (*Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229*).

[22] Art. 4, rispettivamente co. 1 e 2, l. 14 gennaio 2013, n. 9 (*Norme sulla qualità e la trasparenza della filiera degli oli di oliva vergini*).

[23] Con ulteriori specificazioni, v. A. Malinverni, *Teoria del falso documentale*, Milano 1958, 325 (testo e nota 1) e I. Giacona, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, Torino 2007, 139 ss.

La Comunicazione 236/2018, aggiunge l'avverbio «*verifiably*» per qualificare l'endiadi «*false or misleading*». Alla lettera, «*verifiably false or misleading*» sta per «*dimostrabilmente* falso o fuorviante». La traduzione ufficiale opta ora per «*rivelatosi* falso o fuorviante», ora per «*palesemente* falso o fuorviante», ma questa seconda scelta è poco accurata, poiché un enunciato può essere dimostrato falso, anche se tale sua qualità non emerge *ictu oculi*, in maniera palese, avendo invece bisogno di un più accurato processo di verifica. Il senso dell'uso dell'avverbio risiede in sostanza nell'esigenza di escludere dall'alveo della disinformazione le informazioni scientificamente contestate, dubbie, controverse, così come l'enunciazione di enunciati non verificabili/falsificabili, perché meramente valutativi o espressivi di sentimenti. In una prospettiva penalistica, si tratta di una precisazione tutto sommato ridondante, poiché è chiaro che qualsiasi elemento di fattispecie, incluso dunque il carattere falso o fuorviante della (dis)informazione-oggetto, deve essere dimostrato, verificato oltre ogni ragionevole dubbio.

[24] Per queste declinazioni rimando a T. Padovani, *Menzogna e diritto penale*, Pisa 2014, tutta la Lezione I, ma specialmente le pp. 17 ss.: «il "nocciolo duro" del falso è rappresentato dalla *immutatio veritatis* o *immutatio veri*»; e tuttavia, «il concetto di verità non è lo stesso in tutti i delitti di falso: il concetto di vero nella falsa testimonianza non è lo stesso di vero nel falso in atto pubblico» (17). Sono tre, in particolare, le «accezioni in cui [*il concetto di falso*] può essere assunto: la non corrispondenza alla verità, che il falso esprime, può riferirsi all'autore apparente o alla fonte dichiarata (il falso è, allora, *non genuino*), oppure può riferirsi all'effettività dell'originale, cioè al suo contenuto originario (il falso è allora sinonimo di *non integro*), oppure ancora può riguardare il contenuto della cosa o del documento (e in questo caso il concetto di falso è dunque sinonimo di *non veridico*)» (23). Si veda anche F. Antolisei, *Sull'essenza dei delitti di falso*, in *RIDP* 1951, 626, 635, il quale però si limita a censire le due sole declinazioni del «non genuino» e del «non veritiero».

[25] Si veda L. Floridi, *Filosofia dell'informazione*, ed. it. a cura di M. Durante, Milano 2024, §§ 3.10, 3.11, 3.12.

[26] «Alternative facts *is a controversial phrase coined by White House aide Kellyanne Conway during media coverage following the inauguration of US President Donald Trump in January 2017. Conway used the phrase to defend Trump's then press secretary Sean Spicer, who had been accused of misrepresenting the size of the audience that witnessed Trump's inauguration ceremony. Spicer notoriously claimed that Trump's inauguration drew the largest audience ever to witness a presidential inauguration, contradicting news reports that appeared to show a larger crowd at the 2009 inauguration of President Barack Obama. After the press accused Spicer of making deliberately false statements, Conway said Spicer was simply giving "alternative facts"*» (https://www.ebsco.com/research-starters/political-science/alternative-facts-politics: ultimo accesso 9 giugno 2026). Da allora, l'espressione ha guadagnato diffusione per indicare il tentativo di presentare come accurate informazioni false o dichiarazioni fuorvianti, che riformulano, contestano o contraddicono prove acquisite.

Fuorviante (o ingannevole) è invece il *vero* in quanto possa ingannare, in quanto si presenti o sia presentato in modo tale da prestarsi a essere falsamente, erroneamente interpretato. Un esempio, che riprendo da Franca D'Agostini, che a sua volta lo riprende da Josiah Royce, è il seguente: «il comandante di una nave, preoccupato perché il secondo ufficiale beve troppo, inizia a scrivere ripetutamente sul diario di bordo "oggi il secondo è ubriaco"; il secondo legge il diario, e scrive, una sola volta: "oggi il comandante non è ubriaco". L'enunciato era presumibilmente vero, ma chi leggeva inferiva facilmente: "oggi non è ubriaco, tutti gli altri giorni lo è"»[27].

Si pensi anche all'uso fuorviante che spesso viene fatto di dati veri sui reati commessi da (o sui tassi di carcerazione di) persone immigrate, presentati in maniera decontestualizzata e tendenziosa per suggerire l'esistenza di un legame – in realtà inesistente o di gran lunga meno forte di quel che si lascia intendere – tra l'intensificazione dei flussi migratori e l'aumento dei tassi di criminalità[28]. Si pensi, ancora, all'uso, frequente nel discorso politico, di estrapolare citazioni autentiche dai discorsi più lunghi e articolati dei propri avversari, per sovvertirne o comunque forzarne il senso, o di presentare, in maniera tendenziosa e fuorviante, dati economici letteralmente veri. Si pensi pure alla propaganda disinformativa no-vax, quando ricorre all'argomento che i vaccini sono dannosi[29]: argomento fuorviante perché, sotto il manto superficiale della verità (non vi è dubbio, infatti, che i vaccini possano causare cosiddetti «eventi avversi»), lascia intendere che la dannosità dei vaccini sia di gran lunga più estesa e pervasiva di quel che la scienza accreditata ci dice.

2.1.2.1. A differenza del falso, il fuorviante possiede, dunque, una dimensione di verità, la quale è però meramente superficiale o frammentaria: è la rappresentazione *letteralmente vera* di una sfaccettatura di una realtà più complessa, corposa, articolata, la quale ha un senso complessivo diverso da quello che si lascia intendere[30]. L'informazione fuorviante è vera nel

[27] F. D'Agostini, *Menzogna*, Milano 2012 (ebook).

[28] D. Gianmarco, P. Pinotti, *L'immigrazione aumenta davvero la criminalità?*, in *il Mulino*, 12 febbraio 2025 (ultimo accesso 9 giugno 2026). V. anche C. Maltone, *L'immigrazione nei media italiani. Disinformazione, stereotipi e innovazioni*, in *Line@editoriale*, 2011, 3 (ultimo accesso 9 giugno 2026); C. Ciucci, *Immigrati-criminalità, un legame smentito dai dati*, in *lavoce.info*, 7 ottobre 2022 (ultimo accesso 9 giugno 2026).

[29] L. Covolo *et al.*, *What arguments on vaccinations run through YouTube videos in Italy? A content Analysis*, in *Human Vaccines & Immunotherapeutics* 2017, 13(7), 1693-1699; R. Angioli *et al.*, *Assessing HPV vaccination perceptions with online social media in Italy*, in *International Journal of Gynecological Cancer* 2019, 29(3), 453-458; F. Marchetti *et al.*, *Rotavirus and the web: analysis of online conversations in Italy during 2020*, in *Human Vaccines & Immunotherapeutics*, 2022, 18(1), e2002087; F.P. Bianchi, S. Tafuri, *Spreading of misinformation on mass media and digital platforms regarding vaccines. A systematic scoping review on stakeholders, policymakers, and sentiments/behavior of Italian consumers*, in *Human Vaccines & Immunotherapeutics* 2023, 19(2), 2259398; J. Lenti *et al.*, *Global Misinformation Spillovers in the Vaccination Debate Before and During the COVID-19 Pandemic: Multilingual Twitter Study*, in *JMIR Infodemiology* 2023, 3, e44714.

[30] Sul concetto di «letteralmente vero», e sulla sua rilevanza rispetto a reati di falsa testimonianza o falso giuramento, si veda T.L. Tiersma, *The Language of Perjury: "Literal Truth," Ambiguity, and the False Statement Requirement*, in *Southern California Law Review* 1990, 63(2), 373-432: «*Linguists and philosophers of language generally agree that sentences have a literal meaning. Determining what a sentence literally means is a task for the grammar of the language. Assuming that a sentence is not ambiguous, the literal meaning is derived, roughly speaking by determining the meanings of the individual words in the lexicon and applying the grammatical rules of the language to those words. What a person means by an utterance (what that person intends to communicate) obviously depends in large part on the literal meaning of the sentence itself. The literal word-for-word meaning of the sentence, however, is not sufficient to determine what the speaker intends to communicate or how the hearer will interpret the utterance. The crucial question in determining what the speaker means by an utterance is, roughly stated, as follows: How does the speaker intend the hearer to understand the utterance? The literal meaning of an utterance is only a starting point. The more interesting question in interpreting an utterance is how*

dettaglio, presa isolatamente e alla lettera, ma si presenta o è presentata in modo tale da indurre a credere che il complesso, di cui partecipa quel dettaglio, abbia fattezze diverse da quelle che in effetti ha.

Nondimeno, questa più complessa falsità non abroga la verità del particolare fuorviante, semmai la ingloba superandola: il falso (complessivo) non è cancellazione della (provvisoria) verità del fuorviante, è suo superamento, che incorporandola ce la mostra in una luce diversa.

Anche il fuorviante è dunque un falso, poiché si può mentire, dir cose false anche avvalendosi del manto superficiale della verità («inganno veridico» o «menzogna senza menzogna»)[31]; un falso che tale si rivela solo nella sintesi dialettica tra la verità letterale di un particolare che, visto in una certa prospettiva, si presta a condurre a certe conclusioni e l'erroneità di tali conclusioni. Un letteralmente vero che porta a esiti interpretativi errati: un falso non in senso stretto, ma ulteriore, dialettico, per implicazione[32]. Tanto più insidioso, peraltro, in quanto la verità del dettaglio che il fuorviante letteralmente enuncia rischia di creare maggiore affidamento, di corroborare l'affidabilità dell'informazione stessa anche rispetto al falso a cui essa ulteriormente allude[33].

2.1.2.2. Del fuorviante è insidioso anche l'accertamento, che ha margini di incertezza e soggettivizzazione più marcati rispetto al falso in senso stretto. Sia il falso che il fuorviante, abbisognano della collaborazione ermeneutica della vittima per ingannarla: ogni inganno è interpretativo, richiede che la vittima cada in errore avendo dato una certa interpretazione delle cose; mentire significa sollecitare interpretazioni da parte di colui che si vuole ingannare[34]. Tuttavia, il falso in senso stretto ha una dimensione oggettiva (il non vero), già in sé congruente con l'inganno, che chi è chiamato ad accertarlo (ad esempio, il giudice) può in linea di massima constatare nella sua oggettività (salva naturalmente la possibilità di casi dubbi, per i quali sorgano difficoltà probatorie): per accertare la falsità/non verità dell'enunciato «Lino Banfi è il 47° Presidente degli Stati uniti d'America» non occorre mettersi nella prospettiva di un (ipotetico o reale) suo destinatario, per la semplice ragione che non ne dipende; la falsità/non verità di quell'enunciato non dipende dal ruolo interpretativo di un soggetto al quale lo si rivolga; la prospettiva del destinatario, il suo ruolo interpretativo viene semmai in rilievo per stabilire l'idoneità decettiva di quell'enunciato, per accertare se quell'enunciato già in sé falso/non vero, è in grado (in astratto o anche solo nel caso concreto) di indurre il destinatario (un destinatario ipotetico o reale, concreto) a credere vero quel che, in sé, non lo è, ossia che Lino Banfi sia il 47° Presidente degli Stati uniti d'America.

---

the speaker uses the literal meaning to communicate» (379 s.). V. anche S.P. Green, *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford-New York 2007, 76 ss.: «*there is no requirement that the message itself be untrue, since 'literally true' statements […] can obviously be deceptive*» (76). Qui Tiersma e Green si riferiscono specificamente a frasi, o più in generale espressioni linguistiche, *letteralmente vere*: nel testo io ne faccio un uso più esteso, riferito a qualunque contenuto semantico, comunque espresso o veicolato.

[31] E invero, «l'importanza della verità ai fini del "principio di cooperazione" è anzitutto di tipo elenctico, ossia negativo. È importante in altri termini non che ci sia verità, ma che non ci siano violazioni strategiche della verità. Ciò che si richiede per la buona cooperazione non è la necessaria presenza di evidenza, fattualità, sincerità, ma l'assenza di menzogna» (F. D'Agostini, *Menzogna*, cit.).

[32] J.E. Adler, *Lying, Deceiving, or Falsely Implicating*, in *The Journal of Philosophy* 1997, 94(9), 435-452; E. Viebahn, *Non-literal Lies*, in *Erkenntnis* 2017, 82(6), 1367-1380.

[33] F. D'Agostini, *Menzogna*, cit.: «Quel che è particolarmente sgradevole, in questo genere di verità menzognere, è che la responsabilità passa tutta dalla parte di chi legge o ascolta, dunque della vittima dell'inganno […]. Per questo, come nota Jennifer Saul (*Lying, Misleading, and the Role of What is Said*), fuorviare, ossia lasciar intendere il falso, è moralmente eccepibile almeno quanto dire il falso, se non di più».

[34] V., ad es., C. Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano 1955, 195: «l'espressione "indurre in errore" va intesa nel senso di un influsso che opera attraverso un'*interpretazione*, da parte del soggetto passivo, delle apparenze cui il soggetto agente con la sua condotta dà vita».

Nel caso del fuorviante le cose vanno diversamente. Il sostrato oggettivo del fuorviante, infatti, essendo vero nel dettaglio, è in sé anodino rispetto all'inganno: per rivelarsi *solo letteralmente* vero (dunque fuorviante), ha bisogno di venire collocato in un contesto (fatto di circostanze ambientali, modalità comportamentali, altre cose dette o non dette, presupposizioni, accomodamento di presupposizioni, implicature) che si presti a farlo credere *più vero di quel che è*, che cioè si presti a suggerire conclusioni ulteriori non corrispondenti alla realtà.

Mentre insomma il falso è *non vero* in sé, in ciò che già letteralmente *dice*, il fuorviante è in sé – letteralmente – vero, ma è *non vero* in ciò che *mostra, lascia intendere*. Il fuorviante non dice direttamente il non vero, ma lo rimette, come conclusione, come inferenza, a un lavoro di costruzione semantica da parte del destinatario[35]. In questo *lasciar intendere* entra il destinatario dell'inganno come soggetto interpretante, il cui ruolo di interprete è dunque *costitutivo* del fuorviante. Come falso implicato, dialettico, il fuorviante è tale solo nella prospettiva di un destinatario interpretante, di un sintetizzatore dialettico (ipotetico o reale) a cui è appunto rimessa la sintesi, il passaggio interpretativo dal dettaglio vero alle conclusioni non vere che il dettaglio vero evoca in un certo contesto. La presenza, anche solo ipotetica, di un soggetto interpretante fuorviabile è dunque costitutiva del fuorviante nella sua stessa dimensione oggettiva. Qui, a differenza che nel falso, sostrato oggettivo e idoneità decettiva coincidono: è fuorviante solo il *vero* che si presenti o sia presentato in modo da avere idoneità decettiva.

Per accertare già oggettivamente il fuorviante non basta allora constatare il (letteralmente) vero (sostrato oggettivo in sé neutro dal punto di vista della menzogna); occorre effettuare un ulteriore passaggio, che consiste nel prendere in considerazione anche il punto di vista del destinatario del fuorviante, mettersi nella sua prospettiva per valutare se e fino a che punto, da questa prospettiva, il vero si presti a essere interpretato in modo da ricavarne conclusioni non vere. Il che però ne rende più incerta l'applicazione, più difficile da contenere entro limiti precisi, definiti: essa, infatti, richiede che chi accerta (il giudice) si ponga nei panni di questo (ipotetico o reale) destinatario interpretante, per farsi, al posto suo, per suo conto, metro interpretativo in base al quale misurare la natura fuorviante del dettaglio vero presentato o diffuso.

2.1.3. A differenza del falso, «fuorviante» e «ingannevole» non sono espressioni tipiche del nostro linguaggio penalistico: nel codice penale non se ne dà alcuna occorrenza; le loro occorrenze normative, che abbiamo più sopra ricapitolato, sono tutte extrapenalistiche (con l'*ingannevole* e il *fuorviante* che integrano tutt'al più illeciti amministrativi).

Una condotta ingannevole o fuorviante può tuttavia assumere rilevanza penale ora come forma dell'inganno (dove è punito l'inganno, è punito anche l'ingannevole-fuorviante quale mezzo per perpetrarlo[36]), ora attraverso il rilievo che talune fattispecie riservano esplicitamente a quelle che possiamo considerare specifiche forme di condotta ingannevole-fuorviante, come la diffusione di (voci o) notizie «tendenziose» (artt. 265, 501, 656 Cp)[37] o la reticenza

[35] Sto qui giocando con la distinzione fra storie che *dicono* qualcosa e storie che *mostrano* qualcosa, sulla quale rimando, per tutti, a J. Gottschall, *Il lato oscuro delle storie. Come lo storytelling cementa le società e talvolta le distrugge*, trad. it. di G. Olivero, Milano 2022, 63 ss.: «il dire si limita a *consegnarci* il significato. Il mostrare ci costringe a capire il significato da soli» (66).

[36] Ad es., quando sia un modo per compiere artifici o raggiri in una truffa, o quando l'enunciazione fuorviante di un enunciato, pur non consistente nell'affermazione di fatti non veri, possa contare come parere o interpretazione mendace ai sensi dell'art. 373 Cp o come mendace asserzione ai sensi dell'art. 645 Cp.

[37] C. cost. 8 marzo 1962, n. 19: «Per notizie tendenziose, ai sensi dell'[*art. 656 Cp*], bisogna intendere quelle che, pur riferendo cose vere, le presentino tuttavia (non importa se intenzionalmente o meno) in modo che chi le

(«dichiarazioni false o reticenti»: artt. 273 co. 2, 603 *bis.1* co. 2, Cp; «tacere in tutto o in parte qualcosa di rilevante»: artt. 371 *bis*, 372, 375 co. 1/*b* Cp).

3. La tesi che intendo sostenere è che, in diritto penale, *falso* e *fuorviante* (o *ingannevole*) rilevino *soltanto* come *strumenti*, attuali o potenziali, di una *menzogna*. Nel linguaggio corrente accade senz'altro che i concetti in questione vengano impiegati anche senza farli dipendere da una condotta menzognera. L'aggettivo *falso* viene spesso usato come semplice sinonimo di *non vero*[38]; espressioni come «falsa impressione», «falsa credenza», «falsa memoria» non implicano affatto che l'impressione, la credenza, la memoria siano state indotte da qualcun altro mediante inganno; del resto, posso anche farmi una «falsa opinione» o una «falsa idea» su qualcosa o qualcuno in maniera del tutto autonoma, senza che altri mi abbia ingannato; io stesso posso dunque *ingannarmi*, tratto in errore da circostanze oggettive che nessuno abbia predisposto con intenzione decettiva[39]. Lo stesso vale per *ingannevole* e *fuorviante*: una cosa (un'apparenza, un argomento) può essere ingannevole o fuorviante, anche se nessuno l'ha creata, ideata o la usa per ingannare altri[40].

Le cose stanno, però, diversamente se passiamo a considerare falso e fuorviante come categorie penalistiche.

3.1. Cominciamo col falso. Per il diritto penale, nessun contenuto semantico non vero (enunciato, informazione, testimonianza, denuncia, ecc., come anche il supporto – atto, documento, registro, ecc. – in cui tali contenuti siano di volta in volta materiati) è per ciò stesso *falso*; lo è solo come riflesso di una condotta protesa all'inganno, di una condotta che lo crei, lo idei, lo presenti, lo diffonda o altrimenti lo usi per ingannare, solo se esso viene da qualcuno artatamente prodotto, messo in circolo, utilizzato; il falso-oggetto è tale solo in ragione di un falso-condotta, di una condotta che si rapporti all'oggetto come strumento di una possibile menzogna.

In questo senso, il falso-oggetto come categoria penalistica non può esaustivamente ridursi a sinonimo di *non vero*: l'attributo penalistico della falsità non si risolve mai esaustivamente nella *non verità* dell'entità qualificata. *Falso* in diritto penale ha sempre un significato, un valore eccedente rispetto a *non vero*. E questo significato eccedente, questo plusvalore del *falso penalistico* rispetto al *non vero* risiede appunto nel fatto che, per il diritto

---

apprende possa avere una rappresentazione alterata della realtà. Il che può avvenire pel fatto che vengano riferiti o posti in evidenza soltanto una parte degli accadimenti (eventualmente quelli marginali e meno importanti), sottacendone o minimizzandone altri (eventualmente di pari o maggiore importanza, o comunque idonei a spiegare o addirittura a giustificare quelli riferiti); pel fatto che gli accadimenti vengano esposti in modo da determinare confusione tra notizia e commento; e in altri simili modi.

Suscitando in chi le apprende una rappresentazione alterata della realtà, le notizie tendenziose deformano, dunque, la verità[. …] In sostanza l'espressione "notizie false, esagerate o tendenziose" impiegata nell'art. 656 del Cod. pen. è una forma di endiadi, con la quale il legislatore si è proposto di abbracciare ogni specie di notizie che, in qualche modo, rappresentino la realtà in modo alterato. Il problema relativo alla legittimità costituzionale della disposizione dell'art. 656 riguardante le notizie tendenziose non si pone, dunque, in termini diversi da quello riguardante le notizie false od esagerate».

[38] Ad es., N. Tommaseo, *Dizionario dei sinonimi della lingua italiana*, ed. a cura di P. Ghiglieri, vol. D/L, Firenze 1973, 734: «*falso*, contrario di *vero*. […] denota […] l'intrinseca falsità».

[39] «Pur troppo, l'uomo può ingannarsi, e ingannarsi terribilmente» (A. Manzoni, *Storia della colonna infame*, Milano 1961, 35); «C'inganniamo così facilmente! Massime quando ci piaccia di credere in qualche cosa...» (L. Pirandello, *Il fu Mattia Pascal*, a cura di G. Mazzacurati, Torino 1973, 216, righi 409-410); «Piazza Ducoton è vuota. Che mi sia ingannato?» (J.-P. Sartre, *La nausea*, nella traduzione di B. Fonzi, Milano 1965, 83).

[40] «Ma la così detta luce, scusi, – ribatté pronto il signor Anselmo, – può servire per farci vedere ingannevolmente qua, nella così detta vita; per farci vedere di là da questa, non serve affatto, creda, anzi nuoce» (L. Pirandello, *Il fu Mattia Pascal*, cit., 210, righi 202-205).

penale, il *non vero* assurge a *falso* nel solo caso in cui serva a (sia concepito, creato o anche solo diffuso o altrimenti usato per o comunque con la consapevolezza di) perpetrare una menzogna. In accezione penalistica, «il falso è menzogna. […] inganna o tira a ingannare»[41]: il (contenuto significativo o suo supporto) non vero non è penalisticamente falso se o finché non viene volontariamente infuso di *falsità* da qualcuno, che a esso si rapporti come allo strumento di una menzogna, in atto o possibile. Un enunciato non vero (ad esempio, il contenuto di una deposizione testimoniale, di un'informazione al PM, di una dichiarazione al difensore o di una denuncia alla polizia giudiziaria oggettivamente difformi dalla realtà) non è *falso*, se non è menzognera la sua enunciazione, se cioè chi lo enuncia non è consapevole della sua non verità, né dunque vuole, enunciandolo, ingannare il proprio destinatario. Né *falsa* è una moneta non autentica, se non in quanto *falsificata*, oggetto di una *falsità in* monete, in quanto in essa *il falso sia stato immesso* da qualcuno consapevolmente: creandola o spendendola per indurre altri a, o consapevolmente accettando che altri possa, credere nella sua autenticità. Stessa cosa per sigilli, biglietti del pubblico trasporto, valori di bollo, atti pubblici, certificati, autorizzazioni, registri, notificazioni, scritture private, testamenti olografi, cambiali, titoli di credito, strumenti di pagamento diversi dai contanti. La perfetta riproduzione della Gioconda non è un *falso*, ma una copia, se non è creata o usata (ceduta, esposta, ecc.) per ingannare, facendola credere l'originale: le accademie di belle arti sono piene di riproduzioni di quadri del passato, ma non per questo sono piene di falsi[42]. E ancora, un nome o uno stato sono *falsi* solo in quanto qualcuno *falsamente* se li attribuisca o li attribuisca ad altri. Un documento è *falso* solo in quanto sia stato *falsificato* (contraffatto o alterato).
Nessuna entità significante o enunciato, insomma, *si può dire penalisticamente* falsa *per il mero fatto di non rappresentare correttamente lo stato delle cose, la realtà: lo è soltanto se in essa il falso è consapevolmente versato da qualcuno, con vista su un più o meno prossimo inganno*.

3.1.1. Il falso penalistico è dunque necessariamente *doloso*. Sì nel senso che, dove la condotta tipica consista nel creare, comunicare, dichiarare, affermare, attestare, diffondere, presentare, giurare o altrimenti usare qualcosa di falso, il reato non può che essere doloso: che la condotta di falso (falsificazione, alterazione, contraffazione, falsa attestazione dichiarazione informazione denuncia testimonianza ecc.) è sempre, necessariamente dolosa[43]. Ma anche nel

[41] N. Tommaseo, *op. loc. cit.*
[42] T. Padovani, *Menzogna e diritto penale*, cit., 27.
[43] Dolosa, si badi, ma non necessariamente a dolo *intenzionale*: una *menzogna* può essere compiuta anche con dolo *eventuale*, senza cioè perseguire l'altrui inganno come scopo ultimo o mezzo per conseguirlo, ma semplicemente accettandolo come conseguenza verosimile, probabile della propria condotta. È – questa della natura necessariamente intenzionale o meno della menzogna – una questione della quale si è iniziato a parlare con una certa insistenza nella filosofia morale degli ultimi vent'anni circa. A fronte di una impostazione tradizionale tesa a sostenere che non c'è menzogna senza intenzione di ingannare (per tutti, C. Fried, *Right and Wrong*, Cambridge (Mass.)-London 1978, 54 s.: «*One can only lie intentionally – it is not possible to lie inadvertently or as the known but unwanted side effect of some other purpose. To be sure, it is possible to create erroneous impressions as a side effect or inadvertently, but then one is not lying. Thus the lie is always an end in itself or a means, a chosen means, or it is not a lie at all*» [55]; v. anche Green, *op. loc. cit.*: «*there is no deception unless the communicator intends to deceive*»; J. Derrida, *Storia della menzogna*, trad. it. di M. Bertolini, Roma 2014, 18-19 e *passim*), si è da qualche lustro diffusa una posizione di segno contrario, secondo la quale, invece, «*the intent to deceive is not necessary for lying*»: così, ad es., T.L. Carson, *The Definition of Lying*, in *Noûs* 2006, 40(2), 289 ss. Quest'autore fa un esempio, che trovo particolarmente azzeccato: «*Suppose that I witness a crime and clearly see that a particular individual committed the crime. Later, the same person is accused of the crime and, as a witness in court, I am asked whether or not I saw the defendant commit the crime. I make the false statement that I did not see the defendant commit the crime, for fear of being harmed or killed by him. It does not necessarily follow that I intend that my false statements deceive anyone. (I might hope that no one believes my*

senso che la dolosità della condotta di falso è condizione della falsità (in senso penalistico) del corrispondente oggetto, è cioè condizione dalla quale dipende che un certo *oggetto* (contenuto semantico della condotta – informazione, dichiarazione, notizia, ecc. – o suo supporto materiale – moneta, documento, sigillo, ecc.) si possa qualificare falso ai fini del diritto penale.

Talora, inoltre, un oggetto può *diventare falso* anche successivamente alla sua formazione. Il caso più ovvio è quello in cui l'oggetto nasca autentico e veridico, ma subisca poi un processo di falsificazione (di consapevole e artata alterazione), che vale a infondergli, non solo oggettivamente il carattere della *non veridicità* o della *non autenticità*, ma anche soggettivamente quello della falsità – entrambi caratteri che prima non aveva. Tuttavia, anche un oggetto non vero può *diventare falso* successivamente alla sua formazione, come quando, formato in buona fede (dunque, non falso in senso penalistico), venga poi ceduto, ricevuto o comunque usato in mala fede: ad es., Tizio, per mero diletto artistico, realizza perfetta copia di un famoso dipinto, che poi regala all'amico Caio, il quale però, dopo averlo ricevuto, decide di rivenderselo per autentico; in questo caso, l'oggetto che, pur non autentico, non era originariamente falso (in senso penalistico), lo diviene in un secondo momento, allorché Caio, rivendendolo con intenzione ingannatoria, gli infonde tale carattere.

3.1.2. La rilevanza penale del falso-oggetto, benché molteplice, è sempre collegata al mentire, lo scopo per cui il diritto penale prende in considerazione il falso-oggetto è sempre quello di prevenire, in maniera diretta o anche solo indiretta, un inganno.

Talora – cosiddetto «falso recettizio»[44] – il falso-oggetto rileva direttamente quale *strumento di una condotta* tipica di *inganno*: ora, in particolare, di una condotta consistente in un *inganno riuscito e produttivo*, che sortisca cioè l'effetto di indurre il destinatario in errore e che, per il tramite di questo effetto mentale, produca anche ulteriori conseguenze illecite[45]; ora di un *inganno* bensì *riuscito*, che induca taluno a errare su qualche circostanza rilevante, ma *non necessariamente produttivo* di ulteriori conseguenze illecite[46]; ora infine di una *condotta*

testimony and that he is convicted in spite of it.) Deceiving the jury is not a means to preserving my life. Giving false testimony is necessary to save my life, but deceiving others is not; the deception is merely an unintended "side effect." I do not intend to deceive the jury in this case, but it seems clear that my false testimony would constitute a lie» (289).

[44] Per la distinzione tra «falso recettizio» e «falso non recettizio», si veda F. Carnelutti, *Teoria del falso*, Padova 1935, 22 ss. Un falso è *recettizio* quando la fattispecie del reato richiede il compimento di una condotta ingannatoria, una condotta che dunque si rivolga effettivamente a una vittima (quantomeno possibile) per trarla (o almeno cercare di trarla) in errore. In questi casi, la vittima, il destinatario dell'inganno è un soggetto del reato (diverso dal reo, naturalmente), rientra fra gli elementi con i quali la fattispecie descrive il fatto: qui «il destinatario campeggia di contro all'autore» (23). Nei casi di *falso non recettizio*, «che sono il falso documentale e spesso il falso critico» (ossia, il falso avente ad oggetto un'entità destinata a fungere da prova critica) «quasi non si vede; appunto, compare in una fase ulteriore dell'*iter falsitatis* (*uso del falso*) e così in un secondo piano del quadro; ma chi osserva con attenzione lo scopre anche in tali casi» (*ibidem*).

[45] È il caso della truffa, che l'art. 640 punisce solo se inducendo altri in errore si consegue un ingiusto profitto con altrui danno.

[46] Si pensi al reato di sostituzione di persona, di cui all'art. 494 Cp, che punisce «chiunque, al fine di procurare a sé o ad altri un vantaggio o di recare ad altri un danno, induce taluno in errore, sostituendo illegittimamente la propria all'altrui persona, o attribuendo a sé o ad altri un falso nome, o un falso stato, ovvero una qualità a cui la legge attribuisce effetti giuridici»: essendo in tal caso le conseguenze ulteriori dell'inganno tipizzate come oggetto di un dolo specifico, non occorre che esse effettivamente accadano. È interessante notare, peraltro, come questo del 494 Cp sia uno dei pochi casi nei quali ad essere punito è l'inganno in quanto tale, il fatto cioè di aver indotto qualcuno in errore (v. ad es. R. Bartoli, *Le falsità personali*, in M. Pelissero, R. Bartoli, *Reati contro la fede pubblica*, Torino 2010, 373: errore come «evento naturalistico» del reato). In generale, i reati di menzogna rientrano nelle altre categorie: o si punisce l'inganno in ragione dei suoi effetti ulteriori, o si arretra la rilevanza penale al fatto stesso della creazione o dell'uso del falso, i quali debbono sì essere idonei a ingannare e sorretti da una volontà ingannatoria (almeno nella forma del dolo eventuale), ma non è richiesto che abbiano effettivamente

menzognera, dunque idonea a ingannare, ma *non necessariamente recettizia ed efficace* come inganno, tale cioè che per la sua rilevanza penale non occorre che l'inganno riesca, né dunque che produca ulteriori conseguenze[47].

Ma pure nei casi di «falso non recettizio», quando la rilevanza penale del falso venga arretrata al mero fatto della falsificazione di un oggetto, o della detenzione acquisizione cessione o introduzione nel territorio dello stato di un oggetto falso, non immediatamente esecutive di un inganno nei confronti di un destinatario (individuale o collettivo che sia), l'inganno rappresenta comunque lo scenario dal quale la condotta riceve la propria rilevanza penale e l'oggetto riceve lo stigma penalistico della falsità; la ragione per cui in tutti questi casi possiamo dire che la condotta ha ad oggetto alcunché di falso discende sempre dal fatto che tale oggetto si presta a servire per un inganno; a rendere penalisticamente falso l'oggetto è sempre la sua strumentalità nell'ambito di una (possibile) menzogna[48]. È bensì vero che «il falso non recettizio […] da solo non basta a costituire l'inganno», che «chi forma un documento falso, finché se lo tiene in tasca, non inganna nessuno»; che qui dunque «la falsificazione è il principio dell'inganno ma questo non si compie senza l'*uso del falso*»[49]. Anche in questi casi, però, la «ragion vera della punibilità del falso non è altra […] che il *pericolo dell'inganno* e soprattutto *della frode*»[50]. Infatti, è «appunto per la loro capacità di svilupparsi nel danneggiamento e soprattutto nella frode che [*sia*] il falso [*ch*]e l'inganno vengono combattuti; altrimenti, se non mettono capo a questa o almeno a quello, tanto l'uno quanto l'altro sarebbero innocui. Ma la lotta contro la frode richiede che se ne mortifichi tanto il germe quanto il germoglio e così che si reprima tanto l'inganno senza la frode quanto il falso senza l'inganno. È così sul terreno del falso che colloca i suoi avamposti la lotta contro la frode»[51].

Del resto, come anche si è fatto notare, «nella realtà delle cose il falso non è mai, o quasi mai, fine a se stesso. Non si falsifica per falsificare, ma per conseguire un risultato che sta al di là della falsificazione. Di ciò è agevole convincersi, considerando che il falso è una specie della frode e che la frode, al pari della violenza e della minaccia, non è che una modalità dell'azione (e, se si vuole, un *mezzo*) per offendere determinati interessi. L'attività del falsario non ha per oggetto la pubblica fede. Contrasta con la realtà, ed anche col buon senso, dire che

---

tratto qualcuno in errore.

[47] Molte le fattispecie che rientrano in questo novero, ad es.: *disfattismo politico* (art. 265 Cp: «Chiunque, in tempo di guerra, diffonde o comunica voci o *notizie false*, esagerate o tendenziose, *che possano* destare pubblico allarme o deprimere lo spirito pubblico o altrimenti menomare la resistenza della nazione di fronte al nemico»); *reati di falso contro l'amministrazione della giustizia*, quali calunnia, autocalunnia, simulazione di reato, false informazioni, false dichiarazioni, falsa testimonianza, e così via; *reati contro la fede pubblica consistenti nell'uso di entità false* nell'interazione con altri soggetti determinati o indeterminati, come la spendita o altra messa in circolazione di monete contraffatte o alterate, anche laddove le si sia ricevute in buona fede, di valori di bollo contraffatti o alterati, di biglietti di pubbliche imprese di trasporto contraffatti o alterati, di sigilli o altri strumenti destinati a pubblica autenticazione o certificazione contraffatti, di impronta contraffatta, di marchi o segni di prodotti industriali alterati o contraffatti, di atto registro o notificazione falsi, un testamento olografo, ovvero una cambiale o un altro titolo di credito trasmissibile per girata o al portatore alterati o contraffatti; *reati contro la fede pubblica consistenti in false dichiarazioni o attestazioni*, come falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 495 Cp), falsa dichiarazione o attestazione al certificatore di firma elettronica sull'identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 495 *bis* Cp), altre mendaci dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri (art. 496 Cp); *aggiotaggio*, nella forma base di cui al primo comma dell'art. 501 Cp; pubblicazione o diffusione di *notizie false*, esagerate o tendenziose, *atte a* turbare l'ordine pubblico (art. 656 Cp).

[48] T. Padovani, *Menzogna e diritto penale*, cit., 32: «nel caso del falso l'inganno è presente in una dimensione potenziale (capacità ingannatoria)»

[49] F. Carnelutti, *op. cit.*, 29.

[50] F. Carnelutti, *op. cit.*, 37.

[51] *Ibidem*.

il falsario agisce per offendere tale fede: egli la offende per uno scopo ulteriore che è *il vero punto di mira* della sua attività criminosa»[52].

Tant'è – possiamo aggiungere – che anche nei casi di falso non recettizio sono richiesti, su un piano oggettivo, l'idoneità decettiva dell'oggetto, la sua capacità di indurre in errore, e, su un piano soggettivo, non un mero *dolus in re ipsa*, ma un dolo che includa, tra le altre cose, la consapevolezza, oltre che della non verità dell'oggetto, anche della sua idoneità decettiva, con annessa intenzione di servirsene, o accettazione che qualcuno se ne serva, per un inganno[53].

3.2. Il legame tra qualificazione penalistica dell'oggetto e condotta menzognera vale poi – si può dire, anzi, a maggior ragione – anche per il *fuorviante* (e per l'*ingannevole*).

Quella del fuorviante, lo abbiamo visto, è una categoria che nel discorso penalistico nostrano figura non già direttamente ed esplicitamente, ma solo in maniera ora indiretta ora parziale. In entrambi i casi è però evidente che essa viene in considerazione soltanto come *riflesso di una condotta menzognera* che se ne avvalga. Qui emerge, anzi, una interessante differenza rispetto alla rilevanza penale del falso, poiché il fuorviante *non recettizio* di per sé non è mai punibile: il fuorviante-oggetto (l'enunciato, l'apparenza, la cosa fuorviante) assurge a rilievo penale solo in quanto strumento di una condotta direttamente, immediatamente ingannatoria.

Così è, per definizione, nei casi nei quali il fuorviante-oggetto riceve rilevanza penale riflessa dalla rilevanza penale dell'inganno che esso serve a perpetrare: artifici o raggiri, come anche mendaci pareri, interpretazioni o asserzioni che assumano le fattezze concrete non di qualcosa di falso in senso stretto, ma di qualcosa di solo letteralmente vero. Si pensi, ad esempio, a un finanziere che, fuori dall'orario di servizio e senza esserne legittimato per ragioni dell'ufficio, si presenti in divisa presso il negozio di un commerciante, elevando una serie di contestazioni e indicando una somma da pagare seduta stante a titolo di sanzione: l'uso della divisa in un caso come questo non è un vero e proprio falso, poiché il soggetto è in generale abilitato a vestirla; portarla tuttavia serve a fuorviare la vittima, veicolando un messaggio in ultima analisi, dialetticamente, falso, ossia che egli, cosa non vera, stia in quel momento agendo nella propria qualità di finanziere.

Lo stesso vale anche nei casi in cui la categoria del fuorviante assume rilevanza penale attraverso la tipizzazione di sue forme specifiche di manifestazione: «tendenziosità» e «reticenza», ad esempio, sono entrambe qualificazioni soggettivamente pregnanti, forse

---

[52] F. Antolisei, *Sull'essenza dei delitti di falso*, cit., 631. Cfr. anche T. Padovani, *Menzogna e diritto penale*, cit., 23 ss.: «Non avrebbe, infatti, alcun senso che un falso venisse realizzato, se non allo scopo di determinare una rappresentazione errata. Perciò, il falso ha in sé un rapporto strumentale con l'inganno» (23).

[53] Così, almeno, la dottrina: ad es. A. De Marsico, *Il dolo nei reati di falsità in atti*, in *Scritti in memoria di Eduardo Massari*, Napoli 1938, 438 ss., 444 ss.; Id., voce *Falsità e falso (falsità in atti)*, in *ED*, XVI, 1967, 598; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, 5ª edizione, Torino 1983, 837 («Per il dolo è necessaria la volontà cosciente e libera dell'azione e l'intenzione di cagionare l'evento, cioè di creare un documento falso o di alterare un documento vero, *per rendere possibile un inganno*»: corsivo aggiunto); S. Fiore, *Il falso in atto pubblico*, in S. Cadoppi *et al.* (dir.), *Trattato di diritto penale*, PS-V, *I reati contro la fede pubblica e l'economia pubblica*, Torino 2010, 280 s. In chiave storica, I. Giacona, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, cit., 237 ss. Si veda anche T. Padovani, *op. cit.*, 23 ss., 33 («il falso rappresenta una menzogna incriminata solo se risulta potenzialmente idonea a determinare un errore e risulti anche finalizzata a determinare tale errore»), il quale ha però cura di avvertire: «anche il falso si proietta verso l'inganno, ma ai fini della rilevanza del falso non è mai necessario dimostrare che tale inganno si sia realmente prodotto. Dunque, il falso è – per così dire – irrigidito sul versante della menzogna e si proietta verso l'inganno in funzione di una potenzialità, che – come tutti i concetti che si esprimono non in termini di verifica attuale, ma in termini di possibilità di verificazione – risulta evidentemente periclitante, perché sottoposta alle incertezze proprie dei giudizi prognostici. In definitiva, il rischio immanente alle fattispecie di falso è che ci si concentri in modo esclusivo sul fatto in sé dell'alterazione del vero e si trascuri il profilo essenziale della potenzialità ingannatoria di quest'ultima» (34).

persino dolosamente pregnanti; con esse il legislatore non fa semplicemente riferimento a un carattere oggettivo che la voce, la notizia o la dichiarazione devono possedere, ma le qualifica come riflesso di un certo atteggiamento soggettivo, nella specie di un atteggiamento soggettivo menzognero. La qualifica di *tendenziosità* porta in sé un'eccedenza semantica rispetto alla natura oggettivamente fuorviante del *quid* che essa qualifica: voce o notizia tendenziosa non è semplicemente voce o notizia che oggettivamente può fuorviare, ma voce o notizia che, *per il modo in cui è presentata*, è capace di fuorviare[54], voce o «notizia che riferisce fatti reali *in modo tale che essi siano falsamente appresi o interpretati*»[55], dove la falsa, erronea cognizione o interpretazione del ricevente, è necessariamente perseguita come scopo di (o comunque accettata come effetto collaterale da) chi tiene la condotta illecita. La tendenziosità dell'oggetto (voce, notizia) dipende necessariamente dal fatto che lo si usi per una menzogna: qualificare *tendenzioso* un oggetto serve a segnalare questa funzionalizzazione.

Qualcosa di simile vale per la *reticenza*, generalmente intesa come silenzio concludente su circostanze rilevanti, circa le quali si ha un obbligo giuridico di informare l'interlocutore[56]. Definire *reticente* una dichiarazione non è mai semplicemente un'allusione al fatto che chi parla non dica tutto quel che potrebbe e dovrebbe dire: chi si comporta così per mera dimenticanza, in buona fede, *non è reticente*; la qualifica di reticenza è sempre anche allusione a un corrispondente atteggiamento soggettivo, segnato da una precisa volontà di non dire integralmente una verità che pure si conosce: «silenzio *maliziosamente* serbato su circostanze rilevanti»[57], è la suggestiva definizione che, come noto, ne dà la giurisprudenza in tema di truffa.

4. Il difetto prospettico della definizione di disinformazione dalla quale siamo partiti dovrebbe ora essere evidente, o quantomeno dovrebbero esserlo le ragioni dalle quali secondo me discende un tale difetto: dare priorità logica alla disinformazione-oggetto, quale informazione «*verifiably false or misleading*», conferendole il ruolo di unità primigenia del concetto, significa assumere che una informazione possa qualificarsi *falsa* o *fuorviante* già di per sé stessa, a prescindere dalla condotta (disinformativa o più in generale menzognera) che l'abbia a oggetto; che di un contenuto (semantico) si possa dunque dire che sia *falso* o *fuorviante* anche senza nulla sapere della condotta (disinformativa, menzognera) che consista nel «crearlo», «presentarlo» o «disseminarlo» o più in generale nel farne uso *in vista di un inganno*.

Ebbene, come ho cercato di mostrare, non è così *per il diritto penale*: nella prospettiva penalistica, il *falso* e il *fuorviante* indicano il (forme diverse del) *mentire*, (del)la *menzogna*: se falso o fuorviante è ciò che ha una propensione – sì oggettiva (*idoneità decettiva*: falso è solo ciò che è capace di ingannare), ma anche soggettiva (*dolo decettivo*, che poi coincide con il concetto civilistico del *dolus*) – all'inganno, a indurre in fallo, in errore, a credere vero alcunché di non vero[58], così anche di una informazione non si può affermare che sia «verifiably false or

[54] V. ad es. G. Grasso, sub *Art. 265 Cp*, in G. Forti, S. Riondato, S. Seminara (dir.), *Commentario breve al codice penale*[7], Padova 2024, 1019.
[55] M. Bertolino, sub *Art. 501 Cp*, in *Commentario breve*, cit., 1879 (corsivo aggiunto).
[56] Sulla reticenza come condotta di truffa, v. per tutti Pedrazzi, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, cit., 180, 196 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, PS, III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano 2003, 328 s.; nonché, più di recente, F. Helferich, *Le aggressioni fraudolente al patrimonio privato e pubblico tra dimensione personalistica e dimensione economica del danno*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 26 giugno 2024, 12 ss. (ultimo accesso 10 giugno 2026). Sulla reticenza come condotta di falsa testimonianza, v. invece G. Ruggiero, voce *Falsa testimonianza*, in *ED*, XVI, 1967, 538 ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale*, PS, II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2000, 120, 122.
[57] Tra le tante, Cass. 11 settembre 2025, n. 31895; Cass. 3 ottobre 2023, n. 46209; Cass. 10 gennaio 2019, n. 937; Cass. 9 maggio 2018, n. 23079; Cass. 4 luglio 2013, n. 28703.
[58] Per tutti, ancora T. Padovani, *Menzogna e diritto penale*, cit., 23 ss.

misleading» senza presupporre alle sue spalle una condotta menzognera, di cui essa costituisca, immediatamente o anche solo in prospettiva, uno strumento.

Non è, dunque, l'informazione falsa o fuorviante a rendere disinformativa la condotta che la abbia ad oggetto, ma è la condotta disinformativa che, in quanto menzognera, rende, in senso penalistico, falsa o fuorviante l'informazione (o meglio, la pseudo-informazione[59]) non vera o letteralmente vera della quale si avvalga. Finché cerchiamo una definizione di disinformazione come concetto penalistico, non possiamo considerare la volontà d'inganno come un elemento che qualifichi *ab extrinseco* informazioni già di per sé qualificabili come false o fuorvianti (disinformazioni); tale volontà, dunque la condotta disinformativa e la *falsità* soggettivamente infusa nelle (pseudo-)informazioni, è semmai ciò che le costituisce in disinformazioni.

Del resto, a tal punto la volontà d'inganno è da considerarsi intrinseca al concetto della disinformazione, che anche nel linguaggio diffuso, per indicare il caso in cui qualcuno diffonda o rilanci pseudo-informazioni senza essere consapevole del loro carattere non veritiero o fuorviante, si sente l'esigenza di ricorrere al diverso e apposito termine «misinformazione», impiegandolo indifferentemente per indicare la condotta[60] e il suo oggetto[61].

4.1. Nella Comunicazione 236/2018, per vero, il carattere decettivo della disinformazione figura; in un ruolo però marginale e secondo una formulazione talmente equivoca, da avvalorare le perplessità, fin qui sollevate, in ordine a una sua diretta utilizzabilità a fini penalistici. Vi si legge infatti che, per potersi dire disinformativa, una condotta dev'essere realizzata «for economic gain *or* to intentionally deceive the public». Preso alla lettera («*or*»), ciò significa che, nella logica di tale definizione, come disinformazione potrebbero contare anche condotte bensì volte a uno scopo di profitto, ma non sorrette da un dolo, nemmeno eventuale, di inganno del pubblico. Sarebbe dunque concettualmente ammissibile una disinformazione non ingannatoria, non menzognera. Il che però significherebbe confondere i due concetti, che abbiamo appena distinto, di disinformazione e misinformazione.

Un rattoppo ermeneutico per evitare un esito di questo tipo potrebbe essere quello di leggere l'inciso come una semplice precisazione del fatto che non necessariamente l'inganno del pubblico costituisce scopo ultimo, o anche solo intermedio (mezzo per raggiungere uno scopo ultimo), di una condotta disinformativa: che può darsi una disinformazione motivata più dal guadagno che dall'obiettivo di ingannare chicchessia; che un disinformatore può anche non avere alcun particolare interesse ideologico, politico o culturale per gli sviluppi decettivi della propria condotta, principalmente motivata dall'arricchimento economico[62].

---

[59] V. *supra*, nota 25 e *infra*, § 4.2, nota 68 e testo corrispondente.

[60] Ad es., M. Hameleers, S. Minihold, *Constructing Discourses on (Un)truthfulness: Attributions of Reality, Misinformation, and Disinformation by Politicians in a Comparative Social Media Setting*, in *Communication Research* 2022, 49(8), 1179: «*Misinformation refers to the unintentional spread of information that is not supported by empirical or verifiable evidence or expert opinion*».

[61] Ad es., J.O. Weatherall, C. O'Connor, *Fake News!*, in *Philosophy Compass* 2024, 19(6), 2/12: «*Misinformation[…] is content that tends to be misleading, but which is generated or shared without intention to mislead*».

[62] In letteratura si veda, ad esempio, H. Allcott, M. Gentzkow, *Social Media and Fake News in the 2016 Election*, in *Journal of Economic Perspectives* 2017, 31(2), 217: «*There appear to be two main motivations for providing fake news. The first is pecuniary: news articles that go viral on social media can draw significant advertising revenue when users click to the original site. This appears to have been the main motivation for most of the producers whose identities have been revealed. The teenagers in Veles, for example, produced stories favoring both Trump and Clinton that earned them tens of thousands of dollars […]. Paul Horner produced pro-Trump stories for profit, despite claiming to be personally opposed to Trump […]. The second motivation is ideological. Some fake news providers seek to advance candidates they favor. The Romanian man who ran endingthefed.com, for example, claims that he started the site mainly to help Donald Trump's campaign […]. Other providers of*

«Ma il mantello dell'[*ambiguità*] è corto; e non si può tirarlo per ricoprire una parte, senza scoprirne un'altra»[63]. Interpretata in questo modo, la definizione eurounitaria finirebbe per confondere, equiparandole disgiuntivamente, due cose del tutto diverse: da un lato, gli scopi individualmente perseguiti dal singolo disinformatore, i suoi motivi per agire (che possono essere i più vari, dalla pressione politica al guastamento culturale, e tra essi, ovviamente, anche l'arricchimento personale), dall'altro, la direzione finalistica della condotta disinformativa, che non può non essere rivolta all'inganno del pubblico a cui la pseudo-informazione è in ultima analisi rivolta. In quanto condotta di falso, menzogna, violazione strategica della verità, la disinformazione si orienta per sua natura all'inganno del proprio destinatario; e il destinatario di una disinformazione, come vedremo da qui a poco, è sempre un «pubblico». Anche chi diffonde fake news a mero scopo di clickbait si immagina che il pubblico che legge possa esserne tratto in inganno e, nondimeno, accetta questa possibilità come prezzo del perseguimento del proprio obiettivo di guadagno economico, agendo dunque, almeno in senso penalistico, con volontà di inganno.

4.2. Detto ciò (ossia che la disinformazione-condotta è sempre una menzogna), occorre anche aggiungere una precisazione. Come noto, si discute – sia da un punto di vista filosofico che in ambito più specificamente penalistico (ad esempio, con riferimento a reati come falsa testimonianza e calunnia) – se, per aversi menzogna, sia sufficiente la volontà di far credere vero all'interlocutore quanto si *crede* non esserlo (cosiddetta *untruthfulness condition*)[64], a prescindere dal fatto che le cose stiano o meno come il mentitore crede che stiano, o se occorra invece la volontà di far credere vero all'interlocutore quanto si *sa* non esserlo, nel qual caso invece, perché si abbia menzogna, occorrerà che il mentitore a sua volta non si inganni, non sia in errore sullo stato delle cose in ordine al quale cerca di ingannare il proprio interlocutore[65]. Nella letteratura filosofica[66] è frequente esemplificare il problema richiamando un caso letterario tratto dal racconto *Il muro*, di Jean-Paul Sartre[67]: il protagonista, Pablo Ibbieta, viene arrestato e condannato a morte dai franchisti. Durante la notte che precede l'esecuzione, quando gli viene chiesto di rivelare il nascondiglio di un compagno rivoluzionario, Ramón Gris, Pablo decide di mentire e, credendo che il compagno si trovi presso i suoi cugini, indica un altro luogo (il cimitero). In modo del tutto imprevedibile, però, senza che Pablo ne avesse contezza o sentore, Ramón si è effettivamente rifugiato presso il cimitero, dove dunque viene catturato, mentre Pablo viene risparmiato. Si può dire che Ibbieta abbia mentito ai suoi aguzzini? In base alla prima delle due impostazioni più sopra riportate (cosiddetta «teoria del falso soggettivo»), la risposta è positiva; negativa, invece, in base alla seconda (cosiddetta «teoria del falso oggettivo»).

---

right-wing fake news actually say they identify as left-wing and wanted to embarrass those on the right by showing that they would credulously circulate false stories […]». Analogamente, E.C. Tandoc Jr., Z.W. Lim, R. Ling, *Defining "fake news". A typology of scholarly definitions*, in *Digital Journalism* 2018, 6(2), 138.

[63] Mi si conceda il vezzo di interpolare così il passo manzoniano (da *Storia della colonna infame*, cit., 93 s.), che nell'originale parla di «iniquità», non di «ambiguità».

[64] Sulla quale si veda, ad esempio, J.E. Mahon, *The Definition of Lying and Deception*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 25 dicembre 2015, § 1.2 (ultimo accesso 8.6.2026).

[65] Per la rilevanza di tale questione in tema di calunnia, si vedano, per tutti: A. Pagliaro, *Il delitto di calunnia*, ora in Id., *Il diritto penale fra norma e società. Scritti 1956-2008*, Milano 2009, 207; S. Seminara, *Sui delitti di calunnia verbale e falsa testimonianza*, Padova 2026, 314 ss. In tema di falsa testimonianza, si vedano: G. Ruggiero, voce *Falsa testimonianza*, cit., 529 s.; A. Pagliaro, *Principi*, PS, II, cit., 122 s.; S. Seminara, *Sui delitti di calunnia verbale e falsa testimonianza*, cit., 285 ss.

[66] Ad es., in J.E. Mahon e F. D'Agostini, *opp. locc. citt.*

[67] J.-P. Sartre, *Il muro*, trad. it. E. Giolitti, Torino 2005.

Ora, quale che sia la soluzione migliore ad altri fini (filosofici o penalistici), nel caso della disinformazione mi pare si debba senz'altro optare per la seconda. Ciò discende, prima ancora che da considerazioni penalistiche legate ai princìpi di oggettività e di offensività e, nel caso del diritto italiano, alla vigenza dell'art. 49 Cp, dal concetto stesso di «disinformazione» («informazione falsa o fuorviante») quale oggetto della condotta. Dal punto di vista del contenuto, la disinformazione è infatti una sorta di *negativo* dell'informazione: se pur ben formata e non priva di significato (contenuto semantico), essa è propriamente una *non*-informazione. Ciò che è «*dis*informazione» per definizione non è «informazione». E un'informazione o è veritiera oppure non è (è, cioè, pseudo-informazione[68]). La disinformazione è, inoltre, il negativo dell'informazione anche dal punto di vista del risultato: poiché, mentre è proprio di un'informazione rendere edotto e avvertito chi la riceve, accrescerlo in conoscenza, in consapevolezza, la disinformazione non incrementa la conoscenza di chi la riceve, anzi lo rende meno avveduto, meno consapevole.

Comunicare notizie che si credono false, ma che accidentalmente, senza che il diffusore se ne renda conto, sono vere non è disinformazione, perché in tal caso della disinformazione mancano l'oggetto e il risultato. L'agente avrà pure mentito, ma non ha disinformato: pur senza volerlo, egli ha informato, non ha comunicato una pseudo-informazione, ma una vera e propria informazione, un contenuto semantico effettivamente informativo circa il reale stato delle cose. Del resto, possono immaginarsi numerose altre circostanze nelle quali si informa accidentalmente, senza volerlo, contro o oltre le proprie intenzioni (ad es., quando volendo mentire si dà un'informazione veritiera per un mero lapsus o quando si enuncia un contenuto autenticamente informativo parlando a voce alta tra sé e sé, credendo di non essere ascoltati): ebbene, la disinformazione meramente putativa è uno di questi casi.

5. Se la disinformazione è il *negativo* dell'informazione dal punto di vista dell'oggetto e del risultato, in quanto condotta, invece, non lo è affatto, poiché anzi ne condivide la struttura: l'una come l'altra (la disinformazione-condotta come l'informazione-condotta) consistono nella trasmissione di un contenuto semantico (veritiero, nel caso dell'informazione, non veritiero o solo letteralmente veritiero, nel caso della disinformazione) a un destinatario. La *condotta* disinformativa, insomma, proprio come quella informativa, è *comunicativa*, come questa consiste nel *comunicare* qualcosa a qualcuno.

Ciò si accorda con la sua natura menzognera, dal momento che la stessa menzogna consiste in un atto comunicativo[69]. Disinformare è, più esattamente, una ipotesi di *falso recettizio*, inteso questo concetto nell'accezione lasca in cui l'abbiamo inteso più sopra (§ 3.1.2), come falso necessariamente rivolto (direttamente strumentale) a ingannare un destinatario: se l'informare è atto recettizio (che cioè trasmette un contenuto semantico orientato a venire recepito e interpretato da un destinatario), anche il disinformare lo è.

Come abbiamo visto, però, la Comunicazione 236/2018 – che qui continueremo a usare come falsariga dei nostri ragionamenti – tipizza come condotta disinformativa, oltre che le forme comunicative del «presentare» e del «disseminare» informazioni false o fuorvianti, anche la loro «creazione»: «*[*d*]isinformation is understood as verifiably false or misleading information that is created, presented and disseminated for economic gain or to intentionally deceive the public, and may cause public harm*». E la *creazione* di una disinformazione non è, di per sé, condotta comunicativa; costituisce semmai atto preparatorio di una vera e propria comunicazione. Tipizzarla fra le possibili forme di condotta disinformativa rappresenta – se si

[68] L. Floridi, *Filosofia dell'informazione*, cit., § 3.13.

[69] Per tutti, M.L. Knapp *et al.*, *An Exploration of Deception as a Communication Construct*, in *Human Communication Research* 1974, 1(1), 15–29.

ragiona penalisticamente – una anticipazione di tutela, in quella stessa logica di arretramento repressivo a cui, come abbiamo detto (*supra*, § 3.1.2), serve in generale la criminalizzazione del *falso non recettizio*, ossia appunto del falso che non costituisca *ancora* esso stesso esecuzione, né inizio di esecuzione, di un inganno.

Sul piano politico-criminale, un tale arretramento nella tipizzazione del fatto disinformativo si potrebbe giustificare come tentativo di cogliere la complessità del fenomeno[70]. La disinformazione contemporanea, soprattutto quella online, raramente si presenta come condotta individuale isolata[71]. Più spesso assume la forma di una attività organizzata, coordinata e plurisoggettiva, alla quale più soggetti contribuiscono operando in ruoli differenziati e con livelli diversi di consapevolezza reciproca: chi definisce obiettivi e narrazione, chi crea i contenuti o i relativi supporti (testi, video, deepfake), chi ne organizza la diffusione, chi materialmente la esegue, in maniera più o meno automatizzata (servendosi ad esempio di bot, algoritmi o reti automatizzate), chi la amplifica (influencer, reti di account), chi la propaga ulteriormente in maniera inconsapevole (e qui si torna al diverso seppur limitrofo campo della misinformazione). Una catena disinformativa («*a series of sequential steps*»[72]), che coinvolge soggetti e competenze diverse, più che un'unica propalazione.

Nessun dubbio che la creazione di contenuti fake costituisca parte costitutiva di questo processo. Essa tuttavia può assumere rilevanza come condotta di disinformazione solo se il suo compimento è esso stesso proiettato verso la successiva comunicazione-diffusione: solo, insomma, se sorretta da una volontà, da un dolo (anche solo eventuale) di menzogna, quantomeno consistente nell'accettazione dell'inganno a cui, già si sappia, la pseudo-informazione artatamente creata verrà poi destinata, presentandola o disseminandola. Altrimenti, della catena disinformativa essa potrà costituire solo un presupposto, non certo un anello, un prodromo realizzativo.

Già lo sappiamo (*supra*, § 3.1), sganciata da una *falsificazione*, dall'intenzione (o almeno dall'accettazione) di un inganno, la «creazione» di contenuti non veri o solo letteralmente veri non può dirsi propriamente creazione di informazioni *false* o *fuorvianti*, in senso penalistico: semmai gioco, finzione, satira, divertimento, arte. Di più: una creazione di *informazioni* (false, fuorvianti o altro che siano) che non si proietti oltre l'atto creativo, sganciata dunque dalla prospettiva di farne o che altri ne faccia comunicazione, è una sorta di ossimoro: un contenuto significativo costituisce «informazione» solo nella prospettiva di comunicarlo a qualcuno, solo in vista di informarne qualcuno, o che qualcuno possa comunque usarlo per farsi edotto di qualcosa; questo vale anche per la *dis*informazione, come suo *negativo*: in assenza di vocazione (dis)informativa, non c'è (dis)informazione.

Come aspetto del fenomeno disinformativo, dunque, la creazione di informazioni false o fuorvianti non rileva di per sé stessa, ma solo alla stregua di un atto (anche soggettivamente) preparatorio delle successive condotte comunicative di vera e propria disinformazione: anch'essa proiettata, almeno in termini di dolo eventuale, verso l'inganno che, nel disegno disinformativo, ne dovrebbe conseguire.

5.1. Non ogni condotta comunicativa di pseudo-informazioni è però una disinformazione. Non lo è, ad esempio, quella che avvenga all'interno di microrelazioni sociali, che coinvolgano

[70] Si veda, del resto, la stessa *Communication*, cit., al § 2.2, nonché l'approccio conseguentemente delineato nel § 3: «*Given the complexity of the matter and the fast pace of developments in the digital environment, the Commission considers that any policy response should be comprehensive, continuously assess the phenomenon of disinformation, and adjust policy objectives in light of its evolution*».

[71] Lo sottolinea anche A. Costantini, *Punire la menzogna "politica"*, cit., 254.

[72] *Communication*, cit., § 2.2.

singoli individui o comunque un numero limitato di soggetti individuali: una micro-truffa, una calunnia, una falsa testimonianza.

La disinformazione è sì condotta comunicativa, ma di livello, per così dire, *macro*. Ciò – si badi – non necessariamente dal punto di vista del *soggetto attivo*, di colui che comunica disinformazioni: nessun dubbio che, nelle sue forme più insidiose, la disinformazione costituisca un fenomeno *macro* anche da questo punto di vista; che essa – è un aspetto al quale abbiamo poc'anzi accennato (*supra*, § 5) – prenda spesso la forma di campagne disinformative organizzate da gruppi o agenzie (private o parapubbliche), vere e proprie strategie comunicative e mediatiche organizzate a più livelli, non di rado di portata transnazionale. Tutto vero. Nulla di questo è però necessario a integrare il concetto: anche un singolo individuo, indipendentemente da altri, può compiere attività di disinformazione, tanto più oggi che internet e i nuovi media consentono a chiunque di pubblicare contenuti in maniera pressoché incontrollata.

A essere necessariamente *macro*, su larga scala, nella disinformazione è, semmai, il *soggetto passivo* dell'inganno, il *destinatario* dell'informazione, colui al quale l'informazione, e dunque l'inganno, sono, almeno in ultima analisi, rivolti[73]: la disinformazione è sempre proiettata a produrre, intenzionale o solo eventuale, un effetto di «inganno del *pubblico*», per riprendere l'espressione che abbiamo trovato nella Comunicazione 236/2018.

Il che, però, refluisce immediatamente sulla definizione della stessa condotta: dare informazioni a un destinatario «macro», numericamente indeterminato, «al pubblico», integra un tipo specifico di condotta comunicativa, consistente più propriamente nel «diffondere informazioni». La condotta disinformativa è sì comunicativa, ma più esattamente *diffusiva*: *diffusione menzognera* di pseudo-informazioni. Una certa *diffusività* della comunicazione le è consustanziale.

A questo punto possiamo chiarire la ragione della citazione in esergo del testo di Burroughs, e del suo uso fin nel titolo di questo articolo. Per quanto non si riferisca al fenomeno del quale stiamo qui discorrendo, esso si presta bene a venire (im)piegato per sintetizzare in maniera evocativa una definizione della disinformazione: appropriarsi, a tal fine, dell'espressione «Grande Menzogna» aiuta a mettere in evidenza, per un verso, nel sostantivo «Menzogna», la dimensione ingannatoria e potenzialmente dannosa della condotta, e per altro verso, nell'aggettivo «Grande», il suo aspetto quantitativo, diffusivo, macro-comunicativo.

5.2. In quanto Grande Menzogna, la disinformazione serve (è immediatamente funzionale) a manipolare idee, a influire sulle opinioni, sulle credenze del proprio destinatario, a far sì che questi creda vera una cosa (che il disinformatore sa) non vera. Mediatamente, però, in quanto è sulla base delle credenze che si formano preferenze e atteggiamenti, essa serve anche a influenzare il comportamento del destinatario, a far sì che questi, credendo vera cosa falsa, si comporti, o comunque assuma un atteggiamento disponibile a comportarsi, di conseguenza.

[73] Il destinatario della disinformazione è anche, issofatto, destinatario o soggetto passivo del falso disinformativo. Sul concetto di «destinatario del falso», può essere utile rispolverare ancora una volta F. Carnelutti, *op. cit.*, 22: «Se un fatto è falso in quanto costituisce una prova, cioè in quanto è destinato a provocare un falso giudizio, e se il giudizio è un atto dell'uomo, cioè un uomo che giudica, come ha *un autore* così il falso ha *un destinatario*. Salva qualche rara ipotesi di falsità innocua, non è concepibile che si falsifichi *se non in confronto di qualcuno*: chi forma, ad esempio, una scrittura o una pittura oscena, può farlo soltanto per sé cioè per il godimento che ne ritrae e così chi distrugge un'opera d'arte; ma chi contraffa [*sic*] o sopprime una prova opera, necessariamente, in confronto di chi se ne debba valere». Carnelutti, inoltre, precisa che non necessariamente il falso deve formarsi alla presenza del suo destinatario (*ibidem*), e che (24 ss.) mentre in taluni casi destinatario del falso è un soggetto determinato (ad esempio il titolare di un pubblico ufficio o di un pubblico servizio, o un soggetto col quale si intrattiene un rapporto contrattuale: 26 ss.), in altri casi «la legge considera come destinatario *il pubblico*» (25); caso, quest'ultimo, specialmente rilevante in materia di disinformazione.

Salta così all'occhio la vicinanza strutturale della disinformazione con la propaganda[74]. Anche questa si articola su comunicazioni rivolte a un numero indeterminato di destinatari, al fine di influenzarne l'opinione e i comportamenti[75]. Vale, insomma, per la disinformazione quel che secondo Jacques Ellul vale per la propaganda: entrambe si rivolgono, in pari tempo, all'individuo e alla massa, al singolo e a un gruppo nella cui prospettiva il singolo viene preso in considerazione. L'una e l'altra, almeno nella gran parte delle loro manifestazioni contemporanee, raggiungono i propri destinatari in forma individuale, telespettatori davanti al televisore, radioascoltatori in automobile, smanettatori ciascuno del proprio smartphone; e tuttavia, sia l'una che l'altra si rivolgono a questi individui in quanto frammenti, parti di una collettività, di una «media»[76], uomini della folla.

Ciò nondimeno, disinformazione e propaganda sono concetti diversi. In primo luogo, la propaganda non è necessariamente menzognera, né dunque disinformativa: il propagandista (ad esempio, l'autore di una condotta di propaganda razzista ex art. 604 *bis* Cp) può ben credere in quel che dice; la tipicità penale dei fatti di propaganda, in generale (salvo che il falso o il fuorviante siano elementi di fattispecie: es., disfattismo politico ex art. 265 Cp), non richiede che egli non sia convinto della causa che perora o degli argomenti che usa per perorarla[77]. La disinformazione può senz'altro costituire lo strumento di una propaganda, il che anzi accade spesso[78]; ma si tratta di una connessione empirica, frequente nella pratica, ma non concettualmente necessaria.

---

[74] Mi riferisco, qui, specificamente alla propaganda come condotta penalmente tipica (quale, ad esempio, figura nelle fattispecie degli artt. 265, 501, 604 *bis* Cp), non alla propaganda come concetto sociologico, politologico o più genericamente culturale. Sebbene tra i due concetti si diano degli ovvi tratti di sovrapposizione (tratti ai quali mi riferirò più avanti, nel testo, come propri della propaganda in generale), essi non sono esaustivamente sovrapponibili. Intesa nella seconda accezione, infatti, la propaganda è generalmente caratterizzata attraverso proprietà, quali organizzazione, durata, continuità (si veda Ellul, *Propaganda*, trad. it. di E. Ribet, Prato 2023, nonché i vari contributi in J. Auerbach, R. Castronovo, (eds.), *Oxford Handbook of Propaganda Studies*, Oxford-New York 2013), che non sempre, invece, si considerano necessarie ai fini della tipicità penale dei fatti di propaganda: così, ad es., mentre a proposito della propaganda come condotta di boicottaggio (art. 507 Cp), la Corte costituzionale ha espressamente ritenuto che essa «per essere punibile debba assumere dimensioni tali e raggiungere un grado tale di intensità e di efficacia da risultare veramente notevole» e che, al di sotto di tale limite – intesa cioè la propaganda quale mera manifestazione del pensiero intesa a convincere il destinatario – una sua criminalizzazione risulta incostituzionale per contrasto dell'art. 21 Cost. (C. cost. 84/1969), altrove (ad es., a proposito della propaganda antinazionale violenta, di cui all'ormai abrogato art. 272 Cp, o della propaganda razzista o discriminatoria, oggi prevista all'art. 604 *bis* Cp) l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale si fa più lasca, ritenendosi sufficiente a integrare una propaganda rilevante già il fatto in sé della mera diffusione di idee, purché «idonea a determinare […] reazioni violente, compresa l'ipotesi della "distruzione di ogni ordinamento politico e giuridico della società"» (così C. cost. n. 87/1966, a proposito della propaganda di sovversione violenta di cui all'art. 272) o persino, ancor più lascamente, «idonea a raccogliere consensi intorno all'idea propagandata» (così, a proposito della propaganda razzista o discriminatoria, la giurisprudenza consolidata: ad es., Cass. 13 dicembre 2007, n. 13234; Cass. 23 giugno 2015, n. 39606).

[75] J. Auerbach, R. Castronovo, *Introduction: Thirteen Propositions About Propaganda*, in Eid. (eds.), *Oxford Handbook of Propaganda Studies*, cit., 6.

[76] Ellul, *op. cit.*, 19 ss.

[77] Secondo J. Ellul, invece, che però guarda alla propaganda in senso politico-sociologico, e non specificamente penalistico, è «necessario, naturalmente, che [*il propagandista*] sia convinto della causa che serve, ma mai dell'argomento che esprime»: *op. cit.*, 42.

[78] Scontato che il pensiero corra a un esempio letterario, ben radicato però nell'osservazione della storia, come *1984*: al «Miniver» e al suo uso del «bispensiero», della «quotidiana falsificazione del passato», del «controllo della realtà», funzionale, tra le altre cose, a costruire «il nemico del momento» come «male assoluto» (G. Orwell, *1984*, trad. it. di G. Baldini, Milano 1950).

Passando poi dalla finzione alla realtà, si pensi all'intreccio fra disinformazione, propaganda e costruzione del nemico come «discorso incendiario» all'origine di alcuni fra i maggiori genocidi del secolo scorso: v., per tutti, J. Sémelin, *Purificare e distruggere. Usi politici dei massacri e dei genocidi*, trad. it. di V. Zini, Torino 2007; nonché, in una prospettiva specificamente penalistica e politico-criminale, A. Vallini, *Criminalizzare l'*hate

In secondo luogo, e soprattutto, sebbene propaganda e disinformazione siano entrambe condotte diffusive (di contenuti semantici), e sebbene la propaganda possa contenere, veicolare (dis)informazioni, essa non ha il suo *quid proprii* nel carattere (dis)informativo; anche quando (dis)informi, non si limita mai a (dis)informare, a comunicare un certo contenuto semantico perché questo sia acquisito, recepito, compreso dal destinatario: suo carattere concettuale distintivo è semmai l'aspirazione a persuadere, a suggestionare, a produrre un effetto emotivo di adesione (a idee, ideali, valori)[79], a fidelizzare, a generare nel destinatario un atteggiamento fideistico[80]; un tipo di aspirazione che non necessariamente anima la disinformazione. Proprio della propaganda è il mirare a convertire o a fortificare l'interlocutore in certe convinzioni, la disinformazione invece può anche soltanto mirare a confonderlo: l'una aspira a creare certezze, l'altra può indifferentemente essere usata per saldare convinzioni (errate) o seminare (infondata) incertezza.

Questo tratto distintivo risalta ancor più nettamente se si considera che la giurisprudenza, almeno in alcune ipotesi, configura la propaganda penalmente rilevante come una sorta di quasi-istigazione: «[*p*]ropagandare, [...] come ha precisato anche la Corte Costituzionale nell'ormai lontana sentenza n. 87 del 1966 [*avente ad oggetto i reati di cui all'art. 272 Cp, che la l. 85/06 ha successivamente abrogato*], non significa semplicemente divulgare idee da poter portare a conoscenza di altri, ma implica un *quid pluris* consistente in un'azione più specifica il cui risultato è rivolto ad influire sulla psicologia e sull'altrui comportamento e pertanto implica che la diffusione debba essere idonea a raccogliere consensi intorno all'idea divulgata»[81].

Il che va letto alla luce di quanto appunto stabiliva, in uno dei suoi passaggi, la pronuncia costituzionale richiamata[82], ossia che la «propaganda non si identifica perfettamente con la manifestazione del pensiero; essa è indubbiamente manifestazione, ma non di un pensiero puro ed astratto, quale può essere quello scientifico, didattico, artistico o religioso, che tende a far sorgere una conoscenza oppure a sollecitare un sentimento in altre persone. Nella propaganda, la manifestazione è rivolta e strettamente collegata al raggiungimento di uno scopo diverso, che la qualifica e la pone su un altro piano».

Dove questo piano «altro» rispetto alla semplice manifestazione del pensiero, che renderebbe la propaganda suscettibile di assumere rilevanza penale, consisterebbe – come, secondo la Corte, accadeva nel caso dell'ormai abrogato art. 272, co. 1 – nel fatto che essa si ponga «in rapporto diretto ed immediato con una azione; e, pur non raggiungendo il grado di

---

speech *per scongiurare la* collective violence*? Ipotesi di lavoro intorno al reato di "propaganda razzista*", in *Studi sulla questione criminale* 2020, 15(1), 33 ss. Si pensi, ancora, all'impatto che la propaganda disinformativa ha sul funzionamento dello stato di diritto: per tutti, J. Bayer *et al.*, *Disinformation and propaganda – impact on the functioning of the rule of law in the EU and its Member States*, studio commissionato dalla LIBE Committee del Parlamento europeo (https://www.europarl.europa.eu/thinktank/it/document/IPOL_STU(2019)608864: ultimo accesso 10 giugno 2026).

[79] Si vedano, ad esempio, C. Perelman e L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. di C. Schick e M. Mayer, Torino 1966, 55 ss., dove peraltro la propaganda viene distinta dal discorso epidittico (oltre che dall'educazione, a cui invece il discorso epidittico viene avvicinato), perché quest'ultimo mira a promuovere e rinsaldare valori sui quali esiste già un consenso sociale, mentre «il propagandista deve preventivamente accattivarsi il benevolo ascolto del pubblico» (55), mirando piuttosto a convertire, a persuadere di qualcosa che non si può dare in anticipo per scontato.

[80] Per interessanti considerazioni sul rapporto fra propaganda (obbedienza) e fidelizzazione, si veda S. Di Piazza, *Credere, obbedire, combattere*, in M. Brigaglia, G. Pino, A. Vallini (cur.), *Obbedienza e responsabilità*, Roma 2026, 13 ss. (https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2026/02/EBOOK-Obbedienza-e-responsabilita-3.pdf).

[81] Cass. 23 giugno 2015, n. 36906, Salmè.

[82] C. cost., 22 giugno 1966, n. 87.

aperta istigazione, risult[*i*] idonea a determinare […] reazioni [*violente*] che sono pericolose per la conservazione di quei valori, che ogni Stato, per necessità di vita, deve pur garantire»[83].

Alla disinformazione, invece, questo carattere, questa vocazione propulsiva dell'azione, è concettualmente innecessaria. Il che si ripercuote anche sul piano soggettivo. La propaganda, specie se intesa come condotta quasi-istigatoria, mira a convincere: la diffusione di certe credenze o la diffusa adesione a certi valori o modelli di condotta è sua funzione costitutiva, non può trattarsi, per il propagandista, di un esito meramente eventuale della propria condotta. I reati di propaganda, perciò, non si possono commettere con dolo obliquo: sono per loro natura a dolo intenzionale. La disinformazione invece, come abbiamo visto[84], non necessita di un dolo intenzionale, il risultato disinformativo potendo anche costituire una conseguenza che il disinformatore si limita ad accettare come prezzo tollerabile per il conseguimento di propri obiettivi ulteriori.

6. La natura diffusiva della disinformazione dà già un'idea del suo impatto sociale. Un conto è fuorviare le credenze (e, potenzialmente, i comportamenti) di singole persone, tutt'altro è fuorviare le credenze (e, potenzialmente, i comportamenti) di un numero molto ampio, o comunque indeterminato di persone.

Nondimeno, il solo dato *quantitativo* non ne spiega l'insidiosità, la *dannosità* sociale, né dunque la rilevanza politico-criminale. A tal fine occorre considerare anche il suo profilo *qualitativo*: che tipo di contenuti semantici vengono diffusi facendo disinformazione, quali sono dunque gli ambiti conoscitivi e le attività, individuali e sociali, in cui essa volta per volta insinua falsità, producendo i propri effetti.

La meritevolezza di pena della disinformazione non deriva direttamente dal disvalore del fatto in sé che si diffondano informazioni false o fuorvianti, semmai dal valore che hanno gli interessi, individuali e sociali, destinati a venire impattati dall'assunzione di atteggiamenti e dal diffondersi di comportamenti fuorviati dall'attività disinformativa. Non la menzogna in sé, ma i suoi possibili effetti.

Non si tratta, insomma, di criminalizzare la disinformazione per proteggere, in maniera uniforme e generalizzata, un generico interesse alla veridicità del discorso pubblico, in modo tale che la cooperazione sociale non sia in alcun modo ammorbata dalla menzogna. Un siffatto interesse è troppo vago e comprensivo perché lo si possa elevare al rango di autonomo bene giuridico: finanche più vago del già vago bene della fede pubblica[85], il quale, se non altro, beneficia dell'ancoraggio a supporti (oggetti, segni, forme esteriori) ai quali è giuridicamente

[83] *En passant*, peraltro, vale la pena precisare che, secondo questa stessa pronuncia costituzionale, l'orientamento alla prassi *non* sarebbe una dimensione necessariamente costitutiva di *ogni* condotta propagandistica: la Corte riconosceva, ad esempio, che quella criminalizzata nel secondo comma dell'art. 272 («Propaganda per distruggere o deprimere il sentimento nazionale») non possedeva questa caratteristica, avendo lo scopo di suscitare «soltanto un sentimento, che sorgendo e sviluppandosi nell'intimo della coscienza di ciascuno, fa parte esclusivamente del mondo del pensiero e delle idealità». Non avendo la propaganda in questi casi «finalità illecite» (non essendo, cioè, «indirizzata a suscitare violente reazioni, come nel caso precedentemente esaminato, né è rivolta a vilipendere la Nazione od a compromettere i doveri che il cittadino ha verso la patria od a menomare altri beni costituzionalmente garantiti»), «qualsiasi limitazione di essa contrast[*erebbe*] con la libertà garantita dall'art. 21 della Costituzione». Da qui, appunto, la declaratoria di incostituzionalità del capoverso dell'art. 272.

[84] *Supra*, nota 43.

[85] Sulla difficile afferrabilità del bene fede pubblica si vedano, tra i tanti: A. De Marsico, voce *Falsità e falso (falsità in atti)*, cit., 560 ss.; F. Antolisei, *Sull'essenza dei delitti di falso*, cit., 625 ss.; S. Fiore, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Napoli 2000; Giacona, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, cit., 3 ss.; F. Cocco, *Il* falso *bene giuridico della fede pubblica*, in *RIDPP* 2010, 68 ss.; F. Bottalico, *Rilievi critici ed ipotesi ricostruttive del bene giuridico tutelato*, in V. Mormando, F. Bottalico, *Le falsità in atti. La tutela penale della documentalità nel sistema dei reati contro la fede pubblica*, Bari 2017, 107 ss.

riconosciuto uno speciale valore probante[86]. Nel caso della disinformazione, invece, la menzogna può materiarsi in una varietà di supporti (enunciati orali o scritti, immagini, documenti, altri oggetti qualsiasi) e può esser messa in circolo attraverso i più diversi canali (ufficiali, ufficiosi, persino nascosti e al limite dell'illecito: si pensi al deepweb), indipendentemente da ogni loro supposta autorevolezza o affidabilità, che possa aver un qualche senso proporsi di proteggere dietro minaccia di sanzione penale.

6.1. D'altronde, una tutela penale generalizzata della veridicità del discorso pubblico porrebbe anche problemi di compatibilità con la libertà di espressione di cui all'art. 21 Cost., dalla cui portata – nonostante il contrario avviso di molti studiosi[87] – non vi è ragione di escludere in radice ogni libertà di mentire, a meno che non si voglia ridurre la libertà espressiva a mera parafrasi del diritto di dire la verità, o meglio a una sorta di libertà-capestro di scegliere tra verità e silenzio[88].

Con ciò non intendo sostenere che qualsivoglia menzogna sia un'istanza di libertà espressiva, né intendo qui imbarcarmi in una impresa ricostruttiva dei criteri per distinguere le menzogne che lo sono da quelle che non lo sono. Mi limito, più modestamente, a suggerire che non basta la natura menzognera di una manifestazione del pensiero a escluderla dal perimetro dell'art. 21 Cost. Non, in particolare, se conveniamo sul fatto che la libertà espressiva abbia un fondamento almeno prevalentemente personalistico[89], legato a «*the role of speech in the development and exercise of our personal autonomy – our capacity to be the reflective authors of our own lives*»[90], e che le sue possibili implicazioni in termini di utile sociale (correzione degli errori e avanzamento della conoscenza[91], democraticità del sistema[92]) abbiano valore rafforzativo del suo peso più che fondazionale-definitorio della sua portata. In questa prospettiva, non può trascurarsi il fatto che anche la menzogna, la finzione, la manipolazione della realtà possono costituire forme espressive della personalità individuale, modi attraverso i

[86] Per tutti, A. Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Milano-Torino-Roma 1913, 599; F. Antolisei, *op. cit.*, 626.

[87] Ad es., C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, ora in Id., *Diritto costituzionale vivente. Capo dello Stato e altri saggi*, Milano 1992, 157 ss. («le manifestazioni che non rispondano alle interiori persuasioni o all'interiore pensiero, le affermazioni o le negazioni che non corrispondano alle effettive convinzioni e valutazioni» del parlante non costituiscono manifestazioni del *suo proprio* pensiero, le quali soltanto sono tutelate dalla Costituzione); S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano 1957, 210 s.; A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali. Lezioni*, PG, seconda edizione riveduta e ampliata, Padova 1990, 396 ss.; S.V. Shiffrin, *Speech Matters: On Lying, Morality, and the Law*, Princeton (NJ) 2014, cap. 4. Tra i filosofi, di recente, Innerarity, *A Philosophy of Disinformation*, cit., 27 s. In ambito penalistico, T. Padovani, *Menzogna e diritto penale*, cit., 331 (citando L. Ferraioli, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Roma-Bari 2011, 56); Guerini, *op. cit.*, 102.

[88] Per un primo abbozzo dei ragionamenti svolti in questo paragrafo, rimando a A. Spena, A. Vallini, *Criminalizzare la postverità? Un dialogo postvero*, in *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, Milano 2022, 243-250.

[89] Per una sintetica panoramica sui modi possibili di argomentare un siffatto fondamento, rimando a J.W. Howard, voce *Freedom of Speech*, in *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 19 gennaio 2024 (ultimo accesso 8.6.2026), e in particolare a quelle che quest'autore classifica come «*Listener theories*» (§ 2.1), «*Speaker theories*» (§ 2.2) e «*Thinker theories*» (§ 2.4). Ma, per una «*thinker theory*» che esclude il diritto di mentire dalla portata della libertà di espressione, v. S.V. Shiffrin, *op. loc. cit.*

[90] Howard, *op. cit.*, § 2.2.

[91] Per tutti, J.S. Mill, *Sulla libertà*, trad. it. a cura di G. Mollica, Milano 2000, cap II («Libertà di pensiero e di discussione»).

[92] Così, ad esempio: R.C. Post, *Racist Speech, Democracy, and the First Amendment Free Speech and Religious, Racial, and Sexual Harassment*, in *William and Mary Law Review* 1991, 32(2), 267–328; Id., *Participatory Democracy and Free Speech*, in *Virginia Law Review* 2011, 97(3), 477-489; E. Heinze, *Hate Speech and Democratic Citizenship*, Oxford 2016.

quali ciascuno di noi definisce la propria persona in pubblico[93]. (Adattando la teoria goffmaniana della vita quotidiana come rappresentazione[94], possiamo dire che la *persona*, in fondo, non è che una maschera, o un insieme di maschere, non necessariamente autentiche o inautentiche, con cui ci *presentiamo* a – che usiamo per interagire con – gli altri.)

In ogni caso, quale che sia il valore che scegliamo di porre a fondamento della libertà espressiva, non mi par dubbio che vi rientrino anche certi casi di espressione intenzionalmente falsa o fuorviante, come, ad esempio, quello di artisti che scelgono di agire in modo anonimo e che diffondono informazioni false sulla propria identità, in modo che questa non venga svelata; o l'attività di propaganda elettorale, la quale, essendo protesa a sollecitare l'emotività più che il ragionamento[95], comporta per sua natura il ricorso a una retorica intrisa di argomentazioni, se non necessariamente false, spesso esagerate o tendenziose; oppure, ancora, la satira politica, sociale o di costume, col suo approccio caricaturale, farsesco, manipolativo alle notizie che maneggia.

In linea generale, insomma, una criminalizzazione della menzogna pone problemi di peso più che di portata del diritto di libertà espressiva[96], va cioè legittimata non già fuori dal perimetro dell'art. 21 Cost., ma nel conflitto-bilanciamento della libertà espressiva con controinteressi specifici e qualificati, che possano considerarsi così importanti da prevalere rispetto a essa, allorché un esercizio di libertà espressiva prenda la forma di manifestazioni particolarmente insidiose e antisociali, quale la menzogna, specie se intenzionale, può certamente essere[97].

Coerente con queste notazioni, d'altronde, è il fatto che, nel diritto italiano vigente[98], la falsità non sia mai punita in quanto mancata veridizione soltanto, a protezione della verità in sé stessa considerata, ma sempre in ragione delle conseguenze che ne possono discendere, e dunque per la tutela (e in considerazione della rilevanza) degli ulteriori specifici interessi sui quali essa volta per volta incide o rischia di incidere[99]: non a tutela della verità, per dire, si puniscono calunnia, autocalunnia, simulazione di reato o false informazioni e testimonianze, ma in ragione dell'impatto che in questi casi la menzogna può avere sul regolare svolgimento

---

[93] Si veda, ad esempio, D.S. Han, *Free Speech and Public Self-Definition*, in *Florida State University Law Review* 2024, 51(4), 990: «*the ability to expressively shape the contours of one's own public personas is ultimately inextricable from the foundational right to individual personhood and autonomy that stands at the very core of the Bill of Rights*».

[94] E. Goffman, *La vita quotidiana come rappresentazione*, trad. it. a cura di P.P. Giglioli, Bologna 1997.

[95] Ad es., J. Ellul, *Propaganda*, cit., *passim*, ma specialmente 25 ss.; D. Westen, *The Political Brain. The Role of Emotion in Deciding the Fate of the Nation*, New York 2007.

[96] Non tutte le condotte rientranti nella portata della libertà espressiva hanno lo stesso peso, la stessa forza di resistenza nel conflitto con altre libertà, diritti o interessi. Su questa distinzione, si vedano per tutti: F. Schauer, *Speech and "Speech"—Obscenity and "Obscenity": An Exercise in the Interpretation of Constitutional Language*, in *The Georgetown Law Journal* 1979, 67(33), 899 ss.; Id., *The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Exploration of Constitutional Salience*, in *Harvard Law Review*, 2004, 117(6), 1765 ss.; M. Tushnet, *The Coverage/Protection Distinction in the Law of Freedom of Speech – An Essay on Meta-Doctrine in Constitutional Law*, in *William & Mary Bill of Rights Journal* 2017, 25(3), 1073 ss.

[97] In senso analogo, già C.R. Sunstein, *Liars Falsehoods and Free Speech in an Age of Deception*, New York 2021, 72, 131: «*False statements are constitutionally protected unless the government can show that they threaten to cause serious harm that cannot be avoided through a more speech-protective route. […] when lies are involved, the government may impose regulation on the basis of a weaker demonstration of harm than is ordinarily required for unintentional falsehoods. Reasonable people can disagree about how to apply these ideas in concrete cases. In general, however, this general principle, and the accompanying suggestion, give a great deal of constitutional protection to falsehoods and even lies*».

[98] E non solo nel diritto italiano. V. ad es. C.R. Sunstein, *op. cit.*, p. 69: «*When falsehoods are banned, it is not only because they are falsehoods, but also because they threaten to produce real harm*».

[99] Più diffusamente, ad es., E. Birritteri, *Punire la disinformazione*, cit., 308 ss.; A. Spena, A. Vallini, *Criminalizzare la postverità?*, cit., 244 ss.

dell'attività giudiziaria; non a tutela della verità si puniscono persino i delitti contro la fede pubblica, ma dell'aspettativa di veridicità socialmente e giuridicamente riposta in particolari supporti, dalla cui affidabilità si ritiene dipenda il regolare andamento di certi traffici sociali e giuridici, di indubbio significato; non a tutela della verità si punisce una truffa, ma in ragione del suo impatto negativo sulla libertà del truffato di disporre del proprio patrimonio; non a tutela della verità si punisce anche una diffamazione[100], ma per l'impatto che essa può avere sulla reputazione del diffamato.

6.2. Anche la meritevolezza di pena della disinformazione, analogamente a quel che vale per le altre menzogne, va dunque fondata non già direttamente sulla violazione del vero nel discorso pubblico, che essa indubbiamente comporta, ma sulla sua capacità di incidere, in maniera insidiosa, su beni di primaria importanza che dal diffondersi di un discorso pubblico menzognero possono essere incisi. Non è, dunque, la circolazione del falso a fondare di per sé la meritevolezza di pena della disinformazione, ma il fatto che essa, come ad esempio si legge nella Comunicazione 236/2018, «*may cause public harm*», inteso – questo *danno pubblico* – come inclusivo di «*threats to democratic processes as well as to public goods such as Union citizens' health, environment or security*». Si tratta, insomma, di prevenire il pericolo che le persone, in ragione di una incontrollata circolazione del falso, si formino opinioni errate che possano indurle a compiere scelte *disinformate* e comportamenti poco avveduti negli ambiti più salienti della loro vita individuale o associata, e che ciò comprometta la loro capacità di esercitare efficacemente i propri diritti o di partecipare consapevolmente ai processi, formali o informali, di svolgimento della vita democratica, o che comprometta il buon funzionamento delle formazioni sociali nelle quali e grazie alle quali si svolge la loro personalità[101].

Detto in altre parole, la disinformazione come problema politico-criminale specifico rileva non sul piano dei beni giuridici, ossia in quanto indichi l'esistenza di un apposito bene (la veridicità del discorso pubblico) meritevole di tutela penale, ma su quello delle modalità d'offesa, ossia in quanto incida, in modi particolarmente sfuggenti e insidiosi, su beni già

[100] Tant'è che, in linea generale, il «colpevole non è ammesso a provare, a sua discolpa, la verità o la notorietà del fatto attribuito alla persona offesa»: art. 596, co. 1, Cp.

[101] Quali siano, poi, i reali effetti cognitivi e comportamentali della disinformazione è questione tutto sommato ancora aperta. Si discute, ad esempio, se e come essa incida negativamente sulla capacità delle persone di distinguere il vero dal falso (ad es., E.C. Tandoc, Z.W. Lim, R. Ling, *Defining "fake news"*, cit.), se abbia vantaggi competitivi significativi rispetto all'informazione accurata, posto che, a differenza di questa, non è vincolata ad attenersi entro i binari del vero, potendo dunque assumere carattere sensazionalistico per catturare l'attenzione dei propri destinatari (es., A. Acerbi, *Cognitive attraction and online misinformation*, in *Palgrave Communications* 2019, 5(1), 1-7), se e in che misura stimoli a tenere comportamenti dannosi per sé (ad es., in materia sanitaria: J.-W. van Prooijen *et al.*, *Conspiracy beliefs prospectively predict health behavior and well-being during a pandemic*, in *Psychological Medicine* 2021, 53, 2514–2521; E.Z. Muğaloğlu *et al.*, *Exploring the Role of Trust in Scientists to Explain Health-Related Behaviors in Response to the COVID-19 Pandemic*, in *Science & Education* 2022, 31, 1281–1309) o anche per gli altri (ad es., in materia ambientale: tra i tanti, A.R.B. Soutter *et al.*, *Big Five and HEXACO Personality Traits, Proenvironmental Attitudes, and Behaviors: A Meta-Analysis*, in *Perspectives on Psychological Science* 2020, 15(4), 913 –941), se e come incida sulle intenzioni di voto (M. Pantazi *et al.*, *Social and Cognitive Aspects of the Vulnerability to Political Misinformation*, in *Advances in Political Psychology* 2021, 42(S1), 267-304; A. Das, M. Schroeder, *Online disinformation in the run-up to the Indian 2019 election*, in *Information, Communication & Society* 2021, 24(12), 1762-1778; A.E. Galeotti, *Political Disinformation and Voting Behavior: Fake News and Motivated Reasoning*, in *notizie di Politeia* 2020, 37(142), 64-85).

Non mancano studiosi (ad es. Z. Adams *et al.*, *(Why) Is Misinformation a Problem?*, in *Perspectives on Psychological Science* 2023, 18(6), 1436 –1463) i quali sostengono che, ad oggi, non possa considerarsi ancora raggiunta la solida prova di un nesso di causalità fra disinformazione (o misinformazione) e il diffondersi di qualcuno di questi effetti, che dunque non possa considerarsi dimostrato che essa sia in grado di determinare un mutamento delle credenze dei destinatari o, ancor più, che abbia un ruolo determinante nel motivarne il comportamento.

altrimenti rilevanti. Il che contribuisce a spiegarne la topicalità politico-criminale in una fase storica come la nostra, nella quale si sono moltiplicate occasioni e strumenti atti a rendere tali modalità d'offesa di gran lunga più efficaci e insidiose di quanto in passato non fossero: la diffusività dei mezzi (ormai pervasiva e planetaria grazie alla rete e ai social), la loro facilità d'uso ed estrema sofisticazione (che ha ormai raggiunto livelli altissimi con i più recenti sviluppi dell'IA e del deepfake), la prepotente minorazione che ciò comporta per la capacità dei destinatari (specialmente, ma non solo, dei più giovani, dei più anziani o comunque dei più sprovveduti) di riconoscere il falso e difendersene, la frequente impossibilità di svelare la paternità della costruzione e originaria diffusione del contenuto disinformante, la produzione massiva e ripetitiva di tali contenuti, che entrano in circolo e spesso influenzano le opinioni per via subliminale e incontrollata, più che per via razionale e razionalmente avversabile.

7. Se ora guardiamo al diritto vigente partendo da queste premesse, non stentiamo ad accorgerci che già oggi esistono numerose fattispecie incriminatrici che si possono adattare, in maniera più o meno agevole, a contrastare, nella prospettiva consequenzialistica appena indicata, forme significative di disinformazione.

Quelle che si prestano a farlo nel modo più ampio e lineare sono senz'altro le contravvenzioni di cui agli artt. 656[102] e 658 Cp.[103] Entrambe legate alla tutela dell'ordine pubblico[104], esse mettono plasticamente in luce l'impatto che la disinformazione può avere sull'ordinato svolgersi dei traffici sociali, la sua capacità di minare alle basi l'affidamento collettivo nel «regolare andamento del vivere civile»[105].

Certo, la loro natura contravvenzionale lascia immaginare che, come strumenti di contrasto al fenomeno disinformativo, queste incriminazioni abbiano un'efficacia deterrente complessivamente modesta. Bisogna anche considerare, però, che esse, soprattutto la prima, hanno fattispecie piuttosto indeterminate, e ciò consente loro di acchiappare un numero di casi potenzialmente molto ampio; la loro applicazione inoltre cede rispetto all'applicazione di più gravi reati: lo stabilisce esplicitamente il 656, ma anche per il caso del 658 ciò discende comunque dalle regole sul concorso apparente di norme. Il ruolo che si può affidare a queste figure è insomma quello di effettuare una selezione primaria della rilevanza penale della disinformazione, funzionale a stendere la rete ultima e più comprensiva di cattura penalistica del fenomeno, ove ricadono quelle sue forme soltanto che, pur meritevoli di pena, non siano già cadute nella rete stesa da altre, più severe incriminazioni.

Tra queste, sempre a tutela dell'ordine pubblico, troviamo le norme incriminatrici dell'istigazione, diretta o indiretta (apologia), a commettere reati (art. 414 Cp) e dell'istigazione a disobbedire ad altre leggi di ordine pubblico o all'odio fra le classi (art. 415 Cp), le quali potrebbero applicarsi nel caso in cui la disinformazione venisse utilizzata per sollecitare il pubblico nell'una o nell'altra direzione. Di recente, ad esempio, si è prospettata, non senza qualche ragione, l'applicabilità del reato di cui all'art. 415 Cp (nella forma specifica della istigazione a disobbedire a leggi di ordine pubblico) «nei confronti dei c.d. negazionisti del

[102] Che punisce «Chiunque pubblica o diffonde notizie false, esagerate o tendenziose, per le quali possa essere turbato l'ordine pubblico».
[103] Che punisce invece «Chiunque, annunziando disastri, infortuni o pericoli inesistenti, suscita allarme presso l'Autorità, o presso enti o persone che esercitano un pubblico servizio» (procurato allarme).
[104] La prima, come visto, vi fa esplicito riferimento già nel testo della fattispecie; il legame della seconda con la tutela dell'ordine pubblico emerge invece da una sua lettura teleologica («la ratio della contravvenzione [*di cui all'art. 658*] va ravvisata nell'interesse dello Stato all'ordine pubblico, che si vuole garantire contro tutti i falsi allarmi, che distolgono l'Autorità costituita dalle ordinarie incombenze»: Cass. 12 giugno 2018, n. 26897).
[105] M. Helfer, sub *Art. 656 Cp*, in *Commentario breve*, cit., p. 2811.

Covid-19, che nell'ambito di manifestazioni pubbliche propagandano idee in aperto contrasto con i provvedimenti adottati dalle autorità a tutela della sanità e sicurezza pubblica»[106].

Non pochi reati contro la personalità dello stato paiono, inoltre, atti a qualificare penalisticamente l'impatto che la disinformazione può avere in ambito politico-istituzionale o politico-elettorale: impatto particolarmente temibile poiché in questi ambiti il consenso dei consociati, così facile alla manipolazione, ha un ruolo fondazionale e legittimante[107]. Ad esempio, a volersi esercitare su un caso tratto dalle (tardo-novecentescamente incredibili, eppure oggi così incombenti) evoluzioni della politica d'Oltreoceano, l'art. 284 Cp ben si presterebbe a colpire fatti del tipo di quelli accaduti il 6 gennaio 2021 a Capitol Hill, allorquando, come si ricorderà, mentre il Congresso statunitense stava certificando la vittoria di Joe Biden alle elezioni presidenziali del 2020, migliaia di sostenitori di Donald Trump si radunarono, facendo irruzione nell'edificio, interrompendo la sessione parlamentare e causando persino morti e feriti, anche tra le forze dell'ordine. L'influsso della disinformazione su questa vicenda è noto: per settimane erano state diffuse informazioni false o indimostrate a sostegno della tesi che le elezioni sarebbero state viziate da frodi su larga scala[108]. Queste narrazioni, amplificate attraverso social media, siti web e l'esplicito supporto di figure politiche anche di primo piano, contribuirono a convincere molte persone che il risultato elettorale fosse illegittimo, agendo come fattori propulsivi di mobilitazione e radicalizzazione, alimentando sfiducia nelle istituzioni democratiche e favorendo il clima che infine portò all'assalto. Se vicende analoghe accadessero in Italia, l'art. 284 si attaglierebbe a perseguire, come «promotori», anche gli autori di quelle condotte disinformative delle quali si potesse dimostrare una diretta ed effettiva incidenza infiammatoria sulla pubblica sollevazione[109].

---

[106] J. Scarpellini, *Negazionismo del Covid-19 e profili di responsabilità penale: breve riflessione sull'applicabilità dell'articolo 415 Codice Penale*, in *www.filodiritto.com*, 28 ottobre 2020 (ultimo accesso 5 giugno 2026).

[107] Tra i tantissimi, W.L. Bennet, S. Livingstone, *The disinformation order: Disruptive communication and the decline of democratic institutions*, in *European Journal of Communication* 2018, 33(2), 122-139; A. Nicita, *Il mercato delle verità. Come la disinformazione minaccia la democrazia*, Bologna 2021; F. Pira, *Disinformation a problem for democracy: profiling and risks of consensus manipulation*, in *Frontiers in Sociology*, 8, 11 maggio 2023 ultimo accesso 9 giugno 2026).

[108] R. Menichini, *Corre su Twitter e Facebook la disinformazione virale: "Elezioni truccate"*, in *www.repubblica.it*, 6 novembre 2020 (ultimo accesso 9 giugno 2026).

[109] In questo senso, già A. Spena, A. Vallini, *op. cit.*, 253, 256. Occorre avvertire, però, che in dottrina incontrano un certo favore interpretazioni piuttosto restrittive dell'ambito applicativo dell'art. 284 Cp, che ne sollecitano la limitazione ai soli casi in cui l'insurrezione prenda forma in una «sollevazione di grandi masse armate», «estesa per territorio e organizzazione» e «diretta a sovvertire lo Stato nella totalità della sua espressione politico-istituzionale», con la conseguenza che, per aversi atti di promovimento tipici e punibili, «questi ultimi non soltanto debbono avere idoneità a sollevare grandi masse di cittadini in armi: ma questa capacità di per se stessa non basterebbe se essa non è riferibile ad un'insurrezione che, a sua volta, risulti in concreto pericolosa per l'esistenza dello Stato» (E. Gallo, *Insurrezione armata contro i poteri dello Stato*, in *GP* 1981, II, 243, 245; analogamente Id., E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984, 220 ss.; M. Pelissero, *Delitti di attentato*, in Id., *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, Torino 2010, 41: «l'insurrezione [*per essere punibile deve essere*] rivolta al complesso dei poteri costituiti», per cui «è necessario che la stessa sia di dimensioni tali da coinvolgere un'ampia parte della popolazione ed una vasta area del territorio nazionale, il tutto all'interno di un *contesto storico-politico* di fragilità istituzionale, senza il quale il promovimento dell'insurrezione non avrebbe possibilità di successo»). Si tratta di interpretazioni le quali, benché mosse dal lodevole intento di contenere entro limiti di adeguata offensività l'applicazione di una incriminazione dalla fattispecie «viscosa» (E. Gallo, *op. cit.*, 243 s.) e dalla sanzione estremamente severa, finisce forse per cadere nell'eccesso di condizionare tale applicazione a requisiti di quasi irrealistica realizzazione e di *diabolica* dimostrabilità: d'altra parte, fermo restando che il fatto deve mettere in concreto pericolo l'assetto politico-istituzionale dello stato, non si vede perché mai a tal fine occorra che l'insurrezione coinvolga «ampia parte della popolazione» (del resto, quanto ampia?) o che si estenda lungo «una vasta area del territorio nazionale» (quanto vasta? Non basta un assalto ai palazzi romani delle Camere o di Palazzo Chigi o del Quirinale?); tutti elementi che pretendono di risolvere sul piano dell'*estensione* del fatto la sua offensività, che invece sembra dipendere piuttosto dalla sua *intensità*, dalla sua

Più in generale, fra i delitti contro la personalità dello stato si rivengono tutta una serie di fattispecie, perpetrabili anche mediante disinformazione, le quali – pur anacronistiche, anzitutto per la concezione dello stato che sottendono[110] – potrebbero tuttavia ritrovarsi attuali in questi tempi bui, nei quali scenari bellici e interferenze straniere ostili sulla politica interna paiono, anche al comune sentire, evenienze tutt'altro che distopiche: istigazione, diretta o indiretta, di militari a disobbedire alle leggi e alla Costituzione, mediante campagne disinformative realizzate con un qualsiasi «mezzo di propaganda» (art. 266 Cp); diffusione, in tempo di guerra, di voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possano destare pubblico allarme o deprimere lo spirito pubblico o altrimenti menomare la resistenza della nazione di fronte al nemico (disfattismo politico, peraltro aggravato «se il fatto è commesso con propaganda»: art. 265 Cp); offese all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica (art. 278 Cp); vilipendi vari (artt. 290, 291, 299 Cp); arruolamenti vari (artt. 244, 270 *quater*, 288 Cp); istigazione (non accolta o, se accolta, non soddisfatta) a commettere delitti contro lo stato, che peraltro si aggrava «se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici» (art. 302 Cp).

Menzione apposita merita, poi, l'art. 294 Cp per la sua attitudine a colpire certe forme di disinformazione tesa ad alterare l'integrità e la genuinità della partecipazione alla vita democratica del paese. La norma punisce, tra gli attentati contro i diritti politici del cittadino, anche il fatto di perpetrare un inganno con cui si impedisca, in tutto o in parte, a questi l'esercizio di un diritto politico (es., elettorato attivo, elettorato passivo, iniziativa legislativa ai sensi dell'art. 71, co. 2, Cost., iniziativa referendaria, libera associazione partitica, ecc.[111]) ovvero lo si determini a esercitarlo in senso difforme alla sua volontà; ipotesi-base, questa, alla quale è stata recentemente aggiunta la previsione di una aggravante autonoma ben riferibile anche al fenomeno disinformativo, per il caso in cui «l'inganno è posto in essere mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale» (co. 2). L'incriminazione permetterebbe, ad esempio, di punire (in concorso col reato di diffamazione aggravata, o forse con quello, di recente introduzione, dell'illecita diffusione di cui all'art. 612 *quater* Cp) una condotta del tipo di quella subita, in Germania, dal candidato verde Stefan Gelbhaar, costretto a ritirarsi dalla corsa per le elezioni del Bundestag del 2025 in ragione di una campagna disinformativa, imperniata su false accuse sessuali asseritamente provenienti da una donna poi dimostratasi inesistente, un mero fantoccio telematico[112].

---

capacità di colpire, anche con un numero tutto sommato contenuto di persone (qualche migliaio), in modo strategico, mirato, qualcuno dei gangli vitali dell'organizzazione politico-istituzionale dello stato. A ogni modo, anche a volersi attenere alle interpretazioni più restrittive del 284, non ne deriverebbe una irrilevanza penale delle condotte di propaganda disinformativa finalizzata al compimento di atti (se non la si vuol chiamare di insurrezione, almeno) di sommossa o sedizione armata contro lo stato; questa, infatti, potrebbe ricavarsi, per via indiretta, attraverso l'applicazione di altre fattispecie, che al 284 si rapportino in termini di scopo ultimo o finalità ulteriore: ad esempio, attraverso l'associazione sovversiva di cui all'art. 270 (che anch'esso prevede la «promozione» come condotta tipica), l'istigazione di cui all'art. 302, quella di cui all'art. 414, co. 1 o l'apologia di cui al terzo comma di quest'ultimo articolo.

[110] Sul punto, per tutti: T. Padovani, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del Titolo I, Libro II Cp*, in *RIDPP* 1982, 3 ss.; Id., voce *Stato (delitti contro la personalità dello)*, in *ED*, XLIII, 1990, 818 ss.; V. Militello, *La riforma dei reati contro lo Stato in Italia*, in *Studi in onore di Mario Romano*, III, Napoli 2011, 1628 ss.; nonché, di recente, A.F. Vigneri, *Delitti politici e ordine costituzionale della repubblica: c'è ancora spazio per una tutela penale della «personalità dello stato»?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22 luglio 2024 (ultimo accesso 8 giugno 2026).

[111] Cfr. L. Durigato, *L'art. 294 Cp: un'ipotesi di tutela del diritto politico*, Padova 1983; E. Gallo, E. Musco, *op. cit.*, 239 ss.

[112] L. Pitel, *Left-wing, angry, and fictitious: Fake harassment claim shakes German Greens*, in *www.ft.com*, 25 gennaio 2025 (ultimo accesso 7.6.2026). Per un caso analogo accaduto in Francia, v. F. Reynaud, G. Rof, D. Leloup, *French radical left mayoral candidates targeted in disinformation campaign*, in *www.lemonde.fr*, 10

Più complicato, invece, visti gli stringenti requisiti della fattispecie, applicarla per colpire l'influenza e la pressione esercitabili mediante campagne di propaganda politica disinformativa sulle scelte di voto degli elettori[113]: a integrare il reato, infatti, non è sufficiente una generica influenza della disinformazione sul formarsi o sul rafforzarsi dell'orientamento politico del cittadino, ma occorre dimostrare che essa abbia causalmente influito su un concreto atto di esercizio dei suoi diritti politici[114]. Il 294 Cp recepisce, in effetti, uno schema piuttosto avanzato di offesa, nel quale si richiede tanto il verificarsi di eventi a offensività *spessa* a carico di soggetti *individuati* (l'impedimento nell'esercizio del diritto, l'esercizio del diritto in senso difforme dalla volontà) quanto la prova che tali eventi siano stati effettivamente *causati* dalla condotta violenta, minatoria o ingannatrice, che si imputa all'autore: si tratta dunque di un reato a evento dannoso[115], il cui schema rimanda agli altri modelli di tutela penale della libertà di autodeterminazione (dalla violenza morale alla truffa), e che solo con difficoltà si lascia piegare a fronteggiare un fenomeno sfuggente e gasiforme come quello della disinformazione elettorale.

Né presenta margini operativi significativamente superiori l'art. 97 d.P.R. 361/1957[116] (cui *adde* l'analoga norma di cui all'art. 87, d.P.R. 570/1970). Vero è che le modalità della condotta tipica vi sono descritte in termini che più facilmente si prestano a sussumervi la disinformazione («con notizie da lui conosciute false»); è anche vero, però, che, affinché il reato risulti integrato, la mera disinformazione non basta, occorrendo che questa si sia tradotta in una «pressione» illecita finalizzata («per») e idonea a «costringere» l'elettore a tenere il contegno elettivo richiesto, limitandone la libertà di autodeterminazione[117].

Non manca invece un guarnito arsenale di reati atti a colpire la disinformazione in ambito economico-finanziario, dove – a parte la adattabilità delle norme sulla truffa – ad assumere rilevanza sono soprattutto, pur nel loro difficile intreccio, le varie ipotesi di aggiotaggio (*comune*, ex art. 501 Cp, *societario*, ex art. 2636 Cc, e *finanziario*, ex art. 185 d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58)[118], tutte impostate come reati di pericolo, che si consumano già con la semplice diffusione delle notizie false, o anche (nel solo caso del 501 Cp) esagerate o tendenziose, e che, nelle ipotesi extracodicistiche, risultano per di più aggravate nel caso in cui il fatto sia realizzato «mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale».

---

marzo 2026 (ultimo accesso 7.6.2026).

[113] Così anche A. Costantini, *op. ult. cit.*, 261 s.

[114] Così già V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*[5], IV, Torino 1981, 623 s. Per un quadro giurisprudenziale aggiornato, v. R. Borsari, sub *Art. 294 Cp*, in *Commentario breve*, cit., 1122: «La giurisprudenza ha precisato che non è sufficiente ad integrare inganno la mera suggestione, né la prospettazione di promesse chimeriche, la forzatura dialettica o l'interpretazione faziosa di eventi, occorrendo piuttosto una condotta idonea a esercitare sul soggetto passivo una pressione di tale intensità da indurlo a determinarsi in modo contrario alla sua volontà».

[115] V., ad es., Cass. 26 giugno 1989, Celentano. In dottrina, E. Musco, voce *Attentati contro i diritti politici dei cittadini*, in *DDP*, I, Torino 1987, 332; M. Pelissero, *Delitti contro i diritti politici del cittadino*, in Id., *Reati contro la personalità dello Stato*, cit., 214.

[116] «Chiunque […], con notizie da lui conosciute false, con raggiri od artifizi, ovvero con qualunque mezzo illecito atto a diminuire la libertà degli elettori, esercita pressione per costringer[*e l'elettore*] a firmare una dichiarazione di presentazione di candidatura od a votare in favore di determinate liste o di determinati candidati, o ad astenersi dal firmare una dichiarazione di presentazione di candidatura o dall'esercitare il diritto elettorale».

[117] Un caso (come si vede, piuttosto macchinoso) potrebbe essere questo: durante una campagna elettorale, un gruppo organizzato invia a un certo numero di cittadini messaggi apparentemente provenienti dall'amministrazione pubblica, nei quali si afferma falsamente che, grazie a un nuovo sistema informatico di tracciamento, sarà possibile verificare per quale lista avrà votato ciascuno di essi, aggiungendo che i beneficiari di determinati sussidi pubblici saranno sottoposti a controlli e subiranno la revoca del beneficio qualora risulti che non abbiano votato per una specifica lista.

[118] A. Davola, M. Monti, *Disinformazione e Manipolazione del mercato: instabilità e disciplina dei mercati finanziari al tempo della rete*, in *federalismi.it*, 19 aprile 2023, 50 ss. (ultimo accesso 9 giugno 2026).

Infine, contro la disinformazione in ambito mediatico-reputazionale si possono schierare almeno un paio di reati a tutela della persona: vale a dire, la diffamazione (art. 595 Cp), eventualmente aggravata dalla diffusione a mezzo stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità (co. 3) e da motivo discriminatorio (art. 604 *ter* Cp), e soprattutto, per la speciale topicalità che fatti di questo genere sono venuti assumendo nell'era dei social media e del razzismo di ritorno (se mai se n'è andato)[119], la propaganda razzista o discriminatoria (art. 604 *bis* Cp).

8. A fronte di un complesso di norme così configurato, vien fatto di chiedersi quale spazio residui perché un'eventuale espansione del diritto penale finalizzata a contrastare la disinformazione non risulti scelta ridondante, velleitaria o persino rischiosa. L'impressione è che si tratti di uno spazio piuttosto ridotto: la disinformazione contemporanea, si è detto, più che suscitare nuove esigenze di tutela, nuovi beni da proteggere o modalità d'offesa categorialmente inedite, evidenzia la particolare efficacia e pervasività che un tipo di offesa già nota e penalmente rilevante – la diffusione menzognera di informazioni – acquisisce oggi grazie soprattutto all'evoluzione tecnologica. Rispetto a un problema politico-criminale di questo genere, non sembra esserci molto da fare, in termini di penale sostanziale, se non limare alcune fattispecie o aggiungere apposite circostanze: via, quest'ultima, di recente battuta dal legislatore, con l'introduzione di aggravanti legate all'uso di strumenti informatici o telematici (d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito con modificazioni dalla l. 17 aprile 2015, n. 43) o all'impiego di sistemi di intelligenza artificiale (art. 26, l. 23 settembre 2025, n. 132)[120], alle quali abbiamo già fatto riferimento.

Ogni intervento che si spinga oltre[121] deve invero confrontarsi con alcune considerazioni politico-criminali, che suggeriscono cautela. In primo luogo, quando ci si

[119] S. Pasta, *Razzismo 2.0. Analisi socio-educativa dell'odio online*, Brescia 2018.

[120] Su cui, ad es., L. Scollo, *L'intelligenza artificiale entra nel Codice penale*, in *DPP* 2025, 6, 698 ss.

[121] Potrebbe, ad esempio, ragionarsi sull'introduzione di un reato che colpisca le manifestazioni più smaccatamente disinformative di propaganda antiscientifica, in quanto siano capaci di produrre effetti pregiudizievoli sia sulla salute dei singoli che se ne facciano abbindolare sia, mediatamente, sulla salute pubblica: in quest'ambito, in effetti, non è semplice trovare oggi fattispecie applicabili senza forzature, né tra i delitti contro la salute pubblica, né tra quelli contro la persona.

Si potrebbe anche ragionare su un intervento estensivo della rilevanza penale della disinformazione politico-elettorale, la cui repressione, come abbiamo visto, è attualmente affidata a fattispecie piuttosto rigide e poco adattabili a contrastare forme d'offesa sfuggenti e aeriformi come quelle integrate mediante condotte disinformative. Si potrebbe, ad esempio, pensare di riformulare la fattispecie del 294 Cp, aggiungendovi la punibilità di chi, a mezzo di disinformazioni, interferisce con (o influenza) il regolare, fisiologico esercizio dei diritti politici del cittadino (impostandolo dunque come reato di pericolo, con inclusione, tra le condotte tipiche, della mera diffusione menzognera di pseudo-informazioni e senza richiedere la prova di un suo impatto impediente sull'esercizio dei diritti in questione); o di espandere le fattispecie attualmente vigenti degli artt. 97 d.P.R. 361/1957 e 87, d.P.R. 570/1970, fino a rendere punibile anche la pressione disinformativa esercitata *per indurre* a (anziché per costringere) una certa condotta elettorale.

In alternativa, si potrebbe valutare l'introduzione, anche in materia politico-elettorale, di una qualche apposita fattispecie incriminatrice. Ad esempio sul modello di quella da ultimo prevista nel p.d.l. Ascani (p.d.l. n. 2212, d'iniziativa dei deputati Ascani e altri, presentata il 23 gennaio 2025, volta alla «Modifica alla legge 4 aprile 1956, n. 212, e altre disposizioni per prevenire l'alterazione o la manipolazione delle campagne elettorali e referendarie attraverso la diffusione di contenuti ingannevoli prodotti mediante sistemi di intelligenza artificiale»), il quale prevede, tra le altre cose, di aggiungere un nuovo art. 9 *novies* alla l. 4 aprile 1956, n. 212, a tenore del quale, «Chiunque, al fine di alterare il libero svolgimento delle campagne elettorali o referendarie o di manipolarne il risultato, cede, pubblica o altrimenti diffonde contenuti ingannevoli o manipolati generati in tutto o in parte con sistemi di IA è punito con la reclusione da uno a quattro anni». Oppure sul modello di quanto in precedenza previsto in quel pasticciaccio politico-criminale, che va sotto il nome di d.d.l. Gambaro (d.d.l. n. 2688, d'iniziativa dei senatori Gambaro e altri, comunicato alla Presidenza il 7 febbraio 2007, contenente «Disposizioni per prevenire la manipolazione dell'informazione online, garantire la trasparenza sul web e incentivare

propone di pietrificare in forme definite una materia, come quella che ci occupa, che di suo è invece mercuriale, proteiforme, legata all'evolversi del contingente, non è agevole sottrarsi allo *spettro indeterminatezza*. Tanto più se si pretende di farlo acchiappando il fuorviante (ad es., mediante la rievocazione dello schema codicistico delle «voci o notizie esagerate o tendenziose», nel d.d.l. Gambaro, oppure mediante il ricorso al concetto di «contenuti ingannevoli», nella p.d.l. Ascani): questa categoria, come sappiamo (§ 2.1.2.2), presenta già di suo non irrilevanti margini strutturali di incertezza e soggettivizzazione, e perciò non si lascia fissare facilmente nella definizione di soglie nettamente tracciate, avendo invece un contenuto inevitabilmente graduabile e valutativo[122].
Si rischia di evocare un ventaglio così ampio di possibilità interpretative, da far temere che le norme subiscano una espansione applicativa incontrollata, ben al di là dei limiti posti dall'originario intento politico-criminale: si mira a criminalizzare la menzogna biecamente manipolatoria e si finisce per creare le condizioni perché si colpisca il dissenso, la disseminazione del dubbio, la difesa di posizioni eterodosse.

Emerge, così, anche un secondo aspetto problematico: una più ampia espansione della rilevanza penale della disinformazione non sarebbe agevole da conciliare con la libertà di espressione[123], dal cui ambito applicativo, come abbiamo detto (*supra*, § 6.1), l'espressione menzognera non si lascia semplicisticamente escludere. Mi riferisco soprattutto al rischio di una troppo ampia criminalizzazione della propaganda politica. La pretesa di usare il diritto penale al fine ultimo di assicurare «la veridicità delle informazioni rese nel corso di campagne elettorali o referendarie» e «la corretta creazione e diffusione di contenuti concernenti le elezioni o i referendum», o al fine «di prevenire qualunque forma di alterazione di dati atta a influenzare o manipolare attraverso false rappresentazioni o false contestualizzazioni lo svolgimento delle campagne elettorali e referendarie o ad alterarne il risultato»[124], deve invero misurarsi col fatto che è nella natura stessa della competizione politica la propensione ad articolarsi su argomenti tendenziosi, interpretazioni partigiane dei fatti, promesse esagerate, nel tentativo di convincere gli elettori della bontà della propria proposta e della inaffidabilità di quella altrui. Piaccia o meno, la propaganda politica è esercizio di arte persuasiva in vista del conseguimento di un potere: e, «quando si tratta di persuadere, *la drammatizzazione di solito*

---

l'alfabetizzazione mediatica»), col quale si proponeva di introdurre un nuovo art. 656 *bis* Cp (*Pubblicazione o diffusione di notizie false, esagerate o tendenziose, atte a turbare l'ordine pubblico, attraverso piattaforme informatiche*: «Chiunque pubblica o diffonde, attraverso piattaforme informatiche destinate alla pubblicazione o diffusione di informazione presso il pubblico, con mezzi prevalentemente elettronici o comunque telematici, notizie false, esagerate o tendenziose che riguardino dati o fatti manifestamente infondati o falsi, è punito, se il fatto non costituisce un più grave reato, con l'ammenda fino a euro 5.000»), un nuovo art. 265 *bis* (*Diffusione di notizie false che possono destare pubblico allarme o fuorviare settori dell'opinione pubblica*: «Chiunque diffonde o comunica voci o notizie false, esagerate o tendenziose, che possono destare pubblico allarme, o svolge comunque un'attività tale da recare nocumento agli interessi pubblici o da fuorviare settori dell'opinione pubblica, anche attraverso campagne con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione online, è punito con la reclusione non inferiore a dodici mesi e con l'ammenda fino a euro 5.000») e un nuovo art. 265 *ter* Cp (*Diffusione di campagne d'odio o volte a minare il processo democratico*: «Ai fini della tutela del singolo e della collettività, chiunque si rende responsabile, anche con l'utilizzo di piattaforme informatiche destinate alla diffusione online, di campagne d'odio contro individui o di campagne volte a minare il processo democratico, anche a fini politici, è punito con la reclusione non inferiore a due anni e con l'ammenda fino a euro 10.000»).

[122] Con riferimento al d.d.l. Gambaro, si vedano, ad es., le condivisibili critiche di M. Fumo, *Bufale elettroniche, repressione penale e democrazia*, in *MediaLaws. Rivista di diritto dei media* 2018, 1, 88 ss. (ultimo accesso 9.6.2026) e M. Lamanuzzi, *op. cit.*, 25 ss.

[123] Sul punto, si veda, in generale, J. Horder, *Criminal Fraud and Election Disinformation: Law and Politics*, Oxford 2022, cap. 2; Id., *Criminal Fraud and the Toleration of False Political Speech*, in A.P. Simester (ed.), *Modern Criminal Law. Essays in Honour of GR Sullivan*, Oxford *et al.* 2024, 97 ss.

[124] Così l'art. 1 del citato p.d.l. 2212/2015.

batte la razionalizzazione, cioè quest'ultima spesso non è sufficiente per far sì che il pubblico *capisca* un certo concetto. A volte con i migliori intenti, sovente con i peggiori, dobbiamo usare le storie per far *percepire attraverso i sentimenti* un certo concetto»[125]. Detto più rudemente, «la persuasione è una gara, e spesso un po' sleale. Ci piacerebbe pensare che si possa persuadere in modo affidabile semplicemente fornendo informazioni migliori e più vere. Ma la persuasione non ha niente a che vedere con l'istruzione, cioè prendere una lavagna bianca e riempirla. La persuasione inizia sempre con il *dislocamento*: bisogna spostare una mente da un posto a un altro, cosa che implica superare l'inerzia con un qualche tipo di forza»[126].

Infine, qualche sparsa notazione non di principio ma di efficienza: siamo sicuri che il ricorso al buon vecchio penale sostanziale sia la scelta più efficace, quella che promette di conseguire i migliori effetti contro il fenomeno della disinformazione? A meno che non la si slabbri in una qualche clausola generale di assoluta vaghezza, una norma incriminatrice ben difficilmente sarà in grado di catturare le forme più sottili e sfuggenti del fenomeno. Senza contare le difficoltà che verosimilmente sorgerebbero rispetto alla prova dell'elemento soggettivo, che, soprattutto nei casi di condotta fuorviante (il vero usato per ingannare), ha un ruolo definitorio inaggirabile e che, però, ben facilmente si presterebbe a venire svilito a *dolus in re ipsa*. Senza contare neppure le difficoltà di identificazione dei soggetti attivi che una più ampia criminalizzazione della disinformazione indubbiamente porrebbe, dato che, per un verso, le più insidiose campagne disinformative hanno spesso origine in strutture organizzate che operano fuori dal territorio italiano, e persino fuori dall'Europa, e che, per altro verso, si articolano su una molteplicità così sterminata di micro-condotte amplificative, spesso realizzate nell'anonimato da un numero altrettanto sterminato di utenti individuali della rete, da rendere, quasi per definizione, velleitario il progetto di colpirne penalmente anche soltanto una porzione cospicua o comunque significativa.

[125] J. Gottschall, *Il lato oscuro delle storie*, cit., 61.
[126] Ivi, 66.

I DUE VOLTI DELLA VIDEOCONFERENZA NELLA COOPERAZIONE GIUDIZIARIA TRA STATI MEMBRI

di Niccolò Tronchin (Borsista di ricerca in diritto processuale penale, Università di Ferrara)

Il contributo indaga criticamente l'impiego della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria in materia penale tra Stati membri dell'Unione europea, concentrandosi sulla distinzione tra videoconferenza "acquisitiva", finalizzata all'assunzione della prova dichiarativa, e videoconferenza "partecipativa", diretta a consentire la presenza dell'imputato al processo da remoto. Prendendo le mosse dalla causa C-325/24 (*Bissilli*), l'autore esamina i limiti applicativi della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine e mette in evidenza i rischi derivanti dall'utilizzo dell'o.e.i. per scopi eccedenti l'acquisizione probatoria. L'analisi si sviluppa attraverso la ricostruzione delle questioni pregiudiziali sollevate dal Tribunale di Firenze, delle ragioni del rifiuto all'esecuzione dell'euromandato opposte dall'autorità giudiziaria belga, della successiva riforma legislativa sui collegamenti audiovisivi intervenuta in Belgio e delle Conclusioni dell'Avvocato generale, fino alla decisione resa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. In tale prospettiva, emerge il ruolo centrale del principio di legalità processuale nella delimitazione dell'uso transnazionale della videoconferenza. Lo scritto affronta poi la questione pregiudiziale formulata dalla Corte d'Appello di Venezia nella causa pendente C-499/25 (*Strinotto*), concernente il rapporto tra ordine europeo di indagine e mandato d'arresto europeo, e ne rileva gli elementi di continuità sistematica con il caso *Bissilli*, anche in relazione alla possibile incidenza della soluzione interpretativa offerta dalla C.G.UE sull'esito del nuovo rinvio. In chiave *de iure condendo*, vengono infine avanzate alcune proposte per l'introduzione di una disciplina europea espressa della videoconferenza partecipativa transnazionale, sulla scorta delle più recenti iniziative intraprese sul punto dalle istituzioni UE, con l'obiettivo di salvaguardare i diritti fondamentali della persona accusata.

The paper critically investigates the use of videoconferencing in judicial cooperation in criminal matters between Member States of the European Union, focusing on the distinction between "evidentiary" videoconferencing, aimed at taking oral evidence, and "participatory" videoconferencing, designed to enable the defendant to attend the trial remotely. Building on case C-325/24 (Bissilli), the author examines the limits of the application of Directive 2014/41/EU on the European Investigation Order and highlights the risks arising from recourse to the EIO for purposes going beyond the gathering of evidence. The analysis proceeds through a review of the questions referred for a preliminary ruling raised by the Court of Florence, the reasons invoked by the Belgian judicial authority for refusing to execute the EIO, the subsequent legislative reform on audiovisual links in Belgium, and the Opinion of the Advocate General, up to the decision handed down by the Court of Justice of the European Union. From this perspective, the principle of procedural legality plays a central role in defining the scope of transnational videoconferencing. The paper then addresses the preliminary question submitted by the Venice Court of Appeal in the pending case C-499/25 (Strinotto), concerning the relationship between the European Investigation Order and the European Arrest Warrant, and emphasizes the elements of systemic continuity with the Bissilli case, including with regard to the possible impact of the interpretative solution offered by the CJEU on the outcome of the new reference. Finally, from a de iure condendo perspective, proposals are put forward for the introduction of specific European rules on transnational participatory videoconferencing, drawing on the most recent initiatives undertaken by the EU institutions in this field, with a view to safeguarding the fundamental rights of the accused person.

Videoconferenza transnazionale, cooperazione giudiziaria in materia penale, ordine europeo di indagine
Transnational videoconferencing, judicial cooperation in criminal matters, European Investigation Order

Sommario: 1. L'attuale sfida posta dalla videoconferenza nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia. – 2. Le ragioni sottese al rinvio pregiudiziale nella causa C-325/24 (*Bissilli*). – 3. I motivi per cui l'autorità giudiziaria belga ha rifiutato l'o.e.i. italiano. – 4. La recente riforma sulla videoconferenza varata in Belgio. – 5. Luci e ombre nelle Conclusioni depositate dall'Avvocato generale. – 6. Il responso della Corte di giustizia UE in punto di legalità processuale. – 6.1. (*Segue*) Le istruzioni per un corretto uso dell'o.e.i. fornite dalla C.G.UE. – 7. Verso il superamento della "presunzione di disponibilità" della videoconferenza nell'impianto della direttiva 2014/41/UE. – 8. Dall'Italia una nuova questione pregiudiziale in tema di videoconferenza: la causa pendente C-499/25 (*Strinotto*). – 9. Proposte *de iure condendo* per una disciplina della videoconferenza partecipativa transnazionale.

1. Una delle *sfide attuali* più rilevanti nel panorama giuridico europeo riguarda l'uso della videoconferenza nei rapporti di cooperazione giudiziaria in materia penale. Nello specifico, si registra una prassi statale che tende a sovrapporre la c.d. "*videoconferenza acquisitiva"*, finalizzata alla raccolta della prova orale, alla c.d. "*videoconferenza partecipativa"*, il cui scopo è permettere all'imputato di presenziare al giudizio da remoto.
Solo la prima modalità è espressamente disciplinata dall'art. 24 della direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine, che consente l'audizione dell'imputato o della persona sottoposta alle indagini in collegamento audiovisivo, previo suo consenso.
Tuttavia, alcuni giudici nazionali hanno cercato di estendere l'ambito applicativo della norma alla sfera partecipativa, sottoponendo il problema alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Oltre ai due rinvii pregiudiziali sollevati dal Tribunale commerciale della Lettonia nel 2023 (cause riunite C-255/23 *AVVA e a.*, C-285/23 *Linte*)[1], riveste particolare importanza la causa C-325/24 (*Bissilli*), promossa dal Tribunale collegiale di Firenze, da poco giunta all'atteso epilogo decisorio.
In effetti, il nostro Paese ha spesso aderito alla pratica distorsiva del dato legale appena accennata: già da qualche anno il *Desk* italiano di Eurojust affermava di aver ricevuto una serie di richieste di supporto, dirette a rendere possibile la partecipazione in videoconferenza a processi celebrati in Italia di imputati detenuti all'estero per altra causa. In una nota e in successive schede informative, gli esperti specificavano che le fattispecie in oggetto non riguardavano acquisizioni probatorie in senso stretto e comportavano la manifestazione di volontà dell'accusato di essere presente al suo processo. Si riportava dunque come, ancorché in casi limitati, le autorità straniere avessero accolto la domanda di quelle italiane – formulata per rogatoria oppure tramite o.e.i. – nella fase dell'udienza preliminare. Ciò malgrado, i membri del *Desk* erano perfettamente consapevoli del fatto che «il legislatore ha concepito lo strumento della videoconferenza soprattutto a fini probatori, ritenendo il trasferimento temporaneo (in caso di persona detenuta) più adeguato alle finalità di partecipazione»[2].

[1] Per un commento critico ai due rinvii pregiudiziali lettoni, sia consentito rinviare a N. Tronchin, *L'importante è partecipare? Considerazioni sull'imputato in videoconferenza alla luce del rinvio pregiudiziale nella causa C-760/22*, in *IP* 2024, 61 ss. e alla dottrina *ivi* richiamata.
[2] Cfr. nota del Desk italiano di Eurojust, "*Problematiche relative alla applicazione dello strumento di cooperazione giudiziaria della videoconferenza transnazionale nei Paesi dell'Unione e nei Paesi terzi*", L'Aia 8

Essenzialmente, il rinvio pregiudiziale nella causa C-325/24 (*Bissilli*) non fa altro che sottoporre la problematica dello sfruttamento improprio della videoconferenza per finalità partecipative – descritta anche nei menzionati documenti operativi – alla Corte di Lussemburgo, chiamata a rendere una, oramai davvero imprescindibile, risposta nel merito.

2. All'analisi della domanda principale rivolta dal giudice *a quo* alla C.G.UE sembra utile premettere una sintetica ricostruzione delle circostanze fattuali e processuali da cui è scaturita l'esigenza del rinvio *ex* art. 267 TrFUE.
La fattispecie attiene alla compilazione di un ordine europeo di indagine indirizzato al Belgio, ove si trova, in stato di detenzione presso il carcere di Bruges – sia a titolo cautelare che definitivo, ma sempre per altre cause – il soggetto accusato nel procedimento celebrato in Italia. L'euromandato mirava a ottenerne tanto l'audizione quanto la partecipazione a distanza alle rimanenti udienze processuali, dedicate, appunto, all'esame dell'imputato e alla discussione finale.
In questo caso, è importante precisarlo, non risultava soddisfatto uno dei presupposti che, ai sensi degli artt. 28 e 29 co. 1 della l. 22.4.2005, n. 69 ("*Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*"), legittimano la richiesta di un m.a.e., perché il Tribunale fiorentino non aveva emesso né un'ordinanza di custodia cautelare né, evidentemente, un ordine di esecuzione a pena detentiva nei confronti della persona imputata[3]. La rilevanza di tale impedimento risiede nella costante interpretazione della giurisprudenza di legittimità, per la quale lo stato di detenzione all'estero dell'imputato per altra causa ne configura un legittimo impedimento a comparire e determina il rinvio dell'udienza[4], a meno che non venga acquisita formale ed espressa rinuncia a presenziare dall'interessato.
Posto di fronte al concreto pericolo di stasi del giudizio, il collegio remittente riconosce che l'ordine europeo di indagine «è uno strumento finalizzato alla raccolta di prove in un altro Stato membro», in forza dell'art. 1 della direttiva 2014/41/UE. Nondimeno, si serve dei considerando n. (25) e n. (26) della medesima direttiva per attuare un'inedita strategia di aggiramento della legalità processuale.
Il primo dei due considerando autorizza il ricorso all'o.e.i. anche nella fase processuale, ma indica chiaramente nel mandato di arresto europeo il mezzo per assicurare il trasferimento di una persona che debba comparire davanti a un organo giurisdizionale di un altro Stato membro al fine di essere giudicata. Al contempo, il secondo considerando invita l'autorità di emissione a usare in modo proporzionato il m.a.e., verificando se l'audizione a distanza dell'imputato raffiguri a proposito una valida alternativa.
Il giudice del rinvio evidenzia che il legislatore europeo non ha definito quando la videoconferenza assurga a «misura efficace, proporzionata e meno invasiva» della restrizione della libertà personale determinata dal trasferimento temporaneo del soggetto attinto dal

aprile 2019, 2; ugualmente, nelle successive "*Schede del Desk italiano di Eurojust"*, Bari 13-14 ottobre 2022, si ammette che il decreto legislativo di recepimento della direttiva o.e.i. (d.lgs. 21.6.2017, n. 108) «riguarda esclusivamente l'acquisizione probatoria», ma viene altresì riferito che «la prassi applicativa adottata dai vari Paesi è orientata all'utilizzo dello strumento anche nella ipotesi di videoconferenza meramente partecipativa».

[3] In verità, durante le indagini preliminari era stata ordinata la custodia cautelare in carcere con m.a.e. dell'imputato – il quale già stava espiando una condanna a pena detentiva dovuta a un titolo esecutivo belga – ma questi era stato formalmente scarcerato per decorrenza del termine di fase prima dell'emissione del decreto che disponeva il giudizio.

[4] Così, da ultima, Cass. pen., 23.1.2020 n. 14788, in *CEDCass*, m. 278760-01, ricordata, insieme ad altri precedenti conformi, anche dal giudice del rinvio.

mandato di arresto europeo. Tuttavia, il Tribunale ritiene certo che, se mancano i requisiti per disporre il m.a.e. (come nella vicenda in discussione), non vi sono altre soluzioni all'emissione di un o.e.i., allo scopo di «garantire la partecipazione al processo dell'imputato detenuto all'estero e la raccolta di prove tramite la sua partecipazione». Assenti i presupposti per l'uno, non rimarrebbe che ricorrere all'altro.
In quest'ottica, la direttiva 2014/41/UE, soprattutto grazie al considerando n. (26), fornirebbe una precisa base giuridica alla misura volta ad abbinare la partecipazione all'esame da remoto dell'accusato, la cui applicazione rientrerebbe pienamente nella disciplina dell'ordine europeo di indagine. Ciò a patto che la legge dello Stato di emissione preveda l'audizione in videoconferenza, i diritti dell'imputato siano garantiti e lo Stato di esecuzione possa rifiutare l'o.e.i. per i motivi contemplati dalla direttiva stessa[5]. Il Tribunale tiene proprio a sottolineare la particolarità della questione rimessa alla C.G.UE, distinguendola dall'altra, all'epoca pendente dinanzi alla medesima Corte, formulata dall'*Ekonomisko lietu tiesa* nella causa C-285/23 (*Linte*). In quell'ipotesi, a parere del collegio, il giudice lettone intendeva soltanto comprendere se l'ordine europeo di indagine potesse essere utilizzato per consentire all'imputato di partecipare all'udienza a distanza, senza, in aggiunta, raccoglierne il contributo dichiarativo.
In conclusione, il Tribunale statuisce che, in virtù del principio del mutuo riconoscimento, è solo l'autorità di emissione a poter valutare «se la misura richiesta con l'OIE persegua (anche) una finalità di raccolta delle prove, sulla base della propria legislazione nazionale». Come si tenterà di dimostrare, tra quelle parentesi adoperate dal remittente – in cui è racchiuso un "anche" – sta tutto il significato del rinvio pregiudiziale e il suo porsi oltre i limiti tracciati dal principio di legalità.

3. L'autorità giudiziaria straniera competente – individuata nel pubblico ministero di Bruges – opponeva tre motivi di rifiuto all'esecuzione dell'ordine europeo di indagine trasmesso dal Tribunale di Firenze.
Il primo guarda alla disciplina nazionale del Belgio, che – al tempo della formulazione dell'o.e.i. – non permetteva all'imputato/accusato di comparire al processo in collegamento audiovisivo, ma prescriveva come regola la sua presenza fisica davanti al giudice. Durante il procedimento di merito, infatti, potevano essere acquisite in videoconferenza solamente le dichiarazioni dei testimoni minacciati o residenti all'estero e dei periti, se anch'essi residenti all'estero[6].
In secondo luogo, il procuratore rispondeva che, *ex* art. 33 della legge di recepimento della direttiva o.e.i. (22 Mai 2017 – "*Loi relative a à la décision d'enquête européenne en matière*

[5] Quella del Tribunale è una posizione inedita, ma non del tutto unica nel panorama sovranazionale: dalla lettura delle valutazioni del Consiglio UE sul recepimento della direttiva o.e.i. negli ordinamenti degli Stati membri, si evince che la Romania condivide a grandi linee una prospettiva analoga, in quanto «*as a general rule, Romanian authorities would also execute an EIO for the purpose of hearing and participation of the accused person throughout the main trial leading to a conviction, but only if the EIO is specifically related to take evidence during the trial*» (cfr. Council of the European Union, *Evaluation report on the tenth round of mutual evaluations on the implementation of the European Investigation Order (OEI) - Report on Romania*, Brussels, 25 September 2023, 12825/1/23, 56).
[6] In questo senso ancora dispone l'art. 112, § 1 del *Code d'instruction criminelle* (rubricato "*De l'audition a distance*"), a norma del quale: «*Le procureur du Roi ou le juge d'instruction peut décider d'entendre par le biais d'une vidéoconférence un témoin menacé, à qui la Commission de protection des témoins a octroyé une mesure de protection, ou un témoin, un expert ou une personne soupçonnée résidant à l'étranger lorsque la réciprocité en la matière est garantie, avec son accord, s'il n'est pas souhaitable ou possible que la personne à entendre comparaisse en personne*».

pénale"), è possibile compiere l'audizione dell'imputato in videoconferenza, sempre che questo presti il consenso e la misura non violi i principi fondamentali del diritto belga.
Da ultimo, la replica del p.m. segnalava che in Belgio l'uso del videocollegamento nella fase giudiziale era, in quel momento, contrario al diritto a un processo equo e giusto. Questo effetto si doveva alla pronuncia n. 78 del 21 giugno 2018, con cui la *Cour constitutionnelle* aveva annullato la *loi du 20 juillet 1990* relativa all'utilizzo della videoconferenza per la comparizione degli imputati in detenzione preventiva[7].
Il pubblico ministero citava anche una nota del Collegio dei Procuratori Generali del Belgio del 16.7.2021, mémo 880/2021, avente ad oggetto l'audizione dell'indagato, imputato o condannato in videoconferenza nel processo, che vincola tutte le procure belghe. Alla luce di questo provvedimento, le richieste di ascoltare tali soggetti in *video-link*, nella fase processuale o di esecuzione della pena, non possono essere attuate in Belgio, perché: 1) non esiste una base giuridica che consenta di sentire un indagato/imputato in videoconferenza con l'obiettivo di farlo partecipare al processo; 2) tale base giuridica non è rinvenibile nella direttiva o.e.i.; 3) il Belgio non possiede mezzi tecnici adeguati per garantire i diritti della difesa in una videoconferenza transnazionale.
A nulla è servito l'intervento di Eurojust, da cui il Tribunale di Firenze cercava assistenza: l'autorità giudiziaria belga non solo confermava i motivi di rifiuto già comunicati, ma altresì negava il trasferimento temporaneo del detenuto in Italia per lo svolgimento dell'esame dibattimentale ai sensi dell'art. 22 della direttiva 2014/41/UE, in alternativa al ricorso alla videoconferenza. Il diniego si sorreggeva sul fatto che l'audizione dell'imputato al giudizio, nell'ottica del pubblico ministero richiesto, non costituiva una misura investigativa[8].
Pertanto, il giudice italiano ha dovuto rimettere alla Corte di giustizia una questione interpretativa sulla direttiva o.e.i., per stabilire la conformità con il diritto europeo del duplice rifiuto ricevuto dall'autorità belga e, conseguentemente, decidere se emettere un nuovo o.e.i., attraverso il quale riprendere l'attività processuale interrotta.

4. Prima del deposito delle Conclusioni dell'Avvocato generale, l'ordinamento belga è stato interessato da una riforma legislativa riguardante l'organizzazione delle udienze in videoconferenza nei procedimenti giudiziari civili e penali, approvata dal Parlamento il 25 aprile 2024 ed entrata in vigore il 1° settembre dello stesso anno.
Sotto il profilo penalistico, la novella poteva destare legittime perplessità sul valore da assegnare ai motivi di rifiuto addotti dal pubblico ministero di Bruges, fondati in larga parte su un assetto normativo e su indirizzi ermeneutici superati dal nuovo dato legale[9].

---

[7] Più precisamente, con questa decisione, la Corte costituzionale del Belgio ha sancito l'incostituzionalità degli artt. da 2 a 9 della *Loi du 29 janvier 2016 relative à l'utilisation de la vidéoconférence pour la comparution d'inculpés en détention préventiv*, perché violavano i principi di prevedibilità e di legalità della procedura penale ai sensi degli artt. 12 co. 2 Cost., 7 § 1 Cedu e 15 § 1 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (la sentenza può essere consultata al seguente indirizzo: *https://www.const-court.be/public/n/2018/2018-076n.pdf*).
[8] La causa *Bissilli* viene indicata come "*Key case*" in tema di ordine europeo di indagine nel *Report* di Eurojust per l'anno 2025, cfr. Eurojust, *Annual Report 2025*, 41 (il rapporto può essere consultato al seguente indirizzo: *https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/files/eurojust-annual-report-2025-en.pdf*).
[9] Durante le valutazioni del Consiglio UE sul recepimento della direttiva o.e.i. ad opera del Belgio, il progetto di legge appariva in stato di bozza e il testo non era ancora disponibile, né gli operatori avevano la certezza che sarebbe effettivamente divenuto legge, per cui le sue implicazioni sulla cooperazione giudiziaria non sono state neanche ipotizzate, cfr. Council of the European Union, *Evaluation report on the tenth round of mutual evaluations on the implementation of the European Investigation Order (EIO) - Report on Belgium*, Brussels, 8 December 2023, 14262/1/23, 37; brevemente, sulle vicende che hanno portato all'approvazione della riforma, si vedano A. Beazley, R. Van De Gaer, *COVID's Choice? Criminal Trials, and the Right to Be Present, the Right to Be Tried Within a Reasonable Time and the Possibilities of Remote Participation*, in *Tilburg Law Review* 2024, 29(2), 24 ss.

Infatti, dalla lettura del progetto di legge si coglie immediatamente che una delle *rationes* ispiratrici della novella è quella di fornire una base giuridica per l'esecuzione delle richieste estere di audizione a distanza di testimoni, esperti, sospettati, accusati o condannati. Il Parlamento sottolinea che la procura federale riceve molte sollecitazioni del genere, ma non è in grado di evaderle, perché manca un fondamento normativo per poter ricorrere alla tecnologia audiovisiva. Ricalcando le ragioni del diniego articolato dal p.m. nella causa C-325/24 (*Bissilli*), il legislatore pensa che l'art. 33 § 4 della legge 22 maggio 2017 di recepimento della direttiva o.e.i. sia stato intaccato dalla sentenza della *Cour constitutionnelle* del 21 giugno 2018, n. 76, sicché la questione può essere risolta solo tramite una regolamentazione aggiornata della videoconferenza che rispetti i diritti della difesa[10].

Per quanto qui rileva, ai sensi del nuovo art. 560 § 2 del *Code d'instruction criminelle*, l'imputato può ora domandare al giudice l'autorizzazione a collegarsi in videoconferenza all'udienza concernente il merito dell'accusa. In forza del § 1 della citata disposizione, nella valutazione dell'istanza di parte, deve essere altresì considerato il luogo di residenza del soggetto, specie se questo si trovi all'estero[11]. Stando al § 3, invece, il giudice può impedire la partecipazione fisica dell'imputato e disporre l'attivazione della videoconferenza se esistano indicatori oggettivi di un rischio grave e concreto per la sicurezza pubblica, che rendano impossibile garantire il trasporto sicuro della persona verso l'aula di udienza, quando la stessa sia detenuta[12]. In tal caso, l'imputato è giudicabile soltanto in videoconferenza oppure *in absentia*.

Per inciso, la riforma modifica anche la *loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive*, al cui interno vengono inseriti gli artt. 38-*ter* e seguenti, che disciplinano la comparizione in videocollegamento del soggetto in detenzione preventiva, sempre dietro sua richiesta oppure su decisione imperativa del giudice, nonché su proposta dello stesso giudice seguita dal consenso dell'interessato[13].

Data l'introduzione della partecipazione a distanza dell'imputato situato all'estero nei processi nazionali, il pubblico ministero di Bruges avrebbe potuto rivelarsi maggiormente propenso a effettuare la videoconferenza partecipativa domandata dall'Italia, in un'ottica di "reciprocità". L'assenza di un chiaro fondamento giuridico a livello europeo, cui legare la decisione, avrebbe potuto essere rimediata attraverso un accordo tra l'Italia e il Belgio, sulla scia della prassi applicativa già registrata nella cooperazione giudiziaria tra Stati membri in materia di

---

[10] Si veda Chambre des représentants de belgique, 1er décembre 2023, *Project de loi portant organisation des audiences par vidéoconférence dans le cadre des procédures judiciaires*, DOC 55 3722/001, 53 s. (il progetto di legge è consultabile al seguente indirizzo: *https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/3722/55K3722001.pdf*); per alcuni spunti critici sull'iniziativa legislativa in esame, oltre ai pareri già contenuti nel progetto di legge, si veda Avis n° 3/2023 du janvier 2023 de l'Institut fédéral pour la protection et la promotion des droits humains sur l'avant-projet de loi portant organisation des audiences par vidéoconférence dans le cadre des procédures judiciaires, disponibile al seguente indirizzo: *https://institutfederaldroitshumains.be/sites/default/files/2023-02/IFDH%20-%20Avis%202023%203%20-%20Audiences%20par%20vid%C3%A9oconf%C3%A9rence_0.pdf*; sulla normativa infine licenziata dal Parlamento, cfr. E. Paillez, *L'audience par vidéoconference en droit belge*, UCLovain 2024-2025, 44 ss.; nonché R. Van De Gaer, *The belgian bill on videoconferencing in judicial proceedings*, in *Limablog* May/2024; e, da ultimi, O. Michiels, E. De Lophem, *La loi du 25 avril 2024 portant organisation des audiences par vidéoconference dans le cadre des procédures judiciaries (seconde partie)*, in *Journal des tribunaux*, Larcier 2025, 277 ss.

[11] Chambre des représentants de belgique, 1er décembre 2023, *Project de loi*, *op. cit.*, 71.

[12] Relativamente a tale fattispecie "coattiva" di videoconferenza, come riferiscono O. Michiels, E. De Lophem, *La loi du 25 avril 2024*, *op. cit.*, 280, pesano le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che hanno coinvolto l'Italia, tra cui: C. eur., 5.10.2006, *Viola c. Italia*; Id., 27.11.2007, *Zagaria c. Italia* e Id., 27.11.2007, *Asciutto c. Italia*.

[13] Tale possibilità è assicurata anche nel procedimento principale, ma solamente per le udienze che non discutono il merito dell'accusa (art. 560 § 1 del *Code d'instruction criminelle*).

collegamenti audiovisivi. Il pericolo di ottenere un altro responso in mero rito dalla C.G.UE – dopo quello già reso nei rinvii pregiudiziali lettoni – era dunque ben visibile all'orizzonte.
Nonostante le significative innovazioni apportate al proprio assetto normativo interno, l'autorità giudiziaria di esecuzione non ha dimostrato alcun atteggiamento di apertura nei confronti delle richieste mosse dalla corrispondente autorità italiana. Lo stesso dicasi per il governo belga, il quale è intervenuto nella causa presentando osservazioni scritte alla Corte per mano dei suoi rappresentanti.

5. In data 26 giugno 2025, l'Avvocato generale Athanasios Rantos ha finalmente presentato le proprie conclusioni[14]. L'opinione dell'A.g. merita un'analisi separata, nella parte in cui desta maggiori dubbi, ossia con riferimento all'autentico nucleo del rinvio pregiudiziale: la legittimità dell'audizione in videoconferenza avente la «finalità aggiuntiva» di far partecipare l'imputato al processo, che il giudice *a quo* aveva chiesto tramite l'ordine europeo di indagine indirizzato al Belgio.
In via preliminare, nelle Conclusioni viene rimarcata l'«importanza decisiva» della vocazione dell'atto di cui viene ordinata l'esecuzione, il quale, per rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/41/UE – pur comprensivo di un'ampia gamma di attività esperibili anche nella fase processuale – deve riguardare l'acquisizione di elementi di prova. Pertanto, nella prospettiva dell'Avvocato generale, utilizzare l'art. 24 della direttiva al solo scopo di garantire la partecipazione a distanza dell'imputato al suo processo andrebbe ben oltre la portata della disposizione, sia alla luce del contesto in cui è inserita che dell'obiettivo dalla stessa perseguito. Relativamente al contesto, l'audizione in videoconferenza si colloca in un provvedimento di diritto derivato che punta all'istituzione di un regime unico per l'acquisizione di prove nell'UE: ciò significa che l'ordine europeo di indagine che la preveda – al pari di ogni altro atto di indagine presente nella parte speciale della direttiva – può essere emesso soltanto per esaudire tale finalità probatoria. È quindi del tutto condivisibile l'assunto dell'A.g., in base al quale «l'espressione "ai fini dell'audizione di una persona sottoposta ad indagini o imputato" non può [...] essere intesa come volta a garantire in generale i diritti dell'imputato assicurando il diritto di partecipare ai procedimenti giudiziari e alle udienze in cui l'imputato deve essere ascoltato».
Per ciò che attiene all'obiettivo della direttiva – in maniera altrettanto convincente – l'Avvocato generale ammonisce che «un'interpretazione troppo flessibile» del suo raggio d'azione porrebbe il rischio «di strumentalizzare l'OEI per scopi diversi dall'assunzione di prove», i quali andrebbero piuttosto soddisfatti con altri mezzi, come il mandato di arresto europeo. Egli ricostruisce i rapporti tra i due strumenti facendo prima leva sul considerando n. (25) della direttiva, da cui desume che la partecipazione dell'imputato al processo esula dagli obiettivi dell'o.e.i., mentre rientra in quelli del m.a.e. Successivamente, l'A.g. critica l'argomentazione del Tribunale fondata sull'impiego dell'o.e.i. in alternativa al m.a.e., per garantire un uso proporzionato di quest'ultimo ai sensi del considerando n. (26), poiché il fatto di sentire la persona a distanza dovrebbe pur sempre assolvere a fini probatori e non partecipativi. Ne discende che l'autorità di esecuzione – pure in assenza di un motivo di rifiuto espressamente indicato nella direttiva – non sarebbe tenuta a dare corso a un o.e.i. diretto a far partecipare l'imputato da remoto alle varie fasi del procedimento, tra cui il giudizio, nelle quali non fosse chiamato a fornire prove[15].

[14] Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos, presentate il 26 giugno 2025, ECLI:EU:C:2025:491.
[15] Vengono esemplificate la fase di «definizione del suo status di imputato» o «l'esame delle richieste procedurali», ma ben potrebbe includersi anche la discussione finale del dibattimento, che, nel caso di specie, doveva essere celebrata dopo l'esame dell'accusato.

In verità, l'A.g. immagina che l'epilogo appena descritto interessi l'euromandato «esclusivamente» o «principalmente» emesso al fine di far partecipare l'imputato al processo, lasciando aperto uno spiraglio alla sovrapposizione tra videoconferenza acquisitiva e partecipativa. Il ragionamento dell'Avvocato generale, sino a quel punto solido, inizia a sgretolarsi in questo passaggio cruciale. Offrendo una personale lettura della sentenza resa dalla C.G.UE nella causa C-583/23 (*Delda*)[16], l'Avvocato sostiene infatti che un atto non avente rilevanza probatoria (la partecipazione dell'imputato al processo), se indispensabile a un altro atto che, invece, riveste una finalità di prova secondo la legge processuale dello Stato di emissione (l'esame dell'imputato), dà luogo a un «insieme inscindibile» di atti, totalmente racchiuso nella direttiva 2014/41/UE. In altre parole, qualora un solo atto complessivamente considerato miri a due fini distinti, per ricadere all'interno della direttiva basta che il più importante tra di essi sia quello di assumere prove. Nella fattispecie, dal punto di vista dell'Avvocato generale l'acquisizione di prove tramite la partecipazione in videoconferenza dell'imputato al procedimento costituiva la ragione prioritaria dell'euromandato[17]; perciò, sebbene venga rimessa al giudice del rinvio l'individuazione della motivazione principale sottesa all'o.e.i., questo apparirebbe compatibile col diritto dell'Unione come formulato dal Tribunale. La medesima linea interpretativa viene seguita dall'A.g. anche nella risposta alla questione pregiudiziale sul trasferimento temporaneo del detenuto *ex* art. 22 par. 1 della direttiva, mediante il quale, accanto all'ascolto del detenuto, se ne voglia ottenere la presenza fisica in dibattimento[18].

La spiegazione dell'Avvocato generale incontra almeno due limiti, che la rendono scarsamente persuasiva. Il primo è che la sentenza *Delda* – riguardante un o.e.i. indirizzato dalla Spagna alla Francia – ipotizza l'assorbimento di un atto puramente formale, ossia la notificazione dell'ordinanza di rinvio a giudizio all'accusato, privo di finalità probatoria, nell'audizione del medesimo soggetto, che quella finalità dovrebbe ricoprire. La C.G.UE ritiene che se per la legge dello Stato di emissione l'ascolto dell'imputato fosse consentito solo dopo avergli notificato il rinvio a giudizio, allora lo Stato di esecuzione dovrebbe provvedere a tale notifica con lo stesso o.e.i. dell'audizione, poiché tenuto a osservare le procedure e le formalità espressamente indicate dallo Stato di emissione ai sensi dell'art. 9 par. 2 della direttiva[19]. È facile intuire che, sotto questo profilo, il caso *Delda* diverge molto dal caso *Bissilli*: l'unico elemento che accomuna la notifica dell'atto d'accusa all'imputato e la sua partecipazione al processo è che entrambe non rappresentano degli atti di indagine, ma, per il resto, si tratta di due situazioni ontologicamente e normativamente distinte.

Ecco che affiora il secondo limite delle Conclusioni depositate dall'A.g.: la nostra legge processuale non qualifica la presenza dell'imputato al processo – fisica o digitale – come imprescindibile per il suo esame, tanto che l'accusato può esercitare il diritto all'una senza per forza sottoporsi all'altro e viceversa[20]. Non si parla di una catena consequenziale di atti che

[16] C.G.UE, 9.1.2025, *Delda*, C-582/23, ECLI:EU:2025:6.

[17] Nelle proprie osservazioni depositate alla Corte, la Commissione ricava persino che il fine principale dell'autorità giudiziaria italiana fosse quello di esaminare l'accusato, perché ha compilato la sezione H2 del modulo *standard* allegato all'o.e.i. barrando la casella "audizione di indagato o imputato" ...come se, per gli stessi soggetti, esistesse la possibilità di ordinare l'esecuzione di un atto diverso.

[18] Nell'opinione dell'A.g., tenuto conto della maggior efficacia, proporzionalità ed economicità della videoconferenza rispetto al trasferimento temporaneo, l'autorità italiana avrebbe dovuto decidere se reiterare il primo o.e.i. per l'audizione in videoconferenza *ex* art. 24 della direttiva, ovvero emetterne uno nuovo sulla base dell'art. 22, finalizzato alla traduzione dell'imputato, alla stregua di quanto suggerito da Eurojust.

[19] La C.G.UE afferma che, in mancanza di una diversa indicazione sul legame inscindibile tra i due atti fornita dall'autorità di emissione spagnola, la notifica dell'ordinanza di rinvio a giudizio esula dalla disciplina della direttiva 2014/41/UE e rientra in quella dell'art. 5 della Convenzione di Bruxelles.

[20] D. Negri, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino 2014, 80, evidenzia che già

può essere ricondotta allo scenario teorizzato in *Delda*, perché il legame tra il momento partecipativo e quello acquisitivo è tutt'altro che inscindibile, soprattutto nel campo dei mezzi audiovisivi, dove i due frangenti sono, anche codicisticamente, separati[21].
Al contrario, la pronuncia della C.G.UE diventa utile per spacchettare l'euromandato italiano in una parte eseguibile, quella concernente l'audizione in videoconferenza dell'imputato come atto di indagine, e una parte da rigettare, quella relativa alla sua partecipazione al processo, che oggettivamente non è vincolata in alcun modo alla prima[22]. Paradossalmente, lo stesso Avvocato generale – un attimo prima di cadere nell'equivoco esegetico illustrato – sostiene *expressis verbis* questa ricostruzione nel § 44 delle Conclusioni, che, per la sua limpidezza, conviene riportare alla lettera: «In una situazione in cui l'OEI è emesso sia per ottenere prove che per partecipare a una delle varie fasi del procedimento penale, solo la parte della richiesta diretta a che l'imputato sia sentito ai fini delle indagini o dell'acquisizione di prove rientra nell'ambito di applicazione della direttiva. Ciò anche quando l'autorità di emissione dica espressamente che la richiesta ha come ulteriore scopo quello di consentire all'imputato di partecipare a una fase del procedimento penale»[23].
6. La decisione della Corte di giustizia UE sul merito della causa, resa il 18 dicembre 2025[24], è la prima a occuparsi del problema se un ordine europeo di indagine possa essere emesso al posto di un mandato di arresto europeo[25].
Anzitutto, la Corte preferisce esaminare congiuntamente la prima e l'ultima questione pregiudiziale, compiendo una scelta ermeneutica coerente con l'oggetto delle domande a lei rivolte. Tutti e due i quesiti sollevati dal Tribunale di Firenze, infatti, riguardano la possibilità di sommare allo scopo probatorio dell'o.e.i. la finalità di far partecipare l'imputato al processo: l'uno attraverso la videoconferenza, l'altro mediante il trasferimento temporaneo del detenuto in Italia. Questa coppia di interrogativi identifica il reale perimetro di rilevanza dell'intero rinvio, specialmente perché su di essi si gioca il superamento della stasi processuale determinata dal legittimo impedimento dell'imputato detenuto all'estero[26].

---

a partire dalla sentenza della C. cost., 27.12.1973, n. 186 si «ricava uno spazio autonomo per il diritto primario dell'imputato di assistere alla celebrazione del rito a prescindere dalle sue dinamiche probatorie».

[21] Ci si riferisce alla tradizionale distinzione tra "teleconferenza" e "telesame", che il legislatore italiano – almeno inizialmente – aveva tracciato con precisione negli artt. 146-*bis* e 147-*bis* delle disposizioni di attuazione del codice di rito. Anche a seguito della riforma attuata con d.lgs. 10.10.2022, n. 150 – grazie alla quale sono state moltiplicate le fattispecie di atti o udienze eseguibili a distanza – le singole norme che abilitano all'uso del videocollegamento assolvono ciascuna a scopi partecipativi ovvero acquisitivi.

[22] A. Mosna, *Broad yet not all-encompassing: the Scope of the EIO in Delda (C-583/23)*, in *EU Law Live*, 30 January 2025, già immaginava i possibili riflessi della sentenza *Delda* sull'allora pendente caso *Bissilli*, giudicando inappropriate, alla luce del principio di legalità, «*solutions extending the scope of the EIO Directive beyond its original meaning and purpose*»; si segnala inoltre che, dopo la decisione resa dalla C.G.UE nel caso *Delda*, la *Cour de Cassation* ha annullato senza rinvio la sentenza della Corte d'appello di Parigi che aveva considerato la notifica dell'ordinanza di rinvio a giudizio all'imputata e le conseguenti osservazioni espresse da quest'ultima in merito all'accusa come atti di indagine legittimamente esperibili tramite l'o.e.i. richiesto dall'autorità spagnola (la sentenza della *Cour de Cassation* può essere consultata al seguente indirizzo: *https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000052555554*).

[23] Nello stesso senso, all'inizio delle Conclusioni, l'A.g. richiama il considerando n. (10) della direttiva, a norma del quale: «L'OEI dovrebbe essere *incentrato* [enfasi aggiunta] sull'atto di indagine da compiere».

[24] C.G.UE, 18.12.2025, *Bissilli*, C-325/24, ECLI:EU:C:2025:989; compie delle prime osservazioni sulla pronuncia V. Michel, *Décision d'enquête européenne et audition en vidéoconférence*, in *Europe Actualité du droit de l'Union européenne* 2026, 24 s.

[25] Come sottolineato da T. Wahl, *ECJ: EIO Can Be Issued Instead of EAW*, in *eucrim*, 4/2025.

[26] Per ragioni di coerenza argomentativa, il presente lavoro si focalizzerà sull'analisi del responso dato dalla Corte alla prima e alla quinta questione pregiudiziale, nonché, successivamente, sulle conseguenze scaturenti dalla risposta alla terza questione, perché formulata dal giudice *a quo* in via subordinata rispetto alla prima. Pertanto, i restanti quesiti sollevati dal Tribunale di Firenze – che essenzialmente investono la latitudine dei motivi di rifiuto

I giudici di Lussemburgo concentrano la loro interpretazione sul *testo* e sul *contesto* delle norme della direttiva 2014/41/UE invocate dal ricorrente. Accanto agli artt. 22 e 24 – rispettivamente dedicati all'audizione in videoconferenza e al trasferimento temporaneo del detenuto – viene altresì ricordato l'art. 3, a mente del quale l'euromandato «si applica a qualsiasi atto di indagine, tranne che all'istituzione di una squadra investigativa comune e all'acquisizione di prove nell'ambito di tale squadra». Dalla dicitura di questi articoli il collegio ricostruisce semplicemente l'ampio raggio di azione della direttiva sull'euromandato: una volta combinati con il già citato considerando n. (25) – anch'esso preso a riferimento dal giudicante – essi consentono di emettere un o.e.i. per l'esecuzione di un atto di indagine nella fase processuale[27].

Ciò posto, la Corte mette a sistema l'art. 1 della direttiva e i considerando da n. (5) a n. (8) – i quali esplicitano le motivazioni sottese all'introduzione dell'o.e.i., le finalità perseguite dal nuovo strumento e la sua portata – giungendo a formulare due proposizioni tra loro speculari: a) l'atto richiesto con l'o.e.i. «deve necessariamente avere come scopo l'ottenimento di elementi di prova»; b) l'atto che persegua «unicamente una finalità diversa dall'acquisizione» di prove non può essere richiesto con l'o.e.i.

Bisogna dunque comprendere a pieno il significato attribuito dalla C.G.UE all'avverbio "unicamente": si è visto che, impiegando una terminologia simile, l'Avvocato generale finisce per creare una gerarchia tra i motivi sottesi all'emissione dell'euromandato, in virtù di un legame indissolubile sussistente tra i diversi atti – a vocazione probatoria e non – che lo compongono. La Corte, tuttavia, vuole soltanto chiarire come la circostanza che il trasferimento dell'imputato o la sua audizione a distanza avvengano nella fase processuale e, perciò, inevitabilmente comportino «l'effetto incidentale» di garantire la sua partecipazione al giudizio, non li rende degli atti esclusi dall'ambito applicativo della direttiva 2014/41/UE. Impedire, per tale ragione, l'emissione di un ordine europeo di indagine pregiudicherebbe gli obiettivi «di accelerazione e di semplificazione della cooperazione giudiziaria in materia penale» presi di mira dal legislatore europeo, che presuppongono un «elevato livello di fiducia» tra gli Stati membri[28]. Viceversa, i giudici di Lussemburgo asseriscono che «un ordine europeo di indagine non può avere lo scopo di garantire la comparizione [dell'imputato] a una parte del suo processo priva di qualsiasi obiettivo probatorio»[29].

---

dell'o.e.i. *sub* artt. 11 par. 1 lett. *f* e 24 par. 2 lett. *b* della direttiva 2014/41/UE – non verranno presi in considerazione in questa sede.

[27] D'altra parte, nella dottrina italiana, L. Marafioti, *Orizzonti investigativi europei, assistenza giudiziaria e mutuo riconoscimento*, in *europeo di indagine: criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L. Lupária, L. Marafioti, Torino 2017, 21, nt. (43); R. Belfiore, *Riflessioni a margine della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, in *CP* 2015, 3289, nt. (4), avevano ambedue sostenuto che l'espressione "atti di indagine", presente nella direttiva, dovesse comprendere al suo interno anche i mezzi di prova, che altrimenti sarebbero rimasti esclusi dal raggio d'azione dell'ordine europeo di indagine.

[28] In commento alla pronuncia, M. Lanotte, *Limiti al rifiuto di eseguire un ordine europeo di indagine per l'audizione in videoconferenza dell'imputato detenuto in un altro Stato membro: la sentenza Bissilli*, in *Quaderni AISDUE* 1/2026, 4 s., ritiene che la distinzione tra «*finalità principale* […] e *finalità accessoria* dell'atto di prova», elaborata dalla Corte nella sentenza *Bissilli*, confermi e sviluppi ulteriormente la ricostruzione già fornita nel caso *Delda*, «perché rafforza la centralità del criterio della finalità probatoria dell'atto richiesto, quale parametro decisivo per l'ammissibilità dell'OEI». Peraltro, secondo l'A., il fatto che la C.G.UE incentri la sua valutazione sulla finalità concretamente perseguita dall'atto contenuto nell'o.e.i. «svolge una funzione armonizzatrice» delle discipline nazionali, le quali potrebbero divergere tra di loro in ordine alla qualificazione dell'attività richiesta come probatoria, con risvolti negativi sull'effettiva applicazione della direttiva.

[29] L'esegesi dell'avverbio "unicamente" effettuata dalla C.G.UE sembra riflettere la formulazione del considerando n. (34) della direttiva o.e.i. – menzionato dalla stessa Corte nel contesto normativo rilevante ai fini della pronuncia – il quale recita che «in virtù del suo ambito di applicazione, la presente direttiva contempla *unicamente* [enfasi aggiunta] i provvedimenti provvisori al fine di raccogliere prove».

Nel caso di specie si rammenta che l'accusato detenuto in Belgio doveva rendere esame e partecipare alla discussione finale del processo in corso nei suoi confronti in Italia.
Va da sé che l'imputato, nel momento in cui è sotto esame, contemporaneamente sta partecipando al processo. Pertanto, stando alla condivisibile opinione della Corte, l'o.e.i. che ne chiedesse l'audizione dibattimentale – a distanza oppure di persona mediante trasferimento – non potrebbe essere rifiutato per il sol fatto di produrre l'effetto collaterale di garantire la presenza dell'esaminando al giudizio. La coesistenza della dimensione partecipativa con quella acquisitiva, nondimeno, è strettamente legata all'assunzione della prova e destinata a esaurirsi con la stessa. Detto altrimenti, la procedura di cooperazione si considera legittima nei limiti dell'escussione dell'imputato, terminata la quale il videocollegamento o l'udienza presenziale devono concludersi. Qualsiasi "coda" partecipativa – spalmata sulla medesima udienza o su altre udienze successive non aventi alcuna rilevanza probatoria – diverrebbe priva di un fondamento giuridico nella direttiva. L'imputato non potrebbe quindi essere giudicato come presente, perché collegato a distanza o posto fisicamente dinanzi al giudice in forza di un titolo non idoneo. L'o.e.i. che puntasse a un simile risultato non sarebbe suscettibile di emissione né, per converso, di esecuzione.
Ebbene, nel nostro sistema processuale la specifica sottofase del dibattimento rappresentata dalla discussione finale appare sguarnita di ogni funzione di prova. Del resto, essa ha inizio proprio dopo la chiusura dell'istruzione probatoria: «esaurita l'assunzione delle prove», nelle parole del codice di rito (art. 523 co. 1 Cpp). Non sono inoltre ammesse interruzioni della discussione per l'acquisizione di nuove prove, salvo casi di «assoluta necessità», sottoposti al vaglio discrezionale del giudice (art. 523 co. 6 Cpp, che richiama l'art. 507 Cpp).
Neppure l'assunto in base al quale l'imputato può rendere dichiarazioni spontanee *ex* art. 494 Cpp sino alla formale conclusione del dibattimento, coincidente col termine della discussione, è in grado di condurre a un esito differente da quello appena prospettato. Prima di tutto, il contributo dichiarativo fornito *sua sponte* dall'imputato si sottrae al controllo dialettico tipico del contraddittorio e, perciò, non costituisce un mezzo di prova[30]. A partire da questo postulato la giurisprudenza di legittimità e parte della dottrina negano persino la possibilità di bloccare la discussione per assumere le dichiarazioni spontanee dell'accusato, il quale avrebbe comunque il diritto – presidiato dalla sanzione della nullità a regime intermedio – di prendere la parola per ultimo[31]. Anche aderendo alla tesi opposta, favorevole all'interruzione[32], le

[30] Cfr., tra gli altri, D. Negri, *Il dibattimento*, in AA. VV., *Fondamenti di procedura penale*[5], Milano 2025, 686; analogamente, D. Siracusano, *Il giudizio*, in D. Siracusano, A.A. Dalia, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, *Manuale di diritto processuale penale*, vol. II, Milano 1991, 304, che si riporta altresì al progetto preliminare di codice del 1978, dove si precisava che le dichiarazioni spontanee «non sono da intendere come dichiarazioni probatorie soggiacenti all'obbligo di verità, ma come contributo chiarificatore, affidato alla libera disponibilità dell'autodifesa dell'imputato»; dal canto suo, il Tribunale di Firenze afferma, invece, che «le dichiarazioni rese dall'imputato davanti al giudice durante il suo esame o in forma di dichiarazioni spontanee costituiscono prove», di fatto equiparando le due situazioni sotto il profilo della loro valenza probatoria.
[31] L'orientamento giurisprudenziale è stato inaugurato da Cass., 23.11.1993, n. 1708, in *CP* 1995, 611 ss. con nota adesiva di N. Triggiani, *Dichiarazioni spontanee dell'imputato ex art. 494 c.p.p. e discussione finale ex art. 523 c.p.p.: un opportuno chiarimento della Corte di cassazione*, in *ibidem*, 968 ss., per il quale, così facendo, non sarebbe compromessa la «difesa materiale» dell'imputato; conforme, più di recente, Cass., 2.3.2021, n. 16677, *CEDCass*, m. 281649-02; in letteratura, seguono questa impostazione G. Garuti, *Il dibattimento*, in AA. VV., *Procedura penale*[10], Torino 2025, 727; M. Menna, *Dibattimento*, in AA. VV., *Manuale di diritto processuale penale*[5], Torino 2025, 667, il quale ritiene che «non sono da considerarsi atto interruttivo della discussione eventuali spontanee dichiarazioni che volesse rendere l'accusato».
[32] Sostenuta, in maniera persuasiva, da R. Orlandi, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in P. Ferrua, F.M. Grifantini, G. Illuminati, R. Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*[4], Torino 2010, 60 s.; ammette l'interruzione, purché le dichiarazioni spontanee non suggeriscano lo sviluppo «di temi di prova», ma si limitino a un «intervento […] solo di carattere argomentativo» O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*

dichiarazioni spontanee rimangono difficilmente sussumibili nell'attività di «assunzione di una prova», che giustifica il trasferimento della persona detenuta in un altro Stato membro ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. 21.6.2017, n. 108 di recepimento della direttiva sull'euromandato. Analogamente, il principio di legalità esclude che il concetto di «audizione a distanza» e i verbi «interrogare» o esaminare» – specificamente utilizzati dall'art. 39 del medesimo decreto legislativo per l'ascolto da remoto del detenuto – possano essere impropriamente estesi sino a ricomprendere la ricezione di dichiarazioni spontanee da parte dello stesso.
Accanto al dato letterale incontrovertibile di tali disposizioni, le formalità procedurali che esse impongono alle rispettive autorità giudiziarie cooperanti – specialmente nell'ipotesi della videoconferenza[33] – male si attagliano alla raccolta dell'apporto autodifensivo a carattere spontaneo dell'imputato. Per giunta, neanche nei processi interni le dichiarazioni spontanee possono essere effettuate in collegamento audiovisivo, al di fuori dei casi in cui l'accusato partecipi a distanza al dibattimento, eventualità non ammessa nelle fattispecie transnazionali[34].
Contrariamente a quanto asserito dal Tribunale, la direttiva o.e.i. non fornisce alcuna base giuridica per la videoconferenza o il trasferimento a fini partecipativi dell'imputato, siano queste misure sommate o meno (come nel rinvio pregiudiziale lettone) all'esame da remoto o di persona del medesimo, che rimane l'unico atto consentito. Assumere che la partecipazione della persona accusata al processo rivesta anche una finalità di prova è una tattica di aggiramento della legalità processuale, con cui si tenta di confondere le acque tra ciò che nel processo ha valenza probatoria (esame dell'imputato)[35] e ciò che, evidentemente, non l'ha (partecipazione al dibattimento). Se l'accusato assiste al giudizio, probabilmente la sua scelta di sottoporsi all'esame sarà più consapevole e forse resisterà meglio al fuoco incrociato delle domande delle parti, ma questo non è sufficiente a superare l'assenza di una norma che ne veicoli la presenza.

6.1. A conclusione di una motivazione convincente in punto di ossequio al canone di stretta legalità, la Corte rintraccia nella direttiva 2014/41/UE alcune «garanzie» capaci di scongiurare l'emissione di un o.e.i. per scopi eccedenti l'assunzione della prova dichiarativa, sia che questa avvenga tra presenti oppure in videoconferenza.

---

nel suo procedimento, Milano 2004, 314 s.; in senso positivo, si vedano, altresì, D. Negri, *Il dibattimento*, cit., 686; D. Siracusano, *Il giudizio*, *op. cit.*, 304.

[33] Si pensi alla farraginosità dell'*iter* nel quale l'autorità giudiziaria italiana ordinasse alla corrispondente straniera l'assunzione in videoconferenza delle dichiarazioni spontanee dell'imputato, su indicazione della difesa. Anche tacendo in merito alla violazione del principio di legalità che il compimento di quest'atto produrrebbe, un o.e.i. simile, visto il peso attribuito alle dichiarazioni spontanee, sarebbe difficilmente conciliabile con il principio di proporzionalità, quanto meno perché le stesse potrebbero essere rese in forma scritta. Ad ogni modo, molte delle regole previste dall'art. 24 della direttiva non appaiono coerenti con l'assunzione delle dichiarazioni spontanee dell'imputato: si pensi, ad esempio, all'obbligo dell'autorità di esecuzione di citare il dichiarante ed avvisarlo del diritto al silenzio ad esso riconosciuto, oppure a quello dell'autorità di emissione di condurre l'audizione.

[34] In un pronunciamento non troppo risalente, cfr. Cass., 29.8.2013, n. 35729, in *CEDCass.*, m. 256575, i giudici di legittimità hanno confermato il provvedimento con il quale una Corte d'appello aveva rigettato la richiesta dell'imputato contumace – asseritamente gravato di problemi di salute – di fare dichiarazioni spontanee in videoconferenza dagli Stati Uniti, perché «il diritto a rendere dichiarazioni spontanee nel corso del dibattimento – vale a dire a fornire un opportuno contributo chiarificatore, nella piena libertà di autodifesa – spetta esclusivamente ed in via personale all'imputato che sia fisicamente presente all'udienza, tant'è che il legislatore codicistico prescrive che le stesse possano essere rese a condizione che non intralcino l'istruttoria dibattimentale, e non anche all'imputato assente o contumace», aggiungendo che nella fattispecie mancavano i presupposti fattuali di cui all'art. 146-*bis* NAttCpp per far partecipare l'accusato a distanza.

[35] Sulla «valenza probatoria» dell'esame dell'imputato, che «sarebbe vacua messinscena se non servisse alla decisione», cfr. F. Cordero, *Procedura penale*[9], Milano 2012, 728.

Dal lato del trasferimento temporaneo del detenuto, in effetti, l'autorità giudiziaria belga deve vigilare se la permanenza in Italia del soggetto sia funzionale al solo adempimento istruttorio o non venga surrettiziamente sfruttata anche per consentirgli di assistere al giudizio, col rischio di comprometterne la consegna. Compito non sempre facile[36], se si rammenta che il Tribunale di Firenze richiedeva la presenza fisica dell'imputato «per un'udienza o al massimo per un numero limitato di udienze di un giorno ciascuna», dicendosi comunque disponibile a calendarizzare l'incombente in relazione a eventuali impegni paralleli dell'accusato di fronte all'autorità belga e a fissare il rimpatrio nel termine da questa stabilito.
Secondo la C.G.UE, il Belgio sarebbe in grado di controllare l'esatta portata dell'euromandato proprio grazie a un'attenta determinazione della sua "data di scadenza". Difatti, l'art. 22 della direttiva garantisce che la persona detenuta sia ricondotta nello Stato di esecuzione entro il termine prefissato dal medesimo (par. 1) e che gli Stati cooperanti concordino tra di loro le modalità pratiche della traduzione, tra le quali rientra anche la pattuizione del suddetto termine di rientro (par. 5). Per quanto non si tratti di una soluzione infallibile – capace di sventare ogni possibile abuso dello Stato di emissione – essa va in ogni caso raccordata con lo spirito di fiducia reciproca e di leale collaborazione che dovrebbe guidare l'agire delle autorità giudiziarie. Così, ad esempio, l'accordo potrebbe prevedere il trattenimento dell'imputato in Italia soltanto per un'udienza – specificamente dedicata alla sua escussione – facendone seguire il rientro in Belgio subito dopo.
Dal lato della videoconferenza, la Corte individua la garanzia che «l'atto [ordinato] non ecceda quanto necessario per l'assunzione di prove» nell'accordo concernente le modalità pratiche dell'audizione stipulabile dalle autorità giudiziarie ai sensi dell'art. 24 par. 3 della direttiva 2014/41/UE. La dizione è in sostanza identica a quella appena vista per il trasferimento temporaneo ed è stata – tranne per l'aggettivo «pratiche» – recepita dal nostro legislatore all'interno dell'art. 39 co. 4 del d.lgs. 108/2017 sulla videoconferenza nell'ambito della procedura attiva. La dottrina italiana ha tradizionalmente interpretato la clausola come se fosse riferita all'esigenza di applicare misure di protezione nei confronti del dichiarante o di rispettare le formalità esecutive dell'ordinamento nel quale la prova dovrà essere utilizzata[37]. Ciononostante, sembra legittima l'impostazione proposta dalla C.G.UE, laddove immagina un

[36] A proposito, interrogandosi sui rapporti tra m.a.e. ed o.e.i., C. De Luca, *Ordine europeo d'indagine e mandato d'arresto europeo per finalità investigative*, in www.sistemapenale.it, 7.4.2025, 4 ss., evidenzia che «la conoscenza dello scopo per cui l'autorità straniera intende ottenere la presenza di una determinata persona sul proprio territorio non è sempre agevole e immediata». Dunque, con un'impostazione del tutto condivisibile, l'A. sostiene che l'autorità di esecuzione del m.a.e. – in maniera uguale a quanto avviene per l'o.e.i. – debba compiere un controllo di proporzionalità dello stesso in termini di compressione del diritto fondamentale alla libertà personale dell'individuo, magari sollecitando informazioni integrative da parte dello Stato richiedente, senza che ciò comporti uno sconfinamento nelle ragioni di merito addotte a sostegno della richiesta di consegna. Tale interpretazione critica apertamente la recente sentenza della Cass., 26.11.2024, n. 42987, in *CEDCass.*, m. 287266-01, la quale ha statuito che «in tema di mandato di arresto europeo processuale, l'autorità giudiziaria dello Stato di emissione non è tenuta a indicare le ragioni del provvedimento coercitivo interno posto a fondamento della richiesta di consegna, né compete all'autorità dello Stato di esecuzione verificare la necessità della presenza del consegnando al processo a suo carico nel Paese richiedente, residuando un limitato spazio valutativo nel caso di mandato emesso per finalità esclusivamente investigative».
[37] M. Bolognari, *Le videoconferenze*, in *L'ordine europeo di indagine penale*, a cura di M. Daniele, R.E. Kostoris, Torino 2018, 271 ss., include tra le modalità dell'audizione suscettibili di accordo tra le autorità giudiziarie sia il bisogno di adottare misure di protezione nei confronti del dichiarante sia la scelta sul soggetto deputato a condurre l'escussione; R. Piccirillo, *Le videoconferenze e le conferenze telefoniche transnazionali*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale: dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeo di indagine*, a cura di M.R. Marchetti, E. Selvaggi, Padova 2019, 538, sostiene altresì che il richiamo fatto dal decreto legislativo di recepimento alle modalità dell'audizione punti ad assicurare forme esecutive corrispondenti ai canoni vigenti nell'ordinamento interno degli Stati in cui l'atto probatorio dovrà essere utilizzato.

incontro di volontà tra le autorità cooperanti volto a predefinire i limiti pratici dell'attività da espletare, che deve rimanere circoscritta alla sola dimensione probatoria. Senza dimenticare che lo Stato di esecuzione, in ogni caso, vigila sul rispetto dei principi fondamentali del proprio diritto e «prende immediatamente i provvedimenti necessari per assicurare che l'audizione continui a svolgersi secondo tali principi» *ex* art. 24 par. 5 lett. *a* della direttiva. Pertanto, la videoconferenza potrebbe sempre essere interrotta dall'autorità straniera per violazione del principio di legalità – data l'assenza di un'apposita base giuridica nella fonte europea – quando sconfinasse dal terreno della raccolta della prova a quello della partecipazione dell'imputato al processo. In questo passaggio è oltremodo decisiva la presenza di un interprete a fianco dell'autorità di esecuzione – vedasi il capoverso dell'art. 24 par. 5 lett. *a* precedente a quello sopra richiamato – affinché essa abbia piena comprensione di quanto sta accadendo e possa rapidamente intervenire dinanzi a uno sfruttamento improprio del mezzo audiovisivo.
Calata nella vicenda processuale pendente presso il Tribunale di Firenze, la decisione della Corte di giustizia UE sulla prima e la quinta questione pregiudiziale comporta che l'ordine europeo di indagine formulato dal giudice italiano potrà essere eseguito soltanto parzialmente e con le dovute cautele. In particolare, la porzione dell'o.e.i. *eseguibile* riguarderà l'audizione dell'imputato a dibattimento, sia essa effettuata in videoconferenza oppure in presenza tramite il suo trasferimento temporaneo in Italia. Per converso, la porzione dell'o.e.i. *non eseguibile* sarà quella diretta a ottenere la partecipazione – virtuale o fisica – dell'accusato alla discussione finale del giudizio di primo grado. Il Belgio potrà dunque rifiutare questa seconda parte dell'euromandato, anche in mancanza di uno specifico motivo di diniego indicato nella direttiva[38]. Il p.m. di Bruges, infine, sarà in grado di assicurarsi che venga realizzato solo l'atto consentito attraverso un apposito accordo sui termini e le modalità pratiche dell'audizione siglato ante tempo con il Tribunale. Concluso l'esame – salvo che ne venga raccolta espressa rinuncia a comparire – il processo dovrebbe essere nuovamente rinviato per legittimo impedimento dell'imputato[39].

[38] Come evidenziato *supra*, § 5, l'esecuzione dell'o.e.i. per la sola porzione rivolta all'assunzione delle dichiarazioni dell'imputato viene alla luce anche nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos, *op. cit.*, 10 s., § 44.

[39] Non sarebbe applicabile al caso *sub iudice* l'art. 205-*ter* co. 4 NAttCpp a mente del quale: «La detenzione dell'imputato all'estero non può comportare la sospensione o il differimento dell'udienza quando è possibile la partecipazione all'udienza in collegamento audiovisivo, nei casi in cui l'imputato non dà il consenso o rifiuta di assistere». Ciò per almeno due ordini di ragioni: 1) la disposizione attuativa, che recepisce l'Accordo di assistenza giudiziaria tra l'Italia e la Svizzera del 1998, prescrive che il collegamento audiovisivo possa essere attivato «quando previsto da accordi internazionali» e «secondo la loro disciplina». Un simile trattato non esiste con il Belgio, il quale, al pari dell'Italia, è ora vincolato dalla direttiva sull'ordine europeo di indagine; 2) tale direttiva e il conseguente decreto legislativo di recepimento, come detto, non forniscono alcuna base giuridica per la videoconferenza partecipativa. In verità, alcuni giudici italiani si sono comunque serviti dell'art. 205-*ter* NAttCpp per far partecipare a distanza l'imputato detenuto in un altro Stato membro dell'UE, grazie a intese informali concluse *ad hoc* con l'autorità giudiziaria straniera: in una vicenda si trattava della Spagna, cfr. Cass., 28.7.2017, n. 37881, in *CEDCass.*, m. 271491; nell'altra della Romania, cfr. Id., 6.5.2016, n. 46542; nei rapporti con l'Albania, Paese *extra*-UE, la Cassazione ha esplicitamente stabilito che «non costituisce legittimo impedimento a comparire al dibattimento lo stato di detenzione dell'imputato all'estero, qualora sia assicurata la possibilità di partecipare all'udienza davanti all'autorità giudiziaria italiana mediante collegamento audiovisivo e lo stesso, anche con modalità informali, non vi abbia prestato il consenso o abbia rifiutato di assistervi, non dovendo, in tali casi, essere disposta la sospensione o il differimento dell'udienza ex art. 205-ter disp. att. cod. proc. pen.»: cfr. Cass., 27.2.2022, n. 29866, in *DPP* 2023, 1169 ss., con nota critica di F. Demartis, *La partecipazione dell'imputato detenuto all'estero: solo in videoconferenza?*; condivide l'impostazione della giurisprudenza di legittimità con riferimento agli Stati membri dell'Unione europea R. Piccirillo, *Le videoconferenze*, *op. cit.*, 517 ss.; dalle tensioni giurisprudenziali descritte si comprende perché la previsione di cui al comma 4 dell'art. 205-*ter* NAttCpp era stata definita «molto utile» da Z. Secchi, *Il detenuto oltre confine va in videoconferenza*, in *GD* 2001 (42), 61, spiegando come essa puntasse a evitare rinvii *sine die* del processo, cagionati dall'impossibilità dell'imputato detenuto

La stasi del giudizio è un risultato imposto dal principio di legalità, che, tuttavia, non può essere accettato in maniera asettica; ciò specialmente dal punto di vista dell'imputato, il quale resterebbe sottoposto a tempo indeterminato a un processo al quale vorrebbe, ma non può, partecipare[40], ancora prima che sotto il profilo dell'interesse statuale a pervenire a una definizione della regiudicanda.
Ecco perché appare oramai indifferibile una soluzione normativa armonizzata a livello europeo in materia di videoconferenza partecipativa, che riesca a sciogliere il nodo del rinvio forzato del processo *de quo*[41]. Come si avrà modo di osservare a breve, un altro giudice italiano ha recentemente sottoposto alla Corte di giustizia UE una vicenda dalla quale emerge il bisogno di un siffatto intervento legislativo. Pertanto, sembra opportuno rinviare l'analisi della proposta *de iure condendo* all'esame di questo secondo rinvio pregiudiziale, previa considerazione della risposta offerta dai giudici di Lussemburgo a un ulteriore domanda sollevata dal Tribunale di Firenze e collegata a quella sin qui esaminata in tema di videoconferenza.

---

all'estero di assistervi e costituisse altresì un «deterrente all'utilizzo strumentale della facoltà dell'imputato di non prestare il consenso alla videoconferenza o di revocarlo»; concordi M.R. Marchetti, R. Fois, *Commento all'art. 16 L. 5/10/2001, n. 367*, in *LP* 2002, 756; ulteriormente, M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, Milano 2015, 229 s., sosteneva che, se è praticabile l'attivazione del *video-link*, la detenzione all'estero dell'imputato non integra un legittimo impedimento a comparire (valido unicamente per l'impossibilità di partecipare alla videoconferenza) e sottolineava, inoltre, che solo la videoconferenza partecipativa prevista dalle disposizioni pattizie soddisfa i requisiti per far ritenere insussistente il legittimo impedimento, mentre lo stesso non può dirsi per quella acquisitiva; concetti già espressi in Id., *Rogatoria (dir. proc. pen.)*, in *ED, Annali II* (t. I), 2008, p. 1071; similmente, B. Piattoli, *Nuove tecnologie e nuove garanzie: l'assunzione della prova tramite videoconferenza*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia: atti del Convegno, Catania, Villa Cerami, 9-11 giugno 2005*, a cura di T. Rafaraci, Milano 2007, 156, afferma che l'art. 205-*ter* co. 4 NAttCpp «permette di far riprendere al processo il suo corso tramite la dichiarazione di contumacia» (oggi di assenza dell'imputato) ed è rilevante «ai fini della stessa instaurazione del rapporto processuale».

[40] Il legittimo impedimento dell'imputato *ex* art. 420-*ter* Cpp, a causa del suo stato di detenzione all'estero, sospende il corso della prescrizione ai sensi dell'art. 159 co. 3 n. 3 Cp per tutta la durata dell'impedimento, con fissazione dell'udienza dibattimentale non oltre il sessantesimo giorno dalla cessazione del medesimo. In giurisprudenza, Cass., 27.3.2014, n. 37416, in *CEDCass.*, m. 262205, ha statuito che: «Il rinvio a tempo indeterminato o la sospensione del dibattimento determinato dalla detenzione all'estero dell'imputato costituisce legittimo impedimento a comparire anche ai sensi del previgente art. 468 cod. proc. pen. (sostituito dall'art. 420-ter) e comporta la sospensione del corso della prescrizione» (nella fattispecie la prescrizione era rimasta sospesa per quasi 16 anni, dal momento che l'imputato era detenuto negli Stati Uniti). Ipoteticamente, se la persona da processare in Italia fosse condannata all'estero per un reato punito con l'ergastolo e non potesse essere tradotta con un m.a.e., saremmo davanti a una nuova figura di cd. "eterno giudicabile", alla stregua dell'imputato irreversibilmente incapace di partecipare coscientemente al processo per infermità sopravvenuta al fatto, il quale sia considerato socialmente pericoloso e venga accusato di un delitto punito con la pena perpetua. Infatti, anche dopo la modifica dell'art. 72-*bis* Cpp, al giudice è precluso emettere una pronuncia di non luogo a procedere o di non doversi procedere nei confronti dell'infermo pericoloso, neppure per intervenuta prescrizione del reato, che, in quanto punito con l'ergastolo, non ammette tale causa estintiva (cfr. G.P. Voena, *La difficile scomparsa degli "eterni giudicabili"*, in *Indagini preliminari e giudizio di primo grado: commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, a cura di L. Giuliani, R. Orlandi, Torino 2018, p. 49 ss.). Con la insidiosa differenza che nel caso qui in rilievo l'imputato potrebbe essere incoraggiato a rinunciare al suo diritto a partecipare al giudizio – rimuovendo l'unico ostacolo alla prosecuzione dell'accertamento – nella speranza di ottenere un beneficio da questo comportamento processuale, laddove venisse condannato.

[41] Per M. Lanotte, *Limiti al rifiuto di eseguire un ordine europeo di indagine per l'audizione in videoconferenza*, *op. cit.*, 5, la sentenza *Bissilli* non avrebbe chiarito quando l'OEI possa ritenersi effettivamente dotato di finalità probatoria, sicché l'A. menziona – generalmente – «l'esigenza di strutturare ulteriori criteri che consentano di valutare quando si sia in presenza di atti che principalmente hanno una finalità probatoria e che possono rientrare nella nozione di "atti di indagine"»; T. Wahl, *ECJ: EIO Can Be Issued Instead of EAW*, *op. cit.*, sottolinea i profili rimasti oscuri anche dopo la pronuncia della Corte, concludendo che «*it remains unclear when the "purpose of gathering evidence" as the essential element of an EIO is achieved and when a hearing shifts "to a transfer for the purposes of prosecution"*».

7. Il Tribunale subordina la formulazione di un secondo quesito a un'ipotetica risposta affermativa della Corte alla prima questione pregiudiziale, relativa alla possibilità di avvalersi dell'art. 24 della direttiva 2014/41/UE anche al fine di far partecipare l'imputato al processo in videoconferenza. In particolare, il collegio dubita che sia legittimo rifiutare un o.e.i. perché l'atto di indagine richiesto non è ammesso dallo Stato di esecuzione in un caso interno analogo, ai sensi dell'art. 10 della direttiva, in quanto l'art. 24, specificamente dedicato all'audizione a distanza, non prevede tale motivo di diniego. Nonostante il responso negativo dato alla prima questione pregiudiziale, la Corte ha deciso di risolvere comunque il problema di interpretazione del diritto UE prospettato in via subordinata dal remittente. La complessa argomentazione della C.G.UE assume un peso significativo poiché supera una lettura avanzata in dottrina relativamente alla "disponibilità" della videoconferenza nello spazio giuridico unionale. Conviene allora analizzare brevemente il testo dell'art. 10 della direttiva, per capire come il giudicante lo abbia sganciato dal legame con l'art. 24, sinora mai posto in discussione.
L'art. 10 par. 1 stabilisce che l'autorità di esecuzione possa disporre un atto di indagine alternativo a quello contenuto nell'o.e.i. se esso non è previsto dal diritto dello Stato di esecuzione ovvero non è disponibile in un caso interno analogo. Il successivo par. 2 dell'art. 10, però, esclude una simile possibilità per una serie di atti di indagine, i quali devono essere sempre disponibili in base al diritto dello Stato di esecuzione. Tra questi rientra, ai sensi della lett. *c*, «l'audizione di un testimone, di un esperto, di una vittima, di una persona sottoposta ad indagini o di un imputato o di terzi nel territorio dello Stato di esecuzione».
La letteratura ha costantemente ritenuto che tale disposizione configuri una sorta di presunzione o «dovere di disponibilità»[42] della prova orale – talora individuata espressamente nell'audizione in videoconferenza[43] – la quale, in ragione della sua natura non coercitiva, godrebbe della «scorciatoia verso l'armonizzazione»[44] tracciata dal legislatore europeo.

---

[42] Così, R. Belfiore, *Su alcuni aspetti di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *CP* 2018, 3292; F. Siracusano, *Tra semplificazione e ibridismo: insidie e aporie dell'ordine europeo di indagine*, in *AP* 2017, 685 s., afferma che «è da considerare sempre […] "piena" la disponibilità alla raccolta dell'atto ordinato» nelle fattispecie di cui all'art. 10, par. 2, tra le quali sono genericamente incluse le «audizioni di dichiaranti»; anche l'art. 9 co. 5 lett. *c* del d.lgs. 108/2017 prescrive che «si provvede in ogni caso all'esecuzione dell'ordine di indagine avente ad oggetto: […l'] audizione della persona informata dei fatti, del testimone, del consulente o del perito, della persona offesa, nonché della persona sottoposta ad indagini o dell'imputato presenti nel territorio dello Stato»; sulla normativa di attuazione, cfr. M. Caianiello, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute sul piano del diritto probatorio*, in *CP* 2018, 2202 ss.
[43] Inserisce esplicitamente l'audizione in videoconferenza tra le «misure privilegiate» stabilite dalla direttiva o.e.i. E. Laro Gonzáles, *La declaración por videoconferencia en materia penal desde la perspectiva europea y española*, in *Revista de Estudios Europeos* 85 (2025), 156; analoga posizione viene assunta nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos, *op. cit.*, 11 s.
[44] L'espressione appartiene a L. Camaldo, F. Cerqua, *La direttiva sull'ordine europeo di indagine: le nuove prospettive per la libera circolazione delle prove*, in *CP* 2014, 3518; parla di una «una forma embrionale di armonizzazione delle discipline nazionali» M. Daniele, *Ricerca e formazione della prova*, in *Manuale di procedura penale europea*[5], a cura di R.E. Kostoris, Milano 2022, 517; rileva G. Fiorelli, *I motivi di rifiuto dell'ordine investigativo europeo*, in *L'ordine europeo di indagine*, a cura di T. Bene, L. Lupária, L. Marafioti, *op. cit.*, 98, che «la necessaria disponibilità degli atti», elencati dall'art. 10, par. 2 della direttiva, «finisce per imporne la previsione all'interno della normativa di ogni Stato membro»; a tal riguardo, ha suggerito la profilazione di «una sorta di doppio binario o doppio regime d'indagine transnazionale», che ingloberebbe anche «dichiarazioni per il cui ottenimento non è necessario adottare provvedimenti coattivi», M. Caianiello, *La nuova Direttiva UE sull'ordine europeo di indagine tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *PPG* 2015, 5; per O. Calavita, *L'ordine europeo di indagine. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'Unione europea*, Milano 2025, 138, l'audizione nello Stato di esecuzione dei soggetti riportati dalla norma «non sembra essere foriera di una portata innovatrice o armonizzatrice di ampio respiro, dal momento che pare difficile ipotizzare un sistema processuale privo delle citate audizioni».

La Corte, invece, marca una netta distinzione tra l'audizione in presenza nello Stato di esecuzione *ex* art. 10 par. 2 lett. *c* e l'audizione in videoconferenza *ex* art. 24, addirittura statuendo che l'una «non può essere confusa» con l'altra.
Le menzionate fattispecie non apparirebbero anzitutto sovrapponibili per motivi attinenti alla legge applicabile all'esame del dichiarante: quello condotto in videocollegamento sarebbe regolato dalla legislazione dello Stato membro di emissione, mentre quello tra presenti andrebbe svolto uniformandosi alla legge dello Stato membro di esecuzione. Se la prima affermazione è incontrovertibile, perché derivante dalla chiara lettera dell'art. 24 par. 2 lett. *c* della direttiva sull'audizione a distanza, altrettanto non può dirsi per la seconda, che sorge da un'interpretazione estranea al testo dell'art. 10 par. 2 lett. *c* sull'audizione tra presenti. Invero, quest'ultimo si limita a disporre che l'escussione avvenga «nel territorio dello Stato di esecuzione», ma non nel rispetto del suo diritto interno, sicché l'osservanza della *lex loci* sembra un'implicazione ricavata arbitrariamente dalla Corte. In fondo, la stessa audizione in videoconferenza si può considerare materialmente esperita nel territorio in cui si trova il dichiarante, eppure è condotta o diretta dallo Stato di emissione in conformità alla propria normativa[45]. Risulterebbe inoltre singolare garantire l'ossequio alla *lex fori* per l'audizione da remoto e non per l'escussione in presenza, dove l'autorità giudiziaria di emissione ha dinanzi a sé la fonte di prova. Ciò almeno che non si intenda «l'audizione […] nel territorio dello Stato di esecuzione» come una forma di raccolta delle dichiarazioni tipica del metodo rogatoriale classico, nel quale l'autorità straniera procede all'assunzione della prova in solitudine secondo la propria legislazione, ancorché sulla scorta delle domande e delle formalità preventivamente segnalate dallo Stato di emissione. Ad ogni modo, per quanto riguarda il processo italiano, vi sarebbe ragione di dubitare circa l'utilizzabilità di siffatte dichiarazioni, perché ottenute in violazione del diritto al contraddittorio e alla difesa *ex* artt. 111 co. 4 e 24 co. 2 della Costituzione. A tale modalità di acquisizione della prova *ultra fines* – diventata arcaica – va dunque preferita l'audizione in videoconferenza e, in via prioritaria, l'esame del dichiarante nel territorio dello Stato di emissione, mediante trasferimento temporaneo, ovvero l'esame concelebrato nello Stato di esecuzione[46].
I giudici di Lussemburgo rafforzano ulteriormente la divergenza tra le due tipologie di audizione del dichiarante all'estero, evidenziando che l'allegato A della direttiva – ossia il modulo *standard* per la compilazione dell'o.e.i. – riporta separatamente «l'audizione» e «l'audizione in videoconferenza» nella sezione C, dedicata all'individuazione dell'atto ordinato dall'autorità di emissione[47].

---

[45] Pare questa l'impostazione seguita nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos, *op. cit.*, 11, nt. (27), per cui «dal momento che l'audizione di un indagato o di un imputato mediante videoconferenza è destinata a svolgersi nel territorio dello Stato di esecuzione, si potrebbe ritenere che quest'ultima costituisca solo una tra le altre modalità di audizione di tale persona in tale territorio ai sensi dell'art. 10, paragrafo 2, di detta direttiva». L'A.g. richiama altresì un'equiparazione tra gli atti di indagine regolati dall'art. 10 par. 2 e dall'art. 24 par. 1 della direttiva, asseritamente fatta dalla C.G.UE al § 41 della già ricordata sentenza *Delda*. In realtà – visto l'oggetto della causa C-583/23 – la statuizione della Corte potrebbe essere interpretata quale mera ricognizione dell'esistenza dei due tipi di audizione come legittimi "atti di indagine" disciplinati dalla direttiva.
[46] Reso possibile dagli artt. 8 e 29 co. 1 e 2 del d.lgs. 108/2017, che conferiscono all'autorità giudiziaria italiana il potere di partecipare direttamente all'esecuzione dell'atto di indagine, previo accordo con l'autorità straniera. Nell'impianto della direttiva, una simile prerogativa è assicurata dai paragrafi 4 e 5 dell'art. 9. Sull'esistenza di una gerarchia tra le modalità di esame dei dichiaranti nella direttiva o.e.i., cui si rifà l'interpretazione qui proposta, si rinvia, *ex multis*, a M. Daniele, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine*, in *DPenCont* 2015, 95 ss.
[47] Nelle sue Conclusioni, l'A.g. è più categorico nel sostenere che «la stessa direttiva non fa riferimento ad atti di audizione diversi da quelli mediante videoconferenza o altra trasmissione audiovisiva»: cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos, *op. cit.*, 11, nt. (27).

Il ragionamento della Corte trova riscontro nelle linee guida sulla redazione dell'ordine europeo di indagine stilate dal Gruppo "Cooperazione giudiziaria in materia penale" (COPEN), organo preparatorio in seno al Consiglio UE. Le *guidelines* ribadiscono la differenza tra «*hearing of a person*» e «*hearing by videoconference*» ai sensi della sezione C dell'allegato A alla direttiva. Peraltro, nell'audizione presenziale viene consigliata una serie di adempimenti, i quali inducono a ritenere che quello indicato nell'art. 10 lett. *c* della direttiva sia effettivamente un atto appannaggio dello Stato di esecuzione, sulla falsariga di una lettera rogatoria. Tra i più significativi, allo Stato di emissione si raccomanda di: 1) trasmettere allo Stato di esecuzione una lista di domande da sottoporre al dichiarante; 2) specificare se l'atto debba essere svolto da una particolare autorità dello Stato di esecuzione; 3) allegare una lista dei diritti spettanti al dichiarante, qualora egli debba firmarla per attestare di aver ricevuto gli avvertimenti di legge necessari[48].

Anche il dato comparato sembra confermare la lettura della C.G.UE: nell'ordinamento spagnolo, ad esempio, la cd. «*declaración presencial*» – realizzata attraverso l'invio delle domande dallo Stato di emissione a quello di esecuzione – rappresenta una «*alternativa a la declaración por videoconferencia*» da segnalare nella sezione C.1. dell'allegato A, quando il collegamento audiovisivo non sia praticabile[49].

Alla luce di quanto esposto, l'o.e.i. che richiedesse l'audizione in videoconferenza di un soggetto all'estero potrebbe astrattamente essere rifiutato ai sensi dell'art. 10 par. 5, ove l'atto non fosse previsto dal diritto dello Stato di esecuzione o non fosse disponibile in un caso interno analogo, né esistessero degli altri atti di indagine capaci di produrre il medesimo risultato di quello ordinato. L'effetto deriverebbe dall'esclusione dell'esame a distanza dagli atti «sempre disponibili in base al diritto dello Stato membro di esecuzione», a norma dell'art. 10 par. 2 della direttiva, i quali sono esenti dal suddetto motivo di rifiuto, in virtù del "privilegio" loro attribuito.

La Corte, tuttavia, nega che l'art. 10 par. 5 possa operare con riguardo all'audizione in videoconferenza, poiché non è menzionato nella disposizione che disciplina specificamente tale atto all'interno della direttiva, cioè l'art. 24 par. 2, il quale precisa le ragioni di diniego all'euromandato opponibili dall'autorità giudiziaria di esecuzione. Esse consistono nella mancanza di consenso dell'indagato o dell'imputato all'audizione (lett. *a*) e nella particolare contrarietà dell'atto richiesto ai principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione (lett. *b*). Per di più, se l'audizione in videoconferenza potesse essere rigettata a causa dell'inesistenza o dell'indisponibilità dell'atto richiesto in un caso interno analogo, la formula generale dell'art. 10 par. 5 finirebbe per assorbire tutte le ipotesi di rifiuto fondate sull'incompatibilità della misura con l'assetto valoriale dell'ordinamento straniero, di fatto privando l'art. 24 par. 2 lett. *b* di ogni utilità pratica. Il legislatore europeo, infine, quando ha inteso riservare allo Stato di esecuzione il potere di rifiutare l'o.e.i. perché l'atto richiesto non è autorizzato in un caso interno analogo, lo ha fatto espressamente nelle disposizioni regolatrici dei singoli strumenti investigativi[50].

---

[48] Cfr. Council of the European Union, *Guidelines and editable .pdf version of the forms annexed to the Directive 2014/41/UE regarding the European Investigation Order in criminal matters*, Brussels, 23 January 2020, 5291/20, 9 (il documento è consultabile al seguente indirizzo: *https://www.ejn-crimjust.europa.eu/ejn2021//LibraryTree/EN/271*).

[49] In questo senso, si veda Consejo General del Poder Judicial, *Guia sobre la orden europea de investigación*, 30 de mayo de 2019, 16 ss.

[50] La Corte cita l'art. 26 par. 6 (Informazioni relative a conti bancari e altri conti finanziari), l'art. 27 par. 5 (Informazioni relative a operazioni bancarie e altre operazioni finanziarie), l'art. 28 par. 1 (Atti di indagine che implicano l'acquisizione di elementi di prova in tempo reale, in modo continuo e per un periodo determinato) e l'art. 29 par. 3 lett. *a* (Operazioni di infiltrazione). Sul punto, la sentenza ricalca sostanzialmente il parere enunciato nel rinvio pregiudiziale dal Tribunale di Firenze, il quale, però, tratta il trasferimento temporaneo del

L'esito di questa complessa esegesi della direttiva – guidata da un'interpretazione restrittiva dei motivi di rifiuto contemplati dall'art. 24 – non sembra *prima facie* distante da quello ricavabile dall'inserimento dell'audizione a distanza tra le misure privilegiate *ex* art. 10 par. 2: entrambe le strade, in conclusione, eliminano l'indisponibilità dell'atto richiesto in un caso interno analogo dalle giustificazioni legittimamente adducibili per rifiutare l'euromandato[51].
A ben vedere, invece, il superamento della presunzione di disponibilità della videoconferenza ideato dalla C.G.UE apre le porte a un nuovo motivo di non riconoscimento o di non esecuzione dell'o.e.i., la cui operatività non era finora mai stata immaginata per i collegamenti audiovisivi. Si allude all'eventualità nella quale «il ricorso all'atto di indagine richiesto nell'OEI sia limitato dal diritto dello Stato di esecuzione a un elenco o a una categoria di reati punibili entro una certa soglia fra cui non figura il reato oggetto dell'OEI» *ex* art. 11 par. 1 lett. *f* della direttiva[52]. L'estensione di tale motivo di rifiuto all'audizione in videoconferenza – diversamente da quello previsto *sub* art. 10 par. 5 – non esaurirebbe tutti i casi particolari in cui l'atto di indagine potrebbe rivelarsi contrario ai principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione a norma dell'art. 24 par. 2 lett. *b*; elemento che, nell'opinione della Corte, sarebbe sufficiente a supportarne l'applicabilità[53].
Le ricadute dell'indirizzo inaugurato dalla C.G.UE sulla cooperazione giudiziaria europea in materia penale – potenzialmente dirompenti – vengono mitigate dalla circostanza che gli Stati membri sono soliti adottare un approccio "finalistico" alla videoconferenza nelle rispettive legislazioni nazionali, in forza del quale l'uso dello strumento tecnologico non è, di regola, subordinato ai limiti edittali della fattispecie contestata o alla sua appartenenza a una certa categoria di reati.
Al contrario, nella fase dibattimentale qui in rilievo, sono spesso valorizzate generiche esigenze di sicurezza, di protezione della fonte di prova, se non di risparmio di costi e tempi nello svolgimento del processo, al fine di allontanare il dichiarante dalla scena processuale. La normativa italiana è paradigmatica in questo senso, laddove consente l'esame a distanza della persona per la quale sussistano gravi difficoltà ad assicurarne la comparizione in presenza (art. 147-*bis* co. 5 NAttCpp), del testimone detenuto (art. 146-*bis* co. 1-*quater* NAttCpp) oppure tanto del testimone quanto dell'imputato, dietro consenso delle parti (art. 496-*bis* co. 1-*bis* Cpp).

detenuto nello Stato di emissione come uno tra gli atti di indagine alternativi alla videoconferenza ai sensi dell'art. 10 par. 1 della direttiva; da parte sua, l'Avvocato generale reputa non solo che sia facilmente ipotizzabile un atto all'alternativo all'esame in videoconferenza dell'imputato, vale a dire il suo trasferimento temporaneo, ma anche che l'art. 24 della direttiva, nella sua formulazione, sia destinato a specificare tutti i motivi di non riconoscimento o non esecuzione opponibili a un o.e.i. finalizzato all'audizione a distanza di una persona: cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Athanasios Rantos, *op. cit.*, 12.

[51] «Dalle argomentazioni della Corte», M. Lanotte, *Limiti al rifiuto di eseguire un ordine europeo di indagine per l'audizione in videoconferenza*, *op. cit.*, 7, ricava che «l'art. 10 della direttiva 2014/41/UE può essere letto come una disposizione "cerniera" tra il principio di riconoscimento reciproco e l'autonomia procedurale degli Stati membri».

[52] Per esplicita previsione dell'art. 11 par. 2 questa ragione non può essere invocata al fine di rifiutare un o.e.i. avente ad oggetto un atto privilegiato ai sensi dell'art. 10 par. 2.

[53] Lo stesso collegio fiorentino adombra la possibilità di includere «la tipologia di reato» tra le «circostanze rilevanti del caso specifico», idonee a condurre a un legittimo rifiuto dell'o.e.i. per contrarietà ai principi fondamentali del diritto belga *ex* art. 24 par. 2 lett. *b* della direttiva.

Similmente, altri ordinamenti dell'Unione europea – come quello spagnolo[54], francese[55] o tedesco[56] – impiegano clausole generali a supporto dell'acquisizione a distanza della prova dichiarativa nei processi interni, capaci di vanificare *ab initio* il nuovo motivo di rifiuto dell'o.e.i. per l'audizione in videoconferenza, che deriva dalla sentenza della Corte.

---

[54] L'art. 731-*bis* della *Ley de Enjuiciamento Criminal*, relativo alla fase del *juicio oral*, dispone che: «*El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como imputado, testigo, perito, o en otra condición resulte gravosa o perjudicial, y, especialmente, cuando se trate de un menor, podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*». Ciononostante, l'art. 258-*bis* della stessa legge, recentemente introdotto, stabilisce al comma 2 che l'accusato debba necessariamente comparire fisicamente «*en la sede del organo judicial de enjuiciamento en los juicios por delito grave* [puniti con pena superiore ai 5 anni di reclusione] *y juicios de Tribunal de Jurado*», precisando però che la disposizione si applica «*sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en los que España sea parte, las normas de la Unión Europea y demás normativa aplicable a la cooperación con autoridades extranjeras para el desempeño de la función jurisdiccional*». La Spagna, nel corso delle valutazioni del Consiglio UE sull'implementazione della direttiva o.e.i. nelle legislazioni statali, ha confermato che «*this domestic limitation is not applicable when executing EIOs issued by other Member States*» (Council of the European Union, *Evaluation report on the tenth round of mutual evaluations on the implementation of the European Investigation Order (EIO) - Report on Spain*, Brussels, 8 October 2024, 13641/24, 48). Rispetto all'art. 258-*bis* LeCrim, la sentenza *Bissilli* incide radicalmente sull'illegittimità di un o.e.i. emesso per far partecipare l'imputato in videoconferenza al processo, piuttosto che sulla possibilità – già esclusa dalla legge nazionale – di rifiutarlo perché riferito a un reato considerato grave ai sensi del diritto spagnolo. L'orientamento espresso dalla C.G.UE, perciò, dovrebbe portare a rivisitare la consuetudine iberica – riscontrata dalle valutazioni del Consiglio UE – di emettere ed eseguire liberamente euromandati per ottenere la partecipazione a distanza dell'imputato al giudizio.

[55] L'art. 706-71 del *Code de procédure pénale* permette «*l'utilisation d'un moyen de télécommunication audiovisuelle* […] *devant la juridiction de jugement pour l'audition des témoins, des parties civiles et des experts*», sostanzialmente quando giustificato dalle esigenze del caso o, comunque, «*aux fins d'une bonne administration de la justice*». Risulta altresì possibile la comparizione a distanza dell'accusato dinanzi al *tribunal correctionel* se questi è detenuto, a seguito del consenso del pubblico ministero e di tutte le parti. La norma, poi, estende il ricorso alla videoconferenza a numerose altre fasi del procedimento penale, specialmente in relazione alla persona ristretta e alle vicende della custodia cautelare. È in ogni caso prevista l'abrogazione dell'articolo in questione a partire dal 1° gennaio 2029, per il tramite della Ordonnance n° 2025-1091 du 19 novembre 2025 - art. 1(V), nell'ambito di una riforma complessiva dell'apparato codicistico francese. Si segnala inoltre che la *Cour constitutionelle*, Décision n° 2025-885 DC du 12 juin 2025, ha dichiarato l'incostituzionalità, per violazione del diritto di difesa, dell'art. 56 par. 1 co. 10 della *Loi n° 2025-532 du 13 juin 2025 visant à sortir la France du piège du narcotrafic*, il quale introduceva un nuovo art. 706-71-2 nel codice di procedura penale, volto a prescrivere che la persona detenuta assegnata a una sezione di contrasto alla criminalità organizzata comparisse in videoconferenza davanti all'organo istruttorio, nonché alle udienze riguardanti la sua collocazione in custodia cautelare, alla proroga di tale misura e al contenzioso attinente alla custodia cautelare stessa (la sentenza della Corte può essere consultata al seguente indirizzo: *https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2025885dc/2025885dc.pdf*, in particolare, cfr. § 477 ss.).

[56] Il § 247a della StPO ammette l'ascolto del testimone a distanza, qualora sussista il concreto pericolo di un grave pregiudizio al suo benessere derivante dall'esame effettuato in presenza delle altre parti nell'aula dibattimentale. La videoconferenza acquisitiva per l'esame testimoniale può essere altresì esperita, nella misura necessaria all'accertamento della verità, alle stesse condizioni stabilite dal § 251 co. 2 StPO per l'acquisizione di verbali di dichiarazioni rese precedentemente al giudice. Tranne quando riguardi l'eventuale internamento dell'imputato, anche l'esame del perito può essere condotto in videoconferenza su decisione del tribunale (§ 247a co. 2 StPO). Per quanto concerne la posizione dell'imputato, invece, la Germania resta vincolata alla sua partecipazione fisica al dibattimento. A proposito, si registra qualche apertura all'uso della tecnologia audiovisiva nel campo della cooperazione giudiziaria UE, ma pur sempre ristretta all'assunzione di dichiarazioni, cfr. Council of the European Union, *Evaluation report on the tenth round of mutual evaluations on the implementation of the European Investigation Order (EIO) - Report on Germany*, Brussels, 2 October 2024, 13640/24, 63 ss.

In fin dei conti, l'interpretazione fornita dai giudici di Lussemburgo risulta assai contorta e difficilmente conciliabile con gli obiettivi di semplificazione e accelerazione della cooperazione giudiziaria perseguiti dalla direttiva sull'euromandato, che pure lo stesso giudicante invoca per escludere la possibilità di rigettare l'o.e.i. in quanto l'atto richiesto non è previsto in un caso interno analogo. Nondimeno, il ragionamento della Corte rimane apprezzabile nella misura in cui porta a riflettere sull'impatto delle "clausole *omnibus*" in tema di videoconferenza presenti nelle legislazioni degli Stati membri, come tali inadatte a garantire un utilizzo del collegamento audiovisivo proporzionato alla gravità del reato contestato e, dunque, da ripensare in una prospettiva di riforma. Il meccanismo concepito dalla Corte potrebbe rivelarsi virtuoso soltanto se le normative statali limitassero l'acquisizione a distanza della prova ai procedimenti per reati meno gravi, secondo un'impostazione uguale e contraria a quella che governa, ad esempio, l'intercettazione di comunicazioni. Così facendo, l'audizione del dichiarante in presenza – tanto nelle fattispecie nazionali che sovranazionali – verrebbe riservata ai procedimenti relativi a ipotesi di reato maggiormente incidenti sulla libertà personale dell'accusato, nei quali le garanzie difensive dovrebbero trovare, proprio per questo, la loro massima esplicazione[57].
Un intervento riformistico delle leggi statali che disciplinano la videoconferenza, fondato sulla valorizzazione dell'indirizzo promosso dalla C.G.UE, sembra tuttavia altamente improbabile in concreto: effettivamente, gli stessi legislatori nazionali sono spinti dalle altre istituzioni europee verso una digitalizzazione massiccia delle prove dichiarative[58] e sovente – come nel caso italiano – già pretendono *motu proprio* di efficientare il sistema giudiziario attraverso il ricorso generalizzato ai collegamenti audiovisivi.

8. Nelle more della definizione del caso *Bissilli*, un giudice italiano diverso dal Tribunale di Firenze ha proposto un ulteriore questione pregiudiziale alla Corte di giustizia UE, incentrata sulla complicata relazione esistente tra mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine per l'audizione in videoconferenza. Il giudice remittente è la Corte d'appello di Venezia, che, operando in qualità di autorità giudiziaria di esecuzione di un m.a.e. emesso dal Tribunale municipale di Pazin-Pisino (Croatia), ha incardinato presso la C.G.UE la causa C-499/25 (*Strinotto*).
Da questo rinvio traspare la medesima insoddisfazione per l'inquadramento normativo della videoconferenza transnazionale soltanto sul piano probatorio già manifestata dal collegio fiorentino: un breve riepilogo dei fatti da cui origina il procedimento può contribuire a portare alla luce tale somiglianza e le conseguenze che ne derivano.

[57] Come rileva L. Stortoni, *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali tra efficienza e garanzia*, a cura di S. Moccia, Napoli 1999, 122 ss., tanto più grave è la repressione penale, tanto più grave è anche il pericolo di errore, di guisa che le garanzie sostanziali e processuali dovrebbero uscirne rafforzate e non diminuite.
[58] A titolo esemplificativo, sulla necessità di «dotare le autorità giudiziarie di strumenti di videoconferenza» e di «incoraggiare gli Stati a sviluppare strutture di videoconferenza conformi al diritto nazionale, in stretto contatto tra di loro», anche facendo uso dei finanziamenti europei, cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Digitalizzazione della giustizia nell'Unione europea. Un pacchetto di opportunità*, Bruxelles, 2.12.2020, COM(2020) 710 final; l'impiego della videoconferenza nella cooperazione giudiziaria tra Stati è altresì incentivato sia nel Piano d'azione in materia di giustizia elettronica europea per il quadriennio 2019-2023, in *G.U.U.E.*, 13.3.2019, 2019/C 96/05 sia in quello per il successivo quadriennio 2024-2028, in *ibidem*, 16.1.2025, C/2025/437; in ideale continuità con i precedenti atti, si veda, da ultima, la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *DigitalJustice@2030*, Bruxelles, 20.11.2025, COM(2025) 802 final.

Segnatamente, il Tribunale croato applicava all'imputata una misura di custodia cautelare preprocessuale, poiché la stessa – pur correttamente citata – non si era mai presentata alle udienze del procedimento penale in corso nei suoi confronti per alcuni reati tributari, senza addurre un legittimo impedimento. Sulla base di questa decisione – confermata in grado d'appello – l'autorità giudiziaria croata emetteva un m.a.e. processuale a carico dell'accusata, in forza del quale ella veniva tratta in arresto in Italia (dove dimora) e sottoposta alla misura cautelare dell'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria. Dal canto suo, l'imputata non prestava il consenso alla consegna né rinunciava al principio di specialità, pur dicendosi intenzionata a partecipare al processo in Croazia, dove l'avrebbero accompagnata i suoi difensori.
La Corte d'appello di Venezia, pertanto, rivolgeva al Tribunale una richiesta di informazioni complementari sull'oggetto del m.a.e., volta a chiarire se lo stesso fosse «unicamente» finalizzato a garantire la presenza fisica dell'imputata al processo pendente nei suoi confronti in Croazia, ovvero se perseguisse «diverse e ulteriori finalità cautelari». L'autorità croata rispondeva nel primo senso alla domanda della Corte: il m.a.e. aveva l'unica finalità di assicurare la comparizione dell'imputata al giudizio.
A fronte di un simile responso, seguiva un'altra istanza diretta al giudice croato, con la quale la Corte d'appello lo invitava a «valutare l'opportunità di emettere un ordine investigativo europeo (OIE) formulando apposita richiesta di far partecipare l'imputata al processo in videoconferenza ai sensi dell'art. 24 comma 1 parte seconda della Direttiva 2014/41/UE». La domanda era corredata dall'ampia disponibilità della Corte a fornire i mezzi tecnici e logistici necessari al videocollegamento, nonché a concordare le modalità pratiche dell'audizione con l'autorità straniera *ex* art. 24 par. 3 della direttiva.
Il ragionamento della Corte si fonda sul minore grado di invasività dell'o.e.i. rispetto al m.a.e. per ottenere la partecipazione al giudizio dell'accusata, la quale abbia espresso l'intenzione di prendervi parte. Il m.a.e., infatti, presupporrebbe la traduzione *in vinculis* dell'imputata e – date le circostanze del caso – il suo trattenimento in un penitenziario croato per almeno trenta giorni[59].
La Corte, in particolare, rimarca l'importanza rivestita dal principio di proporzionalità nel diritto unionale, sancito dall'art. 51 della Carta di Nizza e dall'art. 5 TrUE, quest'ultimo richiamato anche dal considerando n. (7) della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo. Successivamente, allo scopo di legittimare la preferenza per il ricorso alla videoconferenza partecipativa tramite o.e.i. in luogo del m.a.e. processuale, il giudice remittente richiama i considerando n. (25) e n. (26) della direttiva 2014/41/UE, già più volte menzionati nel presente elaborato. La Corte, infine, avalla la propria tesi riportandosi al Manuale sull'emissione ed esecuzione del mandato d'arresto europeo elaborato dalla Commissione, nel punto in cui che dispone «lo scopo del MAE non è il trasferimento di persone affinché siano semplicemente sentite in quanto indagate», perché, in tal caso, ci si potrebbe servire dell'ordine europeo di indagine[60].
Il Tribunale croato declinava la proposta della Corte di assicurare la partecipazione dell'imputata mediante videoconferenza, per motivazioni legate ai limiti fissati tanto dalla propria legislazione interna, quanto da quella sovranazionale.
Da un lato, nel processo penale croato è necessaria la presenza fisica dell'imputato all'udienza, che non può essere in alcun modo sostituita da un collegamento audiovisivo. Ai sensi della

[59] Il termine minimo – con ogni probabilità utile alla celebrazione del dibattimento – veniva comunicato alla Corte dall'autorità di emissione croata.
[60] Comunicazione della Commissione, *Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, Brussels, 28.9.2017, C(2017) 6389 final.

normativa nazionale, inoltre, la videoconferenza è esperibile soltanto per l'ascolto dei testimoni[61].
Dall'altro, in conformità al principio di legalità processuale, il Tribunale sottolinea che l'ambito di applicazione dell'o.e.i. «riguarda esclusivamente la raccolta delle prove e non l'assicurazione della presenza dell'imputato nel procedimento», quindi l'o.e.i. non può costituire una valida alternativa al m.a.e. Viene poi ripetuto che, nella vicenda in esame, il mandato di arresto europeo era estraneo a qualsiasi attività di carattere probatorio, perché il suo obiettivo era esclusivamente quello di garantire la presenza dell'imputata al processo.
Al di là delle specificità della legislazione processuale croata in materia di partecipazione dell'imputato al giudizio e di assunzione della prova a distanza, l'interpretazione del rapporto tra lo strumento del m.a.e. e quello dell'o.e.i. data dal Tribunale è pienamente condivisibile, in quanto appare la sola consentita dal diritto positivo.
Prima di tutto, il considerando n. (25) della direttiva 2014/41/UE è estremamente chiaro nell'indicare il m.a.e. quale mezzo appropriato per trasferire la persona in un altro Stato membro, ove essa – come nel caso in discussione – debba «comparire dinanzi a un organo giurisdizionale per essere processata»[62].

---

[61] Le affermazioni del Tribunale sono riscontrate dalle valutazioni condotte dal Consiglio UE sul grado di implementazione della direttiva o.e.i. nel sistema croato. Difatti, in quella sede è stato rilevato che: «*In accordance with Croatian law, it is not possible to issue/execute an EIO for the purpose of hearing the accused via videoconference at trial, nor to ensure the participation of the accused person throughout the main trial via videoconference, even if he or she consents. Therefore, similar EIOs would not be executed on the ground that they would be contrary to the fundamental principles of Croatian law*» (cfr. Council of the European Union, *Evaluation report on the tenth round of mutual evaluations on the implementation of the European Investigation Order (EIO) - Report on Croatia*, Brussels, 15 February 2024, 16309/23, 49); A. Novokmet, Z. Tomičič, I. Vidaković, *Remote Hearings and the Principle of Immediacy: A Croatian Perspective*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 33 (2025), 121 ss., confermano che – sebbene nel 2022 il legislatore croato abbia introdotto nuove fattispecie di videoconferenza dentro il codice di procedura penale – «*in the context of full trial hearings, arguably the most crucial phase of criminal proceedings, remote adjudication has been deliberately excluded*», rispecchiando «*the Republic of Croatia's restrictive approach to incorporating remote trial elements in criminal proceedings*».

[62] O. Calavita, *L'ordine europeo di indagine penale*, *op. cit.*, 322, precisa che «è possibile ricorrere alla Direttiva UE 2014/41 esclusivamente qualora vi sia la necessità di raccogliere elementi di prova, mentre per tutte le altre finalità, ivi compresa quella di partecipazione al procedimento penale nello Stato di emissione, si rende necessario ricorrere a un MAE»; in Eurojust, *Report on Eurojust's casework in the field of the European Investigation Order*, November 2020, 15 s., si distingue nettamente tra «*purposes of prosecution*», che comprendono la finalità di far presenziare la persona al processo, tipici del m.a.e., e «*purposes of evidence gathering*», soddisfatti con il trasferimento del soggetto nello Stato di esecuzione, appartenenti all'o.e.i.; tale differenziazione viene ricordata anche da C. De Luca, *Ordine europeo d'indagine e mandato d'arresto europeo per finalità investigative*, *op. cit.*, 3 ss.; nonché da S. Allegrezza, L. Bernardini, *Digital Participation at Criminal Trials in Europe –Toward a Paradigm Shift?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 33 (2025), 38, i quali evidenziano come «*the main obstacle for using an EIO to allow the defendant to participate remotely to his or her trial is the limited scope of the tool, whose focus is evidence gathering*» e proseguono dicendo che «*other tools, such as the European arrest warrant (EAW) are explicitly meant to ensure the presence of the accused person to the trial*»; in generale, K. Kremens, C. Peristeridou, *'Everything, Everywhere All At Once': Virtual Criminal Justice in Europe*, in *ibidem*, 5, ritengono che «*appearing remotely for participation purposes only is distinct from appearing for the purpose of obtaining or producing evidence*»; la stessa C.G.UE, Grande Sezione, 8.12.2020, *A. ed altri*, C-584/19, § 72, ha di recente concluso che «l'ordine europeo di indagine disciplinato dalla direttiva 2014/41 persegue, nell'ambito di un procedimento penale, un obiettivo distinto dal mandato d'arresto europeo disciplinato dalla decisione quadro 2002/584. Infatti, mentre il mandato d'arresto europeo mira, conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/584, all'arresto e alla consegna di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, l'ordine europeo di indagine mira, ai sensi dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2014/41, a far eseguire uno o più atti di indagine specifici allo scopo di acquisire prove»; per un commento alla pronuncia, cfr. G. Borgia, *Mandato d'arresto europeo e ordine europeo di indagine penale a*

Il considerando n. (26), invece, vuole incoraggiare un uso alternativo della videoconferenza rispetto alla traduzione con m.a.e., solamente nell'ipotesi in cui questo sia rivolto all'audizione della persona e mai alla sua partecipazione[63]. Il giudizio di proporzionalità sulla scelta tra il trasferimento fisico del dichiarante e l'attivazione della videoconferenza – invocato dalla Corte d'appello – rileva in via esclusiva sul piano probatorio, atteso che è l'unico momento in cui il m.a.e. e l'o.e.i. possono sovrapporsi; viceversa, sul piano partecipativo non esiste altra opzione che la comparizione dell'accusato in presenza davanti al giudice. Argomentando *a contrario*, il m.a.e. non può essere emesso per soddisfare finalità prettamente investigative, consistenti nella raccolta delle dichiarazioni dalla persona di cui si chiede la consegna, le quali cadono sotto l'alveo della direttiva 2014/41/UE, *sub specie* di trasferimento temporaneo del detenuto o di utilizzo del *video-link*[64].

---

confronto: cosi simili (?), eppure così diversi, in www.archiviopenale.it, 2021, 1 ss.

[63] La versione italiana della direttiva si riferisce letteralmente all'«emissione di un OEI ai fini dell'audizione di una persona sottoposta alle indagini o di un imputato» e quella inglese all'«*EIO for the hearing of a suspected or accused person by videoconference*», quali alternative al mandato di arresto europeo; parzialmente *contra*, A. Falcone, *Online Hearings and the Right to Effective Defence in Digitalised Trials*, in *Investigating and Preventing Crime in the Digital Era: New Safeguards, New Rights*, ed. da L. Bachmaier Winter, S. Ruggeri, Switzerland 2022, 200 s., secondo cui gli Stati, i quali si servono della videoconferenza soltanto per raccogliere prove, non potrebbero emettere un o.e.i. per far partecipare l'imputato a distanza, ma potrebbero eseguire quello proveniente da un Paese che ammetta anche l'uso partecipativo del *video-link*, sempre che siano assicurati i diritti dell'accusato e i principi fondamentali dello Stato di esecuzione; similmente, cfr. A. Klip, *A Next Level Model for the European Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 30 (2022), 117 s., il quale sostiene che «*if the proceedings have progressed to the trial stage already and the national criminal procedural rules allows that the suspect can participate via a video-link and wishes to do so, it may be a far less cumbersome method than surrending him*», nell'ottica per cui il processo *in absentia* rappresenterebbe una «*last resort*».

[64] Rifacendosi al manuale d'uso sul m.a.e. della Commissione UE, la Corte d'appello giungeva paradossalmente a una conclusione analoga, nonostante la *ratio* sottesa all'emissione del mandato d'arresto europeo da parte del Tribunale croato fosse, senza alcun dubbio, quella di far partecipare l'imputata al processo. A ben vedere, nella stessa Comunicazione della Commissione, *Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, *op. cit.*, 21, si consiglia un uso, per così dire, "esplorativo" dell'o.e.i., con l'obiettivo di ponderare la successiva emissione del m.a.e., volto a esercitare l'azione penale nei confronti di un soggetto. In merito, viene posto il seguente esempio: «Pierre si è trasferito di recente dallo Stato membro A allo Stato membro B. Sussistono prove secondo cui sarebbe stato complice in un grave reato commesso nello Stato A; tuttavia, le autorità di questo Stato hanno l'esigenza di ascoltarlo prima di poter decidere se avviare un'azione penale nei suoi confronti. L'autorità giudiziaria dello Stato A può emettere un OEI per ascoltare Pierre mediante collegamento video nello Stato B»; riferendosi al contenuto del manuale, afferma correttamente che «la valenza istruttoria [del trasferimento del detenuto in Italia] vale a marcare la differenza rispetto alla possibile utilizzazione dello strumento del mandato d'arresto europeo» S. Marcolini, *La procedura attiva*, in *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, a cura di M.R. Marchetti, E. Selvaggi, *op. cit.*, 325; per una corretta applicazione del principio di proporzionalità tra ricorso al m.a.e. o all'o.e.i., sul piano strettamente probatorio, cfr. Cass., 21.3.2024, n. 11993, dove il Giudice distrettuale di Praga aveva emesso un mandato d'arresto europeo solo per procedere all'interrogatorio dell'indagato, senza considerare la possibilità di ascoltarlo in videoconferenza tramite ordine europeo di indagine, pure sollecitata dalla stessa difesa e, secondo la Cassazione, erroneamente non esperita; Id., 17.4.2025, n. 15280, ha ritenuto legittimo che l'autorità giudiziaria ungherese non avesse revocato i due m.a.e. emessi nei confronti del ricorrente in favore di un o.e.i. per la videoconferenza, anche dopo che il soggetto, inizialmente irreperibile, si era reso disponibile ad essere interrogato a distanza, una volta arrestato. Nell'opinione della Corte, l'immediata liberazione del consegnando, scaturente dalla revoca dei m.a.e., rischiava di sottrarlo alle attività di indagine da espletare nello Stato di emissione per l'esercizio dell'azione penale. I giudici di legittimità terminano con una motivazione perfettamente consapevole della diversità di scopo tra o.e.i. e m.a.e., statuendo che «attesa la finalità eminentemente istruttoria dell'OIE, non può ritenersi tale strumento di cooperazione alternativo al mandato di arresto allorché la sua emissione sia giustificata non da esigenze istruttorie, ma dalla necessità di instaurare il rapporto processuale con l'imputato e, quindi, in funzione dell'esercizio dell'azione penale in base alla normativa processuale vigente nello Stato di emissione»; O. Calavita, *L'ordine europeo di indagine penale*, *op. cit.*, 323, tratteggia una «scala valoriale» tra le molteplici opzioni disponibili, costruita in astratto sul principio di proporzionalità, e articolata in: 1) emissione di un o.e.i. per la videoconferenza; 2) emissione di un o.e.i. per il

A maggior ragione, il ricorso all'ordine europeo di indagine per la videoconferenza non deve sopperire alla mancanza dei requisiti per l'esecuzione del mandato di arresto europeo, come aveva tentato di fare il Tribunale di Firenze nel caso *Bissilli*. La videoconferenza può diventare un mezzo alternativo a un legittimo trasferimento fisico dell'accusato, al fine di procedere alla sua audizione, ma non sostitutivo di un m.a.e. carente di fondamento giuridico.
In definitiva, l'art. 24 della direttiva 2014/41/UE, letto alla luce dei considerando n. (25) e n. (26), non consente – per riportare l'esatto contenuto della questione pregiudiziale sollevata dalla Corte d'appello – «l'emissione di un OEI per l'audizione in videoconferenza di un imputato che si trova libero nello Stato di esecuzione allo scopo di garantire la di lui presenza e partecipazione al processo penale in corso nello Stato di emissione». La stessa sovrapposizione creata dal giudice *a quo* tra i concetti di "*audizione*", da una parte, e "*presenza e partecipazione*", dall'altra, lascia intuire che una risposta affermativa della C.G.UE sarebbe preclusa dalla tipicità della fonte unionale. In termini simili al caso *Bissilli*, l'osservanza del principio di stretta legalità processuale rende giuridicamente insostenibile la posizione espressa dalla Corte d'appello di Venezia nel caso *Strinotto*[65]. Ciononostante, essa riafferma il disagio operativo dei giudici italiani verso la regolamentazione unilaterale della videoconferenza *cross-border* sul fronte probatorio, che produce risvolti sulla tutela dei diritti fondamentali della persona accusata degni della massima attenzione.
È effettivamente innegabile che, nelle parole della Corte, l'utilizzo del m.a.e. «comporta una notevole compressione dei diritti dell'interessato, *in primis* della libertà personale», caratterizzandosi pertanto come uno strumento profondamente invasivo. Parimenti, la videoconferenza tramite o.e.i. sembra maggiormente idonea a tutelare la libertà dell'imputato, nella misura in cui egli potrebbe seguire il dibattimento a distanza dallo Stato in cui si trova – libero – senza dover essere tradotto e sottoposto a restrizione nello Stato del processo[66]. Il diverso grado di invasività dei due istituti potrebbe ragionevolmente indurre l'accusato – che volesse comunque prendere parte al giudizio – ad accettare una menomazione delle sue prerogative difensive, derivante dal collegamento da remoto, pur di evitare la detenzione. Il canone della proporzionalità – se commisurato al solo livello di restrizione della libertà personale – conduce a privilegiare la partecipazione a distanza del soggetto libero alla sua presenza fisica in aula, qualora essa ne presupponga indefettibilmente la carcerazione.
Un siffatto scrutinio di necessità del mezzo rispetto allo scopo è attualmente precluso dal diritto sovranazionale, il quale non contempla alternative al trasferimento dell'imputato con m.a.e. per assicurarne la partecipazione al processo pendente in un altro Stato. Considerata l'importanza dei beni giuridici coinvolti, rimane da comprendere in che modo – e soprattutto con quali cautele – tale preclusione possa essere superata.

9. I rinvii pregiudiziali sollevati in rapida sequenza dal Tribunale di Firenze e dalla Corte d'appello di Venezia tentano di forzare i limiti stabiliti dalla tassatività delle regole in materia di collegamenti audiovisivi, con l'obiettivo di far partecipare l'imputato dall'estero in

trasferimento temporaneo di persone detenute, allorquando la videoconferenza non sia regolata dallo Stato richiedente o sia necessaria la presenza fisica del soggetto, ad esempio per una ricognizione; 3) emissione di un m.a.e., per il soddisfacimento di esigenze non probatorie.

[65] Diversamente, M. Jimeno-Bulnes, *The European arrest warrant in the light of 20 years of experience*, in IPS, *Towards an optimal and proportional use of the European Arrest Warrant*, January 2026, 34 s., si aspetta che nel caso *Strinotto* la C.G.UE reputi l'emissione del m.a.e. eccessiva e inappropriata.

[66] Nella fattispecie, la Corte ritiene che l'«OEI […] dovrebbe aver ad oggetto la richiesta di partecipazione dell'imputata al processo e sua audizione nel corso dello stesso tramite videoconferenza», seppure l'autorità croata non abbia mai menzionato l'esigenza di acquisire dichiarazioni dalla persona accusata, ma, come riconosce lo stesso giudice *a quo*, «ha emesso un MAE al mero fine di garantire la presenza [dell'imputata] alle udienze relative al procedimento a suo carico».

videoconferenza. In questo scenario, l'interpretazione dell'art. 24 della direttiva 2014/41/UE fornita dalla C.G.UE nel caso *Bissilli* pare destinata a incidere sull'epilogo del caso *Strinotto* – tuttora pendente – vietando l'impiego del videocollegamento per l'esecuzione di attività processuali prive di finalità probatoria o comunque eccedenti tale ambito, quali la partecipazione dell'imputata all'intera fase dibattimentale.

Benché l'indirizzo della Corte di giustizia convinca in punto di legalità, le problematiche poste dai giudici italiani segnalano l'opportunità di affrontare per via legislativa il profilo della partecipazione al processo a distanza da parte dell'imputato che si trovi nel territorio di un altro Stato membro. Il tema – data la sua profonda incidenza sui diritti fondamentali della persona accusata – è infatti troppo delicato per essere abbandonato a una prassi giurisprudenziale caotica, spesso alimentata da accordi informali tra le autorità giudiziarie cooperanti, conclusi in assenza di un quadro di tutela condiviso e forieri di possibili trattamenti discriminatori tra diversi imputati. Ammesso e non concesso che la posizione assunta dai giudici di Lussemburgo possa essere aggirata da intese di questo tipo, essa rischia di sacrificare quelle stesse garanzie dell'imputato che una strenua difesa della legalità processuale dovrebbe proteggere[67]. Le vicende giudiziarie analizzate esemplificano perfettamente la posta in gioco per l'accusato: da un canto, il diritto a presenziare al giudizio a suo carico (*Bissilli*); dall'altro, il diritto a non subire una compressione sproporzionata della libertà personale (*Strinotto*).

Tra le *tendenze future* del diritto processuale penale europeo, dunque, emerge con decisione l'esigenza che il legislatore dell'Unione disciplini finalmente la videoconferenza partecipativa transnazionale. Il Consiglio UE ne ha preso atto durante le valutazioni sul grado di implementazione della direttiva o.e.i. negli Stati membri, all'esito delle quali ha esortato la Commissione a intraprendere un'iniziativa legislativa in merito[68].

Naturalmente, le soluzioni prospettabili nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono molteplici: in primo luogo, una scelta coerente dal punto di vista sistematico risiederebbe nell'ampliare la portata dell'art. 8 della direttiva 2016/343/UE alla presenza digitale dell'imputato al processo, ma soltanto nelle ipotesi *cross-border*[69]; in secondo luogo, si può immaginare un'apposita modifica dell'art. 24 della direttiva 2014/41/UE, che però verrebbe

[67] Ciò permette di considerare la legalità processuale un vero e proprio «canone costitutivo» del processo penale liberale, cfr. D. Negri, *Il processo penale liberale della postmodernità. Anacronismo o costante attualità di un ideale?*, in *www.discrimen.it*, 4.12.2025.

[68] Precisamente, la sollecitazione mossa dal Consiglio nel *report* conclusivo è la seguente: «*The Commission is invited to, upon due assessment of the findings of this report and after identifying the most appropriate legal instrument, address at legislative level the question of the participation of the accused person in the trial via videoconference from another Member State*» (cfr. Council of the European Union, *Final report on the tenth round of mutual evaluations on the implementation of the European Investigation Order (EIO)*, Brussels, 10 December 2024, 15834/2468, 80).

[69] La modifica della direttiva 2016/343/UE costringerebbe altresì gli Stati a confrontarsi con l'obbligo di approntare rimedi di carattere legale laddove la partecipazione dell'imputato in videoconferenza non fosse effettiva a causa dell'inadeguatezza della tecnologia impiegata, senza rimandare totalmente il problema alle legislazioni nazionali: su questo punto, si vedano S. Allegrezza, L. Bernardini, *Digitalizing Judicial Cooperation in Criminal Matters*, *op. cit.*, 35.

snaturato della sua vocazione eminentemente probatoria[70]; infine, una terza strada percorribile consisterebbe nel regolamentare l'istituto all'interno di uno specifico atto di diritto derivato[71].
La Commissione ha esplicitamente accolto l'invito del Consiglio nella Comunicazione "*DigitalJustice@2030*" sulla digitalizzazione dei sistemi giudiziari statali[72], che riserva un paragrafo alla videoconferenza. Nel documento viene riaffermato che «attualmente non esistono norme a livello UE che disciplinino la partecipazione a distanza di un indagato o imputato alle udienze di un procedimento penale da un altro Stato membro per fini diversi dall'acquisizione di elementi di prova». L'organo esecutivo è consapevole che tale lacuna normativa genera delle pesanti ripercussioni sulla posizione dell'imputato, le quali non si riducono a mere difficoltà di carattere economico, per sostenere i costi di viaggio, oppure pratico, specialmente a danno dei soggetti vulnerabili. Esse possono «anche portare allo svolgimento di procedimenti in contumacia» (vedasi caso *Bissilli*) «o imporre il ricorso a misure coercitive molto intrusive, come un mandato d'arresto europeo, per far sì che l'indagato o imputato assista al processo» (caso *Strinotto*). Per questo motivo, tra le prossime azioni che la Commissione si impegna a promuovere figura quella di disciplinare la videoconferenza transnazionale, «comprese le necessarie garanzie procedurali». A tal fine, dei possibili interventi di riforma da realizzare – poco sopra elencati – viene prescelto quello che si inserisce «nel contesto del riesame della direttiva relativa all'ordine europeo di indagine»[73].
La strategia *DigitalJustice@2030* – racchiusa nella Comunicazione della Commissione – ha alle spalle, oltre agli studi effettuati dal Consiglio, anche i risultati del confronto instaurato con gli Stati membri e numerosi *stakeholders* in occasione dei *forum* ad alto livello sul futuro della giustizia penale nell'UE, che si sono tenuti lungo tutto il 2025.
Dal *report* conclusivo di tali incontri si ricava che la maggioranza degli Stati membri supporta l'introduzione di norme che governino la partecipazione in videoconferenza nelle fattispecie *cross-border*, ove l'indagato o l'imputato si trovi nel territorio di un altro Stato[74]. Una

[70] A proposito, si evidenzia appena che la Commissione ha da poco elaborato una proposta di modifica della direttiva 2012/29/UE – ancora oggetto di negoziazione – il cui nuovo art. 17 par. 1 lett. *b* consentirebbe «di ricorrere nella misura del possibile alle disposizioni relative alla videoconferenza e alla teleconferenza per facilitare alle vittime che risiedono all'estero la partecipazione al procedimento penale» (cfr. Commissione europea, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica alla direttiva 2012/29/UE che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, Bruxelles, 12.7.2023, COM(2023) 424 final). *A fortiori*, se la "direttiva vittime" fosse effettivamente novellata in questi termini, sarebbe gravemente iniquo non assicurare un'analoga opzione di partecipazione digitale anche all'imputato; A. Mosna, *Broad yet not all-encompassing*, *op. cit.*, 7, piuttosto che «*solutions extending the scope of the EIO Directive beyond its original meaning and purpose*», incoraggia «*an intervention by the EU legislator extending the EIO-model also to other forms of judicial cooperation thereby creating the necessary legal basis that is missing at the moment*».
[71] Il ventaglio di opportunità disponibili per colmare la lacuna normativa esistente è confermato dai suggerimenti avanzati dalle delegazioni nazionali al Consiglio UE, cfr. Council of the European Union, *Final report on the tenth round of mutual evaluations on the implementation of the European Investigation Order (EIO)*, cit., 68, in cui si legge che: «*Some evaluation teams suggested amending the Directive and broadening the scope of Article 24, while other evaluation teams invited the Commission to address the question from a more general perspective, also taking into account other instruments, since ensuring the remote participation of the accused person in a trial from another Member State is not (always) related to evidence gathering*».
[72] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, *DigitalJustice@2030*, cit.
[73] La Commissione aggiunge che «valuterà», anche in base all'esito dei negoziati sulla modifica della direttiva 2012/29/UE citata in precedenza, «la corrispondente necessità di includere norme volte ad agevolare la partecipazione a distanza delle vittime di reato nonché le necessarie garanzie».
[74] Cfr. *Report of the High-Level Forum on the Future of EU Criminal Justice*, consultabile al seguente indirizzo: *https://commission.europa.eu/document/download/606f0f38-12f9-4893-8941-3ac835229bcd_en?filename=JUST_template_comingsoon_standard_16.pdf*, 19 s.

minoranza di Paesi, invece, ha manifestato scetticismo circa la compatibilità della riforma legislativa con i principi fondamentali dei rispettivi ordinamenti interni, in particolare con riguardo al diritto dell'imputato di essere presente al processo e alle limitate deroghe che esso ammette. Alcuni degli Stati favorevoli alla novella hanno rimarcato l'importanza di assegnare al giudice la giusta discrezionalità nel disporre la videoconferenza – essendo quest'ultima suscettibile di rivelarsi, a seconda dei casi, più o meno appropriata – e di mantenere la presenza fisica dell'indagato o dell'imputato quale «*default rule*»[75]. Rispetto alla sede in cui collocare le nuove regole, certi Stati auspicavano il loro inserimento nel quadro della direttiva o.e.i. – sulla scia poi seguita dalla Commissione – mentre altri esprimevano una preferenza per l'adozione di un atto normativo autonomo.

Un condivisibile punto di partenza della riflessione *de iure condendo* sembra essere che, a prescindere dalla forma che le istituzioni europee conferiranno alla regolamentazione della videoconferenza partecipativa, questa vada concepita come un istituto residuale, posto a tutela della persona accusata. Ciò sia che il videocollegamento rappresenti uno strumento meno invasivo del m.a.e. per assicurare la presenza in aula dell'accusato, in linea col principio di

[75] Il Consiglio degli Ordini Forensi d'Europa ha fornito un contributo decisivo allo svolgimento dei *forum*, compendiato nel documento intitolato "*CCBE contribution to the High-Level Forum on the Future of EU Criminal Justice*", 8 October 2025, 51, nel quale, per quanto qui rileva, ammonisce che «*if there is a trend towards using videoconferencing for cost reasons, this could eventually result in it being the main or only form of access to a suspect held in custody in cross border cases*», sicché «*the use of videoconferencing should remain the exception to the main hearing of the case on its merits*». Per consultare il testo integrale del documento e per un primo commento allo stesso, si rinvia a L. Lupária, N. Canestrini, *Il contributo del CCBE all'High-Level Forum sul futuro della giustizia penale europea*, in www.sistemapenale.it, 28.1.2026.

proporzionalità[76], e sia che serva a evitare la celebrazione del giudizio *in absentia*[77], ovvero il continuo rinvio dell'udienza per legittimo impedimento dell'imputato detenuto all'estero, intenzionato a partecipare al processo[78].

---

[76] Già F. Siracusano, *Mandato di arresto europeo, e durata ragionevole del processo*, in *RIDPP* 2003, 926, auspicava un ricorso più frequente alla videoconferenza come alternativa al m.a.e.; pur muovendosi nel solco, illegittimo, della videoconferenza partecipativa tramite ordine europeo di indagine, il giudizio di proporzionalità sul trasferimento fisico dell'imputato per comparire dinanzi all'autorità giudiziaria richiedente, paragonato al ricorso al collegamento audiovisivo, non è estraneo alla nostra giurisprudenza di Cassazione: cfr., da ultima, Cass., 12.9.2023, n. 37474, in *CEDCass.*, m. 285776-01, secondo la quale il criterio di proporzione di cui all'art. 7 del d.lgs. 108/2017 non è violato allorquando sia stata disposta la consegna dell'imputato ai fini della partecipazione al procedimento a suo carico, dopo aver esperito senza successo mezzi meno invasivi della libertà personale, quali la videoconferenza, per mancanza del requisito consensuale (qui ricavato dall'omessa comparizione dell'imputato all'udienza a distanza precedentemente fissata); concorde, Id., 28.6.2024, n. 25560, che riguarda un mandato d'arresto europeo emesso dalla Corte d'appello di Palma di Mallorca per processare l'imputato, in relazione a un delitto per il quale la legislazione spagnola prevede la sua partecipazione obbligatoria al giudizio: in questa vicenda, la difesa eccepiva un difetto di proporzionalità del m.a.e., poiché non era stata prima tentata una strada meno invasiva, ossia la partecipazione in videoconferenza dell'accusato con ordine europeo di indagine. Inizialmente, la Cassazione descrive l'o.e.i. come «uno strumento tipicamente investigativo», che non potrebbe sostituire un mandato d'arresto europeo, nei casi in cui la legislazione dello Stato richiedente esiga la partecipazione dell'imputato al processo. D'altronde, dice la Corte, se in queste fattispecie fosse sempre utilizzabile l'o.e.i., «l'impiego del mandato d'arresto europeo per l'esercizio di azioni giudiziarie in materia penale sarebbe di fatto precluso». Nondimeno – fatte queste condivisibili premesse – la Cassazione invita il giudice di merito a chiedere informazioni integrative alla Spagna, onde verificare se *ivi* sia giuridicamente e materialmente possibile procedere alla partecipazione a distanza dell'imputato al processo, per cui l'adozione del m.a.e. sarebbe proporzionata solo nell'eventualità di una risposta negativa; ancor più di recente, Cass., 16.7.2025, n. 26196, ha dichiarato inammissibile la doglianza proposta dal ricorrente per non essergli stato concesso il diritto di utilizzare la videoconferenza al posto di subire un m.a.e., allo scopo di assicurarne la presenza al processo da svolgere in Germania, a fronte dell'emissione di un'ordinanza di custodia cautelare proveniente dal Tribunale di Monaco di Baviera: la Corte statuisce che, anche dopo la direttiva o.e.i., «è rimasto fermo il principio della piena legittimità del mandato di arresto europeo allorché una persona debba essere trasferita in un altro Stato membro ai fini di un procedimento penale pendente nei suoi confronti, anche solo per comparire dinanzi a un organo giurisdizionale ed essere processata, in conformità alla decisione quadro 2002/574/GAI del Consiglio»; a parere di C. De Luca, *Ordine europeo d'indagine e mandato d'arresto europeo per finalità investigative*, *op. cit.*, 6, «è proprio l'astratta previsione di due strumenti alternativi e idonei [m.a.e. ed o.e.i.] a realizzare il medesimo risultato – il trasferimento di una persona da uno Stato all'altro – che dovrebbe incentivare l'autorità ad esternare, in modo pur conciso, le finalità che intende perseguire con tale richiesta, evitando che una mancanza motivazionale sia intesa come spia di sproporzionalità», altrimenti diverrebbe sufficiente un singolo mezzo per soddisfare sia il *purpose of prosecution* che il *purpose of evidence gathering*.

[77] In questo senso, cfr. FRA, *Digitalising Justice: A Fundamental Rights-based Approach*, Vienna 2025, 10, dove viene sostenuto che «*use of videoconferencing also supports defence rights under Article 48 of the Charter, such as when the only alternative is to hold a trial* in absentia»; offre molti spunti interessanti sul rapporto tra videoconferenza e giudizio in assenza M. Panzavolta, *A Defendant's Right to Videoconference? Looking at Online Participation in Criminal Trials in a Different Light*, in *Tilburg Law Review* 2024, 29(2), 69 ss., il quale adotta una prospettiva inedita, interrogandosi sull'esistenza di un *diritto* dell'imputato a partecipare al processo da remoto; recentemente, supporta un intervento regolatorio delle istituzioni UE sulla partecipazione a distanza dell'accusato nella casistica *cross-border*, con l'obiettivo di scongiurare l'emissione di un m.a.e. sproporzionato o di sollevare l'imputato dagli oneri connessi alla trasferta nello Stato del processo, M. Careglio, *Remote participation in Criminal Trials: Identifying Gaps and Exploring Potential EU Intervention*, in *EuCLR* Vol. 15, 3/2025, 405 ss.

[78] Lo stesso F. Siracusano, *Mandato di arresto europeo*, *op. cit.*, 928 s., riteneva che la videoconferenza *ex* art. 205-*ter* NAttCpp fosse l'unica soluzione per porre rimedio alla situazione in cui l'imputato fosse detenuto all'estero, volesse partecipare al processo e non fosse stato emesso un m.a.e. nei suoi confronti: l'art. 11 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 1959, infatti, consentiva il trasferimento temporaneo del detenuto solamente per ascoltarlo come testimone o sottoporlo a confronto, di guisa che, in mancanza del collegamento audiovisivo, il dibattimento doveva essere rinviato per legittimo impedimento dell'imputato; questo scenario potrebbe integrare, secondo la catalogazione di K. Kamer, *The Right to a Fair Online Hearing*, in *Human Rights Law Review* 2022, 22, 6, un'ipotesi di «*online hearing by necessity*», categoria che – sebbene pensata per

L'uso del *video-link* a fini partecipativi andrebbe sempre sottoposto al consenso libero e informato dell'imputato, previo consulto con il proprio difensore[79]. La volontà dell'accusato di partecipare a distanza dovrebbe essere accertata e rinnovata ogni udienza, cosicché non gli sia impedito di esercitare il diritto a presenziare fisicamente al dibattimento, anche sollecitando il suo trasferimento nello Stato del processo, se detenuto[80]. Dopotutto, come già evidenziato, la partecipazione in presenza dell'imputato rimarrebbe il criterio cui sottostare[81]. Considerata l'intenzione degli Stati di valorizzare la discrezionalità del giudice nella decisione sulla videoconferenza, si potrebbe altresì elaborare una clausola simile a quella prevista nel nostro codice di rito dall'art. 146-*bis* co. 1-*ter* NAttCpp, che permetta all'autorità giudiziaria dello Stato del processo di stabilire la comparizione fisica dell'imputato, qualora lo ritenga necessario alla luce delle circostanze del caso.
Per quegli ordinamenti – come la Germania o la Croazia – che obbligano l'accusato a presenziare fisicamente al giudizio, il nuovo atto legislativo potrebbe prevedere un meccanismo di cd. "*opt-out*", sulla falsariga di quello già sperimentato nell'art. 10 parr. 9 e 10 della Convenzione di Bruxelles. Questa disposizione, da un lato, lasciava gli Stati parte liberi di accettare o meno le richieste di audizione in videoconferenza riguardanti l'imputato e, dall'altro, al momento delle procedure costituzionali per la ratifica della Convenzione, li autorizzava a depositare una dichiarazione – revocabile – con la quale comunicavano di rifiutare in generale l'esecuzione di tali audizioni. Nel campo delle rogatorie[82], il *caveat* era dovuto principalmente alla scarsa fiducia allora riposta dal legislatore sovranazionale nella tecnologia audiovisiva[83]; oggi, una prudenza analoga potrebbe risultare opportuna per rispettare le tradizioni costituzionali di taluni Stati membri in materia di partecipazione fisica dell'imputato alla fase del *trial*[84].

---

le udienze tenutesi durante la pandemia da Covid-19 – si riferisce a quelle fattispecie in cui è realisticamente impossibile ottenere la presenza fisica di una persona in aula (d'altro canto, il rimedio praticabile sarebbe, in ogni caso, il rinvio dell'udienza).

[79] Cfr. *CCBE contribution to the High-Level Forum*, *op. cit.*, 51.

[80] Non può essere nascosto che l'introduzione di questa prerogativa potrebbe incontrare le resistenze politiche, e ancor più economiche, degli Stati, quando la traduzione del detenuto non facesse seguito a un mandato di arresto europeo, perché – alla stregua di quanto accaduto nella causa C-325/24 (*Bissilli*) – ne difetterebbero i presupposti.

[81] La rinuncia dell'imputato alla partecipazione fisica, per preferire quella in videoconferenza, comporta infatti che egli goda, innanzitutto, del diritto a essere presente di persona in aula, come rammenta K. Kamer, *The Right to a Fair Online Hearing*, *op. cit.*, p. 17; ciò significa che l'accusato potrebbe chiedere di partecipare in videoconferenza, essendogli garantita la presenza fisica in giudizio e giammai il contrario: si veda, tuttavia, C. eur., *Golubev c. Russia*, 9.11.2006, la quale ha valutato legittima la partecipazione in videoconferenza dell'accusato al giudizio d'appello, anche in ragione del fatto che lo stesso non aveva domandato di presenziare fisicamente – prerogativa consentita dalla legge nazionale – né si era opposto alla celebrazione dell'udienza in *video-link* nel corso del suo svolgimento.

[82] Il meccanismo è stato riproposto anche nell'art. 9 parr. 8 e 9 del Secondo protocollo addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale, con l'unica differenza che quest'ultimo include anche il sospettato tra i soggetti escutibili a distanza: cfr. *Explanatory Report to the Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters*, in *ETS no. 182*, par. 81 ss., 9.

[83] Secondo M.R. Marchetti, *L'assistenza giudiziaria internazionale*, cit., 223 s., nella Convenzione di Bruxelles, «la prudenza con cui si estende[va] all'imputato la possibilità di audizione in videoconferenza testimonia[va] il disagio del legislatore sovranazionale ad utilizzare, pure con riguardo alla persona sottoposta a procedimento, questa modalità»; ricorda che l'estensione della videoconferenza acquisitiva all'imputato nella Convenzione di Bruxelles fu fortemente sostenuta dalla delegazione italiana, ma accolta solo in linea di principio, proprio a causa della facoltà per gli Stati di escluderne l'applicazione, Z. Secchi, *Classificazione delle rogatorie e atti rogabili*, in *Rogatorie penali e cooperazione giudiziaria internazionale*, a cura di G. La Greca, M.R. Marchetti, Torino 2003, p. 202.

[84] M. Careglio, *Remote participation in Criminal Trials*, *op. cit.*, 408, confida, invece, che gli Stati, i quali impongono la presenza fisica dell'imputato al processo, «*will be prepared to reconsider long-standing procedural traditions, however well-founded and lawful on a domestic level, in favour of ensuring fair and effective access*

Va da sé che il *video-link* dovrebbe garantire alla persona collegata a distanza l'esercizio dei suoi diritti fondamentali, compreso quello di seguire il dibattimento – attivamente o passivamente – senza nessun tipo di ostacolo[85]. A proposito, l'avvento della nuova regolamentazione potrebbe incoraggiare gli Stati membri a dotarsi di un protocollo tecnico uniforme sulla videoconferenza, composto di criteri condivisi a livello europeo sulla qualità e sull'interoperabilità della strumentazione impiegata, ancora più irrinunciabile quando la tecnologia veicoli la partecipazione dell'imputato[86]. Dovrebbe infine essere tassativamente vietata ogni tipologia di videoconferenza cd. "diretta", ossia attuata senza coinvolgere l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto[87].

Sembra oramai giunto il momento affinché l'Unione europea superi una concezione dei collegamenti audiovisivi quali strumenti essenzialmente votati all'efficienza della cooperazione giudiziaria, per prediligerne una più orientata alla comprensione dei valori in gioco, capace di sfociare – ricorrendo i presupposti descritti – nel vero e proprio diritto dell'imputato alla presenza digitale al giudizio. Volendo ricorrere a una metafora, la ricostruzione sin qui svolta consente di raffigurare la videoconferenza transnazionale come un Giano bifronte: una faccia rivolta al passato, verso la tradizionale funzione probatoria; l'altra proiettata verso il futuro, nella prospettiva della partecipazione virtuale al dibattimento. L'obiettivo è ricondurla, mediante un intervento normativo, sotto l'ottica unitaria della tutela dei diritti fondamentali e dell'osservanza del principio del giusto processo regolato dalla legge.

to justice for defendants who cannot afford to travel repeatedly to another country – without forgetting that these individuals are presumed innocent until proven guilty».

[85] Occorre prestare la massima attenzione affinché «una lettura non formalistica del diritto alla presenza dell'imputato», che M. Lanotte, *Limiti al rifiuto di eseguire un ordine europeo di indagine per l'audizione in videoconferenza*, *op. cit.*, 13, ricava dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia UE in tema di videoconferenza, non finisca per pregiudicare la posizione della persona sottoposta a processo in modo ancor più incisivo della stessa impossibilità di attivare la videoconferenza.

[86] La necessità di fissare *standard* tecnologici comuni per i sistemi di videoconferenza e di permettere l'interoperabilità tra gli stessi è emersa in parallelo a quella di disciplinare la partecipazione a distanza dell'imputato all'estero, seguendo sostanzialmente lo stesso *iter* istituzionale: da Council of the European Union, *Final report on the tenth round of mutual evaluations*, cit., 69; passando per il *Report of the High-Level Forum*, *op. cit.*, 20; sino a Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, DigitalJustice@2030*, cit., 11; nel complesso, «migliorare l'interoperabilità delle videoconferenze (ad esempio requisiti, norme o strumenti comuni per lo svolgimento di udienze a distanza)» fa parte del Piano d'azione in materia di giustizia elettronica europea per il quadriennio 2024-2028, *op. cit.*, 11.

[87] Quanto alle criticità che derivano dalle "*direct videoconferences*" rispetto all'assunzione probatoria, le quali possono ugualmente – se non addirittura con maggiore intensità – riferirsi alla partecipazione dell'imputato al processo, sia permesso un rinvio a N. Tronchin, *The Practice of "Direct Videoconferences" for the Taking of Testimonial Evidence in Cross-Border Cases*, in *Oñati Socio-Legal Series*, in corso di pubblicazione.

I PARADIGMI DELL'ACCERTAMENTO PENALE ALLA PROVA DELLE DATA-DRIVEN INVESTIGATION

di Giulia Lasagni[*] (Professoressa associata di diritto processuale penale, Università di Bologna)

Il contributo affronta il tema del rapporto fra cooperazione giudiziaria e tecnologia (anche automatizzata) guardando a una specifica applicazione di alcune tecniche di indagine, che hanno costituito il centro delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali in materia: le cosiddette *data-driven investigation.* Due in particolare i profili problematici esaminati: il difficile inquadramento delle operazioni transnazionali di captazione di dati su larga scala, che pongono in rilievo il complicato rapporto fra diritti del giusto processo e tutela della riservatezza, e la questione dell'accesso ai dati, che mette in discussione l'effettività del principio del contraddittorio. L'analisi, tramite una prospettiva interna e comparata, vuole mettere in evidenza come nell'era delle grandi indagini transnazionali e tecnologiche, basate (anche) sull'IA, la definizione del principio della parità delle parti non è solo una questione di diritto, ma anche, più che mai, di infrastrutture.

This paper aims to address the relationship between judicial cooperation and technology (including automated technology) by examining a specific application of certain investigative techniques, which have been at the heart of the most recent developments in case law on the subject: so-called data-driven investigations.

Two problematic issues in particular are examined: the difficulty in classifying large-scale cross-border data collection operations, which highlight the complex relationship between the rights to a fair trial and the protection of privacy; and the issue of access to data, which calls into question the effectiveness of the principle of the right to be heard. This analysis, adopting an internal and comparative perspective, aims to show how, in the era of large-scale transnational and technology-driven investigations – based (in part) on AI – the definition of the principle of equality of arms is not merely a matter of law, but also, more than ever, a matter of infrastructure.

data-driven investigation, AI, judicial cooperation

[*] *Nota dell'autrice:* Nel 2026, confermando un trend in crescita, le donne costituiscono circa il 57,2 % della magistratura in ruolo (fonte: CSM, Ufficio statistico. *Distribuzione di genere del personale di magistratura*-marzo 2026); nell'avvocatura la componente femminile è ormai maggioritaria nella fascia di età fra i 34 e i 54 anni, mentre il genere maschile resta prevalente nella fascia 55-65 anni (fonte: Consiglio Nazionale Forense, Cerimonia di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2026, *Relazione del Presidente Avv. Francesco Greco*, 13.3.2026, 10). Più che in altri contesti, quindi, l'utilizzo del maschile sovraesteso (*i* giudici, *i* pubblici ministeri, *gli* avvocati), sempre più posto in discussione anche in letteratura (fra cui, V. Gheno, *Nomi professionali femminili: singolarità o normalità?*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, vol. 2/2020, 1-15) appare in questo ambito particolarmente poco giustificato e foriero di una visione distorta della realtà; problema ampio e già autorevolmente riconosciuto a suo tempo anche da S. Cassese, *Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma 1993, Parte seconda, par. 4, 49 ss., secondo cui: «il fatto che in italiano il genere grammaticale maschile sia considerato il genere base non marcato, cioè […] valido per entrambi i sessi, può comportare sul piano sociale un forte effetto di esclusione e di rafforzamento di stereotipi. […] l'amministrazione pubblica, attraverso i suoi atti, appare un mondo di uomini in cui è uomo non solo chi autorizza, certifica, giudica, ma lo è anche chi denuncia, possiede immobili, dichiara, ecc...». Per questi motivi, per riferirsi alle categorie generali, nel capitolo si è usata consapevolmente la forma femminile, che solo regole grammaticali espressione di una prospettiva tradizionale vogliono di per sé meno inclusiva del suo corrispettivo maschile.

L'autrice è grata a Michele Caianiello, Giuseppe Contissa, Sofia Mirandola, Isadora Neroni Rezende, Lorenzo Farneti ed Elena Nasi per i loro commenti e per le loro critiche alle bozze dell'articolo: senza queste discussioni, il contributo sarebbe stato molto più confuso e il processo di pensarlo e scriverlo molto meno divertente.

data-driven investigation, IA, cooperazione giudiziaria

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Cooperazione giudiziaria e tecnologia automatizzata: il caso delle *data-driven investigation*. – 2.1. La vicenda EncroChat. – 2.2. La vicenda Sky ECC. – 2.3. Questioni problematiche: panoramica. – 3. L'interazione fra diritti processuali e diritto alla privacy: un rapporto da ridefinire. – 3.1. Diritto (?) all'anonimato e accertamento penale. – 3.2. Sorveglianza di massa a fini repressivi: il confine sfumato fra indagini preventive e indagini penali. – 4. Questioni critiche: l'accesso ai dati. – 4.1. (segue) l'accesso ai dati "grezzi". – 5. Questioni critiche: l'OIE per le prove già acquisite e il problema del "contraddittorio anticipato". – 5.1. Focus: il cortocircuito argomentativo sull'onere probatorio. – 6. Il principio del contraddittorio alla prova di tecnologie automatizzate e meccanismi di cooperazione giudiziaria: quale rimedio effettivo? – 6.1. L'approccio ampio alla nozione di rimedio interno. – 6.2. La strada della inammissibilità (o inutilizzabilità). – 6.3. Ragionando sul giusto processo e sugli standard probatori. – 6.4. Un approccio ibrido, con fondamento tecnologico. – 7. Conclusioni.

1. Il rapporto fra indagini penali e tecnologia può dirsi ambivalente. Da un lato, quest'ultima rappresenta un impagabile strumento per affinare le modalità investigative. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla possibilità di acquisire dichiarazioni da remoto o di condurre indagini genetiche significative su campioni, anche infinitesimali, di tracce biologiche. Al tempo stesso, la tecnologia costituisce un supporto sempre più imprescindibile per l'attività decisionale della giudice, procurando a quest'ultima elementi di riscontro utili a verificare l'attendibilità delle prove (come la geolocalizzazione tramite l'analisi dei dati esterni alle comunicazioni per corroborare o smentire il contenuto di una dichiarazione); o aiutandola a prendere coscienza di errori investigativi commessi in precedenza (fra tutti, si consideri il potenziale della cosiddetta *DNA exoneration*).

D'altro canto, il progresso fornisce anche mezzi innovativi per la commissione di fatti di reato che, a loro volta, costituiscono un nuovo fattore di rischio, difficile da gestire per i sistemi di giustizia penale. Si consideri la possibilità di effettuare acquisti sul *dark web* tramite criptovalute (magari anonimizzate, come *Monero*) o, per gli appartenenti a una rete criminosa, di scambiarsi informazioni in forma criptata; il tutto, ovviamente, in una dimensione ontologicamente slegata dai confini fisici e giuridici dei singoli ordinamenti.

Per svolgere indagini su condotte simili, le autorità pubbliche non solo devono utilizzare gli strumenti di cooperazione sovranazionale con maggiore frequenza rispetto al passato, ma anche compiere uno sforzo ulteriore, investendo nello sviluppo di competenze e tecnologie "antagoniste" efficaci. È questo il contesto nel quale anche il ricorso a forme di intelligenza artificiale (IA)[1], i cui aspetti tecnici e operativi rimangono per lo più oscuri agli operatori del

[1] È essenziale, in verità, intendersi anzitutto su cosa sia un algoritmo e cosa intelligenza artificiale. Anche se le definizioni, specie nel secondo caso, sono tutt'altro che univoche, in generale, ci si può riferire ai sistemi di intelligenza artificiale come a quei sistemi software (e possibilmente hardware) sviluppati da esseri umani che, dato uno scopo complesso, operano nella dimensione fisica o digitale, percependo il loro ambiente mediante l'acquisizione di informazioni, interpretando le strutture di dati strutturati e non strutturati, ragionando sulla conoscenza o elaborando la conoscenza derivata da questi dati e decidendo le migliori azioni da compiere per raggiungere gli obiettivi da raggiungere. I sistemi di IA possono usare regole simboliche o apprendere un modello numerico, e possono anche adattare il loro comportamento, analizzando come l'ambiente sia influenzato dalle loro azioni precedenti (AI-HLEG, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *A definition of AI: Main*

diritto, si profila sempre più come uno strumento investigativo necessario, se non addirittura essenziale[2].

Il potenziamento tecnologico, sia delle modalità di commissione dei reati sia di quelle di accertamento, però, non sempre si traduce in un adeguamento degli schemi processuali che regolano le attività inquirenti e definiscono i diritti e gli oneri delle parti private. In particolare, se la gran parte dei codici processuali penali (almeno quelli occidentali) è stata disegnata tenendo a riferimento la prova dichiarativa, da almeno un decennio sono ormai i dati, spesso digitali e in forma massiva, a costituire l'elemento essenziale per identificare i flussi criminosi, le singole posizioni da indagare, i presupposti per la applicazione di misure investigative o cautelari, o per giustificare la emissione di sentenze[3].

Il cambiamento di paradigma, però, sovente non trova un corrispettivo adeguato sul piano investigativo e processuale. Tale disallineamento è riscontrabile, fra gli altri, in numerosi ordinamenti europei (fra cui certamente il nostro), che costituiscono l'oggetto principale di questa analisi.

Nello specifico, il contributo si prefigge di affrontare il tema del rapporto fra cooperazione giudiziaria e tecnologia (anche automatizzata) guardando ad una specifica applicazione di alcune tecniche di indagine, che hanno costituito il centro delle più recenti evoluzioni

---

capabilities and scientific disciplines, European Commission 2019).

Similmente, «non esiste un concetto condiviso di algoritmo: diversi studiosi propongono caratterizzazioni differenti di questa nozione. Alcuni aspetti fondamentali comuni, tuttavia, possono essere individuati. Un algoritmo, in un senso molto generico, è una sequenza di istruzioni che specifica una combinazione di azioni da compiere per risolvere un problema» (G. Sartor, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione. Corso d'informatica giuridica*[4], Torino 2022, 101). È «importante ricordare che gli algoritmi, quali procedure suscettibili di applicazione automatica, hanno un campo di utilizzo che si estende al di là dei sistemi di IA, ricoprendo ogni sistema informatico. Essi possono essere molto semplici, come quello che specifica come ordinare liste di parole [...] Essi possono essere invece molto complessi, come gli algoritmi per la cifratura o la compressione di file digitali, il riconoscimento vocale, o la previsione nella finanza. Ovviamente, non tutti gli algoritmi riguardano l'IA, ma ogni sistema di IA, come ogni sistema informatico, comprende algoritmi, alcuni dei quali svolgono compiti che attengono direttamente a funzioni di IA» (G. Sartor, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino 2022, 9).

[2] «L'uso dell'IA è pertanto essenziale affinché le autorità di contrasto possano prevenire e individuare i reati e indagare su di essi, e di conseguenza proteggere le nostre società nell'era digitale. Le soluzioni basate sull'IA possono permettere di eseguire compiti semplici, come la traduzione automatica o la conversione dal parlato allo scritto, o compiti più complessi, come il filtraggio dei dati, la correlazione tra prove da ingenti quantità di dati o la lotta contro l'uso malevolo dell'IA. Gli strumenti delle autorità di contrasto basati sull'IA devono essere accurati, trasparenti e pienamente conformi al quadro giuridico dell'UE in materia di IA, protezione dei dati e tutela della vita privata, al fine di garantire indagini affidabili ed etiche basate sui dati. L'IA e il calcolo ad alte prestazioni sono di fondamentale importanza per ottenere l'accesso ai dati cifrati e sostenere le indagini e l'analisi forense», v. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni. Tabella di marcia per assicurare alle autorità di contrasto un accesso legittimo ed effettivo ai dati, Bruxelles, 24.6.2025 COM(2025) 349 final, 13 ss.

[3] Si veda, in tal senso, quanto riportato da Europol e Eurojust, i quali «recently noted that an increasing number of investigations involve very large amounts of data. In a standard child sexual abuse case, investigations often require analysing between 1 and 3 terabytes of data, which can include 1 to 10 million images and thousands of hours of video footage50. In 2023, 1,553,822 large files were exchanged via Europol's Large File Exchange (LFE)51. In the *EncroChat* case […], over 115 million conversations between organised crime suspects were intercepted. In the months that followed, using advanced analytical techniques and methods, such as machine learning, Europol and law enforcement agencies were able to identify patterns, connections and hotspots, leading to the arrest of 6,558 suspects. Dutch and French authorities shared this information with their counterparts in EU Member States and third countries, leading to more than 200 murder plots being foiled in the UK alone», v. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Roadmap for lawful and effective access to data for law enforcement, Brussels, 24.6.2025 COM(2025) 349 final, 12, riferita al documento del 2024 Review by Eurojust and Europol, *Common Challenges in Cybercrime*, ultimo aggiornamento del 31.1.2025.

giurisprudenziali in materia: le cosiddette *data-driven investigation* (§ 2). All'interno di questo contesto, ci si soffermerà su due profili problematici che, sebbene non esaustivi della complessità del tema, rappresentano il fulcro delle questioni oggi sul tappeto.
Dapprima si affronterà il difficile inquadramento delle operazioni transnazionali di captazione di dati su larga scala, che mettono in rilievo il complicato rapporto fra diritti del giusto processo e tutela della riservatezza (§ 3).
In secondo luogo, si esaminerà la questione dell'accesso ai dati (§ 4). Questo aspetto, già di per sé problematico quando gli strumenti di IA sono coinvolti, rivela ostacoli significativi nelle indagini transnazionali, in relazione ai singoli strumenti di cooperazione giudiziaria adottati. A tal proposito, si sottolineeranno alcuni limiti della Direttiva sull'ordine europeo di indagine penale, con particolare riferimento al suo impiego per la trasmissione di prove già acquisite (§ 5)[4].
Da ultimo, si esaminerà il problema della identificazione e della articolazione di rimedi effettivi che, proprio nel contesto dell'applicazione di tecnologie automatizzate su un piano multi-livello, impone necessariamente l'adozione di un approccio innovativo: ciò vale con riferimento al lato normativo, a quello ermeneutico e, infine, a quello strutturale-organizzativo. Il dibattito giurisprudenziale, di cui si dirà, illustra in modo evidente la ricerca di prospettive possibili e i limiti di gran parte delle strade sinora percorse (§ 6).
Un elemento comune emerge, in particolare, da questo studio: nell'era delle grandi indagini transnazionali e tecnologiche, basate (anche) sull'IA, la definizione del principio della parità delle parti non è solo una questione di diritto, ma anche, più che mai, di infrastrutture. È questa la prospettiva, ancora isolata e, tuttavia, con qualche esempio estremamente significativo (§ 6.4), che sembra urgente adottare per offrire una risposta adeguata alle istanze di tutela effettiva dei diritti. Per giustificare queste conclusioni, però, è opportuno iniziare chiarendo alcuni aspetti preliminari.

2. In linea di principio, l'esame dei profili problematici che derivano dalla digitalizzazione avanzata dei metodi di indagine all'interno dei meccanismi di cooperazione internazionale penale potrebbe riguardare le più varie tipologie di strumenti, fra cui diversi *tools* di IA. Fra i tanti, ad essere assurti per primi agli onori delle cronache e della giurisprudenza, in un modo in precedenza mai così diffuso e dirompente, sono stati però gli applicativi che hanno un diretto impatto sulla formazione della prova.
Ciò, ovviamente, non deve sorprendere: è ben noto, infatti, che l'accertamento costituisce non solo un passaggio essenziale in ogni procedimento penale, ma rappresenta anche un segmento processuale caratterizzato da un livello di armonizzazione normativa bassissimo. L'apporto della tecnologia automatizzata in un contesto simile ha quindi posto, su scala transnazionale, una serie di questioni dirimenti per la tenuta dei diritti fondamentali; questioni in parte innovative, perché legate a specificità dei sistemi di IA, in parte già note in contesti "analogici", ma esacerbate dall'elemento tecnologico in esame[5].

[4] In realtà, le problematiche qui in esame potrebbero essere probabilmente estese anche ad altri meccanismi di cooperazione in materia penale, come il sistema integrato della Procura europea o il nuovo pacchetto in tema di e-evidence che, almeno in larga parte, presentano le medesime carenze di cui si discuterà. La presente analisi, tuttavia, si concentra solo sull'Ordine europeo di indagine, un po' per ragioni di spazio, un po' perché sinora questo è stato il principale banco di prova della giurisprudenza in materia di *data-driven investigation*.
[5] Non ci si occuperà, pertanto, in questa sede, degli strumenti di IA cosiddetti "predittivi". La ragione di tale scelta risiede nel fatto che, al di là della loro percezione altamente cinematografica, essi risultano ancora relativamente poco utilizzati, quantomeno in Europa e nel processo penale in senso proprio (e, soprattutto, i cui risultati sono spesso difficili da isolare all'interno dei margini di discrezionalità riconosciuti alla giudicante negli ambiti di riferimento, come le valutazioni di pericolosità). Sul tema, si vedano, per tutti, S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for A European Legal*

È su tali premesse che, da un paio di anni, in Europa si è cominciato a riflettere in profondità sulle implicazioni concrete dell'uso degli strumenti di *digital forensics*, anche automatizzati – intendendo, con tale espressione, quella variegata pletora di applicativi finalizzati alla analisi dei dati digitali, con funzioni di ricerca che consentono di trovare ed esaminare le informazioni rilevanti, riducendo significativamente i tempi e, talvolta, i costi, associati agli accertamenti analogici.

Non solo: si è iniziato a interrogarsi sul tema a partire da vicende di acquisizione dei dati *in tempo reale*, ovvero in contesti già problematici, anche a prescindere dall'utilizzo dell'intelligenza artificiale.

Lungi dall'essere scenari ipotetici, tali situazioni possono essere inquadrate all'interno di paradigmi investigativi caratteristici, denominati *data-driven investigation*. Il termine si riferisce ad operazioni in cui la raccolta strutturata di dati e l'analisi su larga scala di tali *pool* di informazioni, anche ricorrendo a strumenti di *digital forensics* (e di *AI-based digital forensics*), assumono un ruolo centrale, sia ai fini dell'accertamento stesso, sia come propulsori di nuove attività di *intelligence* o di indagine penale[6].

Le *data-driven investigation* rappresentano oggi una tipologia sempre più comune di investigazione, nella quale si scontrano, tutte insieme, alcune delle più complesse sfide che la giustizia penale deve affrontare nel tempo presente: le potenzialità criminose, ma anche repressive, della tecnologia digitale e automatizzata; i limiti delle giurisdizioni sovranazionali rispetto a una criminalità decisamente globalizzata e a regimi di ammissibilità della prova dai confini nazionali; il difficile bilanciamento fra diritti alla riservatezza ed esigenze securitarie; la difficoltà di identificare rimedi efficaci alle sfide poste.

Per tutti questi motivi, le *data-driven investigation* costituiscono il punto di partenza essenziale da cui partire nella analisi del complesso e variegato rapporto fra cooperazione penale e tecnologia (anche automatizzata). Negli ultimi anni, in particolare, lo spazio giuridico europeo (e non solo) è stato teatro di un'ampia serie di azioni di questo tipo. Si pensi alle vicende che hanno investito le piattaforme di comunicazione criptata Anom (2019-2021)[7], Exclu (2022-2023)[8], Ghost (2024)[9] o Matrix (2021-2024)[10]: sospettate di essere divenute il veicolo per la

---

Discussion, Cham 2020, 101 ss. e M. Caianiello, *Dangerous Liaisons. Potentialities and Risks Deriving from the Interaction between Artificial Intelligence and Preventive Justice*, in *29*(1) *EJCCLCJ* 2021, 1-23.

Né si tratterà di *tools* di riconoscimento facciale, molto comuni, specie nelle prime fasi del procedimento, ma ancora piuttosto vaghi quanto al valore probatorio dei relativi esiti – il che, naturalmente, è parte delle ragioni che rendono tali strumenti problematici; per un approfondimento sul tema, si vedano il report della European Union Agency for Fundamental Rights, Facial Recognition Technology: Fundamental Rights Considerations in the Context of Law Enforcement (Publications Office 2019), oltre che i contributi di F. Palmiotto e N.M. González, *Facial recognition technology, democracy and human rights*, in *Computer Law and Security Review* 50 Sept. 2023, 1-6; N.M. González, *The Rights to Privacy and Data Protection and Facial Recognition Technology in the Global North* in J. Temperman-A. Quintavalla (eds), *Artificial Intelligence and Human Rights*, Oxford Law Pro 2023, online edn; J. Della Torre, *Quale spazio per gli strumenti di riconoscimento facciale nella giustizia penale?*, in *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio*, a cura di G. Di Paolo e L. Pressacco, Napoli 2022, 7-62; I. Neroni Rezende, *Facial recognition in police hands: Assessing the "Clearview case" from a European perspective*, in 11 *NJECL* 2020, 375.

[6] M.F.H. Ballin e J.J. Oerlemans, *Datagedreven opsporing verzet de bakens in het toezicht op strafvorderlijk optreden*, in *Delikt en Delinkwent* 2023, 18.

[7] https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/800-criminals-arrested-in-biggest-ever-law-enforcement-operation-against-encrypted-communication.

[8] https://www.eurojust.europa.eu/news/new-strike-against-encrypted-criminal-communications-dismantling-exclu-tool.

[9] https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/global-coalition-takes-down-new-criminal-communication-platform.

[10] https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/international-operation-takes-down-another-encrypted-messaging-service-used-criminals.

facilitazione o lo svolgimento di azioni criminose organizzate su scala globale, si è proceduto alla loro chiusura a seguito di indagini sovranazionali complesse ed articolate, caratterizzate da elementi comuni che è opportuno mettere in evidenza, per comprenderne meglio funzionamento, potenzialità e impatto sulla tenuta dei diritti fondamentali.
E, fra tutte le operazioni di cui si potrebbe parlare, nessuna è più esemplificativa dei casi EncroChat e Sky ECC, di cui conviene brevemente ripercorrere le tappe essenziali, prima di esaminarne gli spunti critici.

2.1. È il 2020 quando le autorità francesi e olandesi, insieme a Eurojust e Europol, annunciano lo smantellamento ufficiale del server EncroChat. EncroChat era uno dei più grandi servizi mondiali di comunicazione criptata, un sistema operativo parallelo a quelli tradizionali (come Android), con migliaia di utenti nella sola Europa, che forniva una rete di comunicazione "sicura", grazie alla disattivazione di microfoni, videocamere e GPS nei dispositivi, alla possibilità di cancellare i contenuti dell'hardware da remoto e, infine, a un software criptato apposito per l'inoltro di messaggi in forma anonima.
Dopo aver scoperto lo sfruttamento di tale rete da parte di diversi gruppi di criminalità organizzata attivi nel traffico di stupefacenti, nel 2018 Francia e Paesi Bassi, con il supporto delle agenzie europee, avevano dato origine ad una squadra investigativa comune. Su autorizzazione della magistratura francese (cioè quella del luogo ove era situato il server), le inquirenti, tramite un non meglio specificato "technical device", mettevano in atto operazioni di captazione della messaggistica per un periodo di circa due mesi, sino a quando la piattaforma, resasi conto dell'intervenuto hackeraggio, allertava i propri utenti, avvisandoli che un'autorità pubblica aveva ottenuto accesso al sistema e suggerendo loro di disfarsi dei propri telefoni[11].
Tale operazione veniva svolta in Francia con una tecnica investigativa specifica denominata *captation des données informatiques* (art. 706-102-1 del codice di procedura penale francese), che richiede, in modo simile ai regimi previsti in Italia per l'acquisizione dei dati esterni alle comunicazioni e per le intercettazioni, un'autorizzazione da parte di una giudice per il suo svolgimento.
I dati raccolti, nell'ammontare di centinaia di migliaia di messaggi, venivano dapprima condivisi all'interno della squadra investigativa, dando origine a numerosi procedimenti penali nei due paesi. Successivamente, sempre con il supporto di Eurojust ed Europol, gli stessi venivano posti a disposizione anche di altri Stati, tramite richieste di cooperazione giudiziaria. L'Italia, in quanto membro dell'Unione europea, otteneva informazioni relative a numerosi indagati in procedimenti interni, facendo ripetutamente ricorso all'Ordine europeo di indagine (OIE).
Nei procedimenti penali instaurati o proseguiti sulla base di tali informazioni, emergevano sia nel nostro paese sia in altri Stati UE diverse questioni giuridiche legate al valore probatorio di quanto raccolto all'estero, alla luce del principio del mutuo riconoscimento e dell'effettività del diritto di difesa.

2.2. Smantellata la rete EncroChat, le inquirenti francesi e olandesi, a cui si erano aggiunte nel frattempo anche quelle belghe, rilevavano uno spostamento delle comunicazioni relative ai traffici internazionali di stupefacenti sulle piattaforme Sky ECC. Questa era una rete di messaggistica criptata, che vantava centinaia di migliaia di utenti nel mondo, fondata sulla vendita di smartphone modificati (disattivazione di videocamera, microfono e GPS;

[11] Eurojust/Europol, *Dismantling of an encrypted network sends shockwaves through organised crime groups across Europe*, joint press release, 2.7.2020.

impossibilità di effettuare chiamate al di fuori del circuito Sky ECC) e dotati di particolari impostazioni di sicurezza, come la cancellazione automatica dei messaggi ricevuti allo scadere di un periodo di tempo prestabilito dagli utenti (anche molto breve, come 30 secondi) e la possibilità di cancellare da remoto il contenuto del dispositivo con una apposita password (cd. *distress password* o *kill switch*). La complessa impresa di *hacking* di Sky ECC, portata avanti con lo sforzo congiunto di una nuova squadra investigativa comune fra Francia, Paesi Bassi e Belgio, sempre col supporto di Europol e Eurojust, ha portato alla captazione di almeno un miliardo di messaggi criptati da più di 70.000 cd. "criptofonini"[12]; essa costituisce, almeno ad oggi, la più grande operazione *data-driven* mai condotta sul continente.
Come nel caso di EncroChat, dal punto di vista giuridico, l'inoculamento nella piattaforma criptata veniva effettuato in Francia (dove anche i server di Sky ECC erano situati) mediante lo strumento della *captation des données informatiques*, sempre con l'autorizzazione della autorità giudiziaria competente. Tecnicamente, secondo quanto reso noto, l'azione veniva sviluppata in tre fasi (non necessariamente tutte chiaramente distinte, dal punto di vista temporale): a) utilizzo di un virus informatico per introdursi nel server di riferimento; b) applicazione di malware per decrittare il contenuto acquisito; e, infine, c) stoccaggio e analisi dei dati raccolti tramite *tools* di *digital forensics*, anche basati sull'intelligenza artificiale[13].
Tutte queste tecnologie venivano sviluppate all'interno della squadra investigativa comune, con il contributo fondamentale del Netherlands Forensic Institute[14] e di Europol. Una volta raccolti, i dati venivano messi a disposizione anche di paesi terzi, tramite richieste di cooperazione internazionale, che, all'interno dell'UE, assumevano le forme dell'ordine europeo di indagine. Anche in questo caso, la condivisione di informazioni alimentava centinaia di procedimenti penali nella sola Europa, nei quali si evidenziavano sin da subito diverse questioni critiche legate alla utilizzabilità delle informazioni captate e alla possibilità di esercitare in modo effettivo i diritti di difesa in un contesto tecnologicamente avanzato.

2.3. Da queste vicende emergevano diverse questioni critiche, che venivano portate all'attenzione delle giudici, sia a livello nazionale, sia sovranazionale[15]. Fra queste, per quanto riguarda il complesso rapporto fra spazio giuridico comune europeo, sistemi processuali distinti (specie riguardo al diritto probatorio) e principio del mutuo riconoscimento, alcune si distinguevano per riferirsi esplicitamente alla applicazione di tecnologia automatizzata.
Un profilo, in particolare, si evidenziava in modo preponderante nelle vicende EncroChat e Sky ECC: come esercitare in modo effettivo i diritti di difesa e del contraddittorio, rispetto a valutazioni complesse di *digital forensics*. Detto altrimenti, ci si chiede se debba essere considerato un *vulnus* al diritto di difesa, ed eventualmente, con quali conseguenze, la impossibilità di conoscere tutte le informazioni utili sulle operazioni tecniche svolte (*es. con*

[12] https://www.eurojust.europa.eu/news/new-major-interventions-block-encrypted-communications-criminal-networks.
[13] J.J. Oerlemans, *The future of data-driven investigations in light of the Sky ECC operation*, in 14 *NJECL* 4/2023, 442 ss.
[14] Il NFI è l'ente nazionale olandese che si occupa di scienze forensi complesse e multidisciplinari, nonché un centro governativo di ricerca per l'innovazione e la condivisione delle conoscenze in questo settore (https://www.forensischinstituut.nl/en/about-nfi). Il ruolo innovativo di questo centro, per i temi di interesse della presente analisi, è trattato nel § 6.4.
[15] Per esempio, se l'acquisizione dei dati, eseguita in Francia secondo forme di captazione che non necessariamente trovano un corrispondente mezzo di ricerca della prova nel sistema interno, possa essere di ostacolo alla utilizzabilità (o ammissibilità, negli Stati europei dove i due profili non sono autonomi) dei dati nei procedimenti interni; o, ancora, se sia necessario affiancare, nel sistema che recepisce i dati (es. Italia), un provvedimento ulteriore dell'autorità giudiziaria, che ne certifichi l'utilizzabilità a fini interni, o se sia sufficiente il controllo già esercitato dalla giudice francese al momento della acquisizione.

quale software si è svolta l'operazione di hackeraggio? Con quale la analisi dei dati che ha consentito di correlare un determinato messaggio ad un soggetto specifico?).
Innanzitutto, tale profilo ha aperto la riflessione sulla definizione del diritto di accesso ai dati, specie, come si dirà, in relazione a quelli cd. "grezzi", e cioè sulla misura entro cui può o deve essere concesso alla difesa di esaminare il materiale raccolto a verifica della selezione effettuata dalle inquirenti (§4).
Il portato di tale discussione si ripercuoteva poi sul tema di quali procedure partecipative si presentino come adeguate a una lettura tecnologicamente sensata del principio del contraddittorio, non solo sul piano teorico, ma anche, e soprattutto, su quello pratico (§ 5).
Invero, nel contesto della cooperazione sovranazionale, la questione della effettività delle prerogative processuali si pone sempre in modo specialmente pregnante; ciò a causa della sfasatura spazio-temporale delle indagini e dei processi. Difatti, nei procedimenti transnazionali, i limiti ai diritti del contraddittorio e di difesa non derivano solo dalle difficoltà già segnalate, comuni a tutti gli accertamenti *data-based*, ma anche da ragioni di natura prettamente operativa. In altre parole: presumibilmente la difesa, a suo tempo, non ha potuto prendere parte alle operazioni di acquisizione delle informazioni, non solo per gli eventuali limiti intrinseci allo strumento tecnologico adottato, ma anche perché tali operazioni si sono svolte in una giurisdizione altra e, ragionevolmente, in un momento storico antecedente alla individuazione della specifica posizione degli assistiti in uno Stato membro diverso. Si pone, quindi, il problema di un recupero *ex post* delle garanzie del contraddittorio, che però incontra diversi ostacoli, sia normativo-interpretativi, sia strutturali (§ 6).

3. Prima di esaminare nel dettaglio le diverse questioni problematiche legate ai diritti di difesa e al contraddittorio nell'utilizzo di applicazioni di IA, però, è necessario affrontare un tema più ampio, al cui interno esse si collocano.
Spesso, infatti, il presupposto che porta a interrogarsi sulla necessità di impiegare strumenti di IA per le operazioni di *digital forensics* risiede, in prima battuta, in una raccolta importante di dati, che ne rende complesse la gestione, l'analisi e la conservazione. A sua volta, la raccolta su larga scala di informazioni riporta in gioco un tema più ampio, ovvero quello del rapporto fra, da un lato, potenziali violazioni dei diritti del giusto processo e di difesa, e, dall'altro, il diritto alla privacy e alla protezione dei dati.
Tradizionalmente, salve poche e limitate eccezioni[16], i sistemi processuali penali considerano il diritto alla riservatezza come tendenzialmente recessivo rispetto alle istanze di tutela tipiche del processo penale. Questa posizione si rispecchia anche a livello sovranazionale, dove la prevenzione e la repressione dei reati rientrano spesso tra gli obiettivi che giustificano la compressione della privacy. Si pensi, ad esempio, alle Carte fondamentali europee (CEDU, CDFUE) e, a cascata, alla legislazione secondaria eurounitaria: dalle garanzie, in sostanza assai blande, che tutelano la riservatezza durante l'accertamento penale nella Direttiva 2016/680[17], alla notevole discrezionalità lasciata nell'adozione dei sistemi di intelligenza artificiale anche ad alto rischio, se giustificati da esigenze di sicurezza nazionale, dal recente AI Act[18].

[16] In riferimento al sistema italiano, si veda, soprattutto l'art. 266 ss. Cpp.
[17] Direttiva (UE) 2016/680 del 27.4.2016 relativa alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati.
[18] Si veda l'annex III del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13.6.2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (di seguito denominato "AI Act"), analizzato recentemente da F. Galli, G. Contissa, G. Sartor, *I sistemi ad alto rischio*, in *AI Act: La regolamentazione europea dell'intelligenza artificiale*, Roma 2025, 155-174; N. Gibelli, *AI Act e procedimento penale italiano: una valutazione d'impatto*, in *Riv. Trim. Dir. pen. cont*. 4/2025, 88-115.

Un simile orientamento, però, per quanto ragionevole nell'ottica di chi svolge le indagini, appare poco sostenibile alla luce della crescente integrazione fra tecniche avanzate di analisi statistica, come il *data mining*, capaci di delineare profilazioni molto puntuali dei soggetti attenzionati, e strumenti di indagine penale dal potenziale sempre più intrusivo[19]. La possibilità di derogare in modo generale al diritto alla privacy in nome di esigenze repressive o securitarie, in altre parole, si rivela sempre meno accettabile a fronte della polivalenza dei dati e delle tecniche di analisi, anche automatizzate, che ad essi possono essere applicate. Il problema emerge in modo netto nel caso di tecnologie anonimizzate, come nelle vicende EncroChat e Sky ECC.

3.1. Le tecnologie di messaggistica criptata dei sistemi EncroChat e Sky ECC costituiscono un paradigma calzante di quella che oggi viene definita una *grey infrastructure*, ovvero un servizio che, per le proprie caratteristiche (tecniche o contestuali, ad esempio perché localizzato in un paese con una legislazione sulla privacy particolarmente garantista o con una storia di mancata collaborazione con le istanze di accertamento di altre giurisdizioni), risulta particolarmente appetibile da parte di (cyber)criminali per lo svolgimento di attività illecite[20]. Fra le caratteristiche tecniche più ricercate a questo fine, un ruolo di primo piano è svolto dalla anonimizzazione, cioè la capacità di oscurare la fonte della comunicazione o del segnale di riferimento (anche su fronti diversi da quello specifico delle comunicazioni, si pensi ai VPN o ai *cryptocurrency tumblers*[21]).
La complessità nell'approcciarsi a questo tipo di tecnologie è che esse, da un lato, sono particolarmente efficaci nel vanificare i mezzi di indagine, almeno quelli tradizionali, persino quando tecnologicamente avanzati (uno scenario fra tutti, le intercettazioni a fronte di comunicazioni criptate *end-to-end*). Dall'altro, nella maggior parte dei casi, è possibile prefigurare sia usi leciti, sia usi illeciti degli stessi strumenti. Tornando all'esempio della messaggistica, si pensi ad applicativi come Whatsapp (che prevede appunto la cifratura *end-to-end*), Signal o Telegram, pure assolutamente comuni nell'uso quotidiano. Detto altrimenti: la codifica può essere atta a schermare scambi illeciti e legati a reti criminose, così come semplicemente funzionale a raggiungere una legittima pretesa di riservatezza, o addirittura, in paesi autoritari o dittatoriali, costituire un mezzo essenziale per esercitare la propria libertà di espressione.
Certo, in principio ogni strumento, più o meno scientificamente innovativo, può essere utilizzato con finalità diverse, a protezione o in spregio dei diritti fondamentali (fra tutti, con un esempio certamente più controverso, si pensi alla categoria delle armi). L'individuazione di confini di liceità rispetto alle tecnologie caratterizzate da anonimizzazione, tuttavia, si presenta oggi come uno scenario incerto, pieno di prospettive in parte inedite e certamente problematiche, che non trovano ancora adeguata regolamentazione, né in Italia, né in gran parte degli ordinamenti a noi più affini.
Infatti, mentre si possono apprezzare facilmente i limiti di soluzioni manichee, come quella di vietare *in toto* l'utilizzo dello strumento, altri approcci, che a più riprese si propongono in

[19] Su cui si vedano, per tutti, S. Rodotà, *Privacy, libertà, dignità. Discorso conclusivo della 26° Conferenza internazionale sulla protezione dei dati*, 2004; O. Pollicino, *Costituzionalismo, privacy e neurodiritti*, in 1 *MediaLaws* 2001, 9. Per una recente analisi sul rapporto tra diritto alla privacy e alla protezione dei dati personali, da un lato, e diritti processuali penali, si veda I. Neroni Rezende, *Criminal Justice and Data Protection. Communication Metadata under EU Human Rights Law*, Torino 2026, in particolare 102 ss., 187 ss., e 277 ss.
[20] J.J. Oerlemans, *The future*, cit., 445; Europol, *Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA)* 2021, 18.
[21] Sul tema delle tecnologie anonimizzate in relazione alle valute virtuali, si veda N. Pocher, *Crypto-Asset Ecosystems and the EU Anti-Money Laundering Framework. Law and Technology Perspectives*, Cham 2025, capitolo 3; J. Della Torre, *Cripto-attività e giustizia penale*, Milano 2026, 264 ss.

svariati contesti, richiedono uno sforzo ulteriore di valutazione. Si pensi alla ipotesi di creare una *backdoor*, cioè un metodo che consente agli utenti di continuare ad usare la tecnologia, riservando però alla autorità pubblica una via di accesso diretta al sistema informatico, aggirando, al bisogno, le normali forme di autenticazione che di solito ne restringono la fruibilità (password, riconoscimento del volto o, appunto, chiavi di cifratura).
Vicende più o meno note dell'ultimo decennio[22], così come il dibattitto sviluppato recentemente circa proposte legislative in materia[23], illustrano bene il dilemma di cui si discute: contemperare le pretese di riservatezza che gli individui possono vantare nei confronti degli apparati statali, eventualmente adottando soluzioni tecniche atte all'uopo, con le difficoltà oggettive che le inquirenti affrontano ogni qualvolta si trovano al cospetto di sistemi di sicurezza, i quali – senza una apposita chiave di lettura – impediscono la fruizione o la comprensione di elementi anche essenziali per l'accertamento dei reati.
In altre parole: esiste un diritto all'anonimato nella nostra società digitale e, se sì, a quali limiti soggiace?[24]
La domanda non trova, ad oggi, una risposta chiara, né sul piano della ricostruzione teorica, né a livello legislativo (domestico o sovranazionale). Inevitabilmente, quindi – e questo è un tratto che, sino ad ora[25], caratterizza fortemente tutta la materia dell'IA applicata all'ambito penale e tanto più alla cooperazione giudiziaria – il compito di trovare soluzioni si è riversato sulla giurisprudenza.
Specie in un contesto multilivello come quello europeo, però, tali soluzioni sono limitate dalla natura casistica che caratterizza le singole vicende e, pertanto, faticano a costruire un approccio coerente e ragionevolmente prevedibile al problema.
Per esempio, in contesti chiaramente autoritari e in riferimento ad applicativi noti e largamente utilizzati sia per scopi leciti, che illeciti (si pensi all'uso di Telegram nella Russia post-abbandono del Consiglio d'Europa), la Corte Edu ha ritenuto sproporzionata la richiesta delle autorità di creare una *backdoor* che cristallizzi la prevalenza dell'interesse alla repressione dei reati rispetto alla rivendicazione di un uso libero della piattaforma da parte degli utenti[26].

---

[22] Forse fra i più famosi esempi del dilemma di cui si discute vi è quello svoltosi a S. Bernardino (California), in cui l'iPhone di un presunto attentatore divenne oggetto di un acceso scontro fra Apple ed FBI. Da un lato, l'agenzia federale intimava alla casa produttrice di modificare il dispositivo, allentando le misure di riservatezza per consentirne l'accesso ai dati in esso contenuti (presumibilmente legati al compimento dell'atto criminoso) anche in assenza della relativa password (quindi con la creazione appunto di una cd. *backdoor*). Dall'altro, l'azienda si rifiutava di obbedire, sostenendo che un simile vulnus non sarebbe stato circoscrivibile solo a quel *device*, ma – applicandosi la *backdoor* alla tecnologia in quanto tale – avrebbe ridotto le aspettative di privacy di tutti gli utenti (il caso fu poi risolto quando l'FBI riuscì ad hackerare lo smartphone del presunto attentatore, compito che al principio sembrava troppo complesso da raggiungere; Apple comunque non creò la *backdoor*, si veda per tutti O.S. Kerr, *Preliminary thoughts on the Apple iPhone order in the San Bernardino case*, in *The Washington Post*, serie in 4 parti, pubblicata a partire dal 18.2.2016.
[23] Si veda, ad esempio, la proposta della Commissione europea volta a ridurre il rischio di abusi sui minori online, che ha controversamente promosso l'istituzione di fatto di backdoor nei sistemi di crittografia end-to-end. La proposta è stata ritirata a causa di preoccupazioni relative alla privacy; si veda la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce norme per la prevenzione e la lotta contro l'abuso sessuale su minori, COM/2022/209 final 2022/0155(COD), su cui si veda il commento di I. Neroni Rezende, *The proposed Regulation to fight online child sexual abuse: an appraisal of privacy, data protection and criminal justice issues*, in 38 *International Review of Law, Computers and Technology* 2024, 369-390.
[24] A. Westin, *Privacy and Freedom*, London 1970, 31.
[25] In parte il discorso potrebbe cambiare con la entrata in vigore dell'AI Act, sebbene, come si dirà oltre (§ 4.1), sul piano del diritto probatorio e della cooperazione giudiziaria non vi siano regole positive in materia e la nuova legislazione offra solo spunti interpretativi, per quanto interessanti e finanche promettenti.
[26] C. eur., 13.2.2024, *Podchasov c. Russia*, su cui si veda P.G. Chiara, *Una svolta nel dibattito sulla crittografia: la sentenza Podchasov c. Russia della Corte EDU. Verso alcuni diritti di cybersicurezza?*, in *Diritto e questioni pubbliche*, XXV, 2025, 1-17.

L'approccio, tuttavia, è assai meno chiaro nei casi di sistemi di messaggistica criptati quali EncroChat o Sky ECC, relativamente poco conosciuti dal grande pubblico, sebbene utilizzati da milioni di utenti, e che hanno visto, dal lato delle autorità pubbliche coinvolte, la collaborazione fra forze di polizia e autorità giudiziarie di decine di paesi tutto sommato ragionevolmente rispettosi dei diritti convenzionali.
In queste vicende, infatti, lo sfruttamento delle piattaforme da parte di associazioni criminose, talvolta corroborato da elementi esterni significativi (come il reperimento di diversi criptofonini, a seguito di perquisizioni, su persone già sospettate di fare parte di reti internazionali finalizzate al traffico di stupefacenti), è stato generalmente interpretato come un indizio sufficiente per estendere la valutazione di illiceità anche al trovato tecnologico stesso. A ciò si è giunto facendo leva su alcune caratteristiche concrete degli applicativi, come, per esempio, il fatto che gli abbonamenti ai servizi o ai criptofonini fossero venduti in modo completamente anonimo e solo con pagamenti in contanti, a un corrispettivo molto costoso rispetto ai normali servizi telefonici e, nel caso di Sky ECC, con l'impossibilità di utilizzare l'apparecchio per altre forme di comunicazione[27].
Il ragionamento, come ovvio, sminuisce intenzionalmente il fatto che tali piattaforme potrebbero essere appetibili anche per ragioni totalmente lecite. Si pensi all'uso da parte di celebrità per proteggere la riservatezza delle proprie comunicazioni, o all'intento di nascondere comportamenti moralmente ambigui, ma non criminosi, come l'esistenza di relazioni extraconiugali. Ben si coglie, però, il vantaggio investigativo di un simile approccio: difatti, se la tecnologia si considera volta, almeno precipuamente, a scopi criminosi, chiunque ne fa uso può considerarsi, per tale motivo, potenzialmente implicato in attività illecite. Ne consegue che le operazioni di apprensione dei relativi dati (come i messaggi inviati tramite la piattaforma criptata) possono considerarsi sufficientemente individualizzate. Ciò allontana, almeno dalla prospettiva di chi conduce le indagini, il rischio che l'attività venga qualificata come una forma di sorveglianza di massa, il che porrebbe seri problemi in termini di legittimità e proporzionalità. Questo è un ulteriore passaggio critico su cui è importante soffermare l'attenzione.

3.2. La differenza fra operazione intercettativa, anche di vaste proporzioni, e attività di sorveglianza di massa, che si esprime nella captazione indiscriminata di dati, costituisce uno dei punti controversi che, nei paesi nei quali si stanno svolgendo i processi penali EncroChat/Sky ECC, vedono contrapporsi avvocatura e inquirenti.
Il dilemma è importante perché ripropone, in un contesto tecnologicamente avanzato, il tema classico della distinzione fra indagini repressive e preventive[28], con ricadute pregnanti su quali garanzie debbano essere riconosciute ai soggetti coinvolti.
Secondo la giurisprudenza europea, infatti, in entrambi gli ambiti, alla acquisizione dei dati deve applicarsi un regime che circoscriva chiaramente l'ambito applicativo della misura, rendendo prevedibili le categorie di reato per cui si procede e i soggetti che possono essere

[27] In senso analogo, ma con riferimento alla piattaforma ByLock, anche la Corte Edu, incidentalmente, nella decisione GC, 26.9.2006, *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye*, § 259: «The Court acknowledged that ByLock was not just any ordinary commercial messaging application and that its use could prima facie suggest some kind of connection with the Gülen movement» la associazione ritenuta terroristica. Per una analisi più specifica delle peculiarità di questa decisione nel contesto in esame, si veda più avanti, § 6.3.
[28] A. Ashworth e L. Zedner, *Preventive Justice*, New York 2014, 51 ss.; M. Caianiello, *Dangerous* Liaisons, cit., 17.

interessati dalla captazione[29]; tutto ciò, sottoposto al controllo (preferibilmente *ex ante*, o in alternativa *ex post*) di una autorità indipendente, come quella giudiziaria[30].
Nel caso di indagini penali, però, a fronte della utilizzabilità (al netto di altre norme) degli elementi raccolti, l'autorità procedente deve dimostrare in modo puntuale la necessità di applicare la disciplina processuale, tramite la prova del collegamento fra le fattispecie di reato e i soggetti interessati dalla captazione, ad esempio dando una motivazione specifica sulla sussistenza di gravi indizi di reato in relazione alle utenze controllate[31].
Quando invece l'apprensione dei dati è qualificata come operazione preventiva, e quindi foriera di risultanze informative, ma non necessariamente utilizzabili in senso probatorio, i requisiti e le condizioni indicate in precedenza sono soggette ad una interpretazione diversa. In particolare, è sufficiente che vengano identificati criteri generali per circoscrivere l'azione di monitoraggio ad una determinata tipologia di rischio.
Il problema è che, nella prassi, la linea di demarcazione fra queste due sfere di azione non è facilmente delineabile. In particolare, la separazione fra repressione e (diversi tipi di) prevenzione è messa in crisi dalla quantità di utenze o di dispositivi intercettati, nonché dalla unicità degli oggetti delle misure captative e dalla molteplicità di informazioni che da questi possono essere estratte.
La vicenda EncroChat/Sky ECC rappresenta bene questa ambiguità.
Da un lato, secondo una argomentazione difensiva, le operazioni di captazione, estese a decine di migliaia di utenze, senza che per ciascuna di esse fosse necessariamente emerso *ex ante* un sospetto specifico, dovrebbe integrare una forma di sorveglianza preventiva[32]. Quanto raccolto,

[29] In questo senso, a partire dal 2014, tutta la giurisprudenza europea, v., a titolo esemplificativo, C. eur., 4.12.2015, *Zacharov c. Russia*, e C.G.UE, 8.4.2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12 *Digital Rights Ireland*.
[30] Peraltro, se lo scopo della misura di sorveglianza fosse quello di un'azione sì preventiva, ma finalizzata alla tutela della sicurezza nazionale, quindi di intelligence in senso più ampio, l'intervento della autorità giudiziaria non sarebbe imperativo, né sarebbe necessario fornire una giustificazione specifica della selezione degli utenti i cui dati sono acquisiti. Sarebbe in ogni caso necessaria una apposita base giuridica, che esplicitasse le condizioni al verificarsi delle quali tale sorveglianza sarebbe realizzabile, nonché predisponesse garanzie di controllo adeguate e indipendenti (anche questa ripartizione, in mancanza di normative chiare sul piano interno, in ossequio a quanto indicato dalla giurisprudenza europea, v. a titolo esemplificativo, C. eur., 25.5.2021, *Big Brother Watch* e C.G.UE, 6.10.2020, *La Quadrature du Net e a*., cause riunite C-511/18, C-512/18 e C-520/18).
[31] Rientrano in questo primo ambito sia la disciplina della *captation des données informatiques* prevista dall'ordinamento francese ed utilizzata per raccogliere i dati dei server EncroChat e Sky ECC, sia quella delle intercettazioni, adottata in Italia per recepire le informazioni ricevute a seguito degli OIE, cfr. Cass. S.U. 29.2.2024 n. 23756/24 Giorgi (dep. 14.6.2024) § 15 ss. (di seguito riferita come "Cass. SU 2024"); nella stessa data è stata pronunciata anche la sentenza "gemella" n. 23755/24 Gjuzi.
[32] Questa argomentazione è stata recentemente portata alla attenzione della Corte di giustizia nella causa T-484/24, decisa il 26.06.2025. Nel caso specifico, tuttavia, la questione non veniva esaminata nel merito, poiché il ricorso, che, per scelta difensiva, mirava a contestare la esistenza stessa della squadra investigativa comune, veniva respinto per essere stato «proposto dinanzi ad un giudice manifestamente incompetente a conoscerne nella parte in cui è diretto alla constatazione dell'«inammissibilità» dell'accordo che istituisce una squadra investigativa comune relativa al servizio di comunicazione criptata «Sky ECC», v. Ordinanza del Tribunale *FF/Eurojust e Europol (Sky ECC III)*. Il ricorrente chiedeva «di dichiarare «irricevibile» l'accordo che istituisce una squadra investigativa comune relativa al servizio di comunicazione criptata «Sky ECC» e […] sulla base dell'articolo 268 TFUE, il risarcimento, per un importo pari a EUR 30 000, del danno morale che egli ritiene di aver subito a causa di atti commessi dall'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust), dall'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) e da taluni Stati membri», sostenendo, fra gli altri motivi, che «si è verificata una violazione delle disposizioni fondamentali del diritto dell'Unione e del diritto internazionale, in particolare degli articoli 7, 8 e da 10 a 12 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in combinato disposto con i suoi articoli 51 e 52, nonché dell'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e dell'articolo 17 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici (ICCPR). Secondo la parte ricorrente, la violazione del diritto deriva principalmente dal fatto che l'intercettazione/sorveglianza e la «pirateria» di tutti gli utenti di SKY ECC non erano necessarie e proporzionate.

di conseguenza, non dovrebbe essere utilizzabile come prova nel procedimento, sia per violazione del principio di proporzionalità (la captazione costituirebbe una cd. *fishing expedition*) sia perché conseguito al di fuori delle regole e delle garanzie prescritte dal codice di procedura penale (almeno in ordinamenti, come il nostro, che accolgono questa distinzione, riscontrabile, seppure in modo non sistematico, da diverse disposizioni[33]).
Dall'altro, secondo l'ipotesi accusatoria, accolta da gran parte delle corti che in Europa si sono pronunciate sulla vicenda, il ricorso a un sistema "grigio", nel senso di "impenetrabile dall'esterno", peraltro impiegato in traffici di stupefacenti su scala transnazionale, costituirebbe invece già di per sé una fonte indiziante concreta e specifica a carico dei singoli utenti, proprio con riguardo a tali reati[34]. Le operazioni di captazione, quando svolte nel rispetto degli altri

Non vi sarebbe stata alcuna giustificazione, né prima né dopo i fatti. Di conseguenza, la parte ricorrente, nonché numerose altre persone, avrebbero subito un danno».
Lo stesso studio legale presentava anche ricorso davanti alla Corte nella causa T-506/24, chiedendo il risarcimento danni per «danno morale che ritiene di aver subito a causa di atti posti in essere dall'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione giudiziaria penale (Eurojust), dall'Agenzia dell'Unione europea per la cooperazione nell'attività di contrasto (Europol) e da taluni Stati membri» nella vicenda Exclu; anche in quel caso il ricorso veniva dichiarato manifestamente irricevibile per le medesime ragioni della vicenda Sky ECC, v. Ordinanza del Tribunale del 26.6.2025 – *FL / Eurojust e Europol (Exclu)*. Simili argomentazioni venivano proposte anche nella causa T-587/24 (proposta il 14.11.2024 – *GE/Eurojust e Europol*), anch'essa dichiarata irricevibile il 2.02.2026.
Infine, vale la pena menzionare pure la causa T-1180/23, relativa al caso Sky ECC e respinta il 25.02.2926 dalla C.G.UE, promossa nuovamente dagli stessi avvocati. In questo caso, praticamente identico ai precedenti, i ricorrenti (cittadini olandesi), basandosi (tra l'altro) sull'«impossibilità di verificare l'ammissibilità delle prove ottenute nell'ambito dell'operazione Sky ECC e sull'assenza di garanzie formali e sostanziali riguardo all'uso di tali prove nei procedimenti penali, con conseguente violazione del diritto dei ricorrenti a un processo penale equo», hanno chiesto non solo che i dati raccolti fossero dichiarati inammissibili, ma anche che «gli atti compiuti da Europol ed Eurojust ai fini della definizione e dell'attuazione dell'accordo volto a istituire una squadra investigativa congiunta Belgio-Francia-Paesi Bassi del 13.12.2019 fossero dichiarati illegittimi e annullati», cfr. causa T-1180/23, *BW contro Europol ed Eurojust*, ricorso presentato il 19.12.2023. Le posizioni dei difensori venivano decisamente respinte dalla Corte, che ribadiva il ruolo di Eurojust e la responsabilità degli Stati membri nella gestione dei meccanismi di cooperazione giudiziaria.
Da ultimo, e per gli stessi motivi, veniva respinto nel febbraio 2026 anche il ricorso presentato con causa T-167/24, *DG contro Europol ed Eurojust* il 25.3.2024, pressoché identico agli altri già illustrati (in cui gli stessi ricorrenti avevano chiesto «un risarcimento pari a 15 000 EUR per il danno subito a seguito dell'accordo che istituisce una squadra investigativa congiunta Belgio-Francia-Paesi Bassi del 13.12.2019 e dei relativi atti di Europol ed Eurojust»). Nel far ciò, il Tribunale ha indicato diversi motivi; da un lato il fatto che una parte sostanziale delle censure riguardava misure investigative nazionali (come l'operazione in Francia) sulle quali i tribunali dell'UE non hanno competenza a pronunciarsi. Inoltre, il Tribunale ha ritenuto che il trattamento dei dati fosse necessario e effettuato per finalità legittime, vale a dire la preparazione di analisi strategiche, tematiche e operative volte a combattere la criminalità grave (articolo 18(2), del Regolamento 2016/794). Ciò ha avuto luogo nel quadro di una squadra investigativa comune che coinvolgeva autorità belghe, francesi e olandesi, alla quale partecipava Europol. Tutte queste attività sono state svolte nell'ambito di «un quadro chiaramente definito che persegue finalità specifiche, esplicite e legittime, vale a dire un'operazione specifica relativa al servizio Sky ECC, volta in particolare a identificare i suoi utenti ai fini dell'azione penale» (§ 171). Pertanto, «non vi è nulla che indichi che il trattamento dei dati del ricorrente da parte di Europol fosse inappropriato, irrilevante o eccessivo alla luce dell'obiettivo di identificare gli utenti del servizio Sky ECC, in particolare ai fini del loro perseguimento penale» (§ 172). I rigetti da parte della C.G.UE sono stati appellati e i relativi procedimenti sono attualmente pendenti.

[33] Fra cui soprattutto v. l'art. 226 disp. coord. Cpp sulle intercettazioni preventive o l'art. 220 disp. att. Cpp o ancora l'art. 132 co. 3-*quater* cod. priv.

[34] Con queste parole, Cass. SU 2024, § 18.5.1. Si veda, da ultimo, anche il Tribunal Supremo spagnolo, che, in riferimento al caso EncroChat, ha sostenuto a sua volta la esistenza di sufficienti elementi corroboranti per affermare la natura investigativa e non di sorveglianza massiva delle operazioni («Cierto es que el ámbito de operatividad de la medida acordada fue muy amplio, tanto que podríamos hablar de una injerencia masiva, lo que no quiere decir prospectiva. Y esta no lo fue en cuanto no solo se acomodó a la legislación nacional sobre una base normativa con sus propias especificidades, sino que estuvo sustentada en la existencia de indicios de la

requisiti di legge, sarebbero quindi legittime attività di indagine penale e i relativi risultati utilizzabili in sede processuale, almeno sotto tale profilo.
A tutte queste problematiche, le vicende EncroChat e Sky ECC aggiungono ulteriori livelli di complessità, dovuti all'utilizzo di strumenti algoritmici e di IA che, come anticipato, proprio nel contesto della cooperazione in materia probatoria, risultano particolarmente controversi.

4. Un primo aspetto centrale nella discussione sull'impiego dell'intelligenza artificiale in combinazione con i meccanismi di cooperazione giudiziaria è, come noto, quello dell'accesso ai dati. La questione si pone su piani diversi, di tipo tecnologico, di natura giuridica e, infine, di ordine pratico, spesso tutti strettamente sovrapposti e interlacciati l'un l'altro.
Innanzitutto, identificare l'oggetto delle pretese di accesso ai dati non è immediato; non è, cioè, scontato determinare quali informazioni siano necessarie per poter esercitare in modo significativo i diritti di difesa e del contraddittorio.
Sovente, l'attenzione dottrinale e, in generale, degli operatori del diritto si è focalizzata sul tema della conoscenza del codice sorgente, ovvero di quelle regole di funzionamento che, nei sistemi ad apprendimento automatico, di solito sono verificabili da parte dei programmatori umani solo in una fase iniziale di sviluppo[35]. Questo tema viene spesso affrontato alla luce del noto problema della cosiddetta *black box*, e cioè delle ragioni tecniche che impediscono di rendere espliciti i passaggi che, da un certo *input*, portano a un dato *output*. In termini più giuridici: di quelle caratteristiche tecniche che non consentono di conoscere le "motivazioni" alla base delle decisioni prese dalla macchina[36].
Ragionare in questi termini, però, può risultare riduttivo e, talvolta, persino fuorviante.
Da un lato, il problema della *black box* riguarda, sì, molti strumenti di IA, fra cui alcuni con un impatto significativo in materia penale, ma *non* concerne *tutti* i sistemi di IA impiegati in questo ambito e, soprattutto, *non è un elemento necessario* di tali strumenti, che sul piano tecnico sono in continua evoluzione[37]. Dall'altro, la prospettiva che si focalizza sui limiti tecnologici per

comisión de delitos graves, recabada en el curso de las previas investigaciones acometidas, y que la perfilaba como necesaria, con exclusión de otra medida menos gravosa»), v. Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Pleno, sentencia núm. 854/2025 del 16.10.2025, pp. 56-57; nonché il Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, che ha recentemente (23.4.2026) ribaltato la posizione della Audiencia Provincial de Valencia, su cui si veda oltre, § 6.3.

[35] I sistemi di IA di cd. apprendimento automatico si caratterizzano per il fatto che la conoscenza del dominio e delle attività da svolgere, dopo una fase iniziale di *training*, non è più fornita di volta in volta dall'essere umano. È quindi il sistema stesso, applicando un algoritmo di apprendimento, a sviluppare un modello di interpretazione dei dati. Tramite il modello, il sistema genera classificazioni, valutazioni e soluzioni per i nuovi casi che gli vengono sottoposti, senza avere bisogno, ogni volta, che l'essere umano indichi quale procedimento "logico" adottare. L'aggiornamento e l'espansione del set di dati migliorano automaticamente il modello e le capacità di analisi statistica del sistema (G. Contissa, *Digital Technologies and the Law*, Torino 2024, 148-149). Conferire eventuale valore giuridico ai risultati così prodotti, naturalmente, è facoltà di ciascun sistema giuridico (e dei relativi legislatori). Ad esempio, se il *tool* di IA classifica un individuo come ad alto rischio di recidiva, l'ordinamento può – ma non esiste naturalmente alcun obbligo di conformità in tal senso – decidere di farne derivare il rifiuto della sospensione condizionale della pena.

[36] V. per tutti, S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence,* cit., 93.

[37] Tanto che già esistono studi significativi sul tema della spiegabilità dell'IA; si veda, ad esempio, R. Guidotti, A. Monreale, S. Ruggieri, F. Turini, F. Giannotti, D. Pedreschi, *A Survey of Methods for Explaining Black Box Models*, in 51, 5, *acm Comput. Surv*. 2018, 93:42; così come esempi concreti di applicazioni in tal senso su entrambe le sponde dell'Atlantico, si veda l'*Interpretable Machine Learning Lab*, guidato da Cynthia Rudin, presso la Duke University, o, sul versante europeo, ad esempio le piattaforme FACILEX-CROSSJUSTICE, illustrate nei volumi *Facilitating Judicial Cooperation in the EU. A Computable Approach to Mutual Recognition in Criminal Matters*, a cura di G. Lasagni, G. Contissa, M. Caianiello, Leiden-Boston 2025 e *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law*, a cura di G. Lasagni, G. Contissa, M. Caianiello, Leiden 2022.

giustificare eventuali compressioni del diritto ad accedere alle informazioni rilevanti rischia di sottostimare la possibilità, molto concreta specie nei casi di cooperazione giudiziaria, in cui l'accesso limitato alle informazioni (anche) sul funzionamento del sistema di IA sia dovuto soprattutto a cause di natura giuridica.

Segnatamente, il codice sorgente di un *tool* potrebbe essere tecnicamente conoscibile, ma precluso alle parti perché coperto da segreto industriale (specie se sviluppato da privati), segreto investigativo o addirittura, come nella vicenda EncroChat/Sky ECC, segreto di Stato[38]. In tutti questi casi, invocare l'accesso a tale codice implica un'opera di ricostruzione ermeneutica per realizzare un bilanciamento difficile fra il diritto delle parti (*in primis*, l'imputata) alla più completa conoscenza e il diniego opposto dalla controparte (spesso, le inquirenti), fondato sia su ragioni investigative, legate al procedimento in corso, sia su ulteriori prospettive presenti e future.

Da ultimo, la trasparenza del codice sorgente potrebbe non essere comunque sufficiente a ricostruire, e quindi eventualmente a contestare, il percorso che ha portato alla valutazione automatizzata. Si pensi, sempre in relazione al caso Sky ECC, alle operazioni di analisi e selezione dei dati poste in essere per attribuire un certo gruppo di messaggi a un'utenza specifica (magari caratterizzata da un PIN) o per identificare i contenuti da considerare penalmente rilevanti fra tutto il materiale acquisito (miliardi di messaggi) tramite le captazioni[39].

Per raggiungere, o almeno tentare di raggiungere, un livello di conoscenza «significativa», che, nelle parole della Corte di giustizia (*Dun & Bradstreet Austria GmbH*, 2025), consenta di comprenderne la logica, la procedura e i principi applicati dallo strumento adottato, «mediante informazioni pertinenti e in forma concisa, trasparente, comprensibile e facilmente accessibile»[40], è necessario ricordarsi che i sistemi di IA operano analisi di tipo statistico, nelle quali la conoscenza del gruppo di riferimento è essenziale per poter attribuire un valore ai risultati ottenuti[41].

Detto altrimenti, oltre al codice sorgente, sarebbe necessario poter conoscere sia il *training data set*, cioè i dati utilizzati dalla macchina nella fase di creazione e sviluppo automatici dei

---

[38] La questione è stata sollevata anche nei paesi coinvolti dalle squadre investigative comuni; cfr. J.J. Oerlemans, *The future*, cit., 442 ss.

[39] Sull'uso di IA nelle operazioni di analisi, si vedano sempre le fonti citate da J.J. Oerlemans, *The future*, cit.

[40] C.G.UE, 27.2.2025, causa C-203/22 *Dun & Bradstreet Austria GmbH* commentata da M. Caianiello, *Il controllo umano della decisione: IA, spiegabilità e giustizia penale*, in *OIDU* (2026, in corso di pubblicazione), secondo cui in «questo senso, la spiegabilità assume una dimensione giuridica autonoma, distinta sia dalla trasparenza tecnica sia dalla mera intelligibilità formale»; sul tema del "controllo umano significativo", si veda ampiamente G. Ubertis, *Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo*, in 4 *Riv. trim. DPC* 2020, 75 ss.

[41] Si pensi al caso delle "predizioni" relative alla pericolosità sociale, nelle quali il gruppo di riferimento è evidentemente determinante. Si pensi al caso, estremo, del soggetto X valutato statisticamente in un gruppo rappresentato da appartenenti accertati ad associazioni criminose di stampo mafioso e poi dello stesso soggetto X valutato all'interno di un gruppo di studenti delle scuole superiori – l'esempio è assurdo, ma per evidenziare come la nozione di pericolosità, specie con queste forme di valutazione, sia una funzione di relazione e non una determinazione assoluta. In questo senso, l'idea di "predizione", riferita alla tecnologia automatizzata, deve essere intesa in modo preciso. I sistemi di IA (o almeno, quelli di tipo diverso dai Large Language Models, per i quali il discorso si fa più complesso – ma che, ad oggi, tendenzialmente non si usano per questo tipo di valutazioni in ambito penale), infatti, producono "solo" una analisi statistica, seppure estremamente sofisticata e assai più accurata (se il sistema è ben disegnato e funziona bene) di quanto possa fare un essere umano. Tale risultato, quindi, non corrisponde ad una vera e propria valutazione individuale, a cui ogni persona ha diritto secondo quanto previsto dagli artt. 6 Cedu e 47 CFDUE. Detto altrimenti: i sistemi di IA eseguono una valutazione su *data set* di gruppo, all'interno del quale l'individuo singolo viene posizionato con una certa probabilità, v. S. Quattrocolo, *Intervento alla Conversazione del 20 ottobre 2020, pubblicato in Processo penale e Intelligenza Artificiale*. Position Paper n. 1, Fondazione Leonardo Civiltà delle Macchine, 2020, 17 ss.

meccanismi interni di funzionamento, sia il *data set di riferimento*, ovvero i dati raccolti e sui quali il *tool* ha effettuato le proprie analisi per produrre i risultati di cui si pone in dubbio la affidabilità[42].
È bene ricordare che il *data set di riferimento*, a sua volta, può essere ulteriormente suddiviso in primario, secondario e terziario. Il set di dati *primario* si riferisce alla maggior parte dei dati grezzi, ovvero alle informazioni non strutturate e acquisite nel corso dell'operazione. Il dataset *secondario* è il risultato di una procedura di selezione e contiene "solo" i dati rilevanti per l'indagine penale, compresi i riferimenti ai potenziali sospettati. Infine, il set di dati *terziario* è l'insieme degli elementi rilevanti per una specifica indagine (ad es. relativi ad un certo indagato)[43].
Le motivazioni per cui la conoscenza di tali informazioni appare importante sono evidenti.
Da un lato, infatti, l'accesso al *training data set* sarebbe auspicabile per poter verificare il grado di accuratezza dello strumento e la eventuale presenza di *bias* che possano falsarne i risultati[44].
Dall'altro, conoscere il *data set di riferimento* a disposizione della macchina sembrerebbe imprescindibile per verificare l'attendibilità delle operazioni ricostruttive e interpretative svolte (con un ragionamento analogo ai motivi che giustificano l'obbligo di deposito dei file di registrazione in caso di intercettazioni).

4.1. L'accesso a tali set di dati, però, è tutt'altro che pacifico e per diverse ragioni: dalla difficoltà di reperimento delle informazioni stesse, alla vastità di soggetti cui esse si riferiscono, alla necessità di bilanciare il diritto di accesso con altri diritti fondamentali e, da ultimo, a significativi problemi di gestione nelle procedure di *e-discovery*.
In primo luogo, ad oggi non esistono obblighi di conservazione dei *training data set*, per cui può essere praticamente complesso risalire a ritroso a tali informazioni, una volta che il *tool* è già stato posto in funzione. È vero che l'AI Act, all'art. 10, perlomeno per i sistemi classificati come "ad alto rischio"[45], prevede, se non veri e propri obblighi di conservazione, almeno requisiti di qualità riferiti a tali informazioni. Più nello specifico, la normativa europea richiede la documentazione di diversi aspetti qualitativi dello strumento, fra cui: 1) i processi di raccolta dei dati e la loro origine, 2) le operazioni di preparazione dei dati (quali annotazione, etichettatura, pulizia, aggiornamento, arricchimento e aggregazione), 3) la motivazione circa la disponibilità, quantità e adeguatezza dei set di dati necessari, oltre che 4) un esame atto a valutare le possibili distorsioni suscettibili di incidere sui diritti fondamentali e la individuazione di misure atte a mitigare tali rischi[46]. L'impatto della norma, però, oggi è circoscritto, poiché l'art. 10 vale in gran parte solo *pro futuro*. Nell'AI Act, infatti, esiste una *grandfathering clause* che ne limita l'efficacia solo ai sistemi (purché ad alto rischio) immessi sul mercato o messi in servizio dopo il 2 agosto 2026 (una delle date in cui entra in vigore il

[42] A. Kroll, S. Barocas, E. Felten, J. R. Reidenberg, D. G. Robinson, H. Yu, *Accountable Algorithms*, 165 *U. Pa. L. Rev.* 2016, 633.
[43] J.J. Oerlemans, *The future*, 460 ss. In diversi casi, peraltro, il data set terziario è costituto nella prassi da un mero foglio excel su cui sono riportati i dati attribuibili, secondo l'accusa, ad un determinato imputato – un file digitale, quindi, la cui integrità potrebbe essere messa in discussione dalla difesa, che però spesso anche a tal riguardo non dispone di informazioni sufficienti per effettuare una adeguata verifica.
[44] Si pensi ad un sistema di riconoscimento facciale, allenato per lo più con foto di soggetti caucasici maschi; prevedibilmente, esso sarà molto meno accurato nel riconoscimento di, per esempio, donne nere, che saranno pertanto molto più esposte al rischio di essere erroneamente identificate
[45] "La portata dell'impatto negativo del sistema di IA sui diritti fondamentali protetti dalla Carta è di particolare rilevanza ai fini della classificazione di un sistema di IA tra quelli ad alto rischio", v. Considerando (48) dell'AI Act, che classifica concretamente i sistemi di IA come «ad alto rischio» in base ai criteri stabiliti nell'articolo 6 del regolamento.
[46] Art. 10(1) e Annex IV, AI Act.

Regolamento) o, quando precedenti, solo se, a decorrere da tale data, tali sistemi siano soggetti a modifiche significative della loro progettazione[47]. Per tutti gli altri strumenti, inclusi quelli già in uso nell'ambito della giustizia penale, residua un più ampio e dilazionato obbligo di conformarsi ai requisiti e agli obblighi dell'AI Act entro l'agosto 2030.

In secondo luogo, l'accesso al *training data set* o al *data set di riferimento* potrebbe essere a sua volta limitato per motivi giuridici, in particolare per ragioni di sicurezza nazionale. Come anticipato, infatti, i dati sono tipicamente polivalenti, ovvero possono essere utilizzati sia per indagini di tipo preventivo sia penali (§ 3). In tal senso, non è raro – e i casi di *data-driven investigation* qui esaminati ne sono un chiaro esempio – che le informazioni acquisite abbiano un potenziale di *intelligence* che va al di là dei singoli procedimenti penali e che, nell'ottica delle inquirenti, ne giustifica il mantenimento in condizioni di segretezza a tutela di future operazioni di contrasto. In mancanza di regole specifiche sul tema, quindi, l'accesso ai dati è il risultato di un processo argomentativo incerto, che sfocia nel bilanciamento discrezionale degli interessi in gioco, posto in essere dalla giudice con un approccio *case-by-case*[48].

In terzo luogo, la *disclosure* sui dati è resa complicata dalla considerazione che questi, e soprattutto i *data set di riferimento*, contengono spesso informazioni estremamente ampie e relative a una quantità molto vasta di soggetti, non necessariamente tutti indagati per aver commesso attività illecite o presunte tali (come nelle intercettazioni, ma tendenzialmente su scala molto più ampia, in termini quantitativi). La scelta di concedere o limitare l'accesso, quindi, dovrà tenere conto anche del potenziale rischio per la riservatezza di soggetti "estranei" all'indagine eventualmente coinvolti nella captazione.

In quarto luogo, l'accesso ai dati in quanto tale, come specificazione del diritto di accesso al fascicolo, pur rientrando all'interno delle prerogative fondamentali dell'indagato e dell'imputato, può essere bilanciato con altri interessi, ritenuti altrettanto meritevoli di tutela. La giurisprudenza sovranazionale, in questo senso, appare emblematica.

Da un lato, la Corte europea dei diritti dell'uomo, pur sostenendo la centralità del diritto di accesso alle prove per garantire il giusto processo, lo ha ripetutamente considerato come non assoluto. Ad esempio, nella causa *Einarsson* (2017), la CEDU ha affermato che, in linea di principio, è importante condividere con la difesa il momento di definizione dei criteri selettivi per determinare quali, fra gli elementi raccolti, devono considerarsi rilevanti[49]. Dall'altro, le giudici di Strasburgo, presso i quali è ora pendente una decisione proprio su questi temi proveniente le vicende in esame[50], hanno più volte ricordato che tale pretesa può essere circoscritta. Più precisamente, in varie pronunce – nella stessa *Einarsson*, ma anche in *Rook* (2019)[51] e, più recentemente, in *Yüksel Yalçinkaya* (2023)[52] – la Corte ha chiarito che la richiesta di accesso da parte della difesa può essere limitata, in particolare se riguarda la divulgazione di dati grezzi, a condizione che il diritto a un processo equo, considerato nel suo complesso, non sia indebitamente compromesso.

Un approccio simile è stato adottato anche dalla Corte di giustizia. In termini generali, nel già citato *Dun & Bradstreet Austria GmbH* (2025), le giudici del Lussemburgo hanno ricordato che gli obblighi gravanti sui titolari del trattamento dei dati non impongono «necessariamente

[47] Art. 111(2), AI Act.

[48] Affermando la necessità di un approccio casistico, nella impossibilità di tracciare regole più ampie, il Tribunal Supremo spagnolo, nella già citata sentenza del 2025 (nt. 34).

[49] C. eur., 7.11.2017, *Egill Einarsson c. Islanda*, § 90, su cui si veda L. Bartoli, *Parità delle armi e discovery digitale: qualche indicazione da Strasburgo*, in *LP* 2022, 1, 6 ss.

[50] C. eur., comunicazione del 26.5.2026 relativa a 28.2.2025, *Sefedin Isha c. Norvegia* e 14.3.2025, *Bjorn Emmen c. Norvegia*.

[51] C. eur., 25.7.2019, *Rook c. Germania*.

[52] C. eur., 26.9.2023, *Yüksel Yalçinkaya c. Turchia*, su cui più diffusamente di seguito, nel § 6.2.

una spiegazione complessa degli algoritmi utilizzati o la divulgazione dell'algoritmo completo»[53]. Interpellata poi dal Landgericht di Berlino proprio in relazione alla vicenda EncroChat, nella sentenza C-670/22 *M.N*., dell'aprile 2024, la Corte si pronunciava con una soluzione di compromesso rispetto al problema sollevato dall'impiego di tecnologie avanzate. In particolare, la CGUE riteneva compatibile con il diritto UE l'utilizzo probatorio di informazioni acquisite o elaborate mediante tecnologie digitali (anche automatizzate), persino «laddove l'integrità dei dati ottenuti tramite la misura di intercettazione non possa essere verificata a causa della riservatezza delle basi tecniche che hanno permesso l'attuazione di tale misura, purché il diritto a un processo equo venga garantito nel corso del successivo procedimento penale»[54].

Lasciando per il momento sospesa la questione relativa all'identificazione dello specifico rimedio (su cui si veda oltre, § 6), ciò che qui ora preme evidenziare è l'approccio flessibile al tema che, peraltro, è prevalente anche a livello domestico.

Gli orientamenti sviluppati dalle corti di tutta Europa nel corso del tempo testimoniano infatti una chiara tendenza ad aderire al medesimo indirizzo. Nei procedimenti EncroChat e Sky ECC, le autorità giudiziarie nazionali hanno ribadito in modo pressoché costante la necessità di tutelare innanzitutto il segreto sul mezzo tecnologico e sul suo, lato senso, funzionamento, da considerarsi prevalente rispetto alle richieste di accesso agli atti presentate dai singoli imputati. Si considerino, in questo senso, sia le pronunce rese nei paesi che hanno fatto parte delle squadre investigative comuni (Francia[55], Paesi Bassi e Belgio[56]), dove simili questioni si sono presentate per prime, sia quelle emesse, successivamente, in altri Stati interessati (dalla stessa

[53] C.G.UE, *Dun & Bradstreet Austria*, cit., § 60, riferendosi anche alle Linee guida sul processo decisionale automatizzato relativo alle persone fisiche e sulla profilazione ai fini del regolamento 2016/679, adottate dal Gruppo di lavoro ARTICOLO 29 per la protezione dei dati il 3.10.2017, versione emendata e adottata in data 6.2.2018, 28.

[54] C.G.UE, 30.4.2024, causa C-670/22 *M.N.* (*EncroChat*), § 90. Della questione, controversa e conseguente, legata alla utilizzabilità o meno degli elementi selezionati e resi accessibili quali prove, ci si occuperà nel prosieguo (§ 6.2).

[55] Si vedano, fra le altre, *Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 14.2.2023, *22-84.288, ECLI:FR:CCASS:2023: CR00173; Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 10.5.2023, *22-84.475- ECLI:FR:CCASS:2023: CR00538; Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 5.3.2024, *23-84.626 -ECLI:FR:CCASS:2024: CR00235; Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 7.1.2025, *24-82.908 -ECLI:FR:CCASS:2025: CR00009; Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 3.6.2025, *24-86.34 -ECLI:FR:CCASS:2025:CR00638; Cour de Cassation, Chambre criminelle*, 17.6.2025, 24-87.110 - ECLI:FR:CCASS:2025: CR00690.

[56] Si vedano i casi citati in J.J. Oerlemans, *The future*, cit. Per quanto riguarda la giurisprudenza olandese, si vedano anche le considerazioni più recenti riportate al § 6.4.

Italia, dove le Sezioni Unite si sono notoriamente pronunciate nel 2024[57], alla Germania[58], alla Spagna[59], fra gli altri).

In quinto luogo, a fronte dei limiti tecnici e interpretativi evidenziati, relativi al diritto di accesso, si aggiunge, in talune giurisdizioni, un approccio giurisprudenziale che evidenzia la difficoltà di delineare un contorno interpretativo adeguato all'attuale contesto tecnologico. A titolo esemplificativo, si possono prendere in considerazione le due sentenze "gemelle" sulla vicenda Sky ECC delle Sezioni unite della Corte di cassazione. Fra le varie questioni esaminate[60], rispetto al possibile *vulnus* al diritto di difesa legato all'uso di sistemi di IA le pronunce mostravano il fianco alla fallacia argomentativa del cd. *data fundamentalism*, ovvero alla tendenza a ritenere che le analisi effettuate su dispositivi digitali siano di per sé affidabili e oggettive, a prescindere dalle scelte operative adottate durante la loro acquisizione[61]. La Corte, infatti, facendo riferimento ad una non meglio specificata «scienza informatica», dichiarava la irrilevanza delle istanze relative alla impossibilità per le parti di accedere ai dati originali acquisiti dalle autorità francesi e quindi di verificare la genuinità di quanto prodotto dal sistema. A tal fine, si affermava piuttosto che «solo l'algoritmo corretto consente di ottenere un testo dotato di significato, per cui è onere della difesa allegare specifici e concreti elementi

---

[57] Cass. SU 2024, cit. (nt. 31) commentate ampiamente in dottrina, fra cui si veda E. Lorenzetto, *Il caso Encrochat e l'ordine europeo di indagine penale nella staffetta fra Corte di giustizia e diritto dello Stato di emissione*, in *CP* 2024, 9, 2889 ss.; T. Russo, *Ancora in materia di esecuzione dell'Ordine Europeo d'Indagine (OEI) tra formazione della prova e sorveglianza di massa: due questioni aperte*, in *SP* 2025, 4, 41; M. Daniele, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in *SP* 17.7.2024.; S. Ragazzi e F. Spiezia, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate*, in *SP* 26.2.2024. In senso contrario, v. F. Liguori, *Il principio di mutuo riconoscimento nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia penale: le condizioni di ammissibilità dell'Ordine europeo di indagine penale*, in *Quaderni AISDUE* 1/2024, 8 ss.; G. Spangher, *Criptofonini: sono "in gioco" diritti fondamentali*, in *Arch. pen. web* 2023, 3, 28.11.2023; F. Nicolicchia, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*: *riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione di messaggistica criptata*, in *SP* 27.2.2024; L. Filippi, *Criptofonini e diritto di difesa*, in *www.penaledp.it*, 23.6.2023. Le pronunce delle S.U. si sono poste in linea con parte della giurisprudenza precedente, v., ad esempio, Cass. 18.4.2023, n. 16345 e Cass. 30.11.2023, n. 47798, confermate anche successivamente, si vedano Cass. 22.7.2024, n. 30032; Cass. 18.9.2024, n. 35038; Cass. 5.11.2024, n. 40561.

[58] Si vedano, fra le altre, a livello federale, BVerfG 2 BvR 684/22 (1. Kammer des Zweiten Senats), 1.11.2024 (BGH/LG Hamburg) e, a livello statale, *BGH 6 StR 639/21*, 8.2.2022 *(LG Rostock); BGH 6 StR 55/22*, 6.4.2022 *(LG Halle); BGH 3 StR 88/22*, 28.6.2022 *(LG Oldenburg); BGH 4 StR 61/22*, 5.7.2022 *(LG Münster);* BGH 4 StR 63/22, 6.7.2022 (LG Hagen); *BGH 4 StR 93/22*, 16.2.2023 *(LG Hagen); BGH 5 StR 491/23*, 13.2.2025 *(LG Hamburg*). La stessa sentenza della Corte di giustizia *M.N*., si ricorda, deriva da un ricorso pregiudiziale presentato dal Landgericht di Berlino, con decisione del 19.10.2022.

[59] Su questo tema, si è espresso il Tribunal Supremo spagnolo, cit., n. 34.

[60] In relazione alle altre questioni, più inerenti al sistema interno, le Sezioni unite innanzitutto negavano la natura atipica (ai sensi dell'art. 189 Cpp) dell'uso di un captatore ai fini della acquisizione non solo del contenuto delle comunicazioni, ma anche di dati esterni. A tal fine, la Cassazione riteneva che esso sia solo «uno strumento tecnico attraverso il quale esperire il mezzo di ricerca della prova costituito dalle intercettazioni […] Sicché non è indispensabile che il legislatore preveda dove lo stesso possa essere "inserito"» (§ 15.4.1). Le SU hanno quindi ritenuto la trasmissione dei risultati probatori in oggetto assimilabile all'art. 270 Cpp, cioè alla disciplina che regola la utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono stati disposti. Nel far ciò, la Corte rigettava altre soluzioni interpretative, che, secondo alcune Sezioni semplici, avevano nel passato ricondotto l'attività di acquisizione a paradigmi probatori poco coerenti e meno garantisti (artt. 234, 234-*bis*, 254-*bis* Cpp). L'applicazione del regime delle intercettazioni, peraltro, trovava conforto anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale che, recentemente, aveva assimilato il messaggio al contenuto di una comunicazione, almeno per un certo periodo di tempo (sent. 170/2023). Da queste premesse, le Sezioni Unite derivavano la risposta anche alla seconda problematica, secondo un ragionamento analogo a quello della Corte di giustizia. Infatti, poiché l'art. 270 Cpp non prevede la necessità di una autorizzazione preventiva da parte della giudice, la stessa non deve essere richiesta nemmeno nel caso di specie.

[61] K. Crawford, *The Hidden Biases in Big Data*, in *Harvard Business Review Blog Network*, 1.4.2013.

da cui desumere, nella singola vicenda, rischi di alterazioni»[62]. Naturalmente, come ottenere tali «elementi concreti e specifici» in assenza di una adeguata conoscenza dei dati relativi al funzionamento dello strumento – aspetto centrale e tutt'altro secondario – rimaneva (e rimane ancora) un punto irrisolto.
Da ultimo, si deve infine considerare che, dal punto di vista pratico, la vastità delle informazioni raccolte in operazioni come le *data-driven investigation* potrebbe rendere problematico l'accesso ai *data set* anche se nessun ostacolo fosse posto alle richieste della difesa, né di ordine tecnico (del tipo "black box"), né di ordine giuridico. In effetti, si ripropongono in questa sede le problematiche già emerse, più in generale, con riferimento alle pratiche di *discovery* e, soprattutto, di *e-discovery*. Ci si riferisce al fatto che esaminare una mole enorme di dati richiede un grande investimento in termini economici (si pensi ai costi di copia digitale o di stoccaggio dei dati), oltre che temporali e di manodopera – tutte necessità che spesso eccedono la disponibilità dei difensori. Detto in altre parole: là dove l'accesso ai dati fosse apertamente concesso, ciò soddisferebbe formalmente le richieste delle parti; tuttavia, in assenza di strumenti e risorse adeguati, ad esempio per analizzare in modo sostenibile le informazioni, questa apertura potrebbe non aggiungere molto sul piano sostanziale, in termini strategici e conoscitivi. Anzi, paradossalmente, un diritto di accesso ampio ma privo della necessaria dimensione infrastrutturale potrebbe generare un effetto boomerang, perché a quel punto la difesa, senza avere necessariamente incrementato il proprio panorama conoscitivo, non potrebbe più nemmeno lamentarsi della sussistenza di una violazione sul piano formale.

5. Oltre alle questioni relative al diritto di accesso, un secondo ordine di problemi relativi al complesso rapporto fra indagini sovranazionali e indagini (anche solo parzialmente) automatizzate deriva, nel contesto europeo, dai limiti della attuale conformazione dei meccanismi di cooperazione e, segnatamente, dell'Ordine europeo di indagine penale.
Nel definirne l'ambito di applicazione, l'art. 1 della Direttiva 2014/41 prescrive che tale ordine possa essere emesso non solo per «compiere uno o più atti di indagine specifici in un altro Stato membro ai fini di acquisire prove», bensì anche per ottenere quelle «già in possesso delle autorità competenti dello Stato di esecuzione»[63].
La possibilità di usare l'OIE come strumento di scambio di prove già esistenti, oltre che come mezzo di raccolta di altre da costituire, tuttavia, è tanto pacifica[64] quanto controversa nella sua dimensione esecutiva. Per la verità, la problematicità di questa "versione" dell'ordine europeo di indagine sembra essere rimasta a lungo dormiente, dando luogo a questioni giuridiche tutto sommato ordinarie[65]; a partire dal 2020 circa, invece, proprio le operazioni di captazione di massa sopra illustrate hanno iniziato a metterne in luce i limiti in modo sempre più palpabile.

[62] Cass. SU 2024, cit., § 6.1 (considerato in diritto), 19.
[63] Direttiva 2014/41/UE del 3.4.2014 relativa all'ordine europeo di indagine penale.
[64] La previsione di regole per lo scambio di elementi già raccolti, in effetti, è un tratto comune a diversi ambiti del diritto UE (oltre alla materia penale, si pensi ad esempio all'area degli accertamenti tributari). La previsione dell'art. 1 della Direttiva, peraltro, riprende nella sostanza il portato del precedente European Evidence Warrant, che aveva come proprio presupposto proprio lo scambio di prove già esistenti.
[65] La minore presenza di questioni giuridiche significative in questa area, fino a tempi recenti, emerge sia guardando alla giurisprudenza sovranazionale pre-Encrochat (CGUE, CEDU), sia a diversi studi condotti nell'ambito della cooperazione giudiziaria (*ex multis*, G. Ancona, V. Glerum, H. Kijlstra, A. Klip, *Mutual Recognition 2.0*, Den Haag 2026; *Facilitating Judicial Cooperation*, a cura di G. Lasagni, G. Contissa, M. Caianiello, cit.). La principale eccezione in tal senso era da rinvenirsi nella possibilità di utilizzare l'OIE per trasferire dall'estero elementi di prova raccolti in un altro Stato membro dalle forze di polizia. Il problema si riferisce al caso in cui tali elementi, appunto per la loro derivazione dalla attività di polizia, non potevano avere valore probatorio nello Stato di emissione; il rischio paventato è che tale regola di esclusione venisse aggirata dall'utilizzo dell'OIE, v. Council of the European Union, *Final Report on the Tenth Round of Mutual Evaluations*

Come noto, la Direttiva non prevede una regolamentazione dettagliata degli OIE finalizzati allo scambio di prove già esistenti. Oltre alla definizione contenuta nell'art. 1, la legislazione europea dedica al tema solo una disposizione, invero piuttosto generica: l'art. 13. Pur contenendo qualche spunto potenzialmente interessante in tema di restituzione degli elementi raccolti una volta utilizzati, dal punto di vista procedurale, essa si limita a indicare che il trasferimento debba avvenire «senza indebito ritardo»[66]. Al di fuori di ciò, a questo tipo di OIE si applicano le stesse garanzie procedurali e i medesimi motivi di rifiuto previsti dalla normativa generale della Direttiva.

Queste regole, però, appaiono alquanto inadeguate nei casi di *data-driven investigation*: ciò è evidente soprattutto in quegli scenari, tipici delle indagini in tempo reale, nei quali la fase di raccolta dei dati, già conclusa nello Stato di esecuzione dell'OIE, sia seguita, prima del giudizio, da spazi di "contraddittorio anticipato" finalizzati a selezionare le prove ammissibili o utilizzabili (a seconda che i profili siano distinti o meno) e improntati ai criteri di rilevanza e di pertinenza. In altre parole, ci si riferisce a quelle situazioni in cui, nello Stato di esecuzione, le parti processuali, e segnatamente la difesa, possono in principio interloquire sulla selezione del materiale ottenuto, contribuendo a determinare ciò che sarà valutabile come prova e ciò che invece verrà escluso dal giudizio.

Naturalmente, tutto ciò è possibile per le parti che, nel momento in cui si svolge l'atto di indagine, siano già coinvolte nel procedimento o per le quali sia comunque possibile recuperare l'interazione con le inquirenti in tempi relativamente brevi[67]. Se, però, la identificazione di nuove posizioni processuali avviene con una distanza significativa rispetto al momento in cui l'atto di indagine si è concluso, non solo in senso temporale, ma anche geografico e giurisdizionale – e i procedimenti nati in tutta Europa a seguito della diffusione tramite OIE dei messaggi EncroChat e Sky ECC ne sono un caso esemplificativo – allora questo "recupero" del contraddittorio nella formazione della prova rischia di diventare aleatorio, se non del tutto irrealistico.

Innanzitutto, la disciplina generale della Direttiva OIE appare scarsamente atta a offrire appigli, anche solo interpretativi, per tutelare in modo più effettivo i diritti di difesa in simili frangenti. Da un lato, la gran parte dei motivi di rifiuto di cui all'art. 11 è relativamente specifica e, almeno nella interpretazione attuale, non sembra in grado di valorizzare adeguatamente la mancata partecipazione alle parentesi di "contraddittorio anticipato". La stessa conclusione, purtroppo, sembra doversi estendere anche all'art. 11 (1), let. f) della Direttiva, che prevede invece un motivo di rifiuto più ampio, ossia la sussistenza di «seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto nell'OEI sia incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 6 TUE e della Carta». Si è già visto, infatti, come sul punto la giurisprudenza europea e, in gran parte, anche quella nazionale, sia tutt'altro che rigida e anzi decisamente restia a considerare eventuali problematiche relative alla acquisizione probatoria come un fattore in grado di compromettere, di per sé, l'equità generale del procedimento[68].

D'altro canto, anche i motivi di rifiuto astrattamente invocabili per i mezzi investigativi specifici, di cui agli artt. 22 e ss della Direttiva, non paiono soddisfacenti per fondare eccezioni solide nei casi di cui si tratta, sempre stante la attuale giurisprudenza. Il riferimento principale è ovviamente alla disciplina prevista per le intercettazioni, poiché, nella sentenza C-670/22

on the implementation of the European Investigation Order (EIO), Brussels, 10.12.2024, § 4.2, 20.

[66] Oltre a definire la possibilità, poco rilevante ai fini della discussione in esame, di sospendere il trasferimento nell'attesa di una decisione relativa ad un mezzo di impugnazione, secondo quanto previsto dall'art. 13(2).

[67] Si pensi, a titolo esemplificativo, alla procedura di recupero del contraddittorio prevista nel nostro codice rispetto a indagati che siano divenuti tali sono dopo la conclusione dell'incidente probatorio

[68] Ulteriormente sul punto anche § 6.2.

M.N., la Corte di giustizia ha ricondotto «la raccolta di dati relativi al traffico e all'ubicazione associate a tali telecomunicazioni» proprio a questa attività di indagine[69]. Ora, gli artt. 30 e 31 della Direttiva OIE aggiungono alla lista generale dei motivi di rifiuto altre clausole speciali, fondate essenzialmente sul principio di equivalenza, ovvero sul fatto che l'atto di indagine richiesto deve poter essere emesso alle stesse condizioni in un caso interno analogo. Tali clausole, tuttavia, nella prassi vengono solitamente messe in relazione con la verifica dei presupposti che consentono la attivazione del mezzo investigativo (come la necessità di una autorizzazione giudiziale), più che con la definizione della procedura acquisitiva da applicare (ad esempio, garantendo un momento di contraddittorio anticipato nella selezione dei dati che poi acquisiranno valore probatorio)[70].

Il quadro è ulteriormente complicato poiché, in vicende quali Encrochat e Sky ECC, la clausola di equivalenza non deve essere riferita tanto alla disciplina che regolamenta lo svolgimento delle intercettazioni, quanto a quella relativa al trasferimento delle prove raccolte *a seguito* di attività intercettativa[71]. In contesti simili, stando ad una interpretazione rigorosa del principio del mutuo riconoscimento, la legittimità dei segmenti procedimentali rimarrebbe sindacabile solo nei singoli paesi ove si sono svolti gli atti di indgine[72], a meno di non riscontrare, nelle parole della Corte di giustizia, il caso estremo in cui «la trasmissione, mediante un ordine europeo di indagine, […abbia] avuto come obiettivo o come effetto una simile elusione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare»[73].

L'identificazione di una soluzione soddisfacente, inoltre, non è facilitata da alcune disposizioni della Direttiva, che rispecchiano una concezione "analogica" della materia probatoria. Secondo tale ottica, le regole della Direttiva dovrebbero essere lette nel senso di dare indicazioni su come gestire la allocazione dell'oggetto "prova" fra diversi Stati membri. Un approccio "binario" al problema, però, appare poco adatto agli scenari qui in esame. Infatti, se si optasse per una regola che impone subito il trasferimento delle prove raccolte allo Stato di emissione dell'OIE, per effettuare la selezione in quella sede, ciò potrebbe pregiudicare la possibilità, per i soggetti coinvolti nello Stato di esecuzione, di esercitare in modo effettivo i propri diritti di difesa (visto che la selezione potrebbe seguire logiche diverse rispetto a quelle previste nel proprio ordinamento). Al contrario, se i dati fossero già selezionati nello Stato di esecuzione,

---

[69] C.G.UE, *M.N.*, cit., §§ 113-114. Nell'ottica della Corte, pertanto, la mancanza di una normativa specifica a livello nazionale sembra perdere rilevanza, almeno a livello di diritto UE (*in primis*, l'art. 31, Direttiva OIE).

[70] Council of the European Union, *Final Report on the Tenth Round*, cit., § 12.6.

[71] C.G.UE, *M.N.*, cit., § 91. La Corte, in tal modo, conferma l'orientamento delle Sezioni Unite espresso nelle sentenze gemelle del 2024, secondo cui occorre distinguere l'OEI finalizzato alla formazione della prova da quello diretto al trasferimento di una prova già esistente, v. M. Daniele, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, cit.

[72] C.G.UE, *M.N.*, cit., § 100. Sul punto, v. E. Lorenzetto, *Il caso Encrochat e l'ordine europeo di indagine*, cit., 2891; T. Wahl, *ECJ Ruled in EncroChat Case*, in *eucrim* 2024, 32; M. Lassalle e S. Lannier, *EncroChat - A Judicial Chronology. Interpretations from Paris, Strasbourg and Luxembourg Courts*, in *eucrim* 2025, 292 ss. Più in generale, sull'operatività del principio del mutuo riconoscimento, v. G. Ancona, V. Glerum, H. Kijlstra, A. Klip, *Mutual Recognition 2.0*, *op. cit.*; F. Zimmermann, S. Glaser, A. Motz, *Mutual Recognition and its Implications for the Gathering of Evidence in Criminal proceedings: a Critical Analysis of the Initiative for a European Investigation Order*, in *ECLR* 2011, 1, 56 ss.; W. Van Ballegooij e P. Bárd, *Mutual recognition and individual rights*, in *NJECL* 2016, 4, 439 s.; D. Helenius, *Mutual recognition in criminal matters and the principle of proportionality*, in *NJECL* 2014, 3, 349 s.; F. Bianco, *Mutual recognition in criminal matters*, in *General principles for a common criminal law framework in the EU*, a cura di R. Sicurella, V. Mitsilegas, R. Parizot, A. Lucifora, Milano 2017, 353 ss.; R. Del Coco, *Circolazione della prova e poteri sanzionatori del giudice*, in *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, a cura di T. Bene, L. Lupária, L. Marafioti, Torino, 2016, 167 ss.; L. Bachmaier Winter, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. E. Kostoris, Milano 2022, 363 ss.

[73] C.G.UE, *M.N.*, cit., § 97.

questo passaggio potrebbe non seguire i paradigmi del procedimento penale instaurato nello Stato di emissione, da cui proviene la richiesta, e quindi comportare problemi di utilizzabilità.
In realtà, le due opzioni non devono necessariamente essere poste in alternativa. Innanzitutto, sul piano formale, l'art. 13, par. (3) e (4) della Direttiva consente alle autorità di disegnare schemi di trasferimento temporaneo, che prevedano la restituzione allo Stato di esecuzione «non appena cessino di essere necessarie» in quello di emissione. Ciò nonostante, va dato atto che, almeno al momento, la quasi totalità degli Stati membri non registra applicazioni significative di tale disposizione[74]. In secondo luogo, la dimensione digitale dei dati consentirebbe, di per sé, una sorta di "ubiquità" delle informazioni, tramite la esecuzione di copie forensi. Questa opzione ad oggi è parzialmente adottata, ma solo in relazione al cd. data set terziario, ovvero ai dati già selezionati per procedimenti specifici. La soluzione viene invece solitamente esclusa per i data set primari, la cui dimensione ed estensione (al netto delle necessità di tutela di altri interessi già evidenziate nel § 4.1) rende tali operazioni impraticabili sul piano fattuale. Tuttavia, come si dirà in seguito, forme alternative di condivisione dei dati sono prospettabili quantomeno in relazione al data set secondario, consentendo una consultazione multipla delle informazioni in tempo reale mediante la predisposizione di infrastrutture adeguate (§ 6.4).
A completamento di un contesto tanto complesso, si aggiunge infine la mancanza di regole armonizzate sulla ammissibilità della prova a livello sovranazionale, sia in quanto tali (a parte i casi, relativamente rari, di violazione del divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti[75]), sia rispetto alla prova scientifica, inclusa quella digitale (e, al suo interno, alla prova raccolta o prodotta con sistemi di IA).
Certamente, nell'ambito dell'Unione europea, il principio discrezionale nella ammissione o valutazione delle prove rappresenta di gran lunga il criterio dominante, almeno sul piano empirico. Oggi, tuttavia, tale approccio mostra diversi punti di criticità, specie in relazione a quelle scientifiche e, in particolar modo, a quelle digitali, tanto più se frutto (diretto o indiretto) dell'uso di tecnologia automatizzata.
Si pensi ad aspetti metodologici fondamentali, come l'aderenza ai protocolli internazionali di *digital forensics*. Mentre la dottrina ormai considera essenziale il loro rispetto per conferire significato ai dati digitali, prima ancora che per guidarne la interpretazione in un senso o in un altro[76], in giurisprudenza essi tendono sovente a ricadere nel calderone delle cautele che la giudice "dovrebbe" tenere in considerazione, ma che non determinano necessariamente l'esclusione dell'elemento probatorio in caso contrario[77]. Non di rado, ciò si collega a una tendenziale svalutazione delle pretese delle parti di poter verificare la validità dei metodi

[74] Council of the European Union, *Final Report on the Tenth Round*, cit., § 12.2, 60. Peraltro, senza criteri chiari e condivisi che consentano di rendere prevedibile la scelta. La situazione è chiaramente problematica, tanto che la Commissione è stata recentemente invitata ad intervenire sul testo della Direttiva, chiarendo a quali condizioni i dati si possano o debbano trasferire immediatamente allo stato di emissione, con conseguente spostamento dei doveri di selezione sul medesimo, v. Id., § 12.6, anche se non pare che l'invito sia stato raccolto nella Proposta recentemente pubblicata e su cui si apriranno i negoziati, v. Commissione europea, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council regarding the European Investigation Order in criminal matters and the European Remote Participation Order (recast)*, Brussels, 23.6.2026 COM(2026) 313 final 2026/0172 (COD).
[75] Per tutti, v. C. eur., 1.6.2010, *Gäfgen c. Germania*.
[76] Si vedano, *ex multis*, R. Brighi e M. Ferrazzano, *Digital Forensics: Best Practices and Perspectives*, in *Digital Forensic Evidence: Towards Common European Standards in Antifraud Administrative and Criminal Investigations*, a cura di A. Camon e M. Caianiello, Milano 2021, 13 ss.; S. Aterno, F. Cajani, C. Costabile, D. Curtotti (a cura di), *Cyber Forensics e Investigazioni digitali*, Torino 2021; G. Ziccardi, *L'ingresso della computer forensics nel sistema processuale italiano: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in *Sistema penale e criminalità informatica*, a cura di L. Luparia, Milano 2009.
[77] Si vedano per tutti le già ricordate Cass. SU 2024, cit.

applicati e, talvolta, all'utilizzo come prove di elementi dal valore scientifico dubitabile (o nullo).
Naturalmente, se in principio l'impatto di questo orientamento riguarda entrambe le parti processuali, appare evidente che l'effetto più pregiudizievole si produce nei confronti dell'imputato. Al netto di diffidenze ataviche nei confronti delle prove prodotte dalle parti private[78], infatti, la difesa ad oggi non può fare affidamento su un sistema di cooperazione transnazionale strutturato. Di conseguenza, essa si trova tendenzialmente priva di quegli strumenti con cui incrementare il proprio apporto conoscitivo a cui le autorità giudiziarie europee possono appoggiarsi, pur fra mille difficoltà e diffidenze.

5.1. L'esempio italiano può essere di aiuto per esaminare più da vicino gli effetti distorsivi di questa asimmetria conoscitiva.
In ossequio all'orientamento espresso, quasi in contemporana, dalla CGUE in *M.N.* e dalla Cassazione a Sezioni unite nel 2024, nel nostro ordinamento la disposizione di riferimento per i casi di *data-driven investigation* di cui si tratta è stata individuata nella disciplina delle intercettazioni e, in particolare, nell'art. 270 Cpp, che ne regola l'utilizzo in altri procedimenti. La disposizione, come noto, al comma 2 prevede che, «ai fini della utilizzazione prevista dal comma 1, i verbali e le registrazioni delle intercettazioni sono depositati presso l'autorità competente per il diverso procedimento». Tale obbligo, in virtù del richiamo all'art. 268, commi 6, 7 e 8, si estende a tutto il materiale intercettato e non solo a quello risultante dallo stralcio effettuato in contraddittorio.
In vicende come quelle di EncroChat o Sky ECC, quindi, le autorità italiane, al momento di emissione dell'OIE per richiedere i dati a quella francese, avrebbero ben potuto specificare di voler ricevere sia i dati captati, sia i verbali delle relative operazioni di raccolta, selezione o analisi[79]. Secondo quanto emerge dalle (scarne) informazioni disponibili, però, questo non è quanto si è verificato nella gran parte dei casi, specialmente in quelli più risalenti, nei quali sono stati trasmessi tendenzialmente solo i dati già attribuiti alle singole posizioni processuali o, tutt'al più, unitamente a verbali di esecuzione delle operazioni di captazione caratterizzati da descrizioni piuttosto sintetiche sul piano tecnico.
Ora, le Sezioni unite del 2024[80], così come la giurisprudenza di legittimità successiva[81], hanno affermato che le procedure e le garanzie dell'art. 268 Cpp non costituiscono una condizione ostativa alla acquisizione dei risultati intercettativi. In altre parole, secondo questa ricostruzione, l'OIE emesso senza richiedere l'accesso a *tutti* i dati captati (data set primario), ma solo a una parte di essi (di solito: data set terziario), eventualmente accompagnati da

[78] Di cui un esempio eclatante, sempre in ambito IA, è riscontrabile in materia di riconoscimento facciale rispetto allo strumento SARI, si vedano Cass. 18.6.2019, n. 39731, § 4 e Cass. 7.7.2020, n. 21823, 2, volendo brevemente commentate in G. Lasagni, *Difendersi dall'Intelligenza artificiale o difendersi con l'Intelligenza artificiale? Verso un cambio di paradigma*, in *RIDPP* 4, 2022, 1561-62.
[79] L'art. 9, paragrafo 2, della Direttiva, infatti, prevede che lo stato di emissione può indicare nell'OEI formalità e procedure per l'acquisizione e il trasferimento della prova. Inoltre, nel modulo predisposto per l'emissione dell'OEI, la Sezione I contiene un apposito spazio per l'indicazione delle formalità e delle procedure a cui lo Stato di esecuzione si deve attenere nell'esecuzione dell'OEI.
[80] Cass. SU 2024, cit., § 18.2 (considerato in diritto), 50, sulla scia di quanto già indicato dalla giurisprudenza precedente, si veda, fra le molte, Cass. 16.7.2015 n. 1801, in *CEDCass*, m. 266410-01, § 1 (considerato in diritto); parimenti si era anche affermata la non rilevanza, a fini dell'utilizzabilità degli esiti intercettativi in procedimenti diversi, dei relativi decreti autorizzativi (v., ad esempio, Cass. 6.2.2015 n. 19791, in *CEDCass*, m. 263571-01, 5).
[81] Id. Così come, più recentemente Cass., 26.9.2024 n. 44047, in *CEDCass*, m. 287351-01, § 1.4 (considerato in diritto) o Cass. 14.5.2025 n. 18136 (ECLI:IT:CASS:2025:18136PEN), con commento di L. Filippi, *Criptofonini SKY-ECC e ordine europeo di indagine: continua l'utilizzazione in Italia della prova di origine ignota*, in *Ius penale* 11.6.2025.

informazioni non esaustive sulle operazioni tecniche svolte, non risulta di per sé contrastante con i diritti della difesa e, quindi, illegittimo. L'esclusione degli elementi acquisiti, secondo la Corte, è infatti confinata al caso in cui la difesa dia prova dei «fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata»[82].

Come si possa assolvere a tale onere probatorio, però, rimane un aspetto problematico.

Da un lato, esso si potrebbe interpretare nel senso di imporre alla difesa "solo" di dimostrare di essersi attivata per ottenere ulteriori informazioni circa eventuali profili problematici (ad esempio: mancato rispetto dei protocolli di *digital forensics* in Francia), su cui poter fondare possibili eccezioni processuali.

Una regola del genere non garantirebbe necessariamente l'ottenimento di tutti gli elementi aggiuntivi richiesti, ma quantomeno imporrebbe un maggiore livello di consapevolezza ai difensori coinvolti in procedimenti transnazionali; il che sarebbe un risultato forse non risolutivo, ma sicuramente apprezzabile. È la stessa giurisprudenza *post* Sezioni unite a dare conto della necessità di un simile sforzo da parte della avvocatura, mettendo in evidenza come, in diverse circostanze, non risultasse agli atti alcun tentativo da parte dei ricorrenti, che si erano «limitati […] a sollecitare l'annullamento della sentenza impugnata per l'inutilizzabilità delle conversazioni acquisite con o.i.e., lamentando […] di non aver potuto controdedurre efficacemente sulle modalità acquisitive, sulla completezza ed integrità del materiale trasmesso, ecc»[83], senza aver nemmeno mai sollecitato «il P.M. (e poi il giudice) all'emissione di un ulteriore o.i.e. […] finalizzato ad ottenere presso lo Stato di esecuzione elementi di prova ulteriori a quelli trasmessi, ovvero ad acquisire informazioni sulle concrete attività espletate dagli investigatori esteri; né risulta»[84].

D'altro lato, la medesima giurisprudenza di legittimità si è espressa decisamente a favore di una seconda, e più restrittiva, interpretazione dell'onere probatorio in esame.

In particolare, la Cassazione ha rimarcato in più punti come «la deduzione volta a prospettare in sede di legittimità una violazione di diritti fondamentali, correlata all'acquisizione di elementi di prova mediante o.i.e., deve necessariamente fondarsi su situazioni patologiche rilevabili ictu oculi (cfr. quanto già ipotizzato a proposito di prove raccolte in palese violazione dell'art. 188 cod. proc. pen.), *ovvero sull'ingiustificato rigetto o pretermissione di specifiche allegazioni o sollecitazioni difensive, aventi connotazioni di concretezza idonee a far ritenere superata la presunzione relativa di conformità*»[85]. Secondo tale orientamento, quindi, la difesa deve presentare elementi utili per provare il pregiudizio subito; a tal fine, però, non è sufficiente agire tramite allegazioni ampie (ad esempio, invocando la impossibilità di sottoporre a verifica il funzionamento dell'algoritmo impiegato per la selezione dei dati), ma bisogna indicare gli elementi concreti e specifici «idonei a far emergere, anche sul piano strettamente tecnico, la fallacia o quantomeno l'opinabilità del predetto assunto [quello di conformità]»[86]. Questi ultimi tuttavia – e qui entra in gioco il cortocircuito argomentativo – non possono essere acquisiti dalla difesa tramite richieste integrative dell'OIE allo Stato di esecuzione. Al contrario, è solo

[82] Id.

[83] Cass., n. 18136/2025, cit., § 2.2.2 (considerato in diritto).

[84] Id., segnatamente, nella «propria scelta del giudizio abbreviato, ovvero abbiano successivamente sollecitato il giudice procedente ad avvalersi dei poteri integrativi di cui all'art. 441, comma 5, cod. proc. pen., per far emergere la violazione dei diritti fondamentali, ovvero ancora abbiano prospettato la necessità di procedere allo stesso fine, ad una rinnovazione istruttoria in appello, ai sensi dell'art. 603 cod. proc. pen.».

[85] Id., § 2.4.2 (considerato in diritto), corsivo aggiunto dall'autrice; ciò «a meno di non voler giungere a paradossali conclusioni di intrinseca contraddittorietà motivazionale – che se l'Autorità dello Stato di emissione "non è autorizzata" a controllare il procedimento di acquisizione delle prove raccolte dallo Stato di esecuzione, il successivo controllo riservato al giudice *ad quem*, chiamato a valutare l'utilizzabilità del materiale trasmesso anche quanto al rispetto dei diritti ad un processo equo, non può assumere connotazioni meramente esplorative».

[86] Id., § 2.2.3 (considerato in diritto).

fondandosi su elementi concreti e specifici che la difesa può «prospettare […] al giudicante l'opportunità o la necessità di procedere ad approfondimenti peritali in tal senso, ovvero a formulare richieste integrative allo Stato di esecuzione dell'o.i.e.»[87].
Detto altrimenti: alla difesa, che tendenzialmente non ha alcuna conoscenza di come si sono svolte le indagini in un altro Stato membro, servono già in partenza elementi concreti e specifici per legittimare la richiesta di informazioni integrative. Ed è, però, solo all'esito di questo ulteriore passaggio che l'imputato sarebbe in condizione di conoscere quegli elementi, sempre concreti e specifici, che gli potrebbero consentire di sollevare dubbi sulla legittimità delle captazioni svolte o sull'utilizzabilità dei risultati probatori derivati. All'esito di tutte queste ricostruzioni, l'onere in capo alla difesa si traduce, quindi, in una sorta di *probatio diabolica,* almeno nell'attuale contesto strutturale delle indagini transnazionali nell'UE.
Secondo la Corte, questa impostazione restrittiva sarebbe giustificata dal principio del mutuo riconoscimento, che impedirebbe alle parti di mettere in discussione quanto svolto nello Stato di esecuzione[88]. Una simile ottica, però, sembra dimenticare che, anche all'interno dei meccanismi di cooperazione fondati sul mutuo riconoscimento, il dialogo a fini chiarificatori o integrativi è tutt'altro che un elemento estraneo, sia per giurisprudenza ormai consolidata[89], sia – nel caso dell'OIE – per quanto previsto dalla Direttiva stessa[90].

6. Fra carenze normative e interpretazioni controverse, la identificazione di meccanismi rimediali effettivi diventa, inevitabilmente, particolarmente pregnante. Anche sotto questo aspetto, tornando a ragionare in termini più ampi sul panorama europeo, la struttura che circonda l'Ordine europeo di indagine pare alquanto problematica, sia per ragioni strutturali del meccanismo, sia per la sua implementazione a livello nazionale (in Italia e non solo).

---

[87] Idem. Contro tale impostazione, recentemente, si segnala una recente decisione della Gup di Catanzaro. Quest'ultima affermava che restava «impregiudicata la regolarità dell'operato sia dello Stato di emissione nell'acquisizione dei dati richiesti con OIE, per il già ricordato principio della presunzione di legittimo operato e di mutuo riconoscimento […] sia dello Stato di esecuzione nella prima fase del riconoscimento dell'ordine ricevuto» (Tribunale di Catanzaro, Sezione GIP/GUP, n. 3452/2017 R.G.N.R. - n. 2817/2018 R.G.Gip, 22.1.2026, 5). La giudice riteneva tuttavia di «poter concedere alle parti richiedenti di accedere a quelle informazioni e tutele specifiche che potranno loro garantire eventuale azione difensiva dinanzi allo stato di esecuzione […]. Questo aspetto trova rilievo in merito al dato della possibilità per i soggetti interessati di adire nella corretta sede - Stato di esecuzione - i dovuti e previsti rimedi giurisdizionali» (sempre p. 5). Non è del tutto chiaro, dalle motivazioni, come la giudice intenda dare corso a tale richiesta; dal provvedimento si legge solo che le «difese hanno formulato istanza *ex* articolo 32 della direttiva 2014/41/UE per l'emissione di un OEI per chiedere alla Francia - Stato di esecuzione - di eseguire un provvedimento provvisorio cautelare inteso ad impedire la distruzione la trasformazione la rimozione e l'ulteriore trasferimento o l'alienazione degli atti di indagine del procedimento penale francese n. […] a carico di 'X' rispetto al quale gli odierni imputati sono da considerarsi terzi ignari» (id., 1). In questo senso, la giudice si esprimeva a favore delle perplessità sollevate dalla difesa, ribadendo la necessità di integrare l'Ordine europeo di indagine. A tal fine, però, utilizzava una argomentazione già rigettata, pochi mesi prima, dalla Corte di cassazione e per la quale, quindi, pare prematuro fare previsioni di tenuta sul lungo periodo. Si segnala anche la notizia, riportata da https://www.joint-defense-team.com/post/skeyecc-encrochat-italy-defence-evidence-challenges, secondo cui in diversi procedimenti dinanzi ai tribunali di Roma basati sulle prove EncroChat e SkyECC, la difesa avrebbe ottenuto il permesso di interrogare come testimoni alcuni membri della Gendarmeria francese, al fine di chiarire le modalità di acquisizione dei dati e, soprattutto, le modalità di trasmissione alle autorità italiane. Gli ufficiali francesi non si sarebbero presentati e le autorità giudiziarie francesi non avrebbero fornito assistenza. Di conseguenza, i tribunali di Roma avrebbero dapprima deciso di rinunciare a tali testimoni, poi avrebbero invece autorizzato le difese a presentare domande scritte alla Gendarmeria francese. Tali domande dovrebbero essere trasmesse alle autorità giudiziarie francesi per le informazioni necessarie.
[88] Cass. n. 18136/2025, cit., § 2.3.2 ss. (considerato in diritto).
[89] Classiche ormai le pronunce della C.G.UE in merito, a partire dalle cause riunite *PálAranyosi*(causa C-404/15) e *Robert Căldărăru*(causa C-659/15 PPU), 5.4.2016
[90] Si veda l'art. 11(4) della Direttiva OIE.

L'art. 14 della Direttiva, come noto, prevede che gli Stati membri assicurino, per le indagini svolte all'estero con OIE, «mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo». Nel 2021, la Corte di giustizia, nella sentenza *Gavanozov* II, ha ulteriormente ampliato la disposizione, prevedendo che lo Stato di emissione debba garantire un mezzo di impugnazione dell'OIE anche quando lo stesso non sia previsto dal diritto interno per un atto di indagine analogo a quello richiesto[91]. Ciò nonostante, la gran parte (se non forse la totalità) dei paesi UE non ha dato seguito alla pronuncia, evitando di predisporre rimedi specifici per l'emissione dell'Ordine europeo in aggiunta a quanto già previsto a livello nazionale[92]. L'Italia, da questo punto di vista, si è uniformata al panorama generale, avendo rigettato l'opzione di uno strumento di impugnazione *ad hoc* a favore della possibilità di contestare l'emissione dell'OIE mediante i mezzi di impugnazione tradizionali già esistenti[93].

Aggiungendo questo elemento alle considerazioni svolte in precedenza, il quadro che ne risulta non è incoraggiante per la difesa. Da un lato, questa ha l'onere di reperire indizi tanto sufficientemente specifici e concreti da supportare una domanda di integrazione informativa dell'OIE già emesso dalla autorità giudiziaria (per raccogliere informazioni atte a provare eventuali violazioni processuali). Dall'altra, l'eventuale emissione, da parte delle inquirenti, di richieste di cooperazione giudiziaria che ignorino tali istanze (o che le rigettino espressamente) non costituisce un provvedimento direttamente impugnabile. La difesa, quindi, potrà innanzitutto dolersi di tali dinieghi in giudizio e poi con i mezzi di impugnazione disponibili al termine del dibattimento, cioè in sedi temporalmente molto lontane dal momento in cui sono avvenute la captazione, selezione e analisi dati – il che potrebbe inficiare la reperibilità delle informazioni eventualmente riconosciute come mancanti e magari non più conservate all'estero. Oppure, l'imputata potrebbe far valere le proprie pretese all'interno della parentesi cautelare, sempre tramite i mezzi di impugnazione ivi previsti: una soluzione temporalmente più prossima e quindi forse per questo sinora privilegiata (da tali fasi deriva, in effetti, la gran parte della giurisprudenza elaborata in materia), ma che ugualmente, nei risultati, si è dimostrata poco sensibile a valorizzare il *vulnus* creato al contraddittorio[94].

Peraltro, nel caso di OIE finalizzato ad acquisire i risultati di attività di captazione già svolte, come nelle vicende EncroChat e Sky ECC, la previsione dell'art. 14 della Direttiva presenta un'ulteriore problematica, che probabilmente non sarebbe soddisfatta nemmeno da una interpretazione garantista "alla *Gavanozov* II".

L'art. 14, infatti, mira chiaramente a evitare discriminazioni fra i rimedi esperibili per atti di indagine omologhi, quando eseguiti all'estero e, secondo la CGUE, quando nessun rimedio sia

---

[91] C.G.UE, 11.11.2021, causa C-852/19, § 50. Sul punto, v. M. Daniele, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, cit.; E. Lorenzetto, *Il diritto ad un ricorso effettivo nello stato di emissione dell'ordine europeo di Indagine e le sue rifrazioni nell'ordinamento interno*, in *CP* 2022, 2, 838 ss.; C. De Luca, *La Corte di giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in *SP* 9.3.2022; A. Hernandez Weiss, *Effective protection of rights as a precondition to mutual recognition: Some thoughts on the CJEU's Gavanozov II decision*, in *NJECL* 2022, 13(2), 180 ss; O. Calavita, *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? Da Gavanozov II un ulteriore stimolo della Corte di Giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali europei*, in *LP* 2022, 1, 298 ss.; S. Allegrezza, *Judicial review as a fundamental right: Article 47 of the Charter*, in *Effective defence rights in criminal proceedings*, a cura di S. Allegrezza e V. Covolo, Milano 2018, 97 ss.

[92] V. Council of the European Union, *Final Report on the Tenth Round*, cit., 56 ss. e, per una analisi comparata, G. Contissa, G. Lasagni, M. Caianiello e G. Sartor (a cura di), *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives*, cit.

[93] Cass. Sezioni unite del 2024, cit., con riferimento particolare alla n. 23755 al § 9.4 e alla n. 23756 al § 12.4 dei considerato in diritto). Sul punto, v. M. Daniele, *Le sentenze "gemelle" delle Sezioni Unite sui criptofonini*, cit.; O. Murro e W. Nocerino, *Più ombre che luci nella sentenza delle Sezioni Unite in tema di criptofonini*, in *Penale, Diritto e Procedura* 2, 2024, 652 ss.

[94] Come si è visto nella giurisprudenza delle corti europee in merito, v. *supra*, § 4.1, nt. 54-58.

previsto dalla normativa interna, per assicurare almeno una azione riparatoria in caso di indagine transnazionale.
Intervenendo in modo esplicito (e anche ragionevole, da quel punto di vista) sui mezzi di impugnazione in generale, però, l'art. 14 non fornisce un rimedio effettivo nel caso di tecniche investigative a "contraddittorio anticipato". Detto altrimenti: se un ordinamento prevede la possibilità di intervenire in contraddittorio, già durante le indagini, per partecipare al processo di selezione del materiale acquisito, ciò di solito è predisposto perché si ritiene poco efficace, per le parti, attendere il dibattimento o addirittura l'esperimento di mezzi di impugnazione all'esito della decisione sul merito per far valere eventuali vizi. Il deficit conoscitivo determinato dalla mancata partecipazione alla fase di selezione – si sottende – potrebbe rendere di fatto impraticabile, se non del tutto impossibile, per la difesa identificare i punti critici su cui soffermarsi nella fase di sindacato – tanto più se tali istanze devono basarsi (come nell'esempio italiano illustrato nel paragrafo precedente) su elementi che indicano il pregiudizio subito in modo concreto e non generico.
Il diritto a partecipare a questi momenti di "contraddittorio anticipato", tuttavia, non è coperto esplicitamente dalla clausola di equivalenza dell'art. 14.
In realtà, con una interpretazione un poco creativa, si potrebbe forse argomentare che quest'ultima possa essere violata dal venire meno dell'effettività dei mezzi di impugnazione; situazione che si produrrebbe a causa della impossibilità di partecipare alla procedura selettiva dei dati. E tuttavia, è certo che nessuna disposizione della Direttiva prevede il diritto delle parti di partecipare alle operazioni di selezione, specie quando si tratta di un OIE emesso per la trasmissione di prove già acquisite. Sarebbe quindi certamente auspicabile un intervento chiarificatore sul testo della legislazione in questo senso, magari all'interno del processo di revisione della Direttiva attualmente in corso davanti alla Commissione, sebbene la recente Proposta di modifica appena pubblicata non paia particolarmente specifica sul punto[95].
L'ostacolo, però, vale la pena ribadirlo, è normativo solo in parte.
Le autorità giudiziarie, infatti, secondo il meccanismo dialogico previsto dall'art. 9(2) della Direttiva, potrebbero accordarsi affinché il contraddittorio anticipato sia esteso a tutte le parti interessate, a prescindere dall'ordinamento di appartenenza. Cionondimeno, nella maggioranza dei casi, un OIE emesso per la trasmissione di prove già acquisite troverà esecuzione *dopo* la chiusura delle operazioni di analisi o selezione (nel senso indicato in precedenza, v. § 4) effettuate nello Stato di esecuzione.
Non si tratta, naturalmente, di un requisito imperativo. Tuttavia, è plausibile ritenere che, tendenzialmente, se l'interesse di uno Stato all'acquisizione di certi dati sussiste sin dalla instaurazione delle investigazioni, questo emetterà piuttosto un OIE per l'*esecuzione* di atti di indagine. Se invece lo Stato si risolve ad emettere un OIE per prove già raccolte all'estero, ciò sarà probabilmente dovuto (come nei casi EncroChat e Sky ECC) all'emergere di un interesse per l'instaurazione di procedimenti domestici *solo in un secondo tempo*. Certo, lo Stato di emissione dell'OIE potrebbe agire prima che, in quello di esecuzione, vengano effettuate le

[95] Per il background e i principali punti in discussione, v. Think Thank - European Parliament, European Investigation Order, 11.5.2026. Nella recente proposta della Commissione del giugno 2026 (cit. *supra* nt. 74), tuttavia, la formulazione appare piuttosto generica, sebbene per la prima volta indichi in modo esplicito la necessità di un rimedio adeguato anche nel caso di OIE emesso per il trasferimento di prove già esistenti (v. p. 54, in riferimento all'art. 17(1) della Proposta: «Where the EIO is issued for obtaining evidence that is already in the possession of the competent authorities of the executing State, Member States shall ensure that legal remedies equivalent to those available in a similar domestic case are available in the executing State to suspects, accused persons and any other persons whose rights are adversely affected to challenge the lawfulness of the investigative measures carried out to collect that evidence»).

operazioni di selezione o analisi dei dati; tuttavia, non è affatto scontato che ciò accada, come indicano le vicende esaminate.

6.1. La problematicità degli aspetti illustrati e la difficoltà di trovare una soluzione soddisfacente in un contesto multi-livello e frammentario sul piano normativo come quello delle indagini penali sovranazionali emergono in modo significativo alla luce di due istanze, recentemente portate all'attenzione delle Corti europee.
Una prima pronuncia, tanto interessante quanto foriera di riflessioni, anche ben più ampie del tema qui trattato, è la decisione della Corte EDU nei casi *A.L. e E.J. c. Francia*, del settembre 2024[96].
Nel caso di specie, i ricorrenti a Strasburgo lamentavano la violazione di diversi diritti convenzionali a seguito delle indagini transnazionali nella vicenda EncroChat. La questione, però, si fermava sul piano della ammissibilità e, precisamente, sulla regola di esaurimento dei rimedi interni di cui all'art. 35 CEDU. I ricorrenti, indagati nel Regno Unito anche sulla base delle informazioni ricevute dalla Francia, sostenevano che, non avendo avuto la qualità di parte nel procedimento penale nel paese in cui era stata disposta la captazione, non erano stati in grado di accedere al fascicolo e, pertanto, di contestare la validità delle decisioni di captazione[97].
Nell'esaminare la ammissibilità del ricorso, in principio la Corte EDU confermava il proprio approccio flessibile alla regola convenzionale, ribadendo di dover prendere in considerazione solo i mezzi di ricorso disponibili nello Stato contraente coinvolto dalla causa.
Al tempo stesso, le giudici di Strasburgo ne fornivano una interpretazione estensiva, considerando che l'obbligo di esaurimento dei mezzi di impugnazione non fosse limitato dal fatto che i ricorrenti risiedevano al di fuori del territorio francese[98]. Nello specifico, la Corte rilevava l'esistenza oltralpe di rimedi che, in ossequio all'art. 14 della Direttiva, risultavano invocabili sia in caso di atto investigativo interno, sia in caso di cooperazione giudiziaria: in particolare, l'art. 694-41 del codice di procedura penale francese. Secondo il ragionamento delle giudici, pertanto, i ricorrenti avrebbero potuto chiedere in Francia l'annullamento della misura di esecuzione dell'OIE, alle stesse condizioni e secondo le stesse modalità di una persona indagata a livello domestico[99]. Nell'ottica della Corte, «nulla indica[va] che tale ricorso, se fosse stato esercitato, sarebbe stato privo di effetto utile nelle circostanze del caso di specie»[100]. I ricorrenti, però, non avevano agito in questo senso e non avevano indicato alcuna giustificazione particolare per l'omissione. Di conseguenza, la Corte constatava che essi non avevano «soddisfatto il requisito dell'esaurimento dei ricorsi interni» e dichiarava inammissibile il ricorso alla luce dell'art. 35 §§ 1 e 4 CEDU[101].
Come intuibile, la sentenza appare significativa almeno sotto due profili.
Da un lato, in riferimento a situazioni come quelle di *data-driven investigation* qui esaminate, le giudici di Strasburgo pongono a carico delle parti l'onere di provare il pregiudizio eventualmente sofferto dalla conformazione sovranazionale della procedura. In altre parole, la Corte non accoglie l'argomento per il quale il "mero" svolgersi di un procedimento in uno Stato altro rispetto a quello ove si è svolta l'attività probatoria costituirebbe un ostacolo sufficiente all'esercizio effettivo dei propri diritti difensivi. In questo senso, la Corte valorizza la dimensione europea della indagine, in un'ottica che, pur venendo da una fonte non di matrice

[96] C. eur., 24.9.2024, *A.L. contre la France* e *E.J. contre la France*.
[97] Id., § 122.
[98] Id, § 132.
[99] Id., § 140.
[100] Id., § 144.
[101] Id., § 145.

unionale, pare dare un contenuto quantomai effettivo all'etichetta di "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" in cui sono operativi strumenti come l'Ordine europeo di indagine penale. Ai fini della ammissibilità del ricorso alla CEDU, pertanto, alla difesa sembra venire richiesta una conoscenza e una familiarità non solo con il proprio diritto interno, ma anche con quello estero correlato al caso di specie: un salto di qualità appropriato nella prospettiva di una dimensione sempre più europea dell'accertamento penale, ma che rischia di scontrarsi con carenze sia sul piano normativo, sia su quello operativo, che rendono ancora decisamente nazionale l'esercizio effettivo della professione forense.
Al tempo stesso, la Corte, di solito pure molto attenta alla valutazione degli elementi concreti che possono inficiare l'effettività dei diritti convenzionali, non aver tenuto in debita considerazione le difficoltà pratiche ed operative di un esercizio multilivello dei diritti processuali. In particolare, ci si riferisce nuovamente al problema della sfasatura temporale fra il momento in cui le operazioni di acquisizione sono state svolte e quello in cui sorge l'interesse a rilevare eventuali vizi in un procedimento diverso e radicato in un ordinamento differente.
La seconda pronuncia, significativa per la discussione in oggetto, si concentra proprio su questi ultimi profili di criticità. Ci si riferisce alla decisione della *Cour de Cassation* che, nel settembre 2025, in riferimento al medesimo rimedio previsto dall'art. 694-41 del codice di procedura penale, ha sottoposto una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia[102].
La vicenda traeva origine da una indagine tedesca per traffico di droga e associazione a delinquere, fondata sui dati estratti dalla piattaforma criptata Sky ECC, raccolti in Francia e trasmessi successivamente alle autorità locali tramite OIE. L'indagato, pur essendo sotto accertamento in Germania, presentava una richiesta dinanzi alla camera di istruzione francese, chiedendo l'annullamento degli atti di acquisizione dei dati.
La Corte francese, prendendo le mosse dalle considerazioni della CEDU in *A.L. e E.J.*, sollevava però dubbi sulla possibilità che la disposizione di cui all'art. 694-41 potesse davvero costituire un rimedio efficace anche nei confronti di persone che non sono parti in un procedimento francese, ovvero quando le prove raccolte vengono utilizzate contro di loro in un'altra giurisdizione. Nello specifico, essa rilevava che, probabilmente a causa di una trasposizione riduttiva dell'art. 14 della Direttiva nella legislazione francese, il rimedio interno è applicabile solo alle misure eseguite oltralpe nell'ambito della esecuzione di un OIE e non anche agli OIE riferiti alla trasmissione successiva di prove già raccolte. La richiesta dell'indagato tedesco nel caso Sky ECC, pertanto, contraddicendo quanto indicato dalla Corte EDU, non rientrerebbe nell'ambito di applicazione del mezzo di impugnazione, con conseguente potenziale violazione del diritto al rimedio effettivo previsto dall'art. 47 CDFUE.
La *Cour de Cassation* si rivolgeva pertanto alla Corte di giustizia per chiedere la corretta interpretazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 14 della Direttiva[103]. La disposizione, infatti, si esprime in termini ampi, non specifici per una sola tipologia di OIE e, quindi, parrebbe riduttiva una implementazione limitata esclusivamente a casi di acquisizione futura di prove all'estero. La questione è al momento pendente[104].

6.2. In attesa della nuova pronuncia della Corte di giustizia, i problemi sin qui illustrati hanno dato origine a diverse istanze volte a restringere, a vario titolo, la portata degli elementi probatori già acquisiti e trasmessi tramite ordine europeo di indagine.

[102] Arrêt de la Cour de Cassation, Chambre Criminelle, del 16.9.2025, N K 24-84.262 FS-Do, n. 00936.
[103] Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour de Cassation (Francia) il 23.9.2025 *NV / Ministère public* (Causa C-625/25, Prudniez).
[104] La richiesta di trattazione urgente della causa è stata rigettata dalla Corte l'8.12.2025.

Una prima opzione, già prospettata in diversi frangenti, fa riferimento alle regole di esclusione e consiste nel ritenere tanto grave, e comunque non sanabile, la violazione dei diritti di difesa e del giusto processo derivante dai limiti di accesso alle informazioni, da causare la inutilizzabilità (o inammissibilità, a seconda del sistema di riferimento) dei dati captati.
La posizione rispecchia le istanze presentate dalle difese di quasi tutti gli indagati nei procedimenti (italiani ed esteri) delle vicende EncroChat e Sky ECC; di solito, va detto, con esito fallimentare[105]. Sono testimoni, in questo senso, le numerose pronunce rese dalle corti di ultima istanza di mezza Europa, Italia inclusa, già ricordate in precedenza (§ 4.1). A queste possono aggiungersi, sempre a titolo esemplificativo, due pronunce della Corte Suprema austriaca (*Oberster Gerichtshof* - OGH) rese nel novembre 2024 e riferite alla vicenda Sky ECC. In tali sentenze, l'OGH ha ribadito, in principio, le possibili ricadute in termini di inammissibilità causate dai limiti informativi e di accesso o dalla eventuale violazione della clausola di equivalenza prevista nella Direttiva OIE, per operazioni particolarmente intrusive che non sarebbero state ammissibili, a tali condizioni, ai sensi della legge austriaca.
Ciò premesso, in una delle decisioni, la Corte Suprema ha stabilito che, anche qualora contestata, l'ammissibilità delle prove non fosse una questione rilevante nel caso di specie. Si trattava infatti di un procedimento cautelare, nel quale, ribadiva l'OGH, non si utilizzano gli stessi criteri selettivi della fase processuale. Ne consegue che anche elementi probatoriamente "dubbi" possono essere utilizzati per giustificare il mantenimento della misura custodiale. La Corte, pertanto, non si esprimeva sulla richiesta di esclusione probatoria, rimandando eventualmente il problema alla fase successiva[106].
Nella seconda decisione, pur sostenendo, in principio, la rilevanza dei profili critici evidenziati, l'OGH ha ritenuto che gli elementi fattuali sottoposti alla sua attenzione non fossero tali da mettere davvero in discussione le modalità operative degli organi investigativi esteri nella acquisizione dei dati. Con rilievi simili, nella sostanza, a quelli della Cassazione italiana, la Corte austriaca rigettava quindi gli argomenti dell'imputato, ritenendo che questi avesse omesso di addurre «in modo chiaro e preciso quelle parti del fascicolo […] che indicavano i fatti da lui asseriti [ovvero i dubbi sulla affidabilità delle procedure di selezione] e che, di conseguenza, avrebbero dovuto essere discusse sotto l'aspetto di un divieto probatorio»[107].
Anche in questo caso, pertanto, la strada della inammissibilità (o inutilizzabilità) degli elementi raccolti, pur ritenuta rilevante in termini astratti, nello specifico non risultava capace di modificare l'esito decisorio.
La mancanza di successo delle istanze fondate su richieste di esclusione probatoria in diversi paesi non significa, naturalmente, che tali questioni stiano necessariamente scemando nella prassi, specie nei giudizi di merito.
Si può segnalare, in tal senso, la recente decisione favorevole alla difesa del Tribunale di Imperia, in cui il giudice procedente ha rigettato l'ammissione delle prove costituite da una selezione di dati EncroChat, ricevuta dalla Procura a seguito di OIE[108]. La valutazione si fondava sulle conclusioni di un esperto, il quale, pur riconoscendo la integrità dei dati trasmessi dalla Francia, rilevava come la carenza di informazioni sulle modalità di gestione degli stessi da parte delle autorità d'oltralpe, anche in ragione dell'apposizione del segreto di Stato, non consentisse di comprendere l'entità delle operazioni svolte, né di verificare che la trasmissione

[105] Se non nella totalità dei casi; a quanto consta, non ci sono pronunce significative in senso opposto, salvo quanto illustrato di seguito. Tuttavia, alla luce della vastità del panorama giuridico europeo, la formula dubitativa è d'obbligo.
[106] Decisione 11Os129/24s del 13.11.2024.
[107] Decisione 14Os107/24b del 5.11.2024, §§ 12 ss. (traduzione a cura dell'autrice).
[108] Tribunale di Imperia, Sezione penale, provvedimento del 19.1.2026, all'interno del procedimento n. 14425/23 R.G.N.R. - n. 4/25 R.G.T.

dei dati pertinenti potesse dirsi completa. Stante «l'impossibilità di accedere al materiale probatorio originale», il Tribunale riconosceva quindi la violazione dei diritti di difesa e si esprimeva per l'inammissibilità dei dati prodotti dalla accusa[109].

Per i motivi evidenziati in precedenza a proposito delle prove scientifiche (§ 4.1), la pronuncia appare condivisibile sul piano del rigore metodologico; tuttavia, il giudice di merito non elaborava nel dettaglio rispetto a come le proprie considerazioni si legassero (anche per smentirle) alle argomentazioni affermate dalla Corte di cassazione nelle SU del 2024 – argomentazioni che lo stesso giudice mostrava di non condividere, sempre senza darne approfondita giustificazione, anche rispetto alla riconduzione al paradigma dell'art. 270 Cpp.

La tenuta di una simile pronuncia presso le giurisdizioni superiori, quindi, appare oggi tutt'altro che scontata; a meno che la Cassazione, mettendosi in ascolto delle critiche espresse anche dalla magistratura di merito, prenda atto delle problematiche evidenziate nelle sentenze "gemelle" e riveda, almeno in parte, le proprie posizioni.

Detto ciò, tracciare un meccanismo di esclusione netto a partire dai limiti al diritto di accesso ai dati, è una prospettiva che, per il momento, non sembra trovare il favore nemmeno a livello europeo. La materia delle prove (specie in ambito penale[110]) è infatti un tema su cui le Corti sovranazionali mantengono un atteggiamento tradizionalmente molto cauto.

Da un lato, la Corte EDU, da sempre estremamente deferente verso i sistemi nazionali a tal riguardo, non si è mai spinta fino a creare regole probatorie vere e proprie (con l'eccezione di quelle fondate sull'art. 3 CEDU), preferendo un approccio, come noto, omnicomprensivo[111].

Per parte sua, la Corte di giustizia ha già dichiarato irricevibile un numero piuttosto consistente di istanze del genere proprio in relazione alle vicende EncroChat/Sky ECC[112] e, nell'unica decisione entrata nel merito (la già citata *M.N.*) ha stabilito che le prove a carico di un imputato debbano essere «espunte» solo se quest'ultimo «non è in grado di svolgere efficacemente le proprie osservazioni su tali informazioni ed elementi di prova e questi ultimi siano idonei ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti»[113].

Sul piano generale, un simile test rappresenta sicuramente un passo in avanti significativo delle giudici europee nel considerare il tema della ammissibilità della prova, a fronte della carenza di regole armonizzate in materia. Al tempo stesso, però, la effettiva portata garantista di tale regola appare quantomeno controversa e, nel caso di specie, poco adatta a sostenere istanze di esclusione, a meno di non intendere la possibilità di «poter svolgere efficacemente le proprie osservazioni» come un diritto di accesso a tutti gli atti – il che riporterebbe la questione al punto di partenza[114].

---

[109] Id., 3.

[110] Sull'approccio molto più creativo della CGUE in ambito privacy, si veda, volendo, G. Lasagni, *Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings: Lessons (and Problems) from the 'Data Retention Saga*, in *Admissibility of Evidence in EU Cross-Border Criminal Proceedings: Electronic Evidence, Efficiency and Fair Trial Rights*, a cura di L. Bachmaier Winter e F. Salimi, Oxford 2024, 29 ss.

[111] Si veda, per tutti, D. Harris, M. O'Boyle, E. Bates, and C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*[5], Oxford 2023. Sull'approccio della CEDU in tema, si veda anche di seguito, § 6.3.

[112] Peraltro, tutti presentati dallo stesso studio legale, si veda la lista già illustrata nella nota 32.

[113] C.G.UE, *M.N.*, cit., § 131.

[114] Prospettiva che sembrerebbe però esclusa dalla stessa Corte secondo la già citata pronuncia *Dun & Bradstreet Austria GmbH* del 2025, cit (nt. 40). Sullo scarso valore garantista di questa locuzione, e sulle conseguenze sulla teoria del "commento effettivo", si veda M. Caianiello, *Il controllo umano*, cit.

Peraltro, cosa significhi contestare in modo effettivo una prova ottenuta in mancanza di accesso adeguato alle «basi tecniche che hanno permesso l'attuazione» della misura investigativa (*M.N.*, § 83) però, è tutt'altro che scontato. L'argomento secondo cui il mancato accesso ai dati nelle fasi iniziali è scarsamente recuperabile *ex post* e che, quindi, non sussistono margini per poter ritenere equo un procedimento che presenta tali lacune, riporta il problema al punto di partenza

6.3. Riflettere sulle cause di esclusione probatoria, però, non è l'unico approccio adottato dalla giurisprudenza nella ricerca di un rimedio effettivo alle problematiche evidenziate.
Un approccio alternativo si riscontra, ad esempio, nella giurisprudenza convenzionale.
Fra le varie pronunce in materia (già menzionate nel § 4.1), pare particolarmente significativa la sentenza *Yüksel Yalçinkaya* (2023) che, pur non essendo riferita alle due piattaforme principali qui in esame, presenta rilevanti elementi in comune con i casi di *data-driven investigation*.
Innanzitutto, sia in *Yüksel Yalçinkaya* che in EncroChat/Sky ECC, l'accesso ai dati, richiesto dalla difesa, veniva negato nel corso del processo non per ragioni meramente tecniche, ma all'esito di un bilanciamento di interessi contrapposti. Da un lato, la necessità di non comprimere eccessivamente i diritti degli individui collegati alla massa di informazioni captate, fra cui anche quello alla privacy; dall'altro, l'esigenza di non pregiudicare il prosieguo di (altre) indagini, anche di tipo preventivo e quindi legate a questioni securitarie[115]. Inoltre, in entrambi gli scenari gli indagati lamentavano una violazione dei propri diritti di difesa, causata dalla impossibilità di verificare in modo adeguato le prove raccolte, esaminando i dati grezzi acquisiti dalle autorità per evidenziare eventuali errori di selezione o la presenza di elementi a discarico non considerati[116].
Nel ragionare sul caso *Yüksel Yalçinkaya*, la Corte EDU ribadiva due approcci metodologici già consolidati nella precedente giurisprudenza. In primo luogo, le giudici di Strasburgo riaffermavano la deferenza verso gli ordinamenti domestici in materia probatoria, ritagliandosi un margine di intervento solo ai fini della valutazione sull'equità complessiva[117]. In secondo luogo, la CEDU ricordava come il diritto di accesso alle prove, essenziale per garantire il *fair trial* e per il modello di accertamento accusatorio, non possa essere limitato ai soli elementi considerati rilevanti dall'accusa[118]. Ciononostante, tale prerogativa non può dirsi nemmeno assoluta: ragioni di sicurezza nazionale, così come la necessità di preservare la riservatezza dei metodi di indagine, possono costituire ragioni valide per limitare l'accesso ai dati, purché queste siano bilanciate da adeguate misure compensative[119].
In *Yüksel Yalçinkaya*, venivano identificate sei tipologie di *counterbalancing factors*, che vale la pena ricordare brevemente: 1) se le ragioni che hanno portato alla compressione del diritto di difesa sono state giustificate all'indagato, ad esempio nella motivazione della decisione sul merito[120]; 2) se la richiesta dell'indagato di sottoporre i dati grezzi a una valutazione esperta è stata negata e, eventualmente, posto che non esiste alcun obbligo di nominare un perito, se tale rifiuto è stato giustificato (ad esempio, sempre nelle motivazioni); 3) se le questioni relative all'integrità e alla corretta acquisizione dei dati sono state debitamente affrontate nel procedimento interno[121]; 4) se agli imputati è stato concesso il diritto di commentare il

[115] *Yüksel Yalçinkaya*, cit., § 296: «The Government stressed that the ByLock data obtained by the MİT contained millions of data items relating to more than a hundred thousand users. Moreover, it was not intelligible in the form in which it had been collected. Information pertaining to a user was not found in one place but was scattered in different tables, making it impossible to extract the raw data for individual users, and the authorities had therefore had to develop an interface program to make the data meaningful in relation to each user. In these circumstances, the disclosure of the entire body of raw data to the applicant would entail sharing data relating to all users, thereby creating a security risk and potentially prejudicing the investigations, not to mention the interference that it would constitute with the privacy rights of other users. Moreover, special software had to be used in order to render the raw data meaningful».
[116] Id., § 325.
[117] Id., §§ 302 -304.
[118] Id., § 307.
[119] Id., § 308.
[120] Id., § 331.
[121] Id., § 334.

materiale probatorio raccolto[122]; 5) se ci sono state altre prove a sostegno della accusa, o se i dati decrittati costituiscono l'unico elemento incriminante sostanziale[123]; e infine 6) se anche le altre prove (qualora esistenti) sono state debitamente esaminate e verificate[124]. Nel caso specifico, la Corte ha ritenuto che tali elementi non fossero stati sufficientemente considerati dalle autorità nazionali; pertanto, essi non potevano controbilanciare adeguatamente l'accesso limitato al fascicolo. Di conseguenza, senza entrare nel merito dell'ammissibilità delle prove, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto una violazione del diritto a un processo equo sancito dall'articolo 6 della CEDU.

La possibilità di argomentare in termini così ampi, tuttavia, è lusso di cui solitamente le giudici nazionli non si possono avvalere. In questa ottica, appare interessante una ulteriore variante di questo orientamento giurisprudenziale, sempre improntata alla ricerca di rimedi effettivi nei casi di *data-driven investigation*.

L'approccio si fonda su un ragionamento relativo al (mancato) soddisfacimento dell'onere probatorio necessario a fondare una condanna ed è stato recentemente espresso dalla Corte di Valencia, nel gennaio 2026.

L'*Audiencia Provincial,* rifacendosi alla sentenza della Corte EDU *Yalçınkaya,* affermava che i risultati intercettativi, pur acquisiti legalmente in Francia e altrettanto legalmente ottenuti dalle autorità spagnole, non potessero costituire il fondamento per una sentenza di condanna se alla difesa era stato negato l'accesso ai dati grezzi[125]. Tale conoscenza veniva quindi ritenuta necessaria per contestare efficacemente l'interpretazione data dall'accusa al materiale probatorio o, nelle parole della Corte di giustizia, per «svolgere efficacemente le proprie osservazioni»[126]. La Corte spagnola, quindi, da un lato respingeva le argomentazioni relative alla inutilizzabilità o inammissibilità delle prove, confermando sia la validità del principio del riconoscimento reciproco, sia la legittimità delle operazioni intercettative transnazionali poste in essere, sia, da ultimo, la legittimità dell'opposizione del segreto sulle modalità di funzionamento dei software utilizzati da parte delle autorità francesi[127]. D'altro lato, però, le giudici di Valencia evidenziavano che consentire alla difesa l'accesso ai soli dati già selezionati fosse insufficiente per integrare i diritti che compongono il principio del giusto processo. Riscontrando tali carenze, la Corte concludeva che il ragionevole dubbio non potesse dirsi superato e che, di conseguenza, non si potesse sostenere la condanna fondata in via esclusiva su tali elementi.

La pronuncia della *Audiencia Provicial*, salutata subito con grande interesse dalle difese di diversi paesi, avendo portato alla assoluzione degli imputati, veniva però annullata sucessivamente dal *Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana* (TSJCV)[128]. A tal fine, secondo quanto riportato, il TSJCV da un lato considerava come troppo vaghe le istanze dalle difese rispetto alle operazioni di captazione svolte all'estero (sulla scorta di argomentazioni simili a quelle esaminate dalla Cassazione italiana); dall'altro, contestava che

[122] Id., § 335.
[123] Id., §§ 337-338.
[124] Cfr. anche, §§ 321-322.
[125] 1 Audiencia Provincial València, Sección Tercera, Rollo penal n° 139/2022, Dimanante del Sumario nº 1242/2020 del Juzgado de Instrucción de València número 1, sentencia no. 24/2026.
[126] Id., v. 24, § 4, dove si afferma che: «la valoración de esta prueba, por tanto, deberá tener en cuenta las restantes pruebas aportadas al acto del juicio oral no solo con relación a su contenido, sino también con relación a las dudas expuestas sobre su integridad».
[127] Il provvedimento investigativo, adottato ai sensi dell'articolo 706-102-1 del Codice di procedura penale francese, è stato dichiarato costituzionale con la decisione n. 2022-987 QPC del Consiglio costituzionale francese, dell'8.4.2022.
[128] Si veda, fra tutti, https://www.joint-defense-team.com/post/encrochat-skyecc-digital-evidence-reliability-europe.

i messaggi criptati e consegnati tramite OIE fossero stati la prova esclusiva a fondamento delle condanne[129]. Il procedimento veniva quindi rinviato alla *Audiencia Provincial*, che dovrà esprimersi nuovamente sul punto.

6.4. A fronte di questi approcci, tutti incentrati solo sull'interpretazione normativa, una prospettiva interessante è rappresentata dalla scelta di intervenire, per ridurre l'asimmetria fra le parti e rafforzare i diritti di difesa, anche a livello tecnologico e infrastrutturale.
L'idea alla base di questa intuizione prende le mosse dalle difficoltà evidenziate in precedenza e, in particolare, dal presupposto di gran parte dei modelli processuali esistenti, secondo cui l'accesso alle prove sarebbe essenzialmente una questione di "divulgazione formale": una volta reso disponibile il materiale probatorio, si presume che il principio di parità delle armi a tal riguardo possa dirsi soddisfatto.
Spesso, tuttavia, questa ipotesi è piuttosto irrealistica. Nel caso di un'enorme molte di informazioni, come negli scenari di *data-driven investigation*, anche ove alla difesa sia concesso un accesso nominale ai dati, essa può rimanere comunque incapace, per mancanza di risorse sufficienti, di identificare ciò che è rilevante, di ricostruire i passaggi analitici compiuti dagli investigatori, di verificare la provenienza di un dato specifico o di comprendere in che modo i *tools* di *digital forensics* (anche automatizzati) abbiano contribuito a trasformare i dati grezzi in prove a carico. In poche parole: di predisporre una linea difensiva adeguata.
Per venire incontro a queste difficoltà, alcuni ordinamenti, tra cui il più noto è quello olandese, hanno implementato modelli di cosiddetta *Digital forensics as a service* – DfaaS[130]. Un esempio rinomato di DfaaS, almeno nel contesto europeo, è la piattaforma Hansken, sviluppata dal Netherlands Forensic Institute[131].
In termini generali, Hansken fornisce informazioni sugli strumenti forensi e sui dati digitali utilizzati in un determinato procedimento. Tra le altre funzioni, il sistema consente di tracciare chiaramente la fonte dei dati (ad esempio, indicando se essi derivano da algoritmi spiegabili in modo soddisfacente oppure no), nonché di classificare il grado di affidabilità di quest'ultima[132].
Al tempo stesso, piattaforme come Hansken possono essere impiegate anche per applicare strumenti di intelligenza artificiale al fine di selezionare o analizzare i *data set* raccolti, quindi per lo svolgimento diretto delle operazioni tecniche.
Il punto centrale, per quanto riguarda il tema di questo contributo, è che, oltre alle inquirenti, la piattaforma può essere utilizzata anche dalla difesa per accedere, in modo protetto, alle prove ed esaminare le attività di *digital forensics* svolte durante le indagini. Per esempio, grazie a Hansken, nei Paesi Bassi alla difesa è stato consentito, a determinate condizioni, di ispezionare dati acquisiti durante le indagini per trovare informazioni presumibilmente rilevanti per i propri assistiti. In altre parole, l'idea è quella di bypassare il tema della divulgazione ampia degli elementi digitali raccolti (con tutte le difficoltà del caso rispetto ai dati "grezzi"), fornendo un ambiente forense controllato all'interno del quale le utenti autorizzate, anche dal lato delle imputate – incluse, potenzialmente, le esperte da queste eventualmente nominate – possano ispezionare i dati, esaminare le operazioni eseguite su di essi e, in sostanza, verificare la

[129] *El TSJCV valida las conversaciones de Sky en la trama de narcos del Puerto de Valencia y revoca la absolución*, 23.4.2026.
[130] R.B van Baar, H.M.A van Beek e E.J. van Eijk, *Digital forensics as a service: a game changer*, in *Digital investigation* 11, 2014, 54-62.
[131] H.M.A van Beek, E.J. van Eijk e R.B van Baar, *Digital forensics as a service: game on*, in *Digital investigation* 15, 2015, 20-38.
[132] H.M.A van Beek e H. Henseler, *Servicing Digital Investigations with Artificial Intelligence*, in *Artificial Intelligence (AI) in Forensic Sciences*, a cura di Z. Geradts-K. Franke, Hoboken 2024, 104 ss.

fondatezza probatoria delle affermazioni dell'accusa legata alla interpretazione di tali informazioni[133].

Sistemi come Hansken mostrano che, almeno in parte, è possibile ridurre lo squilibrio generato da indagini massive e tecnologiche, come le *data-driven investigation*, anche in caso di impiego di strumenti automatizzati. Certamente la procedura è tutt'altro che semplice e presenta a sua volta talune difficoltà, sia legali sia tecniche. Un simile approccio, però, sembra molto più adeguato rispetto alle sole opzioni ermeneutiche ad affrontare le criticità legate descritte in precedenza.

Innanzitutto, esso consente di estendere l'ambito del controllo almeno ai *dataset* secondari, mitigando in parte il problema dell'accesso ai dati grezzi o semi-elaborati. Come già discusso (§ 4), una delle difficoltà più gravi nelle indagini digitali e massive (tanto più se basate su IA) riguarda il passaggio dal set di dati primario a quelli secondario e terziario. È proprio in queste fasi di selezione che il materiale a carico può essere erroneamente identificato o attribuito e quello a discarico essere distorto o semplicemente diventare invisibile. Un modello basato sulla *digital forensics as a service* può rendere queste operazioni più visibili registrando la catena di azioni eseguite sui dati e consentendo alla difesa, almeno in parte, di ricostruirle in modo critico.

Si trova insomma un bilanciamento, fra l'impossibilità, pratica e giuridica, di concedere un accesso illimitato all'intera mole di dati acquisiti, da un lato, e la necessità di garantire uno spazio effettivo e strutturato di contraddittorio sulla formazione della prova, dall'altro. Un sistema come Hansken, ad esempio, ha il vantaggio di poter calibrare l'accesso alle informazioni, prevedendo livelli di verifica differenziati. In questo senso, la piattaforma può essere configurata in modo da autorizzare la difesa ad esaminare solo determinate categorie di dati e solo in condizioni controllate (come precludendo la possibilità di poterli esportare tutti liberamente o di venire a conoscenza di informazioni particolarmente sensibili non attinenti al caso specifico).

Di nuovo, un approccio del genere non elimina tutta la tensione di fondo; esso, però, offre un metodo per contemperare in modo ragionevole gli interessi in gioco. In tal senso, questa prospettiva potrebbe riflettere meglio la logica della proporzionalità – fondamentale quando siano in pericolo diritti fondamentali e centrale in tutta la idea di cooperazione giudiziaria europea – rispetto alle alternative attualmente sperimentate in giurisprudenza. Inoltre, un ambiente forense che renda più trasparenti l'origine, il trattamento e l'uso analitico dei dati può contribuire a migliorare anche il processo decisionale dell'organo giudicante, fornendo elementi concreti per valutare sia la ragionevolezza delle restrizioni eventualmente poste alle istanze delle parti, sia, in generale, l'affidabilità delle prove digitali prodotte.

In altre parole, se l'IA e la *digital forensics* avanzata, tanto più se unite a dimensioni massive dei dati, contribuiscono ad ampliare il divario informativo tra accusa e difesa, una possibile risposta è quella di utilizzare la tecnologia anche per ridurre tale asimmetria, aiutando a tradurre la complessità tecnica in forme giuridicamente gestibili.

La prospettiva pare particolarmente significativa, anche perché essa sposta la discussione da una logica puramente negativa – se le prove debbano essere escluse, se il diritto sia stato violato, ecc – ad una costruttiva, incentrata su come l'equità procedurale possa essere resa operativa nella pratica.

---

[133] Per quanto riguarda la prima vicenda penale in cui una giudice ha valutato l'uso di Hansken, si veda Tribunale distrettuale di Amsterdam, 19.4.2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2504 e, più recentemente e con alcune innovazioni in merito, il caso *Marengo*, deciso dal Tribunale distrettuale di Amsterdam il 27.2.2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:696, in merito al quale si vedano le considerazioni di P. Liefrink, R. Robroek e T. Veldhoven, *Algorithmic Criminal Procedure in the Netherlands*, in *AI Evidence and Criminal Proceedings*, a cura di K. Ligeti, Oxford, New York, Dublin 2025, 186 ss., in particolare 202 ss.

Detto questo, la soluzione non deve essere idealizzata.
Innanzitutto, a livello teorico, l'accesso mediato da una piattaforma forense non equivale certamente alla piena uguaglianza epistemica. Il sistema rimane progettato, governato e spesso tecnicamente controllato dalle autorità pubbliche o da istituzioni strettamente collegate ad esse. Inoltre, anche se la piattaforma forense consente alla difesa di ispezionare il *dataset* e di tracciarne determinate operazioni, ciò non implica necessariamente che il funzionamento della componente digitale diventi pienamente comprensibile. In alcuni casi, in particolare quando vengono utilizzati sistemi di apprendimento automatico, l'imputata può comunque trovarsi di fronte a ostacoli significativi nell'identificare perché sia stato prodotto un determinato risultato, quale peso debba essergli attribuito a fini probatori e se eventuali *bias* siano intervenuti nel processo. Pertanto, è bene ribadirlo, i sistemi DfaaS non eliminano tutte le preoccupazioni relative alla parità delle parti, alla trasparenza dei sistemi e alla effettività dei rimedi esperibili.
In secondo luogo, questi modelli dipendono fortemente dalla disponibilità di infrastrutture simili a quelle descritte, oltre che, ovviamente, di risorse adeguate. Il sistema olandese oggi è certamente all'avanguardia nelle indagini digitali e piattaforme come Hansken non sono facilmente replicabili in contesti diversi da quello del Netherlands Forensic Institute, un ente che supporta l'attività investigativa da una posizione relativamente indipendente (a differenza della maggior parte dei servizi forensi, tendenzialmente interni alle forze dell'ordine).
In terzo luogo, anche un meccanismo che faciliti l'accesso ai dati, essendo a sua volta tecnologicamente sofisticato, può produrre un impatto ridotto se la difesa non dispone del tempo, dei fondi o dell'assistenza esperta necessaria per orientarvisi. Una piattaforma come Hansken può mitigare alcune barriere, ma non riesce, da sola, ad eliminare in toto le disuguaglianze relative a competenze e risorse. Per questo motivo, qualsiasi rimedio autenticamente basato sulla tecnologia deve essere accompagnato, oltre che da una ermeneutica adeguata, anche da misure istituzionali più ampie: assistenza legale adattata ai casi a componente digitale, accesso a competenze esperte tecniche e qualificate, tempi procedurali che riflettano la complessità del materiale da esaminare e consapevolezza, da parte della magistratura, degli oneri a carico della difesa, specialmente quando si tratta di concedere l'autorizzazione all'uso della piattaforma stessa.

7. Gli esempi di *data-driven investigation* discussi nel contributo hanno messo in evidenza come le indagini penali si trovino oggi di fronte a una trasformazione strutturale che non può essere affrontata con un mero aggiornamento formale del quadro normativo.
Come si è cercato di dimostrare, questi paradigmi investigativi, assai diffusi e sempre più frequenti, tanto da risultare essenziali a fronte della progressiva digitalizzazione (e anonimizzazione) delle condotte criminose su scala globale, mettono in crisi gli schemi processuali tradizionali, esacerbando problemi già esistenti e talvolta alterando le premesse per l'esercizio effettivo dei diritti fondamentali.
In questo senso, lo sviluppo tecnologico scopre i limiti di discipline processuali che sono state in gran parte concepite per un paradigma probatorio diverso — incentrato sulla testimonianza umana, su fonti di conoscenza fisicamente identificabili e su un ammontare di prove relativamente circoscritto. Le indagini digitali, spesso caratterizzate da grandi volumi di dati o assistite dall'IA, si basano invece sul riconoscimento automatico di modelli, sull'inferenza probabilistica e su architetture transnazionali di condivisione delle informazioni che complicano profondamente il riconoscimento e il funzionamento delle garanzie tradizionali.
Da questa prospettiva, la sfida principale non è stabilire *se* l'intelligenza artificiale debba avere un ruolo nelle investigazioni: questa domanda ha già trovato risposta (positiva) nella prassi. Gli strumenti digitali avanzati sono ormai integrati nella giustizia penale contemporanea, come dimostrano i casi discussi nel contributo.

Tuttavia, le operazioni EncroChat e Sky ECC rappresentano, a tal proposito, una svolta paradigmatica. Esse hanno rivelato, su scala ampissima, sia lo straordinario potenziale della tecnologia digitale, sia le profonde tensioni che si sollevano, alle radici, in merito alla tenuta dei diritti fondamentali.

In particolare, tali vicende hanno reso evidente una preoccupante asimmetria. Da un lato, l'accusa, seppure con fatica e con costi significativi, può costruire il proprio caso attraverso apparati tecnologici altamente sofisticati e forme di cooperazione internazionale. Dall'altro, la difesa rimane in gran parte incapace di vagliare le attività svolte dalle inquirenti, i set di dati analizzati, i criteri di selezione applicati o il percorso inferenziale attraverso il quale le informazioni grezze vengono trasformate in prove a carico.

Naturalmente, parte della soluzione passa anche da un ripensamento della organizzazione del lavoro dei difensori, oggi ancora fortemente legato ad un modello nazionale e, specie nel nostro paese, organizzato in gran parte su base individuale o in piccole formazioni. Da questo punto di vista, la costruzione di un modello di avvocatura europea, intesa come una rete strutturata di collaborazione a livello UE e non come l'attivazione più o meno estemporanea di contatti transnazionali, appare sempre più urgente e improrogabile: non solo nell'ottica di garantire una efficacia maggiore al proprio operato, ma anche per potersi presentare nelle sedi istituzionali interessate con la necessaria autorevolezza[134]. Si pensi, prendendo spunto proprio dai casi di *data-driven investigation* in esame, alla possibilità eventuale di interloquire su base (più) centralizzata con agenzie europee come Eurojust o Europol.

Su un piano diverso, e non alternativo, proprio perché le indagini digitali transnazionali (incluse quelle che ricorrono ad IA) stanno diventando sempre più indispensabili, la regolamentazione giuridica dei relativi diritti processuali non può rimanere ancorata a valutazioni incerte e poco consapevoli della realtà tecnologica di riferimento. La vera sfida, quindi, è disegnare un'architettura normativa e istituzionale adeguata dal punto di vista scientifico, che consenta di preservare in modo effettivo, e non solo formale, i diritti fondamentali, a partire da quelli dell'imputato.

In questo contesto, la giurisprudenza in Europa ha, in gran parte, proposto sinora approcci reattivi e non del tutto convincenti, concentrati sulle regole di esclusione probatoria o sull'annullamento dell'accertamento a posteriori, per violazione dei principi del giusto processo o per mancato raggiungimento del convincimento oltre ogni ragionevole dubbio.

I modelli di *Digital forensics as a service*, invece, sebbene ancora poco diffusi, sembrano proporre una risposta tecnologica e organizzativa maggiormente capace di ridurre l'asimmetria informativa tra l'accusa e la difesa. Piattaforme come Hansken dimostrano che la tecnologia, anziché limitarsi ad aumentare la distanza fra le parti, può essere utilizzata in modo proattivo per facilitare un esercizio più efficace dei diritti, ad esempio consentendo un accesso controllato alle prove digitali, la tracciabilità delle operazioni forensi e una verifica più consapevole delle attività di indagine.

Certo, nemmeno questa soluzione va sopravvalutata. L'accesso mediato da una piattaforma forense non elimina di per sé le disuguaglianze strutturali che caratterizzano le indagini digitali, specie su larga scala. La sua efficacia, inoltre, dipende da diverse condizioni, tra cui la disponibilità di competenze e risorse adeguate da parte dell'ordinamento, nell'approntare le infrastrutture, e della difesa, nel ricorrervi in modo davvero utile.

[134] Da questo punto di vista, sono apprezzabili le attività e gli sforzi posti in essere dalla European Criminal Bar Association (ECBA), anche tramite associazioni internazionali come FairTrial.org. Interessanti, inoltre, sono i modelli di law firm transnazionale anche in materia penale che stanno iniziando a svilupparsi, sebbene ancora in forma sporadica, sul continente (come il Joint Defence Team già menzionato in precedenza in relazione alle cause sollevate, sebbene sinora senza esito, davanti alla Corte di giustizia, v. nt. 32).

Da ultimo, all'adozione di modelli DfaaS deve comunque affiancarsi un imprescindibile sforzo, istituzionale ed ermeneutico, per adeguare al meglio le normative già in essere al contesto tecnologicamente avanzato in cui si svolgono oggi le indagini. La predisposizione di basi giuridiche per le forme di captazione di dati anche non comunicativi in tempo reale è, e rimane, imprescindibile, così come la necessità di svincolare le attività di captazione da specifiche conformazioni tecnologiche, in una ottica di neutralità tecnica. Si pensi, a titolo di esempio, all'art. 266, comma 2-*bis* Cpp, che limita la possibilità di utilizzare i captatori informatici ai soli dispositivi "portatili"; una lettura che escluderebbe, in principio, i casi relativi ai server, come EncroChat e Sky ECC[135]. Al tempo stesso, la normativa relativa alla cooperazione giudiziaria e, nello specifico, all'Ordine europeo di indagine penale, deve essere adeguata per ricondurre a conformità con i diritti fondamentali lo scenario, ormai sempre più comune, di circolazione globale di dati prima acquisiti in tempo reale e poi utilizzati in contesti distanti, nello spazio così come nel tempo.

Tuttavia, e questa forse è la lezione principale che emerge da tutte le vicende esaminate, il processo penale non può più illudersi di poter rispondere all'asimmetria digitale soltanto attraverso categorie strettamente giuridiche.

Al contrario, è imperativo sviluppare anche impianti procedurali adeguati, in grado, ad esempio, di garantire un contraddittorio, effettivo ed efficace, sulle prove generate o analizzate con la tecnologia digitale. Solo un approccio integrato, insieme normativo, ermeneutico e infrastrutturale, può riuscire in tale intento.

[135] Lettura rigettata dalla Cass. SU 2024, cit., § 15.4.1 (considerato in diritto), anche se la norma continua a sollevare perplessità operative su questo piano, come evidenziato dallo stesso Tribunale di Imperia, cit. nt. 109.

L'ESECUZIONE DELLA PENA ALL'ESTERO IN AMBITO UE: TRA FINALITÀ DI RISOCIALIZZAZIONE DEL CONDANNATO, ESIGENZE DI PROTEZIONE DELLA COLLETTIVITÀ E TENTATIVI DI DEFLAZIONE PENITENZIARIA*

di Valentina Vasta (Assegnista di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi di Milano)

Il contributo analizza le criticità connesse all'esecuzione della pena all'estero nello spazio giudiziario europeo, disciplinata dalle decisioni quadro 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, alla luce della disciplina nazionale di recepimento e della prassi applicativa. L'analisi, preso atto della limitata applicazione di tali strumenti, evidenzia la necessità di rafforzare le garanzie di partecipazione del condannato, di garantire la tutela dei diritti fondamentali e di favorire il ravvicinamento tra gli ordinamenti nazionali.
This paper examines the issues arising from the enforcement of sentences abroad within the European judicial area, as regulated by Framework Decisions 2008/909/JHA and 2008/947/JHA, in the light of national law and practice. The analysis, considering the limited application of these instruments, highlights the need to strengthen the convicted person's guarantees of participation, as well as the protection of fundamental rights, and to promote the harmonisation of national legal systems.

Cooperazione giudiziaria, esecuzione della pena, diritti fondamentali
Judicial cooperation, enforcement of sentences, fundamental rights

Sommario: 1. Profili sistematici dell'esecuzione penale transazionale nel diritto dell'Unione europea. – 2. L'effettività della risocializzazione del condannato nell'esecuzione della pena detentiva. – 2.1 Prospettive di deflazione penitenziaria e tutela dei diritti fondamentali. – 3. Le potenzialità inespresse dell'esecuzione delle pene non detentive all'estero. – 4. Osservazioni conclusive.

1. L'idea di fondo, secondo cui una persona condannata in uno Stato membro possa scontare la pena in un altro Stato, in cui si colloca il centro della propria vita lavorativa, sociale, familiare e affettiva, ha ispirato gli strumenti più innovativi e avanzati di cooperazione giudiziaria adottati dal legislatore dell'Unione europea. Il riferimento è alla *Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea*, meglio nota come "decisione quadro sul trasferimento dei detenuti", e alla *Decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*[1]. Con esse si

*Testo, rivisto e corredato di note, dell'intervento svolto al Seminario *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo. II edizione*, Firenze, 20.11.2025.

[1] Come modificate dalla *Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio del 26 febbraio 2009 che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo* e dalla *Direttiva (UE) 2023/2843 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2023 che modifica le direttive 2011/99/UE e 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, la direttiva 2003/8/CE del Consiglio e le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2003/577/GAI,*

prefigura un livello di fiducia tra gli Stati membri particolarmente elevato, in quanto allo Stato richiesto per il riconoscimento della sentenza spetta la competenza della fase esecutiva-penitenziaria, con poteri di adeguamento della pena inflitta al diritto interno.
Al di là delle convenzioni bilaterali, generalmente riferite al trasferimento delle persone detenute, la possibilità per il condannato di eseguire la pena all'estero era già prevista in convenzioni internazionali multilaterali[2].
Da un lato, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale, del 1964[3], persegue l'obiettivo di favorire il reinserimento sociale del condannato consentendo il trasferimento, dallo Stato di condanna allo Stato di residenza, della competenza a vigilare sull'esecuzione di misure non detentive o sulla libertà condizionale. Dall'altro lato, la Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, del 1983[4], è finalizzata a permettere alla persona, condannata in via definitiva a una pena detentiva in uno Stato parte e lì detenuta, di scontare la residua pena nello Stato di cui è cittadino, mediante un meccanismo consensuale di trasferimento.
A sostituire le fonti pattizie sono intervenuti, nei rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea, gli strumenti di cooperazione fondati sul principio del reciproco riconoscimento, rispettivamente: la decisione quadro 2008/947/GAI (art. 23) e la decisione quadro 2008/909/GAI (art. 26).
Rispetto alla precedente disciplina convenzionale, il legislatore dell'Unione europea ha inteso operare una significativa semplificazione delle procedure e favorirne la celerità, attribuendone la competenza esclusivamente alle autorità giudiziarie e riservando all'autorità politica mere funzioni amministrative di trasmissione e ricezione delle richieste.
In attuazione del principio del mutuo riconoscimento, le decisioni quadro in esame mirano, in sostanza, ad assimilare, ai fini dell'esecuzione, le decisioni giudiziarie di uno Stato membro a quelle adottate da un altro Stato membro, all'espresso fine di favorire il reinserimento sociale della persona condannata (art. 3 DQ 2008/909/GAI; art. 1 DQ 2008/947/GAI). La possibilità offerta al condannato di espiare la pena nel luogo di residenza legale o abituale gli consente, infatti, di preservare i legami familiari, linguistici e culturali con il Paese d'origine, evitando che l'allontanamento dal contesto di provenienza possa compromettere, o anche solo ostacolare, la funzione rieducativa della pena. Il che vale sia quando la sanzione debba essere eseguita in stato di detenzione, sia – e a maggior ragione – quando debba essere scontata *extra moenia*[5].

2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI, 2008/947/GAI, 2009/829/GAI e 2009/948/GAI del Consiglio, per quanto riguarda la digitalizzazione della cooperazione giudiziaria.

[2] V. in proposito, per una raccolta di atti e documenti, E. Zanetti (a cura di), *Convenzioni sul trasferimento delle persone condannate*, Milano 1999.

[3] *Convenzione europea per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale*, Strasburgo, 30.11.1964; per un commento v. N. Galantini, *Esecuzione di misure condizionali all'estero: problemi applicativi*, in *IP* 1985, 210 ss.; M. Pisani, *La "Convenzione europea per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale" e l'ordinamento italiano*, in *IP* 1992, 193 ss.; la Convenzione è stata oggetto di ratifica con la l. 15.11.1973, n. 772, *Ratifica ed esecuzione della convenzione europea per la sorveglianza delle persone condannate o liberate con la condizionale, adottata a Strasburgo il 30 novembre 1964*.

[4] *Convenzione sul trasferimento dei condannati*, Strasburgo, 21.3.1983; per un commento v. M. Pisani, *Sul trasferimento delle persone condannate*, in *RIDPP* 2000, 1628 ss.; essa è stata ratificata dall'Italia con l. 25.7.1988 n. 334, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sul trasferimento delle persone condannate, adottata a Strasburgo il 21 marzo 1983*, sulla quale si rinvia a E. Zanetti, commento a *l. 25 luglio 1988, n. 334. Convenzione sul trasferimento delle persone condannate, adottata a Strasburgo il 21 marzo 1983*, in *Commentario alla disciplina penitenziaria codice di procedura penale–ordinamento penitenziario-codice penale–leggi speciali*, a cura di A. Scalfati, Pisa 2025, 1100 ss., quanto ai profili di attuazione v. l. 3.7.1989, n. 257, *Disposizioni per l'attuazione di convenzioni internazionali aventi ad oggetto l'esecuzione delle sentenze penali*.

[5] Sul punto, L. Cesaris, *Nuovi strumenti di cooperazione in materia penale: le decisioni quadro 2008/909 e*

In questo quadro, si coglie il grado di evoluzione di tali strumenti di cooperazione, che, nel valorizzare profili connessi alla funzione della pena, mostrano altresì di affrancarsi dall'originario paradigma "securitario" del mandato di arresto europeo[6], orientato alla lotta alla criminalità internazionale[7].
Ciò nonostante, la loro applicazione pratica, come meglio si dirà in seguito, si è rivelata nel complesso piuttosto limitata, anche rispetto agli ambiziosi obiettivi perseguiti dal legislatore europeo.
Se tra gli "obiettivi dichiarati" compaiono quelli di assicurare l'esecuzione all'estero della condanna inflitta, facendo fronte a connesse esigenze di protezione della collettività, e di consentire un reale processo di risocializzazione del condannato nel corso e a seguito dell'espiazione della pena[8], è tuttavia possibile intravederne anche un altro, meno esplicito, che consiste nella mera deflazione della popolazione carceraria.
È evidente, sotto quest'ultimo profilo, come, da un lato, la decisione quadro sul trasferimento dei detenuti favorisca il rapido rientro degli stessi nello Stato di provenienza, e dall'altro lato, la decisione quadro sulle misure non detentive sia in grado di limitare eventuali dinieghi all'applicazione della sospensione condizionale della pena o di misure alternative alla detenzione, dovute a prognosi sfavorevoli sulla possibilità di reinserimento sociale dello straniero.
Sebbene l'obiettivo deflattivo sia rimasto in gran parte disatteso a causa dello scarso utilizzo di tali strumenti, questi, quando vengono impiegati per far fronte al sovraffollamento carcerario in alcuni Stati membri, rischiano di relegare in secondo piano, se non addirittura di

---

2008/947, in *Rass. penit. crim.* 2009, 157, distingue: «mentre per quanto concerne le persone condannate condizionalmente tali legami assumono una forte valenza risocializzante, nei confronti dei condannati stranieri a pena detentiva, in realtà viene in rilievo l'assenza, o la carenza, di questi legami, che assume una connotazione penalizzante, aggiungendo un *quid* di afflittività ulteriore, che motiva il trasferimento».

[6] In realtà, in relazione all'art. 4 pt. 6 DQ 2002/584/GAI, per cui il MAE può essere rifiutato se «è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno», la Corte di giustizia dell'Unione europea ha individuato nella finalità di favorire il reinserimento sociale della persona richiesta nello Stato membro nel quale essa risulta integrata la *ratio* della disposizione (v. tra le altre CG.UE, 17.7.2008, *Kozłowski;* CG.UE, 6.10.2009, *Wolzenburg*; CG.UE., 6.5.2023, *O.G.*); in argomento v. M. Manfredi, *L'obiettivo del reinserimento sociale del condannato quale limite all'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, in *EuroJus 2024*, n. 2, 100 ss.; A. Rosarnò, *I trasferimenti interstatali di detenuti nel diritto dell'Unione europea*, Bari 2022, 194 ss.

[7] A. Martufi-G. Bondi, *L'esecuzione delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative nell'Unione europea alla luce del d.lgs. 38/2016 di attuazione della decisone quadro 947/2008. Criteri ermeneutici, istituti applicabili e prospettive di riforma*, in www.lalegislazionepenale.eu, 7.6.2023, 1 ss., annettono a tale tendenza anche la *Decisione quadro 2009/829/GAI 2009/829/GAI del Consiglio del 23 ottobre 2009 sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare*.

[8] Mancherebbe nella decisione quadro una espressa definizione di "reinserimento sociale", tanto che A. Rosarnò, *op. cit*., 215, esclude che essa possa costituire «una nozione autonoma di diritto dell'Unione»; la Commissione nel *Manuale sul trasferimento delle persone condannate e le pene detentive nell'Unione europea*, 15, afferma, in particolare, che «sebbene la decisione quadro non fornisca una definizione esplicita di reinserimento sociale essa contiene tuttavia un elenco non esaustivo di elementi utili per valutare se il reinserimento sociale della persona condannata sarà rafforzato dal trasferimento della pena. L'autorità competente dello Stato di emissione dovrebbe tenere conto di elementi quali, per esempio, "l'attaccamento della persona allo Stato di esecuzione e il fatto che questa consideri tale Stato il luogo in cui mantiene legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di altro tipo" (considerando 9). Da quanto precede discende che, nel contesto della decisione quadro, il reinserimento sociale dovrebbe essere inteso nel senso che è più opportuno che le misure di reinserimento siano adottate in uno Stato di cui la persona condannata comprende la lingua e con il quale ha stretti legami»; in termini problematici v. A. Martufi, *Assessing the resilience of 'social rehabilitation' as a rationale for transfer: A commentary on the aims of Framework Decision 2008/909/JHA*, in *New. Eur. Crim L.*, Vol. 9, 2018, 43.

compromettere, le prerogative dei detenuti – prima fra tutte l'istanza di risocializzazione – nonché la tutela dei loro diritti fondamentali.
È proprio nel solco della creata tensione tra lo spirito ideale della legislazione europea e il suo impiego per finalità utilitaristiche che il presente lavoro si propone di verificare il concreto funzionamento degli strumenti di cooperazione anche alla luce della normativa italiana di recepimento e della relativa applicazione giurisprudenziale.
2. I numerosi riferimenti contenuti nella DQ 2008/909/GAI alla finalità di risocializzazione del trasferimento delle persone condannate evidenziano chiaramente l'interesse perseguito, che costituisce lo scopo esplicito della procedura. In particolare, l'art. 4, nel disciplinare i criteri per la trasmissione della sentenza, prevede al paragrafo 2 che essa «può aver luogo qualora l'autorità competente dello Stato di emissione […] abbia la certezza che l'esecuzione della pena da parte dello Stato di esecuzione abbia lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata».
Proprio in funzione di tale obiettivo, la normativa interna di attuazione, spingendosi oltre le indicazioni contenute nell'atto europeo, limita l'operatività dell'istituto ai soli reati connotati da una determinata soglia di gravità. Tale scelta si fonda infatti sull'assunto secondo cui il trasferimento sarebbe scarsamente idoneo a favorire il reinserimento sociale nell'ipotesi di pene detentive di breve durata[9]. Nello specifico, ai fini dell'attivazione della procedura, è richiesto che la pena residua da eseguire non sia inferiore a sei mesi e che il reato oggetto della sentenza sia punito con una pena massima non inferiore a tre anni (art. 5 d.lgs. 161/2010)[10].
Più incerta appare, invece, l'effettiva valorizzazione della finalità risocializzante con riferimento alle condizioni di attivazione del procedimento.
Il legislatore dell'UE, orientato a facilitare il trasferimento dei detenuti nello spazio giudiziario europeo e ad assicurare l'effettiva esecuzione della condanna, ha inteso superare il precedente meccanismo di cooperazione intergovernativa previsto dalla Convenzione del 1983 (art. 5 l. 257/1989), anche attraverso un significativo ridimensionamento della centralità del consenso, che aveva limitato il ricorso all'omologo strumento pattizio[11].
Nell'assetto delineato dalla decisione quadro, il consenso della persona condannata non costituisce più un presupposto generale del riconoscimento[12]. Lo Stato di emissione può, infatti, disporre la trasmissione della sentenza ai fini dell'esecuzione, prescindendo dal consenso, oltre

[9] F. Lazzarini, *L'esecuzione nell'Unione europea delle sentenze penali che irrogano pene o misure di sicurezza detentive (decisione quadro 2008/909/GAI o d.lgs. n. 161/2010)*, in *Questioni attuali di giustizia penale europea e internazionale*, a cura di L. Camaldo, Torino 2024, 230; D. Vigoni, *Riconoscimento della sentenza straniera ed esecuzione all'estero della sentenza italiana*, Torino 2013, 122.
[10] La decisione quadro, da un lato, include la durata della pena residua inferiore a sei mesi tra i motivi facoltativi di rifiuto, anziché tra le condizioni di ammissibilità della richiesta di riconoscimento ed esecuzione (art. 9); dall'altro lato, impone il limite di pena ai reati per i quali sarebbe esclusa la verifica della c.d. doppia incriminabilità (art. 7); v. sul tema C. Amalfitano, *Commenti articolo per articolo al d.lgs. 7.9.2010 n. 161*, in *LP* 2011, 54.
[11] Sul punto, v. C. Valentini, *Forme ulteriori di cooperazione europea e internazionale*, in AA. VV., *Manuale di diritto processuale penale*[5], Torino 2025, 1159 s.; per vero già il *Protocollo addizionale alla Convenzione sul trasferimento delle persone condannate*, Strasburgo, 18.12.1997, ha escluso la necessità del consenso del condannato qualora il medesimo sia fuggito dallo Stato di condanna o sia destinatario di un provvedimento di espulsione (artt. 2 e 3), e il Protocollo emendativo, Strasburgo, 22.11.2017, ha inoltre ricompreso l'ipotesi del soggetto che abbia fatto ritorno presso lo Stato di sua nazionalità pur essendo consapevole del processo penale a suo carico o dell'emissione si una sentenza penale nei suoi confronti nello Stato di condanna (art. 1); pertanto, secondo A. Rosarnò, *op. cit.*, 215 «se la situazione iniziale poteva spingere a ritenere che esistesse un diritto del condannato a opporre il proprio diniego, impedendo così il trasferimento, l'evoluzione successiva porta a ritenere che tale possibilità sia stata oggetto di significativa limitazione».
[12] A riguardo N. Plastina, *L'ordine europeo di trasferimento delle persone condannate*, in *CP* 2010, 4413, definisce le ipotesi di trasferimento «prevalentemente non consensuali e obbligatorie».

che dell'autorità di esecuzione, anche della persona condannata, allo Stato membro di cittadinanza in cui quest'ultima vive o allo Stato membro verso il quale sarà espulsa oppure nel quale è fuggita o è ritornata per sottrarsi al procedimento penale o all'esecuzione della pena (art. 6 § 2 DQ 2008/909/GAI)[13].

Proprio con riferimento a tali ipotesi, che nella prassi ricorrono con maggiore frequenza, la mancata previsione del consenso della persona condannata rischia di compromettere il presupposto per «un modello di rieducazione ispirato al rispetto della libertà morale del condannato»[14]. Un modello al quale, a ben vedere, il codice di procedura penale continua ancora a ispirarsi nella disciplina dell'esecuzione delle sentenze penali all'estero, ma sul quale è destinata a prevalere la disciplina di recepimento della decisione quadro, ai sensi dell'art. 696 Cpp.

Vale la pena ricordare, infatti, che tra le condizioni previste per l'esecuzione all'estero della sentenza di condanna a una pena restrittiva della libertà personale, l'art. 742 Cpp richiede che il condannato dichiari di acconsentirvi[15], liberamente e nella piena consapevolezza di ogni effetto e conseguenza del trasferimento, e che l'esecuzione nello Stato straniero sia idonea a favorire il suo reinserimento sociale (co. 2), oppure che lo stesso si trovi già nel territorio dello Stato richiesto dell'estradizione e questa sia stata negata o risulti impossibile (co. 3). La previsione del consenso garantisce, così, che il trasferimento rispetti un'effettiva volontà di reinserimento sociale del condannato, evitando che la relativa richiesta funzioni da "espulsione mascherata"[16].

Il marcato ridimensionamento – se non il sostanziale abbandono – del consenso del condannato si riscontra, per effetto della disciplina introdotta dalla decisione quadro, non solo sul piano dei presupposti, ma anche nell'*iter* procedurale dell'esecuzione della pena all'estero.

L'art. 5 § 1 DQ 2008/909/GAI prevede, invero, la trasmissione diretta del titolo esecutivo e del certificato a esso allegato tra le autorità competenti dei due Stati interessati. In coerenza con tale assetto, l'art. 4 d.lgs. 161/2010 individua, nell'ordinamento interno, quale autorità competente alla trasmissione il pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione, con riguardo alle pene detentive, ovvero il pubblico ministero presso il magistrato di sorveglianza, in materia di misure di sicurezza. La trasmissione può avvenire contestualmente all'emissione dell'ordine di esecuzione *ex* artt. 656 e 659 Cpp, oppure, qualora l'esecuzione sia già in corso, in ogni fase successiva[17].

Si tratta, all'evidenza, di una procedura nella quale al condannato è riconosciuta la sola facoltà di sollecitare l'iniziativa del pubblico ministero, in assenza di un'autonoma legittimazione in questo senso.

In proposito, non si è mancato di rilevare come tale assetto possa porsi in tensione con gli stessi Trattati europei, i quali si distinguono, rispetto alle altre convenzioni internazionali, per aver istituito un ordinamento giuridico che «riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri,

---

[13] A livello interno le eccezioni alla necessità del consenso del condannato sono state recepite dal d.lgs. 161/2010, per quanto concerne la «trasmissione all'estero», all' art. 5 co. 3 e 4 e, in relazione alla «trasmissione dall'estero», all'art. 10 co. 1 e 4.

[14] A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, Napoli 2015, 228-229.

[15] Il consenso, una volta prestato, risulta irrevocabile, con la sola eccezione prevista dall'art. 205-*bis* disp. att. Cpp nel caso in cui l'interessato «ignorasse circostanze di fatto rilevanti ai fini della sua decisione ovvero esse si siano successivamente modificate».

[16] D. Vigoni, *op. cit.*, 110; sul punto G. Dalia, *Riconoscimento, valore ed esecuzione delle sentenze penali straniere*, Napoli 2020, 116, rileva che «la necessità del consenso del condannato è da ricercarsi esclusivamente nell'esigenza di tutelare la persona da eventuali, ma possibili vessazioni o discriminazioni, proprio in considerazione della sua condizione di straniero».

[17] In questa seconda ipotesi, resta fermo il limite del residuo di pena non inferiore a sei mesi, previsto dall'art. 5 d.lgs. 161/2010.

ma anche i loro cittadini», destinatari diretti di diritti e di obblighi. Da ciò sembra potersi ricavare la necessità di attribuire al condannato un autonomo potere d'iniziativa, accompagnato dalla previsione di un meccanismo di filtro per le richieste inammissibili o manifestamente infondate[18].

In questa direzione sembra porsi, sia pure in termini più attenuati, la previsione che include, tra gli adempimenti propedeutici alla trasmissione, l'audizione da parte dell'autorità giudiziaria della persona condannata che si trovi nel territorio dello Stato (art. 6 co. 2 d.lgs. 161/2010), alla quale la decisione quadro riconosce la facoltà di esprimere la propria opinione, oralmente o per iscritto (art. 6 § 3 DQ 2008/909/GAI), che dovrà essere presa in considerazione ai fini della decisione sulla trasmissione della sentenza e comunicata allo Stato di esecuzione nella prospettiva del perseguimento della finalità di reinserimento sociale. Si tratta, però, di una partecipazione priva di efficacia vincolante, che non si traduce in un effettivo potere di determinazione del condannato rispetto all'avvio della procedura di trasferimento[19].

Da quanto finora osservato, pare necessario, *de iure condendo*, subordinare al consenso del condannato ogni ipotesi di consegna ai fini dell'esecuzione nei rapporti tra Stati membri. A tale intervento dovrebbe, però, accompagnarsi una revisione della disciplina interna relativa all'acquisizione del consenso, attualmente limitata alla previsione dell'art. 5 co. 4 d.lgs. 161/2010, il quale si limita a richiederne la manifestazione personale e per iscritto da parte dell'interessato, senza approntare adeguate garanzie, non essendo previsti né l'assistenza del difensore né specifici obblighi di informazione in capo all'autorità procedente[20]. La questione assume particolare rilievo se si considera che, secondo la giurisprudenza[21], il consenso prestato è da ritenersi irrevocabile[22].

Nei casi in cui né il consenso del condannato né quello dello Stato di esecuzione costituiscano condizioni per la trasmissione della sentenza, la valutazione circa l'idoneità del trasferimento a favorire il reinserimento sociale risulta, in definitiva, rimessa integralmente all'autorità dello Stato di emissione, a cui non è estraneo l'interesse a un celere trasferimento del detenuto.

È prevista, invero, una fase di consultazione tra le autorità competenti degli Stati coinvolti nella procedura (art. 4 DQ 2008/909/GAI; art. 6 d.lgs. 161/2010), all'esito della quale lo Stato di esecuzione può esprimere un parere motivato anche in ordine alla non idoneità dell'esecuzione della pena sul proprio territorio rispetto al perseguimento delle finalità della decisione quadro, con conseguente facoltà per lo Stato di emissione di ritirare la richiesta. In tali ipotesi, pur potendosi ragionevolmente ritenere che, nella prassi, lo Stato di emissione non insista nella domanda, è importate rilevare come il parere contrario dell'autorità di esecuzione non assuma natura vincolante né efficacia ostativa ai fini della trasmissione del titolo esecutivo.

Neppure sono previsti presidi successivi capaci di incidere sul procedimento, non rientrando tra i motivi tassativi di rifiuto del riconoscimento la valutazione di mancata idoneità dell'esecuzione della pena detentiva nel proprio territorio a soddisfare gli obiettivi di

---

[18] F. Lazzarini, *op. cit.*, 232 s.

[19] V. D. Vigoni, *op. cit.*, 124, nt. 54.

[20] D. Vigoni, *op. cit.*, 123; secondo F. Lazzarini, *op. cit.*, 231, «la gravità della lacuna di apprezza anche solo tenendo presente che […] una volta trasferito all'estero, il condannato è soggetto alle regole penitenziarie straniere, che potrebbero essere meno favorevoli, ad esempio, in punto di requisiti per l'accesso a misure alternative alla detenzione».

[21] Cass. 8.10.2020 n. 476, in *CEDCass*, m. 280214.

[22] Sul punto v. L. Camaldo, commento a *D.lgs. 7 settembre 2010, n. 161 (Disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisone quadro 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea),* in *Commentario alla disciplina penitenziaria codice di procedura penale–ordinamento penitenziario-codice penale–leggi speciali*, a cura di A. Scalfati, Pisa 2025, 126.

reinserimento sociale del condannato (art. 13 d.lgs. 161/2010)[23]. Ne consegue che il sindacato dell'autorità esecutiva sulla funzione della pena resta confinato a una valutazione di mera opportunità, priva di incidenza sul piano procedurale ai fini del diniego del riconoscimento della sentenza straniera.

2.1 Il quadro appena delineato evidenzia l'intento del legislatore dell'Unione europea di garantire la più ampia operatività del meccanismo di cooperazione, con il rischio, tuttavia, di sacrificare la finalità di reinserimento sociale della persona condannata, che costituisce il fondamento dell'esecuzione della pena all'estero[24].

A riguardo, l'esperienza italiana si rivela particolarmente significativa quale esempio di utilizzo strumentale della DQ 2008/909/GAI[25].

Nei primi anni di applicazione della normativa di recepimento, il Ministero della Giustizia ha adottato circolari[26] con cui ha sollecitato i Direttori degli istituti penitenziari a trasmettere periodicamente alle Procure della Repubblica gli elenchi dei detenuti in possesso dei requisiti per il trasferimento verso lo Stato membro di origine, richiamando l'esigenza di procedere con la massima urgenza. Questo approccio proattivo ed efficientista ha orientato la cooperazione giudiziaria verso esigenze prevalentemente emergenziali, anche alla luce del contesto segnato dalla "sentenza pilota" della Corte europea dei diritti dell'uomo *Torreggiani c. Italia*[27], che ha imposto l'adozione di interventi strutturali volti a porre rimedio a una situazione di sovraffollamento carcerario di carattere sistemico[28].

---

[23] F. Lazzarini, *op. cit.*, 243.

[24] F. Lazzarini, *op. cit.*, 235; A. Martufi, *Sovraffollamento carcerario e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie: le alternative al carcere nel diritto dell'Unione europea*, in *DPenCont* 2014, 42; Id, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 226; Id, *Assessing the Resilience ok Social Rehabilitation as a Rationale for Transfer: A Commentary on the Aims of Framework Decision 2008/909/JHA*, in *New. Eur. Crim. L.*, 2018, 43 ss.; V. Ferraris, *L'implementazione del d.lgs. 161/2010 sul reciproco riconoscimento delle sentenze di condanna a pena detentiva: un caso di doppio fallimento*, in *LP* 2001, 6; PP. Paulesu, *Profili esecutivi*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R. Kostoris, Milano 2022, 611; sul tema A. Rosarnò, *op. cit*., 187 nt. 8, osserva che «nell'ottica dello studioso di diritto dell'Unione europea questo elemento non stupisce davvero. Esso può essere spiegato infatti attraverso il ricorso alla categoria della *domestication*. Da tempo è stato riconosciuto che l'adattamento del diritto dell'Unione europea nel contesto nazionale avviene attraverso una combinazione derivante dall'influenza che l'Unione esercita su scelte nazionali di *policy* in una data materia (cosiddetta europeanizzazione»). Secondo l'A. la decisione quadro sul trasferimento dei detenuti «non fa eccezione a questo punto di vista […]. Il reinserimento sociale è la priorità perseguita da tale atto ma nulla esclude che, nel recepirla e nell'applicare la normativa nazionale di recepimento, gli Stati membri abbiano collegato a essa degli ulteriori obiettivi».

[25] V. S. Montaldo, *'Framework Decision 2008/909/JHA on the transfer of prisoners in the EU: Advances and challenges in light of the Italian experience*, in *New. Eur. Crim. L.*, Vol. 11, 2020, 69-92.

[26] Tra queste, v. *Circolare 2 maggio 2012, Riconoscimento ed esecuzione delle sentenze penali straniere. D.lgs. 161/2010 recante disposizioni per conformare il diritto interno alla Decisione Quadro 2008/909/GAI. Prime questioni applicative*; *Circolare 18 aprile 2014, Trasferimento dei detenuti stranieri comunitari in esecuzione pena verso il loro Paese di origine in attuazione della Decisione Quadro 2008/909/JHA*; *Circolare del 22 aprile 2015, trasferimento dei detenuti stranieri in esecuzione pena verso il loro Paese d'origine; Circolare del 17 febbraio 2016, trasferimento detenuti stranieri in esecuzione pena nel loro Paese di origine.*

[27] Cfr. il riferimento esplicito contenuto nella *Circolare del 22 aprile 2015, trasferimento dei detenuti stranieri in esecuzione pena verso il loro Paese d'origine*, cit.

[28] Rispetto ai profili d'implementazione, a fronte di un impiego limitato del meccanismo di trasferimento, nel periodo compreso tra il 2014 e il 2018 si è registrato un numero rilevante e preponderante di trasferimenti verso la Romania, Paese di origine di una consistente quota di cittadini europei detenuti negli istituti penitenziari italiani; lo studio è stato condotto nell'ambito del progetto *RePers Project-Mutual Trust and Social Rehabilitation into Practice*; per una sintesi dei relativi risultati v. S. Montaldo, *'Framework Decision 2008/909/JHA on the transfer of prisoners in the EU: Advances and challenges in light of the Italian experience*, cit., 72 ss.; per un'analisi anche statistica dei trasferimenti transazionali in ambiti UE delle persone detenute in Italia, v. Associazione Antigone, *XV Rapporto sulle condizioni di detenzione*, Roma 2019.

Un ulteriore profilo di criticità correlato a tale impiego dello strumento di cooperazione è stato espressamente evidenziato anche dalla Commissione europea nel *Libro verde sull'applicazione della normativa dell'Unione europea in materia di giustizia penale nel settore della detenzione,* del 2011[29], che ha segnalato il «rischio che i trasferimenti possano essere utilizzati per alleggerire il sovraffollamento in uno Stato membro, eventualmente aggravandolo in un altro».
Ne emerge un profilo di incoerenza insito nel meccanismo delineato dalla decisione quadro, segnato dalla tensione tra il tendenziale automatismo del riconoscimento della sentenza ai fini esecutivi, quale espressione del principio del mutuo riconoscimento, e l'assenza di un autonomo interesse dello Stato di esecuzione all'attuazione di pene detentive irrogate da un altro Stato, aspetto che risulta ulteriormente accentuato nei sistemi penitenziari già strutturalmente sovraffollati.
Questo fattore problematico assume ulteriore rilievo sul piano della tutela dei diritti fondamentali, poiché il ricorso alla procedura di trasferimento per finalità contingenti di gestione penitenziaria espone al rischio di violazione dei diritti fondamentali connessa alle condizioni di detenzione nello Stato di esecuzione.
Spetta, invero, allo Stato di emissione la valutazione di tali condizioni, che includono i livelli di sovraffollamento degli istituti penitenziari di destinazione, tali da incidere direttamente sulle prospettive di risocializzazione del condannato. In mancanza di una simile verifica, il trasferimento finirebbe per fondarsi su una presunzione di idoneità non suffragata da un esame concreto delle modalità esecutive della pena[30].
Tale valutazione è svolta, però, in via essenzialmente unilaterale, in quanto il coinvolgimento della persona condannata nella procedura di trasferimento si rivela assai limitato, se non del tutto assente. Anche nei casi in cui al condannato sia riconosciuta la possibilità di esprimere il proprio consenso o ne sia comunque prevista l'audizione, la sua effettiva consapevolezza risulta limitata, in assenza, come già si è detto, di specifici obblighi informativi, soprattutto con riguardo alle modalità di esecuzione e alle condizioni di detenzione, nonché di un diritto all'assistenza difensiva.
Il trasferimento dei detenuti, così come disciplinato, potrebbe compromettere, dunque, il consolidato sistema di garanzie fondamentali maturato nell'ambito del diritto UE, che poggia sul divieto di trattamenti inumani o degradanti, previsto dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
Il rischio che le condizioni detentive a cui verranno sottoposti i soggetti trasferiti in un altro Stato membro ai fini dell'esecuzione possano risultare lesive dei diritti fondamentali della persona interessata non è meramente teorico.
In materia di mandato d'arresto europeo esecutivo, la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ha, infatti, riconosciuto la necessità di svolgere accertamenti qualora sussista il rischio che le condizioni di detenzione, nello Stato richiedente, integrino trattamenti inumani o degradanti, elaborando, a partire dalla sentenza *Aranyosi e Căldăraru*[31], un meccanismo di verifica in due fasi.
In sintesi, l'autorità giudiziaria dello Stato richiesto, una volta accertata l'esistenza di carenze sistemiche o generalizzate nello Stato emittente, è tenuta a procedere a una valutazione concreta e individualizzata del rischio reale a cui la persona interessata sarebbe esposta,

[29] Commissione europea, *Rafforzare la fiducia reciproca nello spazio giudiziario europeo–Libro verde sull'applicazione della normativa dell'UE sulla giustizia penale nel settore della detenzione*, Bruxelles, 2011, COM(2011) 327 definitivo.
[30] S. Montaldo, *op. cit*., 80 s.
[31] C.G.UE GC, 5.4.2016, *Aranyosi e Caldararu*, spec. §§ 80, 84-85; in seguito il principio è stato successivamente ribadito da C.G.UE, 25.7.2018, *ML*; C.G.UE, 15.10.2019, *Dorobantu*; C.G.UE GC, 18.4.2023, *E.D.L.*; C.G.UE GC, 6.6.2023, *O.G.*; C.G.UE, 29.7,2024, *P.P.R.*

sospendendo la decisione sulla consegna qualora esso non possa essere escluso sulla base di informazioni supplementari fornite dall'autorità giudiziaria dello Stato emittente[32]. Qualora tali informazioni consentano di escludere detto rischio, il mandato d'arresto deve essere eseguito, mentre, in caso contrario, l'autorità giudiziaria è tenuta a valutare la cessazione della procedura di consegna[33].

Tale approccio non è tuttavia adattabile alla procedura di trasferimento dei detenuti, che si fonda su una diversa logica funzionale. È evidente che, mentre nel mandato d'arresto europeo l'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione è chiamata a svolgere una funzione di controllo sulla richiesta di consegna, nel meccanismo delineato dalla DQ 2008/909/GAI è lo Stato di emissione a richiedere allo Stato di esecuzione che la pena venga eseguita ed eventuali verifiche verrebbero a gravare sullo Stato di esecuzione, investendo direttamente le condizioni detentive interne e traducendosi, in ultima analisi, in una valutazione della propria capacità di assicurare l'esecuzione della pena in condizioni che non siano lesive dei diritti fondamentali[34].

Si rileva, pertanto, che la disciplina presenta significativi limiti strutturali, riconducibili all'assenza di un meccanismo di controllo idoneo ad assicurare la tutela dei diritti fondamentali nella fase esecutiva della pena, da cui discende la necessità di un rafforzamento dell'azione dell'Unione europea volto a promuovere *standard* minimi in materia di condizioni di detenzione, quale presupposto indispensabile per garantire livelli omogenei di tutela nello spazio giudiziario europeo.

Da ultimo, le istituzioni europee hanno progressivamente intensificato la propria attenzione sul tema. Infatti il Parlamento europeo[35] ha più volte sollecitato un intervento volto a garantire il rispetto e la tutela dei diritti fondamentali dei detenuti, anche mediante l'adozione di criteri e regole comuni in tutti gli Stati membri, cui la Commissione ha risposto con la *Raccomandazione sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione*, adottata l'8 dicembre 2022[36], che, tra l'altro, individua parametri minimi relativi alle dimensioni degli spazi detentivi, al tempo da trascorrere all'aperto, alla qualità del vitto e alle condizioni sanitarie, nonché misure e iniziative orientate al reinserimento sociale delle persone detenute.

Ad ogni modo, in assenza di un effettivo adeguamento da parte degli Stati membri, la cooperazione giudiziaria penale in materia rischia di trasformarsi in un meccanismo incapace

---

[32] C.G.UE, 25.7.2018, *ML*, cit., § 87, specifica che «dette autorità sono tenute unicamente ad esaminare le condizioni di detenzione negli istituti penitenziari nei quali, secondo le informazioni di cui esse dispongono, sia concretamente previsto che tale persona sarà detenuta, anche in via temporanea o transitoria».

[33] C.G.UE, 15.10.2019, *Dorobantu*, § 68, valorizzando la fiducia reciproca tra Stati membri, puntualizza che se l'autorità giudiziaria emittente assicura che il destinatario del MAE non è esposto al rischio di trattamenti inumani o degradanti, l'autorità di esecuzione deve, di regola, farvi affidamento, salvo la presenza di elementi concreti che indichino condizioni di detenzione contrarie all'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

[34] A. Rosarnò, *op. cit*., 172.

[35] *Risoluzione del Parlamento europeo del 25 novembre 2009 sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio dal titolo "Uno spazio di libertà sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini"* – Programma di Stoccolma, P7_TA(2009)0090, pt. 112; *Risoluzione del Parlamento europeo del 15 dicembre 2011 sulle condizioni detentive nell'UE (2011/2897(RSP))*, P7_TA(2011)0585, pt. 1 e 4*; Risoluzione del Parlamento europeo del 5 ottobre 2017 sui sistemi carcerari e le condizioni di detenzione (2015/2062(INI))*, P8_TA(2017)0385, pt. 57; *Risoluzione del Parlamento europeo del 26 novembre 2020 sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea – Relazione annuale 2018-2019 (2019/2199(INI))*, P9_TA(2020)0328, pt. 55; *Risoluzione del Parlamento europeo del 20 gennaio 2021 sull'attuazione del mandato d'arresto europeo e delle procedure di consegna tra Stati membri (2019/2207(INI))*, P9_TA(2021)0006, pt. 37.

[36] *Raccomandazione (UE) 2023/681 della Commissione dell'8 dicembre 2022 sui diritti procedurali di indagati e imputati sottoposti a custodia cautelare e sulle condizioni materiali di detenzione*; a commento v. G. Filocamo, *Custodia cautelare in carcere e condizioni materiali di detenzione: una Raccomandazione della Commissione europea*, in *SP*, n. 1, 2023, 81 ss.

di garantire un'adeguata tutela dei diritti fondamentali, esponendo l'esecuzione della pena a un rischio strutturale di violazioni degli stessi.

3. In questa stessa logica di valorizzazione della risocializzazione del condannato e, al contempo, di gestione degli effetti sul sistema penitenziario, si colloca la DQ 2008/947/GAI, relativa ai casi in cui la sentenza di condanna non comporti l'esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale, perché questa risulta sospesa ovvero perché, in sua sostituzione, venga applicata una sanzione non detentiva, trasferendo in capo allo Stato membro in cui il condannato risiede – o intende risiedere – l'obbligo di sorvegliare il rispetto delle prescrizioni imposte dallo Stato di emissione.

Rispetto alla disciplina relativa all'esecuzione della pena detentiva, il trasferimento del condannato presenta tratti di peculiare specificità.

In primo luogo, essa persegue un ulteriore obiettivo, che consiste nel rafforzamento del controllo sull'osservanza delle prescrizioni imposte al condannato dal provvedimento oggetto di riconoscimento, in una prospettiva di prevenzione della recidiva e di tutela delle vittime e della collettività nel suo complesso (considerando nn. 8 e 24; art. 1 DQ 2008/947/GAI)[37]. Inoltre, la previsione secondo cui la sorveglianza può essere trasferita, su richiesta del condannato, a uno Stato membro diverso da quello di residenza legale o abituale (art. 5 § 2 DQ 2008/947/GAI) è funzionale a garantire il pieno esercizio della libertà di circolazione, nonché a evitare disparità di trattamento tra cittadini dell'Unione europea, prevenendo effetti discriminatori connessi alla sola residenza nello Stato membro[38].

Eppure, le potenzialità dello strumento, concepito come tassello per lo sviluppo di un «comune spazio penitenziario europeo»[39], risultano in larga parte inespresse, a causa della sua applicazione limitata nella prassi degli Stati membri[40].

Accanto a profili di natura empirica, quali la conoscenza ancora ridotta dello strumento da parte degli operatori nazionali e la complessità delle procedure applicative, che ne rende l'attivazione spesso lunga e onerosa[41], un ulteriore motivo della sua scarsa utilizzazione può essere individuato in un fattore comune anche al meccanismo di esecuzione all'estero della pena detentiva: la discrezionalità dell'iniziativa da parte dell'autorità giudiziaria competente, a prescindere dalla richiesta del condannato.

Con riferimento alla disciplina di attuazione, e segnatamente alla c.d. procedura "attiva", la competenza alla trasmissione all'estero del provvedimento da riconoscere, una volta intervenuto il passaggio in giudicato della sentenza o adottata la decisione di liberazione condizionale, spetta al pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione, che vi provvede d'ufficio (art. 6 d.lgs. 38/2016). La Corte di cassazione ha, infatti, escluso che la mancata richiesta del condannato, formulata anteriormente al passaggio in giudicato della sentenza, possa ostare all'attivazione della procedura, riconoscendogli unicamente un potere di sollecitazione nei confronti del pubblico ministero[42]. Rimane salva la facoltà di quest'ultimo di informare il condannato dell'avvio della procedura, mediante l'inserimento di un'apposita

---

[37] S. Marcolini, *La circolazione delle decisioni di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, a cura di F. Ruggieri, Torino 2017, 159.

[38] A. Martufi, *Sovraffollamento carcerario e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie: le alternative al carcere nel diritto dell'Unione europea*, cit., 44.

[39] A. Martufi, *Sovraffollamento carcerario e mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie: le alternative al carcere nel diritto dell'Unione europea*, cit., 46.

[40] Ne danno conto J. Burchett, A. Weyembergh, M. Ramat, *Prisons and detention conditions in the EU*, study requested by the LIBE Committee, PE 741.374, Bruxelles, 2023, 96; in argomento v. anche le riflessioni di A. Martufi-G. Bondi, *op. cit.*, 21 s.

[41] J. Burchett, A. Weyembergh, M. Ramat, *op*, 100.

[42] Cass. 16.5.2018 n. 15091, in *CEDCass*, m. 275807.

comunicazione nell'ordine di esecuzione ovvero in un provvedimento di cumulo o di deduzione del presofferto[43].
La principale ragione della limitata implementazione della DQ 2008/947/GAI sembra, tuttavia, risiedere nella persistente disomogeneità dei sistemi di *probation* tra gli Stati membri[44].
Il legislatore europeo si è del resto – e inevitabilmente – limitato a fornire definizioni di carattere generale delle decisioni suscettibili di riconoscimento, recepite nell'art. 2 d.lgs. 38/2016, ossia quelle che comportano la «sospensione condizionale della pena», la «condanna condizionale», l'applicazione di una «sanzione sostitutiva» o la concessione della liberazione condizionale (art. 1 § 2 DQ 2008/947/GAI).
D'altro canto, il legislatore italiano ha, invece, rinunciato a indicare in modo puntuale gli strumenti sanzionatori o le modalità di esecuzione penale previsti dall'ordinamento interno, rimettendone l'individuazione, caso per caso, ai giudici europei e nazionali. A tal fine, è necessario che la misura applicata non comporti una privazione della libertà personale, ma una sua limitazione, accompagnata dall'imposizione di obblighi e prescrizioni a cui l'interessato è tenuto a conformarsi, tra quelli elencati nell'art. 4 DQ 2008/947/GAI e nell'art. 4 d.lgs. 38/2016.
La carenza del primo presupposto ha indotto la Corte di giustizia[45] a escludere, ad esempio, l'applicabilità della disciplina al caso della libertà vigilata accompagnata dall'obbligo per il condannato di sottoporsi a una «terapia di ricovero» per i suoi disturbi psichici in un istituto di custodia, riconducendo tale fattispecie nell'ambito applicativo della DQ 2008/909/GAI. È, dunque, la natura privativa o meno della libertà personale a determinare l'ambito di applicazione delle due decisioni quadro, le quali operano in modo reciprocamente esclusivo[46].
Più flessibile si è rivelata, invece, l'interpretazione del secondo dei criteri sopra richiamati. Lo strumento di cooperazione può, infatti, trovare applicazione anche con riferimento a misure caratterizzate da un contenuto prescrittivo minimo, interpretato estensivamente dalla Corte di giustizia fino a ricomprendere persino misure che, pur prive di prescrizioni in senso stretto, comportino comunque un *facere* in capo al condannato. In questa prospettiva, la decisione quadro è stata ritenuta applicabile anche al riconoscimento di una sentenza che abbia inflitto una pena detentiva, la cui esecuzione sia stata sospesa in subordine al solo rispetto dell'obbligo legale di non commettere un nuovo reato durante il periodo di sospensione condizionale[47]. Tale obbligo rientra, infatti, nella più ampia categoria delle «istruzioni riguardanti il comportamento», che l'art. 4 § 1 lett. *d* DQ 2008/947/GAI include tra i «tipi di misure di sospensione condizionale e sanzioni sostitutive», disposizione sostanzialmente riprodotta dall'art. 4 lett. *d* d.lgs. n. 38/2016, mediante il riferimento alle «prescrizioni che impongono determinate condotte».
In ambito interno, la giurisprudenza della Corte di cassazione ha evidenziato un orientamento di apertura nella definizione dell'ambito applicativo della normativa di recepimento[48].

---

[43] A. Marandola, *Reciproco riconoscimento delle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2018, 955 ss.
[44] A. Martufi, *Diritti dei detenuti e spazio penitenziario europeo*, cit., 233.
[45] C.G.UE, 2.10.2025, *LZ.*
[46] Sul punto v. già C.G.UE, 5.10.2023, *QS*.
[47] C.G.UE, 26.3.2020, *A.P*.
[48] Per una pur sintetica ricostruzione si rinvia volendo a V. Vasta, commento a *D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 38. Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive*, in *Commentario alla disciplina penitenziaria codice di procedura penale–ordinamento penitenziario-codice penale–leggi speciali*, a cura di A. Scalfati, Pisa 2025, 1241.

Emblematico, in tal senso, è il caso della misura alternativa alla detenzione dell'affidamento in prova al servizio sociale (art. 47 ord. pen.), ricondotta alla categoria delle «sanzioni sostitutive» ai sensi dell'art. 2 lett. *e* d.lgs. 38/2016[49]. Nell'ambito di tale misura alternativa alla detenzione, il condannato non è sottoposto a una restrizione della libertà personale, bensì a un periodo di prova di durata equivalente alla pena detentiva, connotato dall'imposizione di obblighi e prescrizioni. Queste ultime costituiscono il contenuto del trattamento alternativo e perseguono finalità concorrenti di rieducazione e risocializzazione del condannato, nonché di prevenzione del rischio di recidiva[50]. Le prescrizioni di cui all'art. 4 d.lgs. 38/2016 presentano, peraltro, una sostanziale omogeneità rispetto a quelle previste dall'art. 47 co. 5 e 7 ord. pen. in materia di affidamento in prova[51].

I giudici di legittimità hanno così superato il precedente orientamento, formatosi anteriormente all'attuazione della DQ 2008/947/GAI, secondo cui l'affidamento in prova avrebbe dovuto eseguirsi esclusivamente nel territorio nazionale, in ragione dell'impossibilità per gli Uffici di esecuzione penale esterna di operare oltre i confini dello Stato[52]. Nel rinnovato assetto normativo delineato dal d.lgs. 38/2016 assume rilievo decisivo la previsione di cui all'art. 8, che attribuisce alle autorità dello Stato di esecuzione la competenza in ordine alla vigilanza sull'osservanza del contenuto prescrittivo della misura. Ad oggi, nella prassi dei tribunali di sorveglianza si riscontra la tendenza, nei casi di riconoscimento dell'ordinanza applicativa della misura, a delegare ai servizi sociali dello Stato di esecuzione anche l'acquisizione della sottoscrizione del verbale di accettazione delle prescrizioni da parte dell'affidato[53].

Al di là degli sforzi interpretativi volti a ricostruire un assetto normativo lacunoso e incerto, per tale strumento di cooperazione non può ritenersi raggiunto un livello soddisfacente di effettività del principio del mutuo riconoscimento. Quest'ultimo presuppone, inevitabilmente, un adeguato grado di fiducia reciproca tra gli Stati membri, che richiede di essere progressivamente consolidato anche attraverso una, seppur parziale, armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di risposte sanzionatorie alternative alla detenzione.

4. Dall'analisi fin qui svolta emerge come il principio del mutuo riconoscimento, pur costituendo il fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale, presenti taluni limiti nella sua concreta operatività nella fase esecutiva.

L'assetto normativo derivante dalle decisioni quadro 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, nel favorire un'ampia circolazione delle decisioni, ridimensiona il rilievo del consenso del

[49] La disposizione definisce «"sanzione sostitutiva": una sanzione, diversa dalla pena detentiva o da una misura restrittiva della libertà personale o dalla pena pecuniaria, che impone obblighi e impartisce prescrizioni».

[50] Cass. 20.6.2025 n. 23720, in *CEDCass*, m. 288282; Cass. 25.5.2020 n. 16942, in *CEDCass*, m. 279144; Cass. 16.5.2018 n. 15091, cit.

[51] Ad esempio, Cass. 15.6.2020 n. 20977, cit., a tal proposito individua: «luogo di dimora, libertà di locomozione, lavoro, frequentazione di locali pubblici e persone, attività di riparazione in favore della vittima, assistenza familiare».

[52] Cass. 26.10.1999 n. 5895, in *CEDCass*, m. 215027; in senso conforme Cass. ord. 11.12.2014 n. 34747, in *CEDCass*, m. 264445; Cass. 19.2.2013 n. 10788; Cass. 24.11.2010 n. 45585, in *CEDCass*, m. 249172; Cass. 27.3.2007 n. 18862, in *CEDCass*, m. 23736; Cass. 28.4.1999 n. 5895, in *CEDCass*, m. 213724; Cass. 29.1.1997 n. 631, in *CEDCass*, m. 207022; l'orientamento aveva anche trovato l'avallo di C. cost., 17.5.2001, n. 146, in *GCost*. 2001, 1181 ss., che aveva ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 47, ord. pen. nella parte in cui non prevede che l'esecuzione della misura alternativa possa aver luogo anche nel territorio di un altro Stato UE, considerato che essa «comporta l'esercizio di poteri autoritativi per il controllo sull'osservanza delle prescrizioni imposte (art. 47, commi 5, 6 e 9, della legge 26 luglio 1975, n. 354), sotto la vigilanza del magistrato di sorveglianza (art. 47, comma 10), e con informazione dell'autorità di pubblica sicurezza (art. 58 della stessa legge), poteri che non potrebbero essere esercitati al di fuori del territorio nazionale in mancanza di accordi con le autorità di altro Stato».

[53] T. sorv. Genova, ord. 29.6.2022; T. sorv. Milano, ord. 28.2.2022 n. 5202; Trib. sorv. Genova, ord. 22.9.2021 n. 2750; T. sorv. Brescia, ord. 7.12.2021; T. sorv. Lecce, ord. 23.3.2021 n. 597.

condannato e attribuisce un ruolo centrale all'iniziativa delle autorità giudiziarie dello Stato di emissione, così che la valutazione circa l'idoneità del trasferimento al reinserimento sociale sia rimessa a margini di apprezzamento ampiamente discrezionali.
Come si è avuto modo di evidenziare, la funzione rieducativa della pena, pur formalmente richiamata in entrambi gli atti, non sempre trova un'effettiva valorizzazione nella prassi applicativa.
In particolare, il ricorso agli strumenti di trasferimento anche in funzione di gestione del sovraffollamento carcerario evidenzia uno scostamento rispetto alla *ratio* originaria della disciplina e solleva ulteriori profili critici in ordine alla tutela dei diritti fondamentali. L'assenza di specifici meccanismi di verifica delle condizioni di esecuzione della pena nello Stato richiesto comporta, infatti, che il trasferimento possa avvenire sulla base di una presunzione di adeguatezza del sistema penitenziario di destinazione non sempre verificata in concreto.
Permane, in definitiva, una tensione tra le esigenze di funzionamento del mutuo riconoscimento e quelle di garanzia proprie della fase esecutiva.
Le finalità di risocializzazione del condannato e, sia pure in via indiretta, di contenimento del sovraffollamento carcerario non sembrano essere pienamente conseguite neppure mediante il ricorso al trasferimento del condannato per l'esecuzione delle pene non detentive, la cui effettiva operatività risulta, allo stato, estremamente ridotta.
Si impone allora una riflessione sul complessivo assetto della materia, orientata, da un lato, al rafforzamento delle garanzie sostanziali e procedurali riconosciute al condannato e, dall'altro lato, alla promozione di un progressivo ravvicinamento tra gli ordinamenti degli Stati membri, con particolare riguardo alle condizioni di detenzione e agli strumenti di esecuzione penale alternativa.

DAL "MERITO DEL FATTO" AL "MERITO DEL METODO": INTERPRETABILITÀ E GARANZIE NEL PROCESSO PENALE ALGORITMICO

di Fenice Valentina Valenti (Dottoranda di ricerca in Diritto processuale penale, Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro)

L'ingresso dei sistemi di intelligenza artificiale nella giustizia penale solleva interrogativi che investono non soltanto il regime della prova, ma l'intera architettura del giudizio: gli strumenti algoritmici hanno cessato di operare come semplici ausili dell'attività investigativa o decisoria, per trasformarsi in un autonomo terreno di verifica, sul quale il giurista è chiamato a sindacare procedimenti, dati e logiche di funzionamento. L'accertamento non si esaurisce più nella ricostruzione del fatto, ma ingloba il controllo del metodo con cui la conoscenza giudiziale viene prodotta. Su queste premesse, l'indagine adotta una prospettiva comparata. L'esame dell'ordinamento statunitense — dalle forme di autoregolamentazione delle corti, agli interventi legislativi, fino al dibattito sulla revisione delle regole probatorie federali in risposta ai contenuti sintetici — consente di isolare i nodi comuni a ogni sistema processuale: autenticità del dato digitale, contestabilità del risultato algoritmico, riparto di responsabilità tra le parti, ampiezza del dovere di motivazione. Sul versante interno, il lavoro si interroga sulla compatibilità di tali tecnologie con i capisaldi costituzionali — eguaglianza, obbligo di motivazione e contraddittorio — alla luce del rischio di discriminazione algoritmica e dell'opacità che connota, in misura diversa, i modelli di apprendimento automatico e quelli di apprendimento profondo. La questione sembra collocarsi non tanto sul piano di un'incompatibilità di principio, o di una possibile compressione dell'indipendenza del giudice, quanto piuttosto su quello dell'esigenza di rafforzare le garanzie e di predisporre istituti capaci di prevenire e sanzionare errori e abusi: in tale cornice la trasparenza e la comprensibilità della decisione paiono assurgere a condizione di legittimità, secondo una lettura evolutiva del giusto processo improntata al *due process* algoritmico.

The advent of artificial intelligence in the criminal justice system raises questions that bear not only on the law of evidence, but on the very architecture of adjudication. Algorithmic tools no longer operate as mere aids to investigation or decision-making; they have themselves become an object of scrutiny, one whose procedures, data and operating logic the jurist is now called upon to examine. Fact-finding, accordingly, no longer stops at reconstructing the facts: it extends to the method by which judicial knowledge is produced in the first place. Against this background, the study adopts a comparative approach. An examination of the US legal system — from the self-regulation undertaken by the courts, through state legislative initiatives, to the debate on amending the federal rules of evidence in response to synthetic content — brings into focus a cluster of problems common to every procedural system: the authenticity of digital evidence, the contestability of algorithmic output, the allocation of responsibility among the parties, and the scope of the duty to give reasons. Turning to the domestic setting, the work asks how far these technologies can be squared with the cornerstones of constitutional procedure — equality, the obligation to state reasons and the adversarial principle — in light of the risk of algorithmic discrimination and of the opacity that characterises, to differing degrees, machine-learning and deep-learning models. The issue, it is suggested, lies less in any incompatibility of principle, or in a possible erosion of judicial independence, than in the need to reinforce procedural safeguards and to design mechanisms capable of preventing and sanctioning errors and abuses. On this view, the transparency and intelligibility of the decision cease to be mere aspirations and come to operate as a condition of legitimacy — pointing toward an evolutionary reading of the right to a fair trial, one built around a genuine algorithmic due process.

Processo penale, interpretabilità, garanzie costituzionali
Algorithmic criminal trial, explainability, due process

Sommario: 1. Prolegomeni. – 2. AI e processo: l'esperienza americana. 2.1. Lo Stato dell'*Illinois* e la *Policy* della Suprema Corte. – 2.2. Virginia *House of Bill* 1642-*Artificial intelligence-based tool*. – 3. Le regole probatorie del sistema americano di *common law*. – 3.1. Le proposte di modifica alle *Federal Rules of Evidence*. – 4. L'AI Act e la regolamentazione del *deepfake*. – 5. Oltre l'evidenza: il processo penale tra la scienza incerta e le garanzie costituzionali. – 5.1. La tutela costituzionale dinanzi al "processo algoritmico". – 5.1. *a)* Discriminazione algoritmica e interpretabilità: la superiorità argomentativa del *machine learning*. – 5.1.*b)*. L'obbligo di motivazione. – 6. *Algorithmic due process*: un'interpretazione evolutiva delle garanzie costituzionali.

1. È opinione pressoché unanime che l'avvento dell'intelligenza artificiale nel processo penale abbia scosso alcune pietre miliari del sistema: se la prova scientifica ha rivoluzionato il regime delle prove, l'intelligenza artificiale ha stravolto in chiave trasversale il procedimento penale[1].
In questo nuovo "terremoto gnoseologico" le categorie tradizionali del processo sono obbligate a un confronto serrato con le nuove tecnologie che rischiano di eluderne il filtro epistemologico o, peggio, di surrogare la razionalità della decisione con l'opacità dell'*output* algoritmico.
In tale scenario, dai contorni ancora incerti, un interrogativo che va profilandosi è se il processo penale, nella sua architettura garantista, possa integrare strumenti algoritmici senza compromettere l'autonomia del giudice e i principi del giusto processo.
L' I.A. non si limita a ridefinire lo statuto della prova penale, ma introduce un modo diverso di produrre conoscenza giuridica. Occorre chiedersi, allora, in che modo il diritto processuale possa assicurare che tale conoscenza venga sottoposta allo stesso scrutinio giudiziale tradizionalmente riservato all'accertamento del fatto.
Nel tentare di rispondere a tale interrogativo, l'indagine non può prescindere da un approccio comparativo; il sistema di *common law* statunitense rappresenta un panorama privilegiato di analisi, in cui l'assenza del principio di tipicità delle prove ha fatto sì che il sistema americano divenisse il terreno più fertile per sperimentare l'ingresso delle nuove tecnologie nelle aule di giustizia. Dall'adozione di strumenti di *predictive justice* alle recenti iniziative legislative statali, fino alle proposte di riforma delle *Federal Rules of Evidence*, l'esperienza americana consente di riflettere su alcuni nodi problematici che, oramai, sono comuni a tutte le realtà ordinamentali: l'autenticità della prova digitale, la contestabilità dell'*output*, la responsabilità delle parti processuali, l'estensione dell'obbligo motivazionale.
Profili, questi, che nella disciplina unionale in tema di intelligenza artificiale – per alcuni aspetti pioneristica – non sono stati oggetto di indagine. Si consideri, infatti, che il tema del *deepfake*, emblematico del più ampio dibattito sulle prove sintetiche, è trattato in via del tutto marginale nell'*AI Act*, sicché le ricadute processuali sono rimesse alle legislazioni nazionali.
Ciò ci consente di cogliere, tuttavia, un punto centrale che sarà meglio tratteggiato nel corso del presente elaborato: l'IA non costituisce più un semplice strumento di supporto alle indagini o al processo, ma è divenuta essa stessa *oggetto di indagine*, di verifica e di esplicazione metodologica.

[1] Sul tema, al netto dei contributi dell'Autrice già citati nel presente lavoro, v. S. Quattrocolo, *Artificial Intelligence, Computational Modelling and Criminal Proceedings*, Cham 2020; Ead., I*ntelligenza artificiale e processo penale: le novità dell'AI Act*, in www.dirittodidifesa.eu 16.1.2025.

2. Nell'ordinamento giuridico statunitense l'ingresso dell'intelligenza artificiale nell'amministrazione della giustizia si è sviluppato in assenza di un *framework* legislativo unitario, come dimostrano i recenti tentativi di regolamentazione inquadrabili in diverse fonti multilivello. Si tratta di provvedimenti eterogenei che spaziano dalle linee guida federali – come ad esempio "*Blueprint for an AI Bill of Rights*"[2] – alle proposte di modifiche delle *Federal Rules of Evidence*[3]; dai regolamenti statali alle decisioni di merito dei tribunali, fino a giungere agli *standard* tecnici elaborati dalle agenzie amministrative.
Poiché nessuna legge federale vieta espressamente l'impiego di strumenti di AI in ambito giudiziario, la legittimità del ricorso agli strumenti *de quibus* è stata ricondotta, da una parte della dottrina[4], al controllo di costituzionalità *ex post*, giusta una lettura del V e XIV Emendamento relativo al *Due Process Clause*[5] nonché al XIV Emendamento relativo all'*Equal Protection Clause*[6]. Ne discende, dunque, che l'intelligenza artificiale applicata al processo penale non sarebbe illegittima se subordinata al rispetto dei principi costituzionali sul giusto processo e sul diritto all'equa protezione. Si tratta di un tema che è oggetto di importante dibattito nella letteratura americana: per una parte degli studiosi, infatti, l'impiego delle nuove tecnologie non sarebbe compatibile *tout court* con lo statuto costituzionale[7], poiché si incorrerebbe nel rischio di essere travolti dal "fascino dell'oggettività dell'IA", sì da rendere vani i controlli processuali[8]. Nonostante le profonde perplessità condivise nella letteratura scientifica, le applicazioni dei sistemi di IA in campo giudiziario sono sempre state molto diffuse: basti pensare che il noto *software* algoritmico COMPAS[9] – *Correctional Offender*

[2] *Cfr*. *https://bidenwhitehouse.archives.gov/ostp/ai-bill-of-rights/*.
[3] V. *infra* §.
[4] Si tratta di un orientamento che è andato formandosi nel corso del tempo, grazie all'apporto sinergico di giudici, avvocati, accademici. Tra le voci più importanti sul tema v. D.K. Citron, F. Pasquale, *The Scored Society: Due Process for Automated Predictions*" in *Wash. L. Rev*., 2014, 89; B.L. Garrett, *Artificial Intelligence and Procedural Due Process*, in *Forthcoming, Journal of Constitutional Law* 2025, 2-37; M. Kaminski. – J.M. Urban, *The Right to Contest AI*, in *Colum. L. Rev*., 2021.
[5] Fa riferimento al concetto contenuto nel V Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti, che stabilisce che nessuno può essere "*privato della vita, della libertà o della proprietà senza un giusto processo di legge*" da parte del governo federale. Il XIV Emendamento, ratificato nel 1868, utilizza le stesse undici parole, denominate "*clausola del giusto processo*", per estendere questo obbligo agli stati. Queste parole hanno come promessa centrale la garanzia che tutti i livelli del governo americano debbano operare nel rispetto della legge e garantire procedure eque. Per approfondimenti v. *www.law.cornell.edu.*
[6] Il principio impone ai governi di applicare le proprie leggi in modo equo e di non può trattare le persone in modo diverso senza una valida ragione. La clausola di uguale protezione del XIV Emendamento si applica ai governi statali. Sebbene il V Emendamento non contenga una clausola di uguale protezione, la Corte Suprema degli Stati Uniti, con la sentenza *Bolling v. Sharpe*, 347 US 497 del 1954, ha interpretato la sua clausola del giusto processo nel senso di richiedere uguale protezione anche da parte del governo federale. Non tutte le forme di distinzione sono incostituzionali, ma quando un individuo ritiene che il governo federale o un governo statale abbia violato i suoi diritti di uguaglianza può intentare una causa contro l'ente governativo per ottenere risarcimento. Per approfondimenti v. *www.law.cornell.edu.*
[7] C. Chambers Goodman, *AI Can You Hear Me? Promoting Procedural Due Process in Government Use of Artificial Intelligence Technologies*, in *Rich. J.L. & Tech.*, 2022,700, 28; A.Z Huq, *Constitutional Rights in the Machine-Learning State*, in *Cornell L. Rev*., 2020 per il quale il ricorso ai sistemi di *machine learning* sarebbe incompatibile con il giusto processo.
[8] A. Završnik, *Algorithmic Justice: Algorithms and Big Data in Criminal Justice Settings*, in *European Journal of Criminology*, 2020, *18*, 623-642; J.A. Kroll, *The Fallacy of Inscrutability*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2018, 376, 2133; S. Brayne, A. Christin, *Technologies of Crime Prediction: The Reception of Algorithms* in *Policing and Criminal Courts. Social Problems*, 2021, 68, 608-624; S. Rane, *Position: AI's growing due process problem*, in *https://openreview.net/pdf?id=TEkyydR6il*
[9] Per mere esigenze di completezza si fa presente, ancorché si tratti di un *software* ampiamente noto, che il sistema in commento elabora un punteggio di rischio, su una scala da 1 a 10, tenendo conto di 137 variabili plasmate su

Management Profiling for Alternative Solutions – è stato utilizzato, a partire dal 2012, in più di 40 contee su 72 nel solo stato del *Wisconsin*. Come evidenziato da un rapporto del *Columbia Justice Lab*, i giudici vi facevano riferimento in circa il 20% delle sentenze per la valutazione del rischio di recidiva[10], per l'applicazione di misure cautelari e per la determinazione del *quantum* di pena da irrogare.

Tuttavia, se la nota sentenza *State v. Loomis* del 2016 ha segnato un punto di svolta nel dibattito sull'algoritmo, quasi in contemporanea si sono sviluppati ulteriori strumenti di *predictive justice* con caratteristiche molto diverse dall'algoritmico sino ad allora conosciuto. Oltre al *risk Assessment* individuale giudiziario, infatti, oggi i più sofisticati modelli di AI vengono impiegati anche per le attività di *predictive policing* da parte dei dipartimenti di polizia come avviene, ad esempio, nelle città di *Chicago* e *Los Angeles;* quest'ultima ne ha interrotto l'uso a far data dal 2021 a causa dell'eccessiva sorveglianza che i sistemi dirottavano sulla popolazione ispanica e afroamericana[11]. Come noto, oramai, tali sistemi incrociano i dati di arresto, le telefonate al numero unico di emergenza, le condizioni socio-economiche dei quartieri e persino i dati *social-media* al fine di individuare i c.d. "*hot spots*"[12] e i soggetti ad alto rischio di reiterazione.

Per dare un'idea dell'effettiva diffusione di tali strumenti computazionali, basti pensare che anche l'*US Sentencing Commission*[13] utilizza modelli di intelligenza artificiale per la redazione delle linee guida nazionali per la determinazione del *quantum* di pena; i *Pretrial Services* federali hanno già sperimentato e utilizzano gli strumenti di *Risk Assessment* per la determinazione del *money bail*[14]. Nei casi da ultimo citati, tuttavia, al fine di ridurre l'aleatorietà degli strumenti e perimetrare la discrezionalità motivazionale del giudice, le agenzie ricorrono alla c.d. "*second opinion*"[15] umana prima dell'emanazione del provvedimento.

---

cinque distinte variabili. Ciò che ha destato particolare perplessità deriva dal fatto che si tratta di un c.d. "*commercial secret*", ossia è coperto da segreto industriale della società *Northpointe Inc*. Il modello combina fattori statistici, quali l'età, il genere, le precedenti condanne, con alcuni indici a carattere dinamico, occupazione, consumo di alcool, associazioni, onde elaborare una stima di rischio di recidiva entro i due anni successivi. Sul tema esiste ampia letteratura. V. J. Angwin et. alt., (2016). *"Machine Bias" ProPublica* in *www.propublica.org;* J. Dressel, H. Farid, *The accuracy, fairness, and limits of predicting recidivism*, Science *Advances*, 2018, 44; C. Wang, B. Coker, *The Age of Secrecy and Unfairness in Recidivism Prediction*. in *Harvard Data Science Review*, 2020 2; A. M. Barry-Jester et. al., *The New Science of Sentencing*, in *The Marshall Project*, 2015; A.W. Flores et alii, *False Positives, False Negatives, and False Analyses: A Rejoinder to Machine Bias: There's Software Used Across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased Against Blacks,* in *Federal Probation* 2016, 80, 2; A. Chouldechova, *Fair prediction with disparate impact: A study of bias in recidivism prediction instruments,* in *Big Data* 2017 5(2), 153-163. Per la dottrina italiana v. M. De Angelis, *Giustizia predittiva e algoritmi: il caso COMPAS e il rischio di automazione della disuguaglianza*, in *https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/* 2021; G. Resta, *Il giudice algoritmico. Profili ricostruttivi*, in *Rivista di diritto civile* 2020, 66, p21-64.

[10] C.L. Barry et alii, *The Scale of Misdemeanor Justice: A Case Study of Wisconsin's Use of the COMPAS Risk Assessment Too*, 2021.

[11] Il Dipartimento di Polizia di Chicago utilizza sistemi di polizia predittiva dal 2017, mentre quello di Los Angeles, come detto, è stato interrotto nel 2021. Il rapporto, che spiega le ragioni sottese a tale scelta è consultabile in *www.automatingbanishment.org*.

[12] Si tratta delle c.d. "zone calde". L'espressione fa riferimento alle aree geografiche connotate da maggior rischio di criminalità.

[13] Si tratta di un'agenzia governativa indipendente nel settore giudiziario ed è stata istituita dal *Sentencing Reform Act* (SRA) del 1984. Il Congresso ha promulgato l'SRA in risposta alla diffusa disparità nelle sentenze federali mediante la creazione della Commissione e la promulgazione delle linee guida federali in materia di sentenze. Per maggiori informazioni v. *www.ussc.gov*

[14] Si tratta dell'istituto della libertà su cauzione. Sul tema v. M. GIANGRECO, *Dal money bail alla predictive justice: il volto odierno della libertà su cauzione negli Stati Uniti d'America*, in www.lalegislazionepenale.eu, 14.06.2024, 1-12.

[15] In argomento v. C. Moore et alii, *Concerning the Responsible Use of AI in the U.S. Criminal Justice System*,

Nel contesto ivi delineato, però, non mancano sentenze dalla portata sanzionatoria per l'impiego non conforme dei sistemi di IA: nel 2023 la *Southern District of New York* nel caso *Mata v. Avianca* ha sanzionato due avvocati per aver citato sentenze inesistenti prodotte da ChatGPT[16]. Il dato è rilevante perché, come si avrà modo di affrontare nel prosieguo[17], presenta forti analogie con due episodi giudiziari verificatosi nell'ordinamento giuridico italiano ove la difesa, in un giudizio civile, aveva citato sentenze mai emanate dall'Autorità Giudiziaria e frutto dell'allucinazione algoritmica di *ChatGpt*[18].
Il quadro appena tratteggiato disegna un panorama in rapido divenire; tuttavia, se alcuni campi hanno trovato maggiore adattabilità, altri invece richiedono una graduale sedimentazione nel tessuto processuale. Difatti, il sistema giudiziario penale è chiamato a fornire risposte a quesiti mai posti in precedenza: dall'ammissibilità delle decisioni automatiche alla genuinità probatoria dei risultati creati o supportati dall'IA.
Interrogativi in relazione ai quali l'esperienza della giustizia americana ha registrato particolari difficoltà. Se a livello giudiziario alcune corti hanno iniziato ad "autoregolamentarsi", a livello di legislazione il quadro attuale è tutt'altro che definito.
Attualmente sono pochi gli ordinamenti federati che si sono dotati di una legge specifica sull'intelligenza artificiale[19], in quanto diversi realtà ordinamentali hanno scelto di intervenire su profili specifici piuttosto che approntare una disciplina compiuta. Di talché, pare opportuno soffermarsi sulle iniziative più significative rispetto all'indagine delineata nel presente lavoro, che coinvolgono gli stati dell'*Illinois* e della *Virgina* e il dibattito relativo alla modifica delle *Federal Rules of Evidence*.

2.1. Nel dicembre 2024 la Corte Suprema dell'*Illinois* ha annunciato di aver adottato, con decorrenza dal 1° gennaio 2025, una *Policy* sull'uso dell'intelligenza artificiale[20], a seguito del rapporto presentato dalla *task force* dell'*Illinois Judicial Conference* (IJC)[21]. Quest'ultima è stata costituita con il preciso compito di formulare raccomandazioni su come l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto regolamentare l'utilizzo l'IA in sede giudiziaria.
L'impiego di tali strumenti è stato generalmente accolto con favore[22] dalla Corte Suprema che, tuttavia, evidenzia l'impegno a sostenere i più elevati *standard* etici nell'amministrazione della giustizia. Dalla lettura della *policy* emerge, infatti, la piena consapevolezza che comprendere le capacità e i limiti della tecnologia di intelligenza artificiale sia essenziale, in quanto solleva

in *Communication of the ACM* 2025, 38, 9, 41-45.
[16] V. *Southern District of New York, Mata v. Avianc*a, Case 1:22-cv-01461-PKC, Document 54, Filed 06/22/23, liberamente consultabile in www.*law.justia.com*
[17] V. *infra* §
[18] Ci si riferisce alle pronunzie del T. Firenze, sezione specializzata Impresa, 14 marzo 2025 n. 11053, consultabile sulla Banca Dati del Merito ministeriale ma anche su siti quali *www.opendotcom.it*; T. Torino, 16 settembre 2025 n. 2120, consultabile sul sito *www.lavorosi.it*; T. Latina, Sezione Lavoro, 23.09.2025 n. 1034, consultabile in *www.avvocatocivilista.net*.
[19] Tra le iniziative regolatorie più rilevanti – non oggetto di indagine in questa sede – si segnalano quelle del Colorado, della California, dello stato di New York, dello Utah e del Texas.
[20] V. il testo ufficiale in *www.Illinoiscourts.gov*. È stata pubblicata anche una guida per gli avvocati dal titolo "*Illinois Attorney Guide to Implementing AI: Implementing-AI-Guide*" consultabile in https://iardc.org/Files/Implementing-AI-Guide/?page=6.
[21] La *Task Force*, co-presieduta dal giudice della contea di Williamson, Jeffrey A. Goffinet, e dall'amministratore del tribunale di primo grado del diciassettesimo circuito giudiziario Thomas R. Jakeway, comprendeva giudici, avvocati, personale giudiziario e altre parti interessate.
[22] Il Presidente della Suprema Corte dell'*Illinois* ha affermato come "*Courts must do everything they can to keep up with this rapidly changing technology*", riconoscendo al contempo che "*our current rules are sufficient to govern its use. However, there will be challenges as these systems evolve and the Court will regularly reassess those rules and this policy*". Per maggiori approfondimenti v. *www.Illinoiscourts.gov*.

questioni critiche relative all'autenticità degli atti, all'accuratezza dei procedimenti, all'affidabilità delle prove e alla correttezza delle decisioni giudiziarie. A tal fine, i giudici devono mantenere un atteggiamento di vigilanza attiva nei confronti delle tecnologie AI che possano compromettere il giusto processo (*due process*), la parità di trattamento (*equal protection*) e l'accesso alla giustizia.

Sulle premesse ora illustrate è stato chiarito come tutti i contenuti generati dall'IA privi di fondamento o deliberatamente fuorvianti – che pregiudichino le parti in causa o oscurino l'accertamento della verità e il processo decisionale – non possano trovare ingresso nelle attività giudiziarie dello Stato dell'*Illinois*[23]. L'uso dell'IA è autorizzato a condizione che sia conforme agli *standard* legali ed etici, sicché gli utenti devono comprendere le capacità generali dell'intelligenza artificiale e gli specifici strumenti specifici impiegati.

Alla *policy* si accompagna un documento dal taglio squisitamente pratico, con il compito di indirizzare i giudici nello svolgimento delle loro funzioni[24]. Ancorché molto riassuntivo, contiene alcuni punti chiave che – sebbene non rappresentino una novità in senso assoluto – restituiscono uno spaccato circa la cognizione degli aspetti più critici legati alle nuove tecnologie.

La Suprema Corte, sulla scorta della ovvia constatazione relativa alla natura strumentale e agevolatrice di detti mezzi in ambito professionale, evidenzia due aspetti fondamentali. In primo luogo, si sofferma sulla responsabilità personale del giudicante, posto che ogni decisione è da ricondurre al magistrato firmatario, ancorché la sua predisposizione abbia incluso l'impiego di strumenti di previsione algoritmica. In secondo luogo, pone l'accento sulla necessità di proteggere la fiducia pubblica nell'indipendenza e nell'imparzialità della magistratura. Le regole deontologiche[25], dunque, mantengono inalterata la loro efficacia anche nel caso in cui la "macchina" si inserisca nel percorso decisionale.

Il documento programmatico, inoltre, sotto la voce "*What to watch for as a judge*" pone l'accento su un problema primario nel panorama dell'intelligenza artificiale, ossia il rischio di allucinazioni algoritmiche. Sotto tale profilo, infatti, viene richiamato un precedente giudiziario, la sentenza *Park v. Kim* emessa dall'*United States Court of Appeals, Second Circuit*[26]. Nell'ambito di quel giudizio, l'avvocato della ricorrente aveva citato nella memoria di replica un presunto precedente giurisprudenziale rivelatosi inesistente, essendo stato generato dal *software* ChatGPT e inserito negli atti processuali senza alcuna verifica. La Corte d'appello, non avendo potuto reperire il provvedimento, aveva ordinato più volte alla parte di produrne copia; richiesta, questa, rimasta inevasa. Tuttavia, proprio l'impossibilità di ottemperare alla richiesta dell'Autorità Giudiziaria ha confermato la natura fittizia del precedente e, quindi, la violazione degli obblighi di diligenza di cui alla *Rule* 11(b)(2) delle *Federal Rules of Civil Procedure.*

---

[23] *Cfr. www.Illinoiscourts.gov.*

[24] V. https://ilcourtsaudio.blob.core.windows.net/

[25] *Cfr*. il sito ufficiale https://jib.illinois.gov/code.html. Si fa riferimento espressamente alla *rule* 2.7 che così recita: «*A judge shall hear and decide matters assigned to the judge, except when disqualification is required by Rule 2.11 or other law*». Comments: "*Although there are times when disqualification is necessary to protect the rights of litigants and preserve public confidence in the independence, integrity, and impartiality of the judiciary, judges must be available to decide matters that come before the courts. Unwarranted disqualification may bring public disfavor to the court and to the judge personally. The dignity of the court, the judge's respect for fulfillment of judicial duties, and a proper concern for the burdens that may be imposed upon the judge's colleagues require that a judge not use disqualification to avoid cases that present difficult, controversial, or unpopular issues*".

[26] Si tratta della sentenza United States Court of Appeals Second Circuit, *Park v. Kim*, January 30 2024, n. 22-2057. Il provvedimento è liberamente consultabile in https://caselaw.findlaw.com/court/us-2nd-circuit/115760381.html

La pronunzia si inserisce in un quadro giurisprudenziale emergente – già inaugurato dal caso *Mata v. Avianca*[27] – volto a tracciare i confini etico-deontologici e di *accountability* professionale ed espressamente richiamati dalla *Illinois Supreme Court Policy on Artificial Intelligence.*

2.2. Nell'ambito del percorso di indagine sul diritto positivo statunitense, assume rilievo l'intervento normativo dello Stato della Virginia. Il 2 aprile 2025 è stato approvato il disegno di legge HB1642 volto ad introdurre nel Codice della Virginia[28], nel titolo 19.2 relativo al processo penale, una sezione relativa all'uso degli strumenti di intelligenza artificiale[29].
Il capo 1.3, §19.2-11.14 rubricato *Artificial intelligence-based tool*, così recita: «*A. As used in this section, "artificial intelligence-based tool" means any machine-based system or algorithm, including machine learning models, predictive analytics, and decision support systems, that analyze data and generate recommendations or predictions.*
B. All decisions related to the pre-trial detention or release, prosecution, adjudication, sentencing, probation, parole, correctional supervision, or rehabilitation of criminal offenders shall be made by the judicial officer or other person charged with making such decision. No such decision shall be made without the involvement of a human decision-maker. The use of any recommendation or prediction from an artificial intelligence-based tool shall be subject to any challenge or objection permitted by law»[30].
Tutte le decisioni relative alla libertà personale, all'azione penale, al giudizio o, ancora, alla condanna devono essere prese da un decisore umano, anche qualora si ricorra a strumenti basati sull'intelligenza artificiale per generare raccomandazioni o previsioni. Tale modifica positivizza nel tessuto processuale il principio di sorveglianza umana e rende esplicitamente soggetto a contestabilità l'uso dell'*output* AI. Lo Stato della Virginia ha così conferito forza cogente a una cautela tradizionalmente relegata alla sfera della *soft law*, trasformando in obbligo giuridico ciò che le fonti non vincolanti avevano a lungo suggerito quale mera raccomandazione.
Tale paradigma antropocentrico trova nella HB 1642 una codificazione stringente: il legislatore dispone, con una formula quasi lapidaria, che qualsiasi «*artificial-intelligence-based tool*» impiegato nel circuito processuale resti sottoposto a «*human oversight*» e, simultaneamente, riconosce alle parti il diritto di contestare tanto il dato quanto l'algoritmo che lo sorregge. La *ratio* dell'intervento legislativo è direttamente proporzionale al fenomeno noto in letteratura come «*black-box shift*»: l'aumento esponenziale della complessità degli algoritmi riduce la capacità del giudice di rendicontare, in termini comprensibili alle parti, la genesi del suo convincimento. Si tratta di uno sviluppo di non secondaria importanza: se in *State v. Loomis* la Corte Suprema del Wisconsin aveva soltanto imposto che il punteggio di rischio non costituisse l'unica base della decisione, lasciando al magistrato il compito etico di rendere intelligibile il peso dell'algoritmo, la Virginia converte tale dovere deontologico in un onere processuale di portata generale. Va precisato, tuttavia, che il *Virginia Code* § 19.2-11.14 non sanziona espressamente la violazione del principio di motivazione congrua né invoca il *Confrontation Clause* del VI Emendamento o la *Virginia Declaration of Rights*[31]; tuttavia, la *ratio* dell'intervento legislativo può collocarsi, a parere di chi scrive, in una prospettiva

[27] *Cfr. Mata v. Avianca,* Inc., No. 1:2022cv01461 - Document 54 (S.D.N.Y. 2023), consultabile in https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2022cv01461/575368/54/
[28] L'*iter* di approvazione è consultabile al seguente link https://www.billtrack50.com/billdetail/1764534
[29] V. il sito ufficiale *https://lis.virginia.gov/bill-details/20251/HB1642*
[30] Cfr. *https://lis.blob.core.windows.net/files/1079123.PDF*
[31] *Virginia Declaration of Rights* (1776) consultabile in *www.archives.gov.* V. anche la sentenza Crawford, 541 U.S. 36, 43 n.2 (2004). In argomento anche J.H. Wigmore, *Evidence* 3rd, 1940 § 1365,

funzionalmente sovrapponibile a tali garanzie. Sul piano dell'interpretazione sistematica, infatti, l'impugnabilità dell'*output* può essere letta quale attuazione statutaria del *due process* e del principio di responsabilità giurisdizionale: il giudice che si limiti a ratificare l'*output* di un modello senza verificarne la coerenza logica e la correttezza dei dati di *input* espone il provvedimento a un vizio di legittimità perché trasferisce a un "soggetto algoritmico" la responsabilità pubblica di cui egli è investito.
Un secondo livello di innovazione può ravvisarsi nella qualificazione giuridica dell'algoritmo quale "elemento di prova" che trova il suo fondamento nella contestabilità prevista dal nuovo § 19.2-11.14. In forza della codificazione in commento il prodotto dell'IA non è più un mero ausilio interno, ma diviene oggetto di *disclosure*, di verifica, contro-verifica e, se necessario, anche di esclusione ai sensi delle norme probatorie.
Infine, la disposizione consacra il criterio di responsabilità professionale, sussumendo l'errore dell'algoritmo nel più ampio *genus* dell'errore umano. Da ciò discende che gli avvocati e i magistrati non possano invocare la scusante tecnologica, in quanto sulle menzionate figure professionali incombe un obbligo di diligenza elevata, la cui violazione è sanzionata dalla disciplina di settore.
In prospettiva comparatistica, la HB 1642 si colloca a metà strada fra il modello europeo e l'approccio federale *liability-based* e punisce l'abuso più che autorizzare l'uso. La Virginia antepone, però, il diritto processuale alla logica della *performance* tecnologica: prima di consentire l'ingresso dell'IA nelle aule di giustizia pretende che sia chiaro *chi* risponde del prodotto dell'IA e *come* contestarlo. Sul piano sistemico, quindi, la disposizione conferma l'emergere di una «*weak-AI paradigm*» nel processo: l'algoritmo è ammesso solo quale supporto, mai quale fonte autonoma di decisione.
La HB 1642, dunque, si pone nel panorama giurisprudenziale statunitense come dichiarazione di metodo che affida al processo l'onere di controllare la propria evoluzione tecnica, ribadendo che la decisione giurisdizionale è – e deve rimanere – atto di razionalità pubblica, contestabile e motivato in linguaggio umano. Ove tale paradigma dovesse tradursi in prassi applicative anche al di fuori dei confini statali, la Virginia avrà offerto un modello di integrazione in cui la tecnologia non sostituisce il diritto, ma lo lumeggia diversamente, imponendo a ogni soggetto processuale di rendere ragione del passaggio dai dati algoritmici al provvedimento giurisdizionale.
Il modello adottato, però, mette in luce una tensione più profonda e complessa, attinente all'individuazione dello statuto epistemologico degli *output* algoritmici e al modo in cui questi si inseriscano nel sistema probatorio statunitense. Quest'ultimo, privo di un catalogo chiuso di mezzi di prova, affida la loro ammissibilità alla sola valutazione di pertinenza e affidabilità. È proprio nello spazio di frattura tra tale apertura sistemica e la crescente opacità dei contenuti generativi che l'intelligenza artificiale si trasforma in una questione di "prova". Su questa scena, segnata dalla moltiplicazione di fonti normative e di *standard* probatori, si innesta la sfida più complessa, ossia comprendere se, e in che misura, l'intelligenza artificiale generativa stia modificando il paradigma della prova e il quadro delle garanzie procedurali.
Ad una più attenta lettura, infatti, dalla eterogenea produzione normativa statale – *soft law*, e leggi federate – emerge una *ratio* comune: la predeterminazione di un quadro regolatorio procedurale che sia idoneo a fornire al giudice un parametro di "indirizzo", anche nel caso in cui la dimensione tecnologica assurga a elemento probatorio decisivo. Tuttavia, tali sforzi si inseriscono in un panorama profondamente disorganico, nel quale le diverse discipline giurisdizionali possono condurre a esiti antitetici. La conseguenza è che la verità processuale si costruisce caso per caso, secondo un criterio di gradualità probatoria che affida al giudice il compito di vagliare il «peso» (*weight*) anziché la «forma» del mezzo di prova: un'apertura che la rivoluzione digitale – ponendo in campo dati di difficile, quando non impossibile,

ricostruzione ontologica – mina alle fondamenta. Questa frammentazione è l'inevitabile corollario del sistema di *common law* statunitense, il quale, a differenza del tradizionale sistema di *civil law* italiano, non consacra un principio di tipicità delle prove, ma si fonda sui cardini della pertinenza (*relevance*) e dell'affidabilità (*reliability*)[32].
In tale scenario, la tecnologia non agisce quale mero accessorio, bensì quale *stress-test* dei parametri ermeneutici propri del sistema probatorio, originariamente elaborati per fotografie, registrazioni e tabulati telefonici, e oggi confrontati con artefatti generati da algoritmi addestrati a replicare la realtà.
A dare ulteriore impulso a questo ripensamento sistemico ha contribuito in modo decisivo la diffusione dell'Intelligenza Artificiale Generativa (*IAGen*), dall'*Agentic AI* e dei falsi profondi (*deepfake*)[33], le cui capacità di alterare o creare *ex novo* contenuti plausibili, ma falsi, pongono una sfida alle nozioni tradizionali di autenticità e affidabilità della prova. Sempre più spesso la manipolazione digitale abbraccia finalità illecite: furti di identità digitali, truffe *online*, *revenge porn* e, financo, la produzione in giudizio di prove artefatte. È evidente come il rischio precipuo si proietti dal piano della mera persuasione *extra*-processuale a quello della formazione della prova, con la prospettiva – tutt'altro che remota – che la parte ricorra a file sintetici per plasmare il fatto storico secondo una rappresentazione *ad hoc*.
Il fenomeno solleva dubbi particolarmente rilevanti nella dottrina di *common law*, ove non mancano voci critiche che ritengono il *deepfake* in grado di compromettere il sistema accusatorio statunitense[34]. La questione non si limita, perciò, all'incremento quantitativo di contenuti artificiali, bensì alla circostanza che l'indistinguibilità tra autentico e sintetico eroda il criterio della *reliability* e, per riflesso, l'autorità della funzione giurisdizionale. Prima di entrare nel merito della discussione sulle eventuali modifiche alle regole probatorie, appare opportuno chiarirne in via preliminare lo schema operativo; in difetto di tale premessa, l'esposizione rischierebbe di risultare incompleta.

3. Il sistema giudiziario statunitense si presenta come un mosaico di ordinamenti dotati di autonoma organizzazione, cionondimeno in tema di prove è possibile individuare un sostrato minimo regolatorio nelle *Federal Rules of Evidence* emanate nel 1975[35]. La legge in commento

[32] Per una lettura ad ampio spettro sul sistema delle prove v. G.A. Nunn, *The Living Rules of Evidence, in University of Pennsylvania Law Review*, 2022, 938-990.
[33] Sul tema v. S. Quattrocolo, *Deepfake e fine della tipicità probatoria? Fatto, prova e giudizio penale a confronto con la realtà delle immagini sintetiche*, in www.lalegislazionepenale.eu, 31 luglio 2025; J.P. LaMonaga *A Break From Reality: Modernizing A om Reality: Modernizing Authentication Standar uthentication Standards for Digital Video Evidence in the Era of Deepfakes*, in *American University Law Review*, 69:6, 2020, 1948 ss.; J. Gottfried, *About three-quarters of Americans favor steps to restrict altered videos and images*, 14 giugno 2019, i risultati possono essere consultati in https://www.pewresearch.org/short-reads/2019/06/14/about-three-quarters-of-americans-favor-steps-to-restrict-altered-videos-and images/; A. Mitchell et alii., *Americans think made-up news and videos create more confusion than other types of misinformation*, 5 giugno 2019, consultabile al seguente link https://www.pewresearch.org/journalism/2019/06/05/3-americans-think-made-up-news-and-videos-create-more-confusion-than-other-types-of-misinformation/; R. Delfino, T*he Deepfake Defense—Exploring the Limits of the Law and Ethical Norms in Protecting Legal Proceedings from Lying Lawyers*, in Loyola Law School, Los Angeles Legal Studies Research Paper, 2023; F.V. Valenti, Il *deepfake: la nuova sfida dell'intelligenza artificiale generativa*, in *Derecom*, 2024, 37, 9-18; Ead., *L'impatto dei deepfake sul sistema giudiziario penale. prime riflessioni*, in AA.VV., Le *grandi transizioni: sfide per la società, il diritto, l'economia*; Giuffrè, 2025, 261-279.
[34] R. Delfino, T*he Deepfake Defense*, cit., 1123;
[35] Le *Federal Rules of Evidence* sono state adottate con ordinanza della Corte Suprema degli Stati Uniti il 20 novembre 1972, trasmesse al Congresso il 5 febbraio 1973 ed entrate in vigore il 1° luglio 1973. Con legge 2 gennaio 1975, 88 Stat. 1926, sono state pubblicate ufficialmente le norme federali in materia di prove proposte dalla Corte Suprema, con le modifiche apportate dal Congresso e sono entrate in vigore il 1° luglio 1975. Per approfondimenti v. https://www.law.cornell.edu/rules/fre, *Federal Rules of Evidence, section "Historical Note"*.

disciplina gli standard di *ammissibilità* che vengono diversamente modulati a seconda della tipologia di prova di cui si chiede l'assunzione.
Per quel che concerne le prove non testimoniali, ai fini dell'ammissibilità, esse devono soddisfare congiuntamente i requisiti di rilevanza della *Rule* 401 e di autenticità della *Rule* 901[36].
Ai sensi della Rule 401 è rilevante ogni elemento che abbia «*any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence*», purché il fatto sia «*of consequence in determining the action*».
Il requisito della pertinenza verifica se un elemento di prova, una volta sottoposto al ragionamento giuridico, possegga un valore probatorio sufficiente per essere ammesso nel processo. Si tratta di una qualità che non è intrinseca a nessun elemento probatorio, ma sussiste esclusivamente in virtù del suo rapporto logico con un fatto oggetto del caso[37]; l'esistenza di tale relazione dipende da principi sviluppati dall'esperienza o dalla scienza, applicati in senso logico alle specifiche situazioni e questo rapporto di relazione è racchiuso nell'espressione «*tendency to make a fact more or less probable than*»[38]. La disposizione riassume la relazione come la "tendenza" a rendere l'esistenza del fatto da provare "più o meno probabile" e si discosta deliberatamente dalla formulazione della vecchia *Old Uniform Rule of Evidence* che faceva riferimento ad una "tendenza logica". La scelta lessicale non è casuale: il riferimento alla sola logica avrebbe infatti il rischio di enfatizzare eccessivamente il processo argomentativo, trascurando la necessità di attingere all'esperienza o alla scienza per convalidare il principio generale da cui dipende la rilevanza in una situazione particolare[39].
Il grado di probabilità previsto dalla norma, oggi, è fissato nella regola «*more or less probable than it would be without the evidence*», sicché ogni altro stringente requisito, come sostenuto in dottrina[40], sarebbe inattuabile e irrealistico mentre il riferimento alla probabilità evitare il rischio di cadere nella confusione concettuale tra le questioni di ammissibilità e le questioni di sufficienza delle prove.
La disposizione, poi, utilizza l'espressione «*of consequence in determining the action*» per descrivere il tipo di fatto su cui la prova può essere correttamente basata e riprende la scelta lessicale del *California Evidence Code*[41]. Tali fatti, è bene precisarlo, non devono essere necessariamente controversi. Anche in casi di prove offerte per dimostrare punti ammessi dalla controparte, la decisione sulla loro esclusione dovrebbe basarsi sui criteri di indebito pregiudizio e tempistica della Rule 403, non su un generico requisito di controversia. Del resto, prove di mera ricostruzione storica o antecedente – essenziali per la comprensione del caso – sono di regola ammesse sebbene raramente vertano su punti controversi. Una norma che ne limitasse l'ammissibilità alle sole questioni controverse finirebbe per escludere prove utili o generare un eccesso di eccezioni procedurali.

In dottrina, v. L.B. Orfield, *The Federal Rules of Criminal Procedure*, in *California Law Review*, 1945, 33.
[36] Sul punto v. D. Jr. Linna et. alii, *Deepfakes in Court: How Judges Can Proactively Manage Alleged AI-Generated Material in National Security Cases*, in *Northwestern Law & Econ Research Paper*, 2024, 24-18.
[37] G.F. James, *Relevancy, Probability and the Law*, in *Calif. L. Rev.* 1941, 689, ora in *Selected Writings on Evidence and Trial*, a cura di W.T. Fryer, 1957, 610.
[38] *Ibidem.*
[39] In tali termini D. Crump, *On the Uses of Irrelevant Evidence*, 34 *Hous. L. Rev.* 1997, 1, 2, in maniera conforme sul punto R. D. Friedman, *Irrelevance, Minimal Relevance, and MetaRelevance (Response to David Crump),* in *Hous. L. Rev*., 1997 34, no. 1, 55-71.
[40] C.T. Mccormick et. alii, *Handbook of Evidence, St.* Paul, Minn:West, 1992; J.F. Falknor, *Extrinsic Policies Affecting Admissibility*, in Rutgers L. Rev., 1955, 574, 10.
[41] *Cfr*. https://law.justia.com/codes/california/code-evid/

In dottrina, inoltre, è stata elaborata la tesi della c.d. "pertinenza condizionale" (*conditional relevancy*)[42], per quale il potere probatorio di un mezzo non dipenderebbe solo dal requisito di rilevanza, ma anche dal verificarsi di un ulteriore fatto. Se, ad esempio, un file audio è offerto per provare una conversazione tra imputato e testimone, esso ha valenza probatoria solo se si dimostra che la registrazione sia stata effettuata nella data e nel luogo indicati dalla parte proponente. Tale questione è però di natura strettamente fattuale e richiede di assegnare correttamente i rispettivi compiti al giudice e alla giuria, posto che la pertinenza condizionale rientra nelle *preliminary questions* di cui alla Rule 104(b), ove è la giuria – e non il giudice – a valutare se il fatto condizionante sia stato provato con elementi sufficienti a sorreggere una pronuncia di merito.
A ciò si aggiunga che le prove pertinenti, ai sensi della *Rule* 402, sono ammesse *ex lege*, salvo il caso non sia diversamente disposto dalla *Federal Rule*, dalla Costituzione, da un altro statuto federale o dalle regole prescritte dalla Corte Suprema[43].
In ossequio ad esigenze di completezza argomentativa, poi, val la pena evidenziare che la *Rule* 403, invece, consente al giudice di escludere l'ammissione della prova quando il pericolo di pregiudizio, di confusione o finanche di dilazione processuale superi il valore probatorio. Di fatti la legge federale, di cui alla *Rule* in commento, consente l'esclusione di prove rilevanti quando il valore probatorio è sostanzialmente controbilanciato da un pregiudizio ingiusto, quale ad esempio fuorviare la giuria, ritardare indebitamente il processo, presentare inutilmente prove cumulative.
In alcune circostanze, la giurisprudenza della Suprema Corte ha consentito l'esclusione di prove di indubbia rilevanza perché vi era il rischio che orientassero le decisioni su una base puramente emotiva[44]. In tali casi, infatti, è necessario un bilanciamento tra il valore probatorio, la necessità della prova ai fini della decisione e il pregiudizio che può derivarne; tuttavia, non deve trattarsi di un mero pregiudizio, ma deve rappresentare un pericolo concreto, sì da consentire l'esclusione della prova.
In tema di autenticazione (FRE *rules* 901-903) la *Rule* 901 impone alla parte di produrre «*evidence sufficient to support a finding that the matter in question is what the proponent claims it is*». La disposizione individua una pluralità di fattori da valutare ai fini dell'accertamento dell'autenticità della prova oggetto di controversia.
In primo luogo – previsione di cui alla lett. a) – viene stabilito che «*To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is*». I commi successivi (di cui alla lett. b), individuano delle esemplificazioni probatorie che soddisfano il requisito generale[45]. La disposizione in commento gode di una "struttura elastica" onde adattarsi alle diverse tipologie di elementi probatori; a tal fine, ancorché dichiaratamente non esaustiva, offre alcuni esempi di autenticazione per la testimonianza diretta; per il confronto delle voci o degli scritti; per gli atti pubblici o, ancora, per i processi automatici «*shown by evidence describing the process or system*».

---

[42] M. E. Morgan, *Basic Problems of Evidence*, Philadelphia: *Committee on Continuing Legal Education of the American Law Institute collaborating with the American Bar Association*, 1962; M.E. Morgan, *Functions of Judge and Jury in the Determination of Preliminary Questions of Fact,* in *Harv. L. Rev.* 165, 171. Sul tema, con specifico focus di applicazione nello stato del Michigan v. SBM, *Forgotten but not forsaken: The doctrine of conditional relevancy,* 2023 consultabile in https://www.michbar.org/journal/Details/Forgotten-but-not-forsaken-The-doctrine-of-conditional-relevancy?ArticleID=4635
[43] JR. D LINNA, *op cit.*, 21-32.
[44] V. Old Chief v. United States, 519 U.S. 172 (1997), in *www.supreme.justia.com*
[45] Per ragioni di economia espositiva non sono state elencante. Sia consentito il rinvio al testo normativo consultabile in *www.law.cornell.edu*

Se per l'identificazione di una voce è sufficiente un testimone che abbia udito la voce in qualsiasi momento in una circostanza che la colleghi al presunto locutore – par. b (5) – per le fotografie e le prove video in giurisprudenza sono andati formandosi due orientamenti:

a) la *pictorial-evidence theory*[46]: in base a tale teoria, le fotografie, i video o altri supporti visivi sono ammissibili non come prova autonoma, bensì come mera illustrazione della testimonianza di chi ha personalmente percepito la scena. Ad esempio, il filmato è autenticato da chi abbia personalmente visto gli eventi ripresi;
b) la *silent-witness theory*[47]: l'assenza di testimonianza diretta è compensata dalle prove sul funzionamento dell'apparato e sulla catena di custodia, tali da garantire l'integrità del processo che ha generato il file, sia esso un video, una foto, ma anche *body-cam*, etc.
Ancora una volta, però, lo *standard* probatorio si atteggia diversamente anche in ragione del contesto nel quale originano le prove: ad esempio, nel caso in cui i video siano estratti dalle registrazioni delle telecamere di sorveglianza, quest'ultimi potrebbero essere autenticati, ai sensi della Rule 901, par. *b)* n.9, come *«result of a process or system capable of producing an accurate outcome*», traslando sull'opposizione l'onere di dimostrare alterazioni.
La *Rule* 902, al contrario, introduce un meccanismo "semplificato" di accertamento (*self-authenticating» evidence*) poiché predispone un catalogo di prove che, per le caratteristiche intrinseche di cui godono, non richiede elementi esterni a riscontro, salvo il caso in cui non vengano sollevati dubbi circa la sussistenza dei requisiti *de quibus*. È il caso, dunque, dei documenti pubblici muniti di sigillo; dei documenti esteri; degli atti contenuti nei pubblici registri, nonché in tutti i casi in cui la presunzione relativa di genuinità probatoria sia prevista dalla legge federale. Inoltre, dalla lettura congiunta dei paragrafi 13-14 (*Rule* 902), godono dei requisiti in commento anche i dati estrapolati da un dispositivo elettronico se provvisti di un certificato di autenticazione, nonché del più ampio 902(11) per i *business records.*
Orbene, la *Rule* 901 resta la disciplina generale: ogni prova, per essere ammessa, deve essere accompagnata da elementi idonei a far ritenere che essa sia ciò che il proponente dichiara. Al contrario, la *Rule* 902 costituisce un catalogo chiuso di eccezioni "*self-authentication*": se il documento, o il dato elettronico, non rientra nei §§ 1-14 occorre necessariamente ricorrere alla *Rule* 901. In particolare, i paragrafi 11-14 consentono l'autenticazione di registrazioni e file digitali mediante certificato sottoscritto sotto pena di spergiuro, riducendo i costi di produzione, ma non esentando la parte dal rispetto dei criteri di affidabilità del processo (c.d. "*sufficient evidence to support a finding*" di cui alla *Rule* 104(b).

[46] È una tesi ampiamente riconosciuta nella giurisprudenza statunitense e se ne trova traccia già dal 1960, nel caso *Lehmuth v. Long Beach Unified School Dist.*, 1960, 53, 544-555. Ancora, nel processo d'Appello dinanzi alla Corte della California, *Rodriguez v. McDonnell Douglas Corp*., per infortuni sul lavoro, ove sono state ammesse le fotografie ritraenti le lesioni perché il teste (la vittima) poté giurare che erano «*a fair and accurate representation*» delle sue condizioni, 87 Cal.A3d 626, 663 (1978). Ancora, in *People v. Gonzalez*, 38 Cal.4th 932, 2006, la Corte Suprema della California ha ritenuto ammissibile delle foto della scena del delitto scattate da terzo ignoto perché un *detective* presente sul posto confermò che l'inquadratura riproduceva esattamente la posizione indicata dai testimoni. In altre parole, la «*pictorial testimony*» non esige l'autenticazione tecnica del fotografo, ma solo un testimone che ne garantisca la veridicità visiva.
[47] Il fondamento logico che ha portato all'elaborazione di tale teoria deriva dal fatto che diversamente dal testimone umano, le macchine non hanno memoria selettiva od interessi; se il meccanismo standardizzato, controllato e completo (nel senso che non si interrompe la catena di custodia), l'errore è inferiore a quello umano e quindi garantisce maggiore attendibilità. La teoria ha avuto riconoscimento in numerose sentenze. Qui in questa sede possono ricordarsi la sentenza emessa nello stato dell'Illinois, *People v. Taylor*, 2011 IL 110067, 11-35, 353 Ill. Dec. 569, 956 N.E.2d 431 (Ill. 2011), ove sono stati indicati i sei fattori necessari per l'ammissione di prove senza l'autenticazione del testimone: capacità e affidabilità del dispositivo; competenza dell'operatore; corretto funzionamento; catena di custodia; identificazione di persone/luoghi; spiegazione di eventuali copie/duplicazioni. Più recentemente, v. *People v. Daigle*, 2024 IL App (4th) 230015.

Quando l'autenticità è contestata – per i *deepfake*, ad esempio - il giudice può ammettere – previa valutazione dei canoni del *Daubert tes*t – una consulenza tecnica fondata su tecniche di rilevazione automatica, quali *hash, watermark,* analisi dei frame, artefatti di compressione, modelli di *machine-learning*, purché – giusta una lettura della *Rule* 702 – il metodo sia testato, *peer-reviewed* e abbia tasso d'errore noto. Resta fermo, si badi, il potere del tribunale di escludere la prova *ex* Rule 403 se il pericolo di confusione del giurato supera il suo valore probatorio.
Orbene, per alcune tipologie di prove – testi, video, foto, registrazioni vocali, *chat* – frutto delle più moderne tecnologie, l'accertamento della genuinità diviene particolarmente complesso, sì da aver indotto gli studiosi ad interrogarsi sulla tenuta complessiva nel sistema probatorio vigente.

3.1. Le criticità del sistema probatorio – e i pericoli cui esso è esposto in ragione dell'incessante sviluppo tecnologico – sono avvertiti tanto a livello giudiziario[48] quanto accademico. Ciò è divenuto terreno fertile per aprire il dibattito circa l'opportunità di riformare le *Federal Rules of Evidence*, con il preciso fine di rafforzare il controllo giudiziario sull'ammissibilità delle prove digitali, sia pure con impatti diversi sul bilanciamento tra efficienza processuale, diritto di difesa e funzione giurisdizionale.
Sono tre, attualmente, le proposte di modifica ed hanno ad oggetto, in particolare, la modifica dello *standard* probatorio della *Rule* 901 che, davanti alle potenzialità dell'I.A. generativa, palesa i propri limiti.
Una prima proposta[49] – emersa già nel *Draft Amendment* to FRE 901 del 2023 – suggerisce di innalzare il livello di corroborazione per le prove digitali, prevedendo un'udienza *ad hoc* in cui la parte proponente deve dimostrare non solo la catena di custodia, ma anche l'affidabilità dell'algoritmo che ha generato o conservato la prova, mediante produzione di *metadata*, *model card* e, laddove possibile, del *dataset* di *training*. Tale meccanismo, pur non modificando formalmente l'onere della prova, introduce di fatto uno *standard* di autenticità "rafforzato".
Una seconda tesi[50], invece, si focalizza sul ruolo decisionale della giuria cui, attualmente, è devoluto il vaglio di autenticità delle prove richieste dalle parti. Poiché i giurati non sarebbero in grado, dinanzi ai *deepfake,* di decidere sulla attendibilità della prova e di giudicare i fatti di causa senza essere influenzati dalle questioni di (in)attendibilità probatoria, si è fatta strada in dottrina la possibilità di devolvere al giudice, alla luce della *Gatekeeping judicial function*[51], tutte le questioni concernenti l'ammissibilità e l'autenticità delle prove non testimoniali. In questo modo, quindi, graverebbe sul giudice l'onere di "filtrare" le questioni in commento, istruendo la giuria in ordine alle prove da valutare o di cui non tener conto ai fini del giudizio; in questo modo, si è detto, si eviterebbe il rischio di pregiudizio in capo alla giuria. Trattasi di una proposta dottrinale particolarmente incisiva, in quanto mira a trasformare in obbligo sistematico ciò che oggi è potere discrezionale: il giudice, prima che la prova digitale raggiunga la giuria, dovrebbe verificarne l'autenticità con criteri rafforzati, estendendo la *gatekeeping*

[48] Tra le prime voci nel panorama giudiziario a sollevare dubbi sul problema del deepfake H.B. Dixon, M*ore Frightening than Photoshop on Steroids*, in Judges' J., 2019, 3; Ead. *The "Deepfake Defense": An Evidentiary Conundrum*, in ABA, 2024.
[49] J. LaMonaga, *Break from Reality: Modernizing Authentication Standards for Digital Video Evidence in the Era of Deepfakes*, in *Am. U. L. Rev*. 2020, 69.
[50] R. Delfino, T*he Deepfake Defense, cit.*, 1064 e ss.
[51] Con tale espressione si fa riferimento al ruolo del giudice quale supervisore (letteralmente guardiano) delle prove, il quale gode del potere decisivo in ordine alle prove da ammettere o escludere. Per approfondimenti sul tema v. E Nir, S. Liu, *What Do the Gatekeepers See? Perceptions and Evaluations of Scientific Evidence Among State Court Judges*, in *Criminology, Criminal Justice, Law & Society*, 2021, 20-35.

function prevista dalla Rule 104(a) a tutte le prove non testimoniali potenzialmente generate o alterate dall'intelligenza artificiale. Tale soluzione, tuttavia, solleva questioni di compatibilità con il VII Emendamento – che riserva alla giuria i casi civili di *common law* – qualora l'autenticità venga considerata questione fattuale sostanziale piuttosto che preliminare. In materia penale, inoltre, una devoluzione integrale al giudice potrebbe entrare in tensione con il *Confrontation Clause* del VI Emendamento e con il *Due Process Clause* del V e XIV Emendamento, che garantiscono al convenuto il diritto di contestare le prove in contraddittorio. Tuttavia, in entrambi i sistemi la giurisprudenza con la pronunzia *People v. Taylor*, ha statuito come l'ammissibilità sia questione di diritto riservata al giudice, purché la decisione sia motivata e oggetto di contraddittorio tra le parti.
Da ultimo, e più recentemente, si è ipotizzato di modificare l'onere probatorio mediante la riscrittura della *Rule* 707 specificatamente per le prove elettroniche potenzialmente alterate[52]. Più nel dettaglio, ai sensi della eventuale nuova *Rule* 901(c), se la parte che contesta l'autenticità di una prova elettronica – o generata da un *computer* – dimostra al tribunale che è probabile che si tratti di una prova fabbricata o alterata, essa potrà essere ammessa solo nel caso in cui il proponente riesca a superare il pregiudizio eccepito e denunciato dalla parte *(Rule* 707). A tal fine, l'*output* dovrà soddisfare lo standard della *Rule* 702 in tema della testimonianza dei consulenti (o dei periti) e quindi dovrà trattarsi di dati e metodi affidabili che aiutino il giudice nella risoluzione della controversia. Trattandosi di algoritmi, affinché l'*output* soddisfi tali condizioni sarà necessario presentare il *data set* utilizzato per l'addestramento del *software*.
La proposta – che ha trovato spazio nel *Draft Amendment* to FRE 707 del 2024 – intende introdurre un parziale spostamento dell'onere probatorio, prevedendo che, qualora la parte opponente dimostri plausibile alterazione di una prova digitale (es. deepfake), il proponente debba superare il pregiudizio dimostrando – con s*tandard* rafforzato – che la prova sia autentica. In pratica, si tratta di una presunzione di inaffidabilità che si attiva *ex parte opponente* e che potrebbe essere vinta solo con una perizia tecnica sottoposta alla Rule 702 e ai criteri *Daubert*, inclusa la produzione del *dataset di training* e la valutazione di *bias*. Tale proposta, ancorché attenzionata in occasione nella riunione del commissione per la riforma della *Federal Rule of Evidence*, non ha trovato asilo poiché secondo alcuni la versione attuale della legge federale sarebbe in grado di fronteggiare le sfide poste dal *deepfake*[53]*;* secondo altri, invece, il fatto che la casistica giurisprudenziale sia attualmente limitata a pochi precedenti, non consentirebbe di prendere decisioni di adeguamento normativo che, invero, richiederebbe maggiore esperienza sul tema[54].
È stato evidenziato, altresì, che la Rule 707 troverebbe applicazione con le sole prove generate dall'IA e riconosciute come tali alla parte richiedente, ma non si applicherebbe alle prove la cui autenticità sia in discussione. Pertanto, si è detto, sarebbe un ausilio minimo per evitare l'ingresso di *deepfake* o altre prove falsificate nelle aule giudiziarie e, al contempo, i costi della giustizia aumenterebbero in ragione della crescente necessità di avvalersi di esperti e consulenti[55].

[52]P.W. Grim, M. Grossman, G.V. Cormack, *Artificial Intelligence as Evidence*, in *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2021, 9; Ead., *Advisory Comm. on Evidence Rules, Agenda, Proposed New Rule 901(c) to Address "Deepfakes",*2024, consultabile in https://bit.ly/3JFAL2g.
[53] *Cfr. Advisory Comm. on Evidence Rules, Agenda, Proposed New Rule 901(c) to Address "Deepfakes,"* Apr. 19, 2024. Per la versione aggiornata al 7 maggio 2026 v. https://www.uscourts.gov/sites/default/files/document/2026-05_evidence_rules_agenda_book.pdf
[54] Per maggiori approfondimenti sulla Rule 707 v. https://www.meyersnave.com/proposed-new-federal-rule-regarding-ai-generated-evidence/ .
[55] J.B. Quinn, *Adapting the Rules of Evidence for the Age of AI*, 2025, in https://www.quinnemanuel.com/the-

Alcune voci in dottrina[56] ritengono che proprio l'assenza di una linea giurisprudenziale uniforme in ordine all'ammissibilità probatoria[57], induca a mantenere in capo alla giuria il vaglio di ammissibilità, salvo il monito tendenzialmente riconosciuto in ogni latitudine che la progressiva diffusione dei falsi profondi esigerà necessariamente l'elaborazione di uno standard tecnico uniforme per tutte le giurisdizioni federate.

4. Se la dottrina d'oltreoceano si interroga sulla tenuta complessiva del sistema regolamentare probatorio vigente, i termini del discorso mutano solo in parte se si volge lo sguardo al contesto comunitario.
Per quanto le perplessità afferenti alla genuinità probatoria siano di comune coscienza, il legislatore comunitario, con espresso riferimento ai falsi profondi, non assume una posizione ben definita e a tale carenza consegue un'oggettiva difficoltà ad inquadrare il *deepfake* da un punto di vista di diritto positivo. La regolamentazione del *deepfake* e le ricadute processuali sembrano temi apparentemente lontani, ma invero hanno diversi punti di contatto, atteso che un corretto inquadramento del fenomeno coinvolge temi centrali del processo in tema di trasparenza, di genuinità, vaglio giurisdizionale, responsabilità.
Orbenee, l'*AI Act* all'art. 3, comma 60, definisce il deepfake «*un'immagine o un contenuto audio o video generato o manipolato dall'IA che assomiglia a persone, oggetti, luoghi, entità o eventi esistenti e che apparirebbe falsamente autentico o veritiero a una persona*».
La prima, importante, lacuna che deve essere rilevata attiene all'insufficienza della definizione adottata: non si tiene conto dei testi e, dunque, dei documenti che invero non sono immuni da falsificazioni e che ben posso essere creati *ex novo.*
In secondo luogo, come già accennato, la disciplina del fenomeno è pressoché assente. Un espresso riferimento al *deepfake* lo si ritrova negli obblighi di trasparenza per i *deployers* di "*determinati sistemi di IA*", giusta una lettura dell'art. 50 del Regolamento. L'obiettivo principale è colmare il *gap* informativo degli individui affinché quest'ultime siano consapevoli di interagire con un sistema di intelligenza artificiale. A tal fine grava sui fornitori dei sistemi di IA generativi di audio, testo, immagini e video "sintetici" l'onere di garantire che gli *output* del sistema di IA siano marcati in un formato leggibile meccanicamente e rilevabili come generati o manipolati artificialmente. Altresì, ai sensi dell'art. 50, commi 2 e 4 ultimo periodo, i *deployer* di un sistema di IA impiegato al precipuo scopo di veicolare informazioni su questioni di interesse pubblico devono rendere noto che si tratti di un testo generato o manipolato artificialmente.
Pur nel silenzio del legislatore unionale, non può escludersi a priori che i *deepfake* non entrino in frizione con i diritti fondamentali o con la sicurezza dell'UE. Inoltre, da quanto sommariamente illustrato si evince che il Regolamento non proibisce l'impiego, l'utilizzo o la circolazione dei *deepfake*, ma impone solo che venga edotto l'utente del fatto che il contenuto sia stato oggetto di manipolazione. Eccezione all'obbligo in commento concerne il caso in cui essi vengano impiegati per la prevenzione dei reati.
Come facilmente intuibile, sul tema la normativa europea presta il fianco ad alcune critiche. Tralasciando il (ragionevole) dubbio circa l'efficacia deterrente dell'obbligo *ex* art. 50, emerge in via del tutto agevole come si tratti di un tema affrontato solo marginalmente all'interno dell'IA ACT e nessuna disposizione sia prevista ai fini processuali. Infatti, salvo il caso del

firm/publications/adapting-the-rules-of-evidence-for-the-age-of-ai/#_ftn2
[56] H.B. Dixon, *The "Deepfake Defense": An Evidentiary Conundrum*, in ABA, June 2024.
[57] Sul diverso approccio giudiziario al tema delle prove digitali si vedano *State v. Puloka*, No. 21-1-04851-2-KNT (Wash. Super. Ct. King Cnty. Mar. 29, 2024) e *State v. Rittenhouse* (Wis. Cir. Ct. 2021)

loro utilizzo nella fase di prevenzione dei reati, il Regolamento rimane silente su molti aspetti che, in fase giudiziale, avrebbero forse facilitato un accertamento forense.
L'assenza di una espressa classificazione del rischio per i sistemi di IA che generano *deepfake*, nonché le eccezioni agli obblighi di trasparenza consentono, infatti, di sfuggire agilmente agli obblighi previsti in tema di manipolazione artificiale e di vanificare gli sforzi per colmare il *gap* informativo che l'art. 51 si prefigge.
Preso coscienza, allora, del *vulnus* normativo su un tema che va acquisendo sempre maggiore centralità nel panorama processuale, si rende necessario uno sforzo ermeneutico al fine di ricavare dall'ordinamento vigente qualche indicazione utile su questioni il cui profilo fondamentale è ancora tutto da chiarire.

5. L'impatto della tecnica "sull'esperienza giuridica"[58] è dato ormai acquisito. Nonostante i ripetuti moniti della dottrina giuspubblicistica e le diffuse perplessità in ordine all'impiego di strumenti di intelligenza artificiale nella giustizia penale, tali tecnologie hanno registrato una penetrazione assai rapida, colonizzando un ambito – quello penalistico – tradizionalmente contraddistinto da una sensibilità costituzionale particolarmente elevata. In questo spazio, infatti, il diritto costituzionale si fa sistema unitario e le cautele procedurali si ergono a barriera difensiva dei diritti fondamentali e del giusto processo. Anche nell'ordinamento giuridico italiano – così come avvenuto altrove – tali sistemi hanno iniziato a espandersi in assenza di una disciplina apposita e, anzi, con un quadro normativo di recente emanazione, la legge 23 settembre 2025, n. 132 che appare in più punti contraddittorio rispetto allo schema di *governance* europeo. A ciò si aggiunga che le più recenti indicazioni governative militano verso l'implementazione dei sistemi di IA a partire proprio dal segmento più delicato, la valutazione del rischio di recidiva e della pericolosità sociale, campo nel quale la letteratura segnala il pericolo maggiore: quello della discriminazione algoritmica[59]. La criticità più significativa, sottolineata da più parti e a più livelli, sarebbe da rinvenire nella frizione con i diritti fondamentali, sì da porre i sistemi di IA in ottica di potenziale incompatibilità con il tessuto costituzionale.
Non è mancato chi in dottrina, richiamando anche la metafora "*Judex ex machina*"[60] ha denunziato il rischio che la decisione giudiziaria sia elaborata da un dispositivo tecnologico che, nell'assurgere ad entità incontestabile, fornirebbe una risposta "a tavolino", senza che il giudice – minato nella sua indipendenza – possa compierne la ricostruzione logica e la valutazione critica.
Pur prendendo atto delle perplessità comunemente espresse in letteratura è utile ribadire che trattasi di uno scenario difficilmente realizzabile in quanto il principio di umanità della decisione penale[61], il sistema delle impugnazioni, l'obbligo di motivazione – giusto per citarne

[58] L'espressione è di A. Simoncini, *Il diritto ad un algoritmo "ragionevole". Riflessioni su giustizia predittiva e Costituzione*, in Giocare *con altri dadi. Giustizia e predittività dell'algoritmo,* a cura di V. Mastroiacovo Giappichelli 2024, 37 che richiama il pensiero di G. Capograssi G., *Studi sull'esperienza giuridica*, Maglione editore 1932 ;R. Orestano, *Della "esperienza giuridica" vista da un giurista*, in *Riv. trim di dir. proc. civ.*, 4, 1980; P. Grossi, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale: corso di storia del diritto*, Cedam, Padova, 1968.
[59] Per una panoramica ad ampio spettro v. A. M. Maugeri, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence based practices e tutela dei diritti fondamentali*, in www.archiviopenale.it, 2021, 1-37.; S. Quattrocolo, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta Etica Europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.03.2018, 1-12;
[60] L'espressione è di C. Salazar, *Judex ex machina? Note su giustizia, giudici e intelligenza artificiale*, in *Consulta online*, 2021, 918.
[61] Sul tema si rinvia a D. Pastor, Il principio *nolite iudicare* e *l'umanizzazione del potere punitivo,* in *QuestG*, 7

alcuni – offrono una barriera invalicabile al verificarsi degli scenari da alcuni teorizzati. Per il vero, è stato espressamente sostenuto che il giudicante potrebbe finire per adeguarsi al responso preconizzato dal *software* «*a meno di non superarlo attraverso un adeguato sforzo argomentativo*», sicché verrebbe a delinearsi «*quell'"effetto moutonnier"*[62]*...[] che indebolirebbe, di fatto, la soggezione soltanto alla legge, e che – qualora la macchina indichi la prevalenza di un certo esito nei precedenti giudiziari riferibili a casi analoghi – potrebbe determinare anche un allineamento sistematico a questi ultimi*»[63].
Tali obiezioni, a ben vedere, si inseriscono in un dibattito già tracciato dal complesso rapporto tra persuasione giudiziale e prova scientifica[64]; un tema classico del processo penale che con l'intelligenza artificiale viene amplificato: è in questo segmento processuale, infatti, che si colloca il parere dell'esperto[65]; il problema della "natura oracolare" dell'evidenza scientifica[66], soprattutto quand'essa si pone in posizione tendenzialmente predominante nel nucleo complessivo degli elementi probatori. Anche qui, infatti, si annida il rischio non eliminabile che il giudice si adegui pedissequamente al responso.
Al pari dell'intelligenza artificiale anche la prova scientifica reca con sé l'idea della certezza; una convinzione anch'essa fallace, tanto che la giurisprudenza americana, a partire dalla sentenza *Daubert,* ha aperto la strada all'affidabilità scientifica e ai criteri cui il giudice deve ricorrere per la valutazione di attendibilità. La scientificità, dunque, non è dato assoluto ma oggetto di verifica attenta e puntuale; ne discende, allora, che la presunta infallibilità della scienza tecnologica, dinanzi alla quale il giudicante resterebbe soggiogato, non può divenire argomento per escludere la prova algoritmica in quanto si tratterebbe di argomentazioni che, ove rigidamente applicate, dovrebbero portare al paradossale sbarramento della prova scientifica ove la stessa intelligenza artificiale, sia pure con qualche precisazione, si colloca.
Il problema, pertanto, non va ricondotto a un'ipotetica compressione dell'indipendenza del giudice, bensì all'esigenza di rafforzare le garanzie e di introdurre istituti processuali idonei a prevenire e sanzionare gli abusi o gli errori in cui ciascun soggetto del processo può inciampare.

5.1. Nel solco appena tracciato, il primo aspetto da attenzionare riguarda il diritto di difesa e, più in particolare, l'impiego di un linguaggio comprensibile[67]. Ciò assurge a *condicio sine qua non* della garanzia giurisdizionale e diviene ancora più pregnante nelle sfere di libertà individuale e collettiva in cui tali tecnologie incidono in maniera significativa.
In dibattiti di più ampio respiro, è stato affermato che il diritto di difesa e, in particolare, il diritto al contraddittorio sarebbe violato, in quanto non sarebbe impugnabile e contestabile ciò che non si comprende o conosce[68]. A bene vedere, il dibattito in argomento non coinvolge solo

maggio 2025, trad. it. di Dario Ippolito.
[62] Il riferimento è a A. Garapon, J. Lassègue, *op.cit.*, 279 ss., allorquando affermano che uno dei rischi della giustizia artificiale sia l'effetto gregge delle decisioni.
[63] *Ibidem*.
[64] Per una visione d'insieme v. L. Donati Lupària, *Intelligenza artificiale e convincimento del giudice*, in *Prova scientifica e processo penale* a cura di L. Donati Lupària, G. Canzio, CEDAM 2025.
[65] V. M. T. M. Rubera, *L'esame incrociato dell'esperto*, in *Prova scientifica e processo penale* a cura di L. Donati Lupària, G. Canzio, CEDAM 2025.
[66] L'espressione è di L. Donati Lupària, *Intelligenza artificiale,* cit., 1049.
[67] A. Simoncini, *Il linguaggio dell'Intelligenza Artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *RAIC*, 2023, 2-39
[68] Sull'erosione del contraddittorio L. Di Majo, *Mi rimetto alla clemenza dell'intelligenza artificiale. L'AI-jurisdicional process e il cyber-lawyer*, in *GIns.* 2024 che afferma «*Il contraddittorio resterebbe, dunque, stretto nella morsa di dati, né più e né meno di quanto avviene in tutti quei processi di accertamento negativo del credito, nei quali il giudice si limita a prendere atto dei risultati espressi da mere formule matematiche. A seguito dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale, lo spazio di manovra del giudice è ridotto, e la difesa delle parti surrogata* dall'ipse dixit *dell'algoritmo».*

ed esclusivamente il diritto di difesa, ma l'intero quadro delle garanzie processuali difensive. Gli aspetti maggiormente critici concernono tre punti fondamentali, quali la trasparenza, l'obbligo di motivazione e il contraddittorio.
Come facilmente intuibile si tratta di "barriere" costituzionali che non sono suscettibili di diversa modulazione e il cui rispetto deve essere garantito, pena l'incostituzionalità del procedimento giudiziario. Bisogna tuttavia comprendere, alla luce se davvero si tratti di una incompatibilità costituzionale *tout court* ovvero sia possibile, con opportune delimitazioni, il rispetto della Carta fondamentale.

5.1. *a)*. La configurabilità di un contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. si profila all'orizzonte allorquando l'analisi si concentra sulla manifestazione del *bias* algoritmico, la cui capacità di generare trattamenti differenziati sistematicamente sfavorevoli rischia di elidere il contenuto sostanziale del precetto costituzionale.
Il *bias* concerne la sistematica distorsione fattuale che penalizza alcuni gruppi rispetto ad altri, riproducendo o amplificando disuguaglianze sociali già esistenti. Tale fenomeno non è necessariamente il frutto di intenti discriminatori, ma può emergere in modo invisibile attraverso le dinamiche di apprendimento dei modelli, i quali elaborano i dati storici disponibili, non sempre scevri da pregiudizi culturali, sociali ovvero economici.
Non è un caso, dunque, che la dottrina abbia posto un'attenzione particolarmente elevata sul rischio discriminatorio, che diviene ancor più penetrante quando il modello venga impiegato dalle Istituzioni ed abbia la capacità di incidere direttamente nella sfera soggettiva altrui.
Per ovviare al rischio di discriminazione, che aprirebbe la strada alla diretta violazione del precetto costituzionale di cui all'art. 3, è necessario comprendere quale modello di intelligenza artificiale impiegare per far fronte all'esigenza di *trasparenza algoritmica*, che assurge a premessa ontologica per un impiego costituzionalmente orientato. La premessa fondamentale per arginare il *bias* è, dunque, la necessità di comprendere il processo decisionale del modello. Sebbene si tratti di una problematica complessa e trasversale, il grado di controllo che gli sviluppatori possono esercitare varia notevolmente a seconda del paradigma di apprendimento adottato.
Per meglio comprendere quanto ora affermato è opportuno richiamare la differenza tra i sistemi di *machine learning* e di *deep learning*. Mentre i primi, infatti, consentono una relativa trasparenza nel processo decisionale, i secondi operano in una dimensione di opacità strutturale che rende estremamente difficile comprendere, monitorare e correggere le logiche che generano discriminazioni. Nei modelli di *machine learning*, la relazione tra *input* e *output* è più agevole da ricostruire, poiché il numero di parametri – ancorché imponente – è tuttavia limitato e il contributo di ciascuna variabile può essere isolato e analizzato singolarmente.
Ad esempio, gli alberi decisionali o le regressioni logistiche sono, per loro natura, più interpretabili. Un albero decisionale fornisce un percorso esplicito di regole che può essere ispezionato da un essere umano[69]; un modello di regressione assegna "pesi" specifici a ciascuna caratteristica, consentendo un'analisi diretta di quale variabile influenzi la previsione e in quale misura. Queste caratteristiche consentono agli sviluppatori di identificare quali *feature* influenzano in modo sproporzionato il risultato finale e di intervenire direttamente sul modello o sui dati per ridurre l'impatto discriminatorio.
Al contrario, nel *deep learning* le reti neurali profonde sono notoriamente opache[70]. Il loro processo decisionale emerge dalle interazioni *non lineari* di milioni – ma anche miliardi – di

[69] C. Rudin, *Stop Explaining Black Box Machine Learning Models for High Stakes Decisions and Use Interpretable Models Instead*, in Mach Intell, 2019, 206-215.
[70] D. Castelvecchi, *Can we open the black box of AI?*, in Nature News, 2016, 538, 20; F. Doshi Velez, B. Kim,

parametri all'interno di strati nascosti, creando una "scatola nera" in cui è quasi impossibile tracciare a ritroso un *output* specifico per giungere ai singoli dati di *input* che lo hanno generato. L'informazione, infatti, viene trasformata in rappresentazioni interne ad alta dimensionalità che sfuggono a qualsiasi interpretazione immediata. Questa opacità intrinseca ostacola, dunque, l'identificazione dei *bias*. Ancorché l'accuratezza predittiva possa essere elevata, la comprensione del meccanismo che elabora il dato e restituisce un determinato *output* diviene eccezionalmente difficoltoso, rendendo il *bias* più insidioso e difficile da eradicare.
A sostegno dell'impiego dei modelli di *machine learning* contribuisce, altresì, un ulteriore profilo che concerne il possibile controllo del programma anche nella fase di *pre-processing* dei dati, ove è possibile applicare le tecniche di bilanciamento, di rimozione di attributi sensibili ovvero di riponderazione delle osservazioni per garantire una rappresentazione più equa dei gruppi protetti[71]. Inoltre, l'uso di metriche di *fairness* esplicite[72], come l'uguaglianza dei tassi di errore o la parità demografica, consente di valutare in modo trasparente le *performance* del modello su diverse sottopopolazioni e di agire conseguentemente per correggere eventuali disparità.
Le operazioni *de quibus*, a contrario, sono molto più complesse nei modelli di *deep learning*, poiché la struttura stessa del modello impedisce una separazione chiara tra le fasi di elaborazione e l'effetto di ogni singolo dato o attributo si dissolve in una rete di connessioni non lineari. Un "aggiustamento" nei dati in *input*, infatti, può propagarsi attraverso la rete in modi imprevedibili, ben potendo introdurre nuovi *bias* o degradando le prestazioni in maniera inosservata. Di conseguenza, la mancanza di stabilità interpretativa rende difficile garantire che la mitigazione – applicata in una parte del sistema – abbia l'effetto desiderato in termini di *output*. In tal solco si consideri che anche le tecniche di *explainable AI*, come LIME o SHAP[73],

---

Towards a rigorous science of interpretable machine learning, arXiv:1702.08608, 2017.

[71] S. A Friedler et alii, *A comparative study of fairness-enhancing interventions in machine learning*, in *Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 2019.

[72] Sul tema, molto vasto, v. S. Barocas, M. Hardt, A. Narayanan, *Fairness and Machine Learning: Limitations and Opportunities*, in MIT Press, 2023; N. Mehrabi, F. Morstatter, N. Saxena, K. Lerman, A. Galstyan, *A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning*, in *ACM Computing Surveys Metriche di Fairness*, 2023; C. Dwork, M. Hardt, T. Pitassi, O. Reingold, R. Zemel, *Fairness through awareness*, in ITCS 2012; M. Hardt, E. Price, N. Srebro, *Equality of opportunity in supervised learning*, in *NeurIPS* 2016; T. Calders, S. Verwer, *Three naive Bayes approaches for discrimination-free classification*, in *Data Mining and Knowledge Discovery*, 2010; A. Chouldechova, *Fair prediction with disparate impact: A study of bias in recidivism prediction instruments*, in Big Data, 2017; R. Berk, H. Heidari, S. Jabbari, M. Kearns, A. Roth, *Fairness in criminal justice risk assessments: The state of the art, Sociological Methods & Research*, 2017*;* M. Kearns, S. Neel, A. Roth, Z.S. Wu, *Preventing fairness gerrymandering: Auditing and learning for subgroup fairness*, in ICML 2018; Foulds J.R. - Islam R.- Keya K.N.- Pan S., *An intersectional definition of fairness*, in ICDM 2020; S. Caton, C. Haas, *A survey of algorithmic fairness, Wiley Interdisciplinary Reviews*, in *Data Mining and Knowledge Discovery*, 2020.

[73] LIME e SHAP sono delle tecniche di *Explainable AI* che mirano a rendere interpretabili i modelli di *machine learning* altrimenti considerati come *black box*. Queste tecniche rispondono all'esigenza sempre più pressante di comprendere non solo cosa un modello predice ma anche come arriva a determinate conclusioni, specialmente in contesti critici come quelli medico-diagnostici, finanziari o giuridici. LIME, acronimo di *Local Interpretable Model-agnostic Explanations*, si basa su un principio fondamentale: invece di cercare di interpretare l'intero modello complesso globalmente, si concentra sulla spiegazione di singole previsioni attraverso approssimazioni locali. Il funzionamento di LIME prevede la generazione di un *dataset* perturbato attorno all'istanza da spiegare, osservando come il modello originale si comporta su queste variazioni dei dati, e successivamente addestrando un modello surrogate semplice e interpretabile come una regressione lineare o un albero decisionale che approssimi localmente il comportamento del modello complesso. La sua natura *model-agnostic meaning* che può essere applicato a qualsiasi tipo di modello senza necessità di conoscerne gli interni, e nella sua focalizzazione su spiegazioni locali che risultano più intuitive e gestibili rispetto a una spiegazione globale dell'intero modello. SHAP, acronimo di *SHapley Additive exPlanations*, affonda le sue radici nella teoria dei giochi cooperativi e specifically nei valori e differenza di LIME, che costruisce approssimazioni locali, SHAP assegna a ogni *feature* un valore che rappresenta il suo contributo marginale alla differenza tra la previsione effettiva e la previsione

pur fornendo spiegazioni *post-hoc*[74], consentono di giungere ad approssimazioni limitate e spesso insufficienti per una valutazione completa dell'equità, specialmente ove si voglia comprendere come le intersezioni di dati sensibili abbiano influenzato l'*output*.
Ulteriore elemento di criticità nel *deep learning* – che condivide anche il *machine learning* – è la dipendenza da grandi quantità di dati: ciò aumenta, come intuibile, la probabilità che il *dataset* contenga etichette soggettive o storicamente discriminatorie, le quali vengono interiorizzate dal modello senza possibilità di controllo. Ove tali dati vengano inglobati dal *data set* del modello, quest'ultimo tenderebbe a riprodurre in modo automatico e invisibile le disuguaglianze presenti nei dati. Tuttavia, il *machine learning* offre più punti di accesso per un intervento umano consapevole. Ciò si riflette anche sulla manutenzione e l'aggiornamento del modello, posto che nel *machine learning* risultano più gestibili nel tempo, poiché consente di monitorare l'evoluzione del *bias* e reagire tempestivamente a cambiamenti nella distribuzione dei dati o nel contesto sociale. Nel *deep learning*, al contrario, il fenomeno del *concept drift*, ovvero la deviazione nel tempo tra i dati di addestramento e quelli reali, può introdurre nuove forme di discriminazione che rimangono invisibili fino a quando non generano conseguenze concrete.
Per quanto la grande quantità di dati sia un aspetto comune a tutti i sistemi di intelligenza artificiale, a prescindere dalla potenza di calcolo intrinseca, bisogna tener presente che i dati di *input* e la costruzione del modello è attività tipicamente *umana*. Sicché una oculata identificazione parametri informativi, del numero di dati necessari, della qualità dei dati, dell'accertamento delle fonti da cui vengono estrapolati consente di ridurre considerevolmente il rischio discriminatorio, complice la maggiore consapevolezza e sensibilità etico-giuridica oggi diffusa tra gli sviluppatori e nella comunità giuridica.
Da quanto sinora illustrato discendono due conseguenze: la prima è che la discriminazione algoritmica non sia un ostacolo assoluto, o un limite invalicabile, se la tecnica viene impiegata consapevolmente e con accuratezza; la seconda è che la trasparenza può essere garantita se si vira verso un modello di *machine learning*. Il punto necessaria, però, di una precisazione importante. Nessun sistema, né modello, sarà mai davvero immune dal rischio di *bias*, ma la natura stessa del *machine learning* lo rende più adatto a contesti in cui la trasparenza, la responsabilità e il monitoraggio costante assurgono a requisiti fondamentali, mentre il *deep learning*, pur offrendo prestazioni spesso superiori, richiede un approccio molto più cautelativo e consapevole degli intriseci limiti etici in ragione della sua opacità.

---

media del modello. Il calcolo dei valori SHAP considera tutte le possibili coalizioni di feature, valutando come la presenza o assenza di ciascuna caratteristica influenzi l'output del modello. Questo approccio garantisce proprietà matematiche desiderabili come l'additività, dove la somma dei contributi di tutte le feature corrisponde esattamente alla differenza tra l'output del modello per quell'istanza e il valore atteso del modello, e la consistenza, meaning che se un modello cambia in modo da aumentare il margine attribuito a una feature, il valore SHAP di quella feature non diminuisce. La scelta tra LIME e SHAP dipende spesso dal contesto applicativo e dalle risorse computazionali disponibili. Mentre LIME tende a essere più flessibile ed efficiente sotto il profilo computazione per spiegazioni puramente locali, SHAP offre garanzie teoriche più solide e permette di ottenere una visione coerente sia a livello locale che globale attraverso tecniche come i *summary plot* e i *dependence plot*. Entrambe le metodologie hanno contribuito significativamente all'avanzamento dell'AI spiegabile, facilitando l'adozione del machine learning in domini ad alto impatto dove la trasparenza e l'accountability sono requisiti fondamentali oltre alla pura accuratezza predittiva.

[74] Si tratta di una analisi statistica *post-hoc* (letteralmente "*dopo questo*"), con la quale si avvia il processo di esplorazione dei dati non contemplato dal protocollo di ricerca ed effettuato successivamente al completamento dell'esperimento. Tra i più noti si possono ricordare: la diseguaglianza di *Boole; il* metodo di *Dunn-Sidak; il campo* di variazione multiplo di *Duncan.*

L'intelligenza artificiale è fallibile al pari di quella umana ma, pur condividendone i limiti e divergendo nei presupposti, può rappresentare un valevole strumento nell'esercizio della funzione giurisdizionale.
Nel cercare di ricondurre sotto l'ombrello delle garanzie costituzionali i sistemi di IA, si può affermare, in questa sede, come il *framework* del *machine learning*, possa fornire agli sviluppatori strumenti analitici e un grado di trasparenza più adatti per l'identificazione, l'*audit* e la mitigazione proattiva del *bias* e si presta maggiormente nei contesti ad alto impatto sociale ed etico, ove l'equità e la spiegabilità diventano requisiti non negoziabili.

5.1. *b*). «*Tutti i provvedimenti giurisdizionali debbono essere motivati*»: l'art. 111, comma 6 della Costituzione lo impone con lapidaria chiarezza. Già dal XVII secolo questo principio opera quale strumento di contenimento del potere discrezionale del giudice[75] e oggi si erge a barriera contro l'eventuale seduzione e adesione acritica del giudice all'*output* algoritmico. Nella sua accezione più ampia esso impone due distinti obblighi: il primo, esplicito, è quello motivazionale[76] *testé* richiamato; il secondo, implicito ma non meno vincolante, presuppone l'uso di tecnologie spiegabili – ovvero interpretabili e verificabili – nei processi decisionali che confluiscono in provvedimenti giurisdizionali.
Ciò detto, tutte le decisioni giudiziarie – a prescindere da qualsiasi discorso sull'intelligenza artificiale – devono contenere una motivazione comprensibile per la validità dell'atto. Da ciò discende che, al pari delle fonti sovranazionali, anche sul piano della Carta costituzionale a bene vedere non è rintracciabile un divieto assoluto di impiego di tecnologie nell'ambito della funzione giudiziaria, bensì emerge l'obbligo di strutturarle su logiche di funzionamento comprensibili[77]. Se la giustizia penale, per il momento, non ci consente di analizzare da più vicino i casi in cui la prova e la motivazione del giudice siano entrate "in contatto" con un prodotto dell'IA, la giurisprudenza civile ci consente di trarre qualche prima conclusione.
Ci si riferisce, ad esempio, alla sentenza emessa dal Tribunale di Torino, sezione lavoro, nella cui occasione il giudice ha condannato la parte attrice alla rifusione della somma di €500 a ciascuna delle parti costituite per aver agito con malafede o colpa grave ed aver svolto «*tramite un ricorso redatto "col supporto dell'intelligenza artificiale", costituito da un coacervo di citazioni normative e giurisprudenziali astratte, prive di ordine logico e in larga parte inconferenti, senza allegazioni concretamente riferibili alla situazione oggetto del giudizio – eccezioni tutte manifestamente infondate*»[78].
Ancora, merita di essere segnalato il provvedimento emesso dal Tribunale di Latina, nella cui circostanza il giudice ha ritenuto sussistente la responsabilità aggravata *ex* art. 96 comma 3 c.p.c. in caso al difensore della parte; il ricorso, si legge, sarebbe stato redatto con strumenti di intelligenza artificiale, la cui circostanza si ricaverebbe – tra le altre cose – dalla «*scarsa qualità degli scritti difensivi e dalla totale mancanza di pertinenza rilevanza degli argomenti utilizzati; l'atto è infatti composto da un coacervo di citazioni normative e giurisprudenziali astratte, prive di ordine logico ed in gran parte inconferenti rispetto al* thema decidendum *ed, in ogni caso, tutte manifestamente infondate*»[79].

---

[75] Già F. Bacon, *De dignitate et augmentis scientiarum*, 1623 scriveva «*Nec decreta exeant cum silentio; sed iudices sententiae suae rationes adducant idque palam atque astante corona, ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et exstimatione sit circumscriptum*».
[76] Sul tema esiste una vastissima letteratura. Su tutti, sia consentito il rinvio ad E. Amodio, *Motivazione della sentenza penale*, in *ED.*,1977, XXVII, 181-257.
[77] A. Simoncini, *Il diritto ad un algoritmo "ragionevole",* cit., 37 ss.
[78] T. Torino, sez. lav., 16.09.2025, n. 1018/2025. Il provvedimento opportunamente anonimizzato è consultabile in *www.ntplusdiritto.ilsole24ore.com*
[79]T. Latina, 23.9.2025 n. 1035. Il provvedimento, nella parte di interesse, può essere letto in

Sebbene si tratti di ipotesi avulse dal contesto penale, non di meno rappresentano un valevole riscontro circa la necessità di muoversi con le necessarie cautele quando il tema, lo scritto o la prova riguardi direttamente o indirettamente l'intelligenza artificiale. Pur attinenti a profili di responsabilità professionale, offrono un riscontro significativo circa l'attenzione giurisprudenziale verso i rischi dell'automatizzazione acritica, confermando di fatto che il ricorso all'IA non esime dall'obbligo di diligenza e verifica, principio che trova piena corrispondenza nell'ambito penale con l'obbligo di motivazione *ex* art. 111 Cost. Il giudice, infatti, non può limitarsi a ratificare l'*output* di un modello senza averne verificato la coerenza logica e la correttezza dei dati di input; diversamente, espone il provvedimento a un vizio di legittimità perché trasferisce a un «soggetto algoritmico» la responsabilità pubblica di cui egli è investito.

6. I profili fin qui richiamati consentono di tracciare le fila del discorso e delineare, in sede di conclusioni, le prime riflessioni sul fondamento costituzionale del processo penale algoritmico. Punto di partenza non può che essere la nozione di *due process*, dalle radici profondamente anglosassoni, che indica il diritto a un procedimento equo, caratterizzato da un quadro di garanzie procedimentali quali l'imparzialità, il contraddittorio, la motivazione, la tutela giurisdizionale effettiva[80].
Come noto, nell'ordinamento giuridico italiano, la rilevanza costituzionale del giusto processo *ex* art. 111 Cost., non origina esclusivamente dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, ma come attenta dottrina non ha mancato di evidenziare[81], è frutto dell'opera congiunta dell'elaborazione teorica quanto della giurisprudenza costituzionale, le quali hanno variamente contribuito alla ricostruzione dogmatica del giusto processo, cui attribuire la qualifica di principio costituzionale in grado di condizionare la legittimità della disciplina di ogni tipo di processo giurisdizionale[82].
In termini più espliciti, poi, lo stretto collegamento tra l'art. 24 Cost. e il *due process of law* è stato sostenuto in letteratura partendo da alcune sentenze della Corte costituzionale[83], in ragione di una interpretazione evolutiva degli artt. 3 e 24 Cost. che avrebbe posto le basi per un «*qualcosa che con evidenza sempre crescente può avvicinarsi alla clausola [...] del due*

[80] Trattasi del complesso di principi enunciati dagli artt. 3, 24, 25 1° comma, 101, 104, 107,108, 111, 113 Cost. In dottrina v. P.L. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova 1970; Ead., *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *RTrimDPC* 1991, 713-730; M. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, Milano 1982; P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 287. Comunque, non è mancato di chi, in dottrina, non ha ritenuto la piena evidenza tra il modello italiano e il modello di *common law*. Si legga P.L. Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale*, cit., che pur riconoscendo che a grandi linee il modello italiano «*sembra riprodurre, più o meno compiutamente, gli schemi essenziali di un "giusto processo" che sono propri delle esperienze costituzionali consolidatesi nei paesi di democrazia classica», ed ammettendo che alla effettività globale del giusto processo «la stessa costituzione fortemente aspira», ritiene che la possibilità di accostare, con qualche credibilità, il modello italiano alle costanti del modello internazionale «rimane, comunque, piuttosto estrinseca e superficiale», in ragione della mancanza di un equivalente riscontro di analiticità, di completezza e di concentrazione dei contenuti garantistici, testimoniata dall'assenza di prescrizioni esplicite sulla durata ragionevole dei processi, dall'assorbimento nella riserva di legge delle garanzie da riconoscersi all'arrestato o a chi subisca perquisizioni o sequestri, dalla mancanza di una dettagliata enunciazione delle garanzie dell'imputato nel processo penale (garanzie che restano implicite e sottintese nel concetto di «difesa inviolabile»), dalla carenza di un'esplicita affermazione del diritto all'assistenza in giudizio per mezzo di interpreti, e infine dalla testuale assenza dei principi della pubblicità del procedimento e della pronuncia delle sentenze in pubblica udienza".*
[81] Così M. Cecchetti, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *ED*, 2001.
[82] E. Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1996; Id., *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *EG*, XXIV, 1991.
[83] Ci si riferisce, in particolare, a C. cost. 22 dicembre 1961, n. 70.

process of law»[84], secondo cui non è sufficiente che tutti possano agire e difendersi in giudizio, ma occorre che «*il giudizio si svolga con tutte quelle* "*garanzie processuali*" [...], *senza le quali il processo non è quel* due process of law *[...] ch'è nello spirito di ogni Costituzione veramente moderna*»[85].

È in tale quadro costituzionale, l'emergere della *governance* algoritmica impone di interrogarsi sulla possibilità di concepire, nell'ambito dell'ordinamento italiano, un "*algorithmic due process*", vale a dire un insieme di garanzie procedurali idonee a rendere legittime e costituzionali le decisioni automatizzate.

Il primo ostacolo concettuale è di natura sistematica. Gli art. 25 e 111 Cost. presuppongono un soggetto umano titolare del potere giurisdizionale. Come noto, quando la decisione è elaborata da un programma, il processo si sdoppia: da un lato, la fase "esterna" in cui un organo umano formalmente adotta il provvedimento; dall'altro, la fase "interna" in cui l'algoritmo seleziona informazioni e orienta l'esito.

In questa duplicazione, secondo i più critici, si anniderebbe un vuoto di responsabilità: il giudice, si dice, ben può limitarsi a "ratificare" il risultato della macchina, adducendo che esso sia tecnicamente neutro e scientificamente fondato. Si è sostenuto che la garanzia del giusto processo verrebbe meno non perché sia formalmente esclusa, ma perché costruita su presupposti quali l'accesso agli atti, la conoscibilità della *ratio decidendi*, la possibilità di replica, che risulterebbero anacronistici rispetto alle nuove realtà algoritmiche.

Invero, l'esperienza statunitense già ci consente di affermare che il contraddittorio non verrebbe aggirato, ma anzi rafforzato in ragione dell'obbligo della *disclosure,* con l'unica differenza che il compendio tecnologico qui diverrebbe condizione di ammissibilità della prova e non, come nel sistema di *common law*, condizione di esclusione probatoria.

Il *gap* informativo comporta la necessità di tradurre i valori del giusto processo in una grammatica tecnico-giuridica capace di dialogare con la complessità dell'algoritmo, ma si ritiene che il quadro valoriale interno e sovranazionale consenta di poter tracciare il perimetro all'interno del quale muoversi senza cadere nel rischio di decisioni incostituzionali.

A tal fine, il primo ausilio perviene dal Regolamento (UE) 2016/679: l'art. 22 garantisce il diritto di non essere sottoposti a decisioni basate unicamente sul trattamento automatizzato che producano effetti giuridici significativi e, pur prevedendo deroghe solo in presenza di consenso espresso o di necessità contrattuale, fa comunque salva la possibilità di ottenere spiegazioni umane e di contestare la decisione. A voler essere più precisi, già nell'art.12 Direttiva 95/46/CE si stabiliva il diritto di avere accesso alla logica dei trattamenti automatizzati[86].

Un ulteriore aiuto proviene, non senza criticità, dall'*AI Act.* Al pari del GDPR, il Regolamento non prevede un apparato procedimentale di tipo *adversarial* [87], ma dall'art. 14 ben si può cogliere un primo nucleo valoriale: la sorveglianza umana sottende una rivisitazione del risultato finale, sia essa *ex officio* ovvero su impulso di parte. Da ciò discende, ad avviso di chi scrive, la possibilità di enucleare il diritto revisione algoritmica, contestabile in sede di impugnazione per violazione dell'obbligo motivazionale ovvero per violazione del contraddittorio.

Nel nuovo contesto che va delineandosi sorge, allora, la necessità di una nuova interpretazione costituzionale del giusto processo, sì da estenderne la sfera di protezione oltre la concezione

[84] M. Cecchetti, *op. cit.,* in *ED*., 2001, che richiama il pensiero di M. Cappelletti, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale (Art. 24 Costituzione e «due process of law clause»)*, in *GCos.*, 1961, 1284 ss.

[85] *Ibidem*.

[86] Ancora una volta v. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 2019, 1, 79, nota n. 59.

[87] Indica il procedimento in contraddittorio.

dell'esercizio della giurisdizione tradizionalmente intesa. A sostegno di tale tesi può ben farsi riferimento al fatto che l'algoritmo che determina il punteggio di un concorso pubblico o esclude un cittadino da una prestazione sociale esercita una funzione *giurisdizionale* in senso materiale: produce un accertamento sul fatto e sul diritto; genera un *output* che confluisce in un provvedimento impugnabile; incide su diritti fondamentali.
Ne discende, come già aveva evidenziato attenta dottrina[88] – e in chiave adesiva il Consiglio di Stato – che la regola algoritmica debba essere assoggettata alle stesse regole della norma giuridica. Ampliando ancora di più il campo, e calando tali embrionali principi nel settore della giustizia penale, si può affermare che la prova algoritmica debba essere ricondotta sotto lo stesso quadro di garanzie del processo celebrato dinanzi al giudice: obbligo di motivazione; contraddittorio; accesso agli atti (qui da intendersi quelli sottesi all'addestramento e all'elaborazione del *software*); controllo giurisdizionale *ex officio*, impugnazioni, il diritto alla revisione dell'*output* su istanza di parte. Medesimo discorso anche nel caso in cui il modello di IA venga impiegato come supporto esterno all'attività giurisdizionale. Anche in tal caso, infatti, è necessario rendere edotte le parti del fatto che si è fatto ricorso ad un *software*, mettendo a disposizione degli interessati il programma e le specifiche tecniche, onde accertare che il modello sia stato impiegato conformemente alle regole procedurali. In tal caso, il deposito tecnico potrebbe essere ulteriormente necessario nel caso in cui le parti volessero impugnare il provvedimento, soprattutto se il giudicante abbia delegato *in toto* la decisione della causa al programma e non abbiano corredato il provvedimento con un apparato motivazionale sufficientemente idoneo al dispositivo e scevro da illogicità e contraddittorietà.
Vi è poi l'obbligo (ma anche la necessità) che questa "*disclosure* algoritmica" sia comprensibile dalle parti processuali che non hanno, per ovvie ragioni, un *background* informatico. Il giudice, sulla falsariga di quanto già previsto dallo Stato della Virginia, dovrebbe dar conto degli *standard* etici, di esplicabilità, di accuratezza dei dati. Ad esempio, e in via del tutto esemplificativa, il giudice potrebbe riversare nel provvedimento decisionale (nel capo o punto di interesse): la matrice dei dati di *training;* le metriche di *performance* e i test di *bias* condotti su campioni rappresentativi; le variabili rilevanti per il caso specifico e il loro peso nel caso concreto, in un linguaggio comprensibile al destinatario; infine, dovrebbe dar conto della sorveglianza umana operata sul risultato offerto dall'intelligenza artificiale, delle ragioni di accorso o disaccordo e il tasso di discrezionalità conservato.
Infine, graverebbe sul giudice dar conto del controllo operato sulle fonti citate dal modello, ad esempio quelle giurisprudenziali, onde ridurre il più possibile il tasso di errore e di allucinazione dell'algoritmo.
L'elencazione ora esposta si tradurrebbe, in sostanza, nella parte di provvedimento che diventerebbe oggetto del contraddittorio o di contestazione. La dialettica che si snoda da tale "fase" responsabilizzerebbe il giudice nelle attività di verifica: ossia accertare se il procedimento che ha portato alla sua adozione rispetti gli *standard* di ragionevolezza e proporzionalità della decisione penale. Non può non cogliersi la comunanza con i filtri che il sistema processuale riserva alla prova scientifica tradizionale: accesso integrale alla documentazione tecnica, possibilità di controperizia, obbligo di motivazione sulle ragioni dell'esclusione o dell'ammissione, rispetto del principio di proporzionalità tra complessità tecnica e gravame probatorio. Non basta, dunque, che il metodo raggiunga uno *standard* tecnico prefissato; occorre che il giudice spieghi, in termini comprensibili, perché quel metodo, in quel caso, ha superato il vaglio di affidabilità tecnica, consentendo alla controparte di verificarne la correttezza e, se necessario, di contestarla con strumenti equivalenti.

[88] Ancora una volta v. A. Simoncini, *L'algoritmo incostituzionale,* cit., 79 ss.

Infine, questi passaggi dovrebbero tradursi in un obbligo procedurale per tutte le parti, indipendentemente dal fatto che il prodotto dell'IA assurga a dato probatorio o a strumento decisionale: la parte che ricorre ai modelli di intelligenza artificiale deve dimostrare il rispetto dei parametri costituzionali illustrati.
L'elemento che rende il processo penale algoritmico compatibile con l'art. 111 Cost. non è dunque il dato tecnico in sé, ma la *ratio decidendi* che lo sorregge: una motivazione ragionata, non aritmetica, che confronta il metodo con gli *standard* della comunità scientifica, verifica la validazione incrociata, esamina il tasso di errore, valuta la possibilità di replica e, infine, illustri alle parti perché quel coefficiente sia stato ritenuto attendibile. In altri termini, la legittimità costituzionale deriverebbe dalla sua contestabilità e impugnabilità. Un dialogo sinergico e completo tra il fatto e il metodo per garantire che anche davanti alla prova sintetica il processo resti soggetto alla valutazione umana.
Una dichiarazione di metodo che, nell'affidare al processo l'onere di controllare la propria evoluzione tecnica, ribadisce la necessità che la decisione giurisdizionale sia, e rimanga, un atto contestabile e motivato in linguaggio comprensibile.
Un contesto, questo, che assurge a modello di integrazione, ove la tecnologia non sostituisce il diritto, ma lo lumeggia diversamente, obbligando tutti gli attori del processo a rendere conto, passo dopo passo, il cammino che conduce dall'elemento, alla prova, fino alla sentenza.

LA "CRIMMIGRATION" ITALIANA TRA POLITICA CRIMINALE E POLITICHE *CRIMINALI*

di Stefano Zirulia (Professore associato di diritto penale, Università degli Studi di Milano Statale)

Il contributo analizza l'evoluzione della *crimmigration* italiana nel XXI secolo, tenendo conto delle più recenti riforme nazionali (inclusi i c.d. decreti sicurezza 2025 e 2026) e senza trascurare le ultime novità introdotte dal Patto europeo sulla migrazione e l'asilo. La prima parte del lavoro ricostruisce le tre tradizionali direttrici della contaminazione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione. Sono esaminate, in particolare, le forme di criminalizzazione delle violazioni della disciplina amministrativa sull'ingresso e il soggiorno, le conseguenze migratorie derivanti dalla commissione di reati o da valutazioni di pericolosità sociale, nonché l'impiego di misure amministrative modellate sugli strumenti penali. Ne emerge un apparato caratterizzato da serie criticità sotto i profili dell'offensività, della proporzionalità, della riserva di legge e dell'effettività delle garanzie. La seconda parte del contributo esamina alcune politiche di controllo migratorio suscettibili di integrare fattispecie di reato, segnatamente i trattenimenti *de facto*, i respingimenti verso la Libia e le omissioni di soccorso in caso di naufragio, focalizzandosi sulle persistenti dinamiche di impunità che si oppongono al loro efficace perseguimento. Evidenziando l'asimmetria tra l'espansione del diritto punitivo in funzione di controllo dei flussi migratori e la sua parallela contrazione sul versante della tutela delle persone in movimento, il lavoro dimostra la necessità di ripensare il diritto penale dell'immigrazione sin dalle sue premesse di fondo, invertendo ciascuna delle due tendenze e così restituendolo alla sua vocazione di strumento di protezione dei diritti fondamentali.
This article critically examines the development of Italian crimmigration law in the XXI century, including domestic reforms of 2025 and 2026, and the implementation of the EU Pact on Migration and Asylum. The first part explores the three traditional dimensions of the convergence between criminal law and immigration law. It addresses the criminalisation of breaches of administrative rules on entry and residence, the immigration consequences attached to criminal conduct, and the use of administrative measures modelled on criminal-law instruments. The resulting framework raises significant concerns regarding the principles of harm, proportionality, legality, and the effective protection of procedural guarantees. The second part examines migration-control policies that may themselves fall within the scope of criminal offenses. It highlights that Italian criminal cases concerning *de facto* detention, returns to Libya, and shipwrecks reveal persistent patterns of impunity. A fundamental asymmetry thus emerges: punitive law expands when it protects the administrative management of borders, but retreats when migrants' fundamental rights are infringed. The article therefore argues for a substantial reduction in criminalisation based solely on administrative irregularity and for stronger safeguards governing measures that are punitive in substance. At the same time, it discusses why and how criminal law must respond effectively to arbitrary deprivation of liberty, unlawful refoulement, and failures to rescue at sea. The overarching argument running through the article is that migration criminal law must be re-founded by stripping it of its border-enforcement function and restoring its role as an instrument for protecting the rights of people on the move.

crimmigration; diritto penale dell'immigrazione; controllo delle frontiere; detenzione amministrativa; soccorso in mare; impunità istituzionale
crimmigration; criminalisation of migration; border control; immigration detention; search and rescue at sea; institutional impunity

Sommario: 1. Introduzione e tesi di fondo. – PARTE I: POLITICA CRIMINALE. – 2. La prima direttrice della *crimmigration*. – 2.1. Un diritto penale artificiale. – 2.2. Criticità sul piano politico-criminale e profili di illegittimità. – 3. La seconda direttrice della *crimmigration*. – 3.1. Status dello straniero: le cause ostative all'ingresso e al soggiorno. – 3.2. (segue): le cause ostative alla concessione della protezione internazionale. – 3.3. (segue): la revoca della cittadinanza. – 3.4. Espulsioni con funzione preventiva e sanzionatoria. – 4. La terza direttrice della *crimmigration*. – 4.1. Detenzione amministrativa: CPR e *hotspot*. – 4.2. (segue): la violazione della riserva assoluta di legge accertata (ma non dichiarata) dalla sent. n. 96/2025 della Corte costituzionale. – 4.3. (segue): i centri di trattenimento dislocati in Albania. – 4.4. La disciplina delle operazioni di ricerca e soccorso in mare e il relativo apparato sanzionatorio. – 4.5. Considerazioni sulla natura punitiva delle misure rientranti nella terza direttrice della *crimmigration*. – PARTE SECONDA: POLITICHE CRIMINALI. – 5. Politiche criminali e impunità. – 5.1. Trattenimenti *de facto* (i casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*). – 5.2. *Refoulement* (il caso *Asso 28*). – 5.3. Naufragi (i casi *Sibilla-Kater I Rades*, *Libra* e *Cutro*). – 6. Rilievi conclusivi.

1. Sono trascorsi ormai vent'anni da quando un noto studio americano ha coniato l'espressione "*crimmigration*"[1], categoria concettuale che ha offerto chiavi di lettura della gestione securitaria del fenomeno migratorio anche in Europa[2] e in Italia[3]. Durante questo ampio arco temporale, l'evoluzione delle politiche di controllo delle frontiere da parte dei Paesi del *Global North* ha sostanzialmente confermato la tesi di fondo di quell'importante scritto, secondo cui, a dispetto della loro apparente lontananza concettuale e funzionale, diritto penale e diritto dell'immigrazione sono a ben vedere sistemi normativi tra loro affini, entrambi rappresentando, in ultima analisi, *meccanismi di inclusione ed esclusione*, mediante la costruzione di categorie di persone tra loro incompatibili: innocenti e colpevoli; ammessi o non ammessi al territorio[4]. Parlare di *crimmigration* significa allora riconoscere che, alla base dei congegni di controllo delle frontiere e di *lotta* all'immigrazione irregolare[5], vi è una compenetrazione tra diritto

[1] J. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review* 2006, 2, 367 ss.

[2] Per una prospettiva di taglio comparatistico, v. gli scritti raccolti in G.L. Gatta, V. Mitsilegas, S. Zirulia (eds.), *Controlling Immigration through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on "Crimmigration"*, Hart 2021.

[3] Tra gli studi che hanno raccolto, con taglio diverso, la suggestione di Stumpf, v. A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2017, 2, 495 ss.; G.L. Gatta, *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, tomo II, Giuffré 2018, 987 ss.; L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in www.lalegislazionepenale.eu, 24.7.2019; G. Mentasti, *The criminalisation of migration in Italy: Current tendencies in the light of EU law*, in *New Journal of European Criminal Law* 2022, 4, 502 ss.; nonché, da ultimo, L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo. La crimmigration nel decreto sicurezza 2025*, in www.lalegislazionepenale.eu, 10.4.2026.

[4] V. ancora J. Stumpf, *The Crimmigration Crisis*, cit., 396-402. Sul carattere "escludente" del diritto dell'immigrazione italiano, v. R. Bartoli, *Il diritto penale dell'immigrazione. Strumento di tutela dei flussi migratori o mezzo di esclusione e indebolimento dello straniero?*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), Ius peregrinandi. *Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Eum - Centro Edizioni Università di Macerata, 2012, 277 ss.; A. Spena, *Il "gelo metallico dello Stato": per una critica della crimmigration*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 2019, 456-461.

[5] Sulla nozione di diritto penale di lotta e la sua incompatibilità con il garantismo penale costituzionalmente

penale e diritto dell'immigrazione, a sua volta funzionale ad amplificare i rispettivi profili repressivi, comprimendo parallelamente le garanzie e i diritti fondamentali dei destinatari di questa ibrida disciplina[6].

Si tratta di direttrici confermate, e per certi aspetti portate alle estreme conseguenze, dal c.d. Patto UE sulla migrazione e l'asilo, che include una serie di strumenti (nove regolamenti e una direttiva) entrati in vigore nel 2024 e divenuti applicabili dal 12 giugno 2026[7]. Le principali novità di questo controverso pacchetto di riforme riguardano, infatti, l'*enforcement* delle misure di contrasto all'immigrazione irregolare: anziché intervenire sulle discipline che creano irregolarità, rendendo pressoché impossibile l'ingresso regolare in Europa per certe categorie di stranieri, si è scommesso sull'armonizzazione dell'apparato coercitivo a tutela dell'integrità delle frontiere (in coerenza con il «*border-centered model of migration governance*»[8]), introducendo nuovi istituti, come la finzione di non ingresso sul territorio (che colloca le persone in attesa di *screening* in una sorta di limbo giuridico, prima del loro indirizzamento verso la procedura ritenuta appropriata), e potenziando gli strumenti esistenti, come le procedure di frontiera e i trattenimenti amministrativi, anche delocalizzati. Il presente contributo è stato elaborato alla luce del quadro normativo e degli orientamenti giurisprudenziali maturati fino al 12 giugno: esso, pertanto, rappresenta un ideale ponte tra il sistema precedente e quello delineato dal Patto, del quale verranno via via segnalati i profili di novità che incidono direttamente sugli istituti qui trattati.

Il lavoro è suddiviso in due parti, ciascuna delle quali sviluppa uno dei due concetti che compongono la dicotomia *politica criminale / politiche criminali* racchiusa nel titolo. La prima parte si avvale delle tre tradizionali direttrici della "crimmigration" – segnatamente: *(i)* la previsione di conseguenze penalistiche per violazioni del diritto dell'immigrazione, *(ii)* la previsione di conseguenze di diritto dell'immigrazione connesse alla prevenzione e alla repressione dei reati, *(iii)* l'utilizzo, nel governo dei fenomeni migratori, di misure privative o limitative della libertà personale mutuate dal diritto penale – per esaminare criticamente l'evoluzione del diritto dell'immigrazione italiano nel XXI secolo, assumendo il nostro Paese come "caso di studio" rispetto ad approcci rintracciabili nei loro tratti essenziali in gran parte

---

fondato, v., anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale* 2007, 2, 55 ss.; A. Cavaliere, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Monduzzi, 2007, 265 ss.

[6] I profili critici del connubio immigrazione-sicurezza sono stati messi in luce da numerose autorevoli voci della dottrina. Cfr., *ex multis*, M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *QuestG* 2009, 1, 101 ss.; M. Pelissero, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), Ius peregrinandi, cit., 35 ss.; A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in F. Rocchi, E. Rosi (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Jovene 2013, 221 ss.; A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione*, cit., 501-504; A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto-legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e diseguaglianza*, in *Costituzionalismo.it* 2018, 2, 173-175; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Giappichelli 2019, 25-48; A. Caputo, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *DPP* 2019, 1492 ss.

[7] Per un quadro delle novità, cfr.: E. Karageorgiou, *Implementing the Pact on Migration and Asylum: Efficiency, Responsibility and The Future of Protection in the EU*, Delmi Policy Brief, 2026, 5; E. Celoria, F. Rondine, *Escludere e disciplinare: linee di tendenza emergenti dal regolamento accertamenti, dal regolamento procedure e dalla direttiva accoglienza del nuovo Patto europeo sulla migrazione e l'asilo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2025, n. 1; F. Biondi Dal Monte, *L'accoglienza dei richiedenti asilo nella direttiva 2024/1346. Profili di continuità, qualche luce e persistenti ombre*, *ivi*, n. 2; P. Bonetti, *Il diritto d'asilo nel nuovo patto europeo. Profili costituzionali*, *ivi*, n. 3.

[8] E. Karageorgiou, *Implementing the Pact on Migration and Asylum*, cit., 2.

degli Stati membri europei. Ricalcando, con i dovuti aggiornamenti (incluse le più significative previsioni del d.l. 24.2.2026 n. 23, conv. con modif. dalla l. 24.4.2026 n. 54, d'ora in avanti "decreto sicurezza 2026"[9]), un'impostazione metodologica già autorevolmente proposta in dottrina[10], questa prima parte affronta questioni di "politica criminale" in senso tradizionale, dove "criminale" è utilizzato come aggettivo di relazione, descrittivo di un ambito tematico (quello, appunto, del diritto *punitivo*).
La seconda parte del lavoro si focalizza su alcune specifiche misure/iniziative di controllo dei flussi in ingresso, in parte coincidenti con quelle trattate nella prima parte, selezionate in quanto suscettibili, ad avviso di chi scrive, di essere ricondotte all'interno di fattispecie di reato. In questo caso, dunque, l'aggettivo "criminali" è da intendersi come qualificativo in senso stretto delle "politiche" adottate, ossia indicante la *rilevanza penale* come loro particolare attributo.
Nel passaggio dalla prima alla seconda parte del lavoro, dovrebbe cogliersi il ruolo ancipite al quale il diritto penale è oggi chiamato in materia di migrazioni: da un lato, strumento di controllo e repressione dei migranti irregolari e di coloro che ne favoriscono l'ingresso; dall'altro lato, strumento sanzionatorio di condotte che si traducono in gravi violazioni dei diritti fondamentali delle persone in movimento. Come vedremo nel corso della trattazione, mentre sul primo fronte assistiamo a fenomeni di *over-criminalisation*, censurabili, tra l'altro, alla luce dei canoni di offensività e proporzionalità; sul secondo fronte assistiamo, all'opposto, a situazioni di sostanziale *impunità*.
Obiettivo ultimo del presente studio è dunque mettere a fuoco questa contrapposizione di fondo, ponendo così, auspicabilmente, le basi per rifondare il diritto penale dell'immigrazione: sottraendogli, da un lato, il ruolo di difensore dei confini che gli è stato impropriamente assegnato; e restituendogli, dall'altro lato, il suo più naturale ruolo di strumento di tutela dei diritti fondamentali, nella specie quelli delle persone in movimento[11].

2. La prima direttrice – ossia, come già ricordato, la previsione di conseguenze penalistiche per la violazione della disciplina amministrativa in materia di immigrazione – consente a nostro avviso di inquadrare pressoché *tutte* le figure di reato contemplate dal testo unico immigrazione[12]. Nel prosieguo, dopo avere dimostrato questo assunto, verranno svolte una serie di considerazioni critiche sull'assetto normativo vigente.

2.1. La tesi poc'anzi enunciata è facilmente dimostrabile rispetto alla c.d. contravvenzione di clandestinità (art. 10-*bis* TuImm), che si limita a corredare di sanzione penale due illeciti amministrativi già autonomamente sanzionati con l'espulsione (l'ingresso o la permanenza irregolari nel territorio nazionale), e che, come tale, è espressione paradigmatica di un diritto

[9] Il testo coordinato con la legge di conversione, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 95 del 24 aprile 2026, è disponibile anche su *Sistema penale*, 28.4.2026.
[10] Il riferimento è, ancora, a G.L. Gatta, *La pena nell'era della "crimmigration"*, cit., 992 ss.
[11] Sul diritto penale come strumento di tutela di diritti, e segnatamente dei diritti fondamentali, v. per tutti F. Viganò, *L'arbitrio del non punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Jovene 2011, 2645 ss.; Id., *Diritto penale e diritti della persona*, in C. Piergallini, G. Mannozzi, C. Sotis, C. Perini, M.M. Scoletta, F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, Giuffrè 2023, 845 ss.
[12] L'unico reato che forse sfugge a questa classificazione è la contravvenzione di cui all'art. 6, co. 3 TuImm, che punisce l'inottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti di identità e di quelli attestanti la regolarità del soggiorno, fattispecie che il diritto vivente considera applicabile solo agli stranieri *regolarmente presenti* i quali rifiutino di esibire i documenti indicati (cfr. Cass. SU 24.2.2011 n. 16453, Alecev, CED 249546, in *DPP* 2011, 1348 ss., con nota di G.L. Gatta, *Inottemperanza del "clandestino" all'ordine di esibire i documenti: davvero* abolitio criminis?).

penale accessorio[13]. Analoga conclusione, a nostro avviso, può essere estesa alle fattispecie del testo unico il cui fatto tipico è più riccamente descritto, incluse quelle plurioffensive, in ragione della considerazione che il *nucleo del disvalore* risiede pur sempre nella violazione delle regole amministrative sull'ingresso e la permanenza di stranieri: ci riferiamo, da un lato, agli ulteriori *reati propri dello straniero*, ossia la trasgressione del divieto di reingresso, l'inosservanza delle misure disposte in luogo del trattenimento o poste a presidio dell'allontanamento volontario, l'inottemperanza all'ordine di allontanamento, nonché, da ultimo, la rivolta nei centri di trattenimento amministrativo (figura introdotta dal d.l. 11.4.2025 n. 48, conv. dalla l. 9.6.2025 n. 80, d'ora in avanti "decreto sicurezza 2025")[14]; dall'altro lato ai *reati comuni di agevolazione dell'immigrazione irregolare*, ossia il favoreggiamento dell'ingresso o della permanenza irregolari, le falsità documentali, l'impiego illecito di lavoratori stranieri, nonché il delitto di morte o lesioni come conseguenza del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (introdotto dal d.l. 10.3.2023, n. 20, conv. con modif. dalla l. 5.5.2023, n. 50, d'ora in avanti "decreto Cutro")[15]. La maggior parte delle menzionate figure ruotano attorno a *condotte giuridicamente neutre* (ad esempio entrare o rientrare nel Paese, permanere sul territorio, compiere atti di resistenza passiva, trasportare o dare alloggio a qualcuno, assumere lavoratori), le quali acquistano rilevanza penale *soltanto* in ragione della sottesa irregolarità amministrativa. Le restanti figure sono, è vero, costruite a partire da condotte dotate di autonoma rilevanza penale ai sensi di fattispecie comuni (resistenza attiva, falsità documentali, omicidio colposo e lesioni colpose); eppure, anche rispetto ad esse l'irregolarità amministrativa risulta decisiva per la determinazione del *titolo* di reato, che muta e si accompagna, salvo eccezioni[16], a un più severo trattamento sanzionatorio. Nell'uno e nell'altro caso ci troviamo, pertanto, di fronte a reati in tutto o in parte *artificiali*, connotati da una marcata dipendenza amministrativa, la cui oggettività giuridica principale – quella, cioè, che determina il *nomen criminis* e la cornice edittale, a prescindere da eventuali profili di plurioffensività – è rappresentata da un interesse intermedio, meramente strumentale alla tutela di interessi finali, comunemente descritto, con l'autorevole avallo della Corte costituzionale[17], in termini di *ordinata gestione dei flussi migratori*.

---

[13] Sui profili di incostituzionalità, e sulle criticità politico-criminali, inerenti alla criminalizzazione della "clandestinità", cfr., *ex multis*, G.L. Gatta, *Il "reato di clandestinità" e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *DPP* 2009, 1330; L. Ferrajoli, *La criminalizzazione degli immigrati (Note a margine della l. n. 94/2009)*, in *QuestG* 2009, n. 5, 9 ss.; M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore*, cit., 126; M. Pelissero, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 48-51; L. Risicato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., 32-39; A. Caputo, *Sicurezza e immigrazione*, cit., 1497-1499; A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale* 2022, 4, 58-62.

[14] Per un'analisi aggiornata di ciascuna di queste figure di reato, cfr. L. Masera, *I reati propri dello straniero irregolare*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, Lefebvre Giuffrè 2026, 191 ss.; per un'approfondita disamina critica delle novità in materia di immigrazione introdotte dal decreto sicurezza 2025, v. L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo*, cit.

[15] Su questa categoria di fattispecie sia consentito rinviare a S. Zirulia, *I reati di agevolazione dell'immigrazione irregolare*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 315 ss.

[16] Fa eccezione il delitto di rivolta nei CPR, di cui all'art. 14 co. 7.1. TuImm, che prevede, come pena massima, la reclusione pari a 4 anni, e dunque sotto tale profilo – forse per una svista del legislatore, considerate le finalità repressive della riforma che l'ha introdotto – presenta un trattamento più mite rispetto ai reati comuni di violenza e resistenza a pubblico ufficiale (il cui massimo edittale è pari a 5 anni).

[17] In questo senso C. cost., 8.7.2010 n. 250, pronunciandosi con riferimento all'art. 10-*bis* TuImm, ma esplicitamente riferendosi a un «bene giuridico "di categoria", che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998» (cons. in dir., n. 6.3.). In senso analogo, con riferimento all'art. 12 TuImm, C. cost., 10.3.2022 n. 63 (cons. in dir., n. 4.2). Su queste sentenze v. anche *infra*, nt. 21, 22.

2.2. Ricondurre tutti (o quasi) i reati del testo unico alla prima direttrice della *crimmigration* non costituisce un esercizio meramente descrittivo, bensì il punto di partenza per lo sviluppo di due ordini di considerazioni gravide di conseguenze pratiche.

Anzitutto, serve a illuminare una precisa scelta politico-criminale, quella consistente nel piegare la sanzione penale a una funzione tipicamente amministrativa, ossia il controllo delle frontiere. A sua volta, la messa a nudo di questa scelta di fondo rappresenta una solida base per sviluppare una serie di critiche inerenti al carattere inefficace, criminogeno e in ultima analisi disfunzionale dei reati in esame[18]. Non vi è chi non veda, infatti, come un così pervasivo utilizzo della sanzione penale non solo contribuisca alla costruzione normativa dello straniero-criminale senza al contempo ridurre l'irregolarità migratoria (l'effetto deterrente essendo pari a zero, ed anzi lo svolgimento del processo penale potendo ostacolare, nella prospettiva statale, il rimpatrio delle persone espulse, come riconosciuto dalla sentenza *El Dridi*[19]); ma finisca per distogliere risorse utili a perseguire le condotte produttive di un ben più fondato allarme sociale, come quelle riconducibili ai *network* del traffico organizzato di migranti e di esseri umani.

In secondo luogo, evidenziare la dipendenza amministrativa dei reati in materia di immigrazione spalanca la porta a possibili censure di illegittimità costituzionale. La prima di esse si fonda sul canone di offensività, che secondo un'autorevole scuola di pensiero risulta irrimediabilmente leso ogniqualvolta il bene giuridico venga sostituito con un qualche *escamotage* retorico, finalizzato a celare indebite presunzioni di pericolosità o la punizione di mere disobbedienze[20].

Anche laddove, in linea con l'orientamento prevalente e ribadito dalla Corte costituzionale proprio nella materia che ci occupa[21], si ritenesse legittima (o non necessariamente illegittima) la tutela penale di beni giuridici strumentali, le fattispecie in esame non dovrebbero sfuggire alla scure dell'illegittimità, in ragione del *vulnus* che arrecano al canone della proporzionalità:

---

[18] Cfr. A. Spena, *Il "gelo metallico dello Stato"*, cit., 454, secondo il quale il circolo vizioso irregolarità/criminalità è il prodotto di due «movimenti accumulativi»: «per un verso (primo movimento), irregolarità produce criminalità, attraverso la multiforme criminalizzazione, diretta e indiretta, della condizione irregolare dello straniero; per altro verso (secondo movimento), criminalità produce irregolarità, attraverso la molteplice serie degli effetti di irregolarizzazione (o di preclusione dell'accesso ad uno status regolare) che ricadono sullo straniero che per avventura incappi nella rete — per lui quanto mai larga — della giustizia penale».

[19] C.G.UE, 28.4.2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU. Si tratta della celebre sentenza che ha ravvisato l'incompatibilità tra la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), avente come obiettivo ultimo quello di garantire il rapido allontanamento degli stranieri irregolari dal territorio europeo, e le severe pene detentive comminate per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento di cui all'art. 14, comma 5-ter TuImm, che in ultima analisi finivano per dilatare i tempi dei rimpatri: cfr. L. Masera, F. Viganò, *Addio articolo 14*, in *Diritto penale contemporaneo (Archivio 2010-2019)*, 4.5.2011; A. di Martino, R. Raffaelli, *La libertà di Bertoldo: "direttiva rimpatri" e diritto penale italiano*, *ivi*, 26 luglio 2011; C. Amalfitano, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazioni dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni del c.d. direttiva rimpatri*, in *CP* 2011, 2786 ss.

[20] Sul tema, in termini generali e per ulteriori riferimenti bibliografici, v. F. Sgubbi, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, il Mulino 1990, 16-26; S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *RIDPP* 1995, 347 ss.; con specifico riferimento al diritto penale dell'immigrazione, v. A. Cavaliere, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit., 230 ss.

[21] Il riferimento è alla già richiamata sent. n. 250/2010, la quale, come già ricordato, ha individuato, quale «bene giuridico "di categoria", che accomuna buona parte delle norme incriminatrici presenti nel testo unico del 1998», «l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo […]». A proposito del contenuto di tale interesse, la Corte ha ribadito la propria posizione secondo cui «La regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri nel territorio dello Stato è […] "collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in materia di immigrazione" (sentenze n. 148 del 2008, n. 206 del 2006 e n. 62 del 1994): vincoli e politica che, a loro volta, rappresentano il frutto di valutazioni afferenti alla "sostenibilità" socio-economica del fenomeno».

vuoi sul versante del *quantum* sanzionatorio, vuoi, più in radice, sul versante dell'*an* della scelta di criminalizzazione.

Rispetto alla proporzionalità *della pena*, la Corte costituzionale ha già avuto modo di pronunciarsi sul reato di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, censurandone due circostanze aggravanti speciali che ricollegavano un significativo aumento di pena a fattori (segnatamente l'utilizzo di documenti contraffatti o di servizi di trasporto internazionale) non univocamente indicanti un corrispondente incremento del disvalore delle condotte[22]. In quell'occasione, la Consulta ha insistito sulla necessità che l'entità della pena edittale rifletta coerentemente i sottesi tipi criminologici, onde evitare di sottoporre al medesimo trattamento sanzionatorio condotte ontologicamente diverse, come invece accade là dove il favoreggiamento occasionale, magari a sfondo altruistico, venga punito allo stesso modo del traffico di migranti vero e proprio. Si tratta di conclusioni che, a ben vedere, consentono di evidenziare la manifesta sproporzione anche di altre circostanze aggravanti speciali previste dall'art. 12 TuImm, *in primis* l'ipotesi fondata sul dolo specifico di profitto, significativamente non menzionata dalla Consulta tra quelle evocanti scenari di criminalità organizzata; nonché, ad un più approfondito esame, anche quelle fondate sul numero di concorrenti o di stranieri trasportati (che ben possono coesistere con la natura umanitaria della condotta agevolatrice dell'ingresso), e financo quelle fondate sul pericolo per la vita e l'incolumità dei migranti (posto che, in assenza di vie di ingresso legale, intraprendere un percorso pericoloso rappresenta spesso l'unica via per raggiungere un Paese sicuro).

La sproporzione della pena viene inoltre in rilievo rispetto a tutte le fattispecie, precedentemente citate, in cui l'irregolarità amministrativa determina, assieme al mutamento del titolo di reato, una più severa cornice edittale rispetto all'ipotesi comune[23]. Si pensi, anzitutto, al recentemente introdotto art. 12-*bis* TuImm, recante sanzioni detentive di inusitata severità rispetto ad eventi di natura colposa, e per questo oggetto di un coro di critiche da parte della dottrina[24], da ultimo confluite in un'ordinanza di rimessione alla Consulta, pendente nel momento in cui si scrive[25]. Parimenti, sono rintracciabili due profili di irragionevolezza nella disciplina dei falsi documentali di cui all'art. 5, co. 8-*bis* TuImm: da un lato, si fatica a giustificare la scelta di punire più gravemente la falsificazione materiale dei documenti di ingresso o soggiorno di stranieri, rispetto alla medesima condotta avente ad oggetto documenti di identificazione di cittadini dell'Unione europea (art. 476 Cp); dall'altro lato, appare discutibile la scelta di sanzionare lo straniero che utilizza documenti falsi con la stessa pena prevista per chi realizza la falsificazione, obliterando una distinzione ben radicata nel codice

[22] C. cost., 8.2.2022 n. 63. Tra i commenti, v. A. Spena, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2022, n. 3, 238 ss.; F. Parisi, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: la Corte costituzionale dichiara illegittima l'aggravante per chi agevola l'immigrazione utilizzando servizi di trasporto internazionale o documenti falsi*, in *FI* 2022, 9, 2661 ss.; A. Ciervo, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Oss. AIC* 2022, 3, 314 ss.

[23] Sui criteri di accertamento delle sperequazioni sanzionatorie, nella prospettiva del diritto fondamentale a non subire pene sproporzionate, v. per tutti F. Viganò, *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Giappichelli, 2021, 224-324.

[24] L. Masera, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia difavoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *QuestG*, 3.4.2023; N. Granocchia, *L'imputazione dell'evento non voluto nella fattispecie di "morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina"*, in www.archiviopenale.it 2023, n. 3; nonché, volendo, S. Zirulia, *Il reato di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina» (art. 12-bis TuImm). Uno strumento sproporzionato e inefficace per il contrasto al traffico di migranti*, in *QuestG* 2025, n. 3, 91 ss.;

[25] Trib. Siracusa ord.16 ottobre 2025, in www.giurisprudenzapenale.com, 11.2.2026.

penale, dove il mero utilizzatore è punito meno gravemente rispetto a chi ha formato il documento (artt. 489, 497-bis Cp).

La criminalizzazione di condotte incentrate su una violazione amministrativa produce distorsioni anche sul versante della proporzionalità *del reato*. Il tema è riconducibile a quello, più ampio, del sindacato sulla legittimità delle norme suscettibili di comprimere i diritti fondamentali: norme non per questo necessariamente illegittime, ma rispetto alle quali si impone una delicata verifica in ordine al corretto esercizio della discrezionalità legislativa[26]. Nella materia che ci occupa, la Corte di giustizia dell'Unione europea si è avvalsa del canone di proporzionalità di cui alla Carta dei diritti fondamentali UE (art. 52, par. 1) per restringere in via interpretativa l'ambito di applicazione dell'obbligo di incriminare il favoreggiamento dell'ingresso irregolare, previsto dal combinato disposto della direttiva 2002/90/CE e della decisione quadro 2002/946/GAI. In particolare, a partire dal caso di una richiedente asilo che aveva tentato di introdurre irregolarmente in Italia due minorenni sotto la sua custodia (la figlia e la nipote), la sentenza *Kinsa* ha stabilito che l'obbligo di incriminazione non ricomprende tale categoria di condotte, posto che altrimenti risulterebbe leso il «contenuto essenziale» del diritto alla vita famigliare e dei diritti del minore (previsti, rispettivamente, dagli artt. 7 e 24 della Carta)[27]. Tale ragionamento potrebbe essere esteso anche ad altre norme sanzionatorie (si pensi alle sanzioni amministrative previste per i navigli privati che disattendono le regole sulla conduzione delle operazioni di *search and rescue*, sulle quali v. *infra*, 4.4.); nonché, come più estesamente illustrato in altra sede[28], ad altri diritti fondamentali (*in primis*, il diritto alla vita e il diritto a richiedere asilo), purché beninteso la materia rientri nell'esercizio di competenze dell'Unione, condizione di applicabilità della Carta dei diritti UE. Parimenti, puntuali limiti alle scelte di criminalizzazione potranno discendere anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ogniqualvolta l'illecito penale impatti su un diritto convenzionale al di fuori dei limiti entro i quali tale diritto può essere limitato. Si pensi, ancora, alla criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, qualora si estenda a condotte di soccorso e in tal modo possa generare un *chilling effect* pregiudizievole per il diritto alla vita[29]; o ancora alla criminalizzazione di condotte di ingresso o re-ingresso, suscettibile di ledere in maniera sproporzionata il diritto alla vita famigliare[30].

---

[26] Per una recente disamina della giurisprudenza costituzionale in materia, v. F. Viganò, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in L. Cassetti, F. Fabrizzi, A. Morrone, F. Savastano, A. Sterpa (a cura di), *Studi in memoria di Beniamino Caravita*, Vol. I, Editoriale Scientifica 2024, 1113 ss., disponibile anche in *Sistema penale*, 8.1.2025. Con specifico riguardo alla proporzionalità delle scelte di criminalizzazione, v. N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli 2020; con riferimento all'applicazione del canone di proporzionalità alla criminalizzazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra* overcriminalisation *e tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli 2023, 320-395.

[27] C.G.UE, Grande Sezione, 3.6.2025, *Kinsa*, C-460/23. Per un commento sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sotto la lente della proporzionalità. Nota a Corte di giustizia UE, Grande Sezione, 3 giugno 2025, Kinsa*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2026, 1.

[28] V. ancora a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare sotto la lente*, cit., 13-16.

[29] Un simile assetto normativo risulterebbe infatti incompatibile con gli obblighi positivi di tutela della vita discendenti dall'art. 2 Cedu, obblighi sulla cui estensione la Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi anche in vicende relative a operazioni di controllo delle frontiere sfociate nella morte dei migranti: cfr. C. eur., 7.7.2022, *Safi e altri c. Grecia*; 2.2.2023, *Alhowais c. Ungheria*; 16.1.2024, *Alkhatib e altri c. Grecia*; 25.3.2025, *Almukhlas e Al-Maliki c. Grecia*.

[30] Pur non sussistendo, a quanto ci risulta, precedenti negli esatti termini indicati, la Corte europea ha avuto modo di ravvisare la violazione dell'art. 8 Cedu in presenza di misure sanzionatorie per il controllo dell'immigrazione giudicate sproporzionate: cfr. C. eur., 28.6.2011, *Nunez c. Norvegia*; 12.11.2024, *Sharafane c. Danimarca*.

3. La seconda direttrice della *crimmigration* – ossia, come già ricordato, la previsione di conseguenze di diritto dell'immigrazione connesse alla prevenzione e alla repressione dei reati – pervade diversi ambiti del diritto dell'immigrazione e del diritto d'asilo. Per ragioni di chiarezza, conviene suddividere la trattazione in due aree: quella riguardante lo status dello straniero e quella relativa alla disciplina delle espulsioni.

3.1. Cominciando dalla prima area, giova preliminarmente ricordare che il testo unico in materia di immigrazione prevede, tra le cause ostative all'ammissione al territorio ovvero al rilascio/rinnovo/mantenimento di un permesso di soggiorno, il fatto che lo straniero costituisca una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato, ovvero che abbia riportato una condanna, in talune ipotesi anche non definitiva, per una serie di reati tassativamente elencati (artt. 4, co. 3 e 5 co. 5 TuImm). Il binario delle "ostatività" è dunque duplice, basandosi, alternativamente, su un accertamento di pericolosità in concreto ovvero su una presunzione (assoluta) discendente dalla condanna per determinati reati. Siffatto automatismo ostativo subisce, peraltro, alcuni temperamenti normativi[31], che la Corte costituzionale ha esteso a tutti gli stranieri aventi legami famigliari sul territorio[32].
Da ultimo, e per quanto maggiormente rileva in questa sede, la stessa Consulta (sent. 9.3.2023, n. 88) ha ritenuto illegittimo l'automatismo ostativo al rinnovo del permesso di soggiorno discendente dalla condanna per i reati di spaccio di lieve entità (art. 73, co. 5 TuStup) e di commercio di prodotti con segni falsi (art. 474, co. 2 Cp). Pur non prendendo posizione in ordine alla natura giuridica della preclusione, e dunque su questo specifico aspetto non superando il proprio precedente che ne aveva esclusa la natura penale (sent. 7.5.2008, n. 148), la Consulta ha giudicato l'effetto ostativo derivante dalla condanna irragionevole e sproporzionato al metro degli artt. 3 Cost. e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 8 Cedu. Alla base della disposizione, infatti, non vi sarebbe un ragionevole bilanciamento tra l'interesse ad allontanare lo straniero autore di reati e le confliggenti ragioni dell'interessato, riconducibili all'alveo dell'art. 8 Cedu, a non essere sradicato dal luogo in cui intrattenga la parte più significativa dei propri rapporti sociali, lavorativi, familiari, affettivi. Con specifico riguardo all'art. 73, co. 5 TuStup, secondo la Corte l'irragionevolezza è insita nel far discendere il diniego da un reato per il quale è previsto l'arresto meramente facoltativo, e dunque che per definizione non è considerato sintomatico della pericolosità di colui o colei che l'ha commesso, la sua applicazione essendo subordinata alla valutazione di elementi ulteriori (tra cui la pericolosità soggettiva) rispetto a quelli consistenti nella mera prova della commissione del fatto. A rafforzamento dell'argomento, la Corte richiama il principio in base al quale le presunzioni assolute sono irragionevoli «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa», soggiungendo che è agevole immaginare situazioni nelle quali, per le circostanze del fatto, per il tempo ormai trascorso dalla sua commissione ovvero per il percorso rieducativo eventualmente seguito alla condanna, quest'ultima non sia tale da comportare un giudizio di pericolosità attuale riferito alla persona del reo. La Corte ha poi gioco facile nell'evidenziare

[31] Per quanto riguarda gli stranieri che hanno esercitato il diritto al ricongiungimento famigliare la questura è chiamata a operare un bilanciamento tra l'interesse pubblico all'adozione del provvedimento negatorio e appunto i legami famigliari (v. ancora art. 5 co. 5 TuImm); per quanto riguarda i soggiornanti UE di lungo periodo, le condanne rappresentano un mero indicatore di cui tenere conto ai fini del giudizio di pericolosità in concreto, esso sì decisivo per il provvedimento negatorio (art. 9 co. 4 TuImm).
[32] Cfr. C. cost., 3.7.2013 n. 202, che ha esteso il giudizio di bilanciamento in concreto di cui all'art. 5 co. 5 (v. nota precedente) a tutti i casi in cui lo straniero «abbia legami famigliari nel territorio dello Stato», indipendentemente dall'esercizio del ricongiungimento famigliare.

che analoghe considerazioni valgono, *a fortiori*, per l'art. 474 Cp, reato per il quale l'arresto non è nemmeno ammesso.
La pronuncia appare significativa da due diverse, ma complementari, prospettive: da un lato, in termini generali, si tratta di un'ulteriore conferma, in aggiunta a quanto già osservato nel precedente paragrafo, di una certa tendenza del legislatore a rafforzare le politiche migratorie al punto da comprimere in maniera manifestamente sproporzionata i diritti fondamentali degli stranieri; dall'altro lato, e con specifico riguardo a una novità introdotta dal decreto sicurezza 2026, offre spunti utili a sviluppare un'ulteriore censura di illegittimità. L'art. 1, co. 2, del decreto ha infatti aggiunto alcuni delitti in materia di armi al catalogo dei reati automaticamente ostativi all'ammissione al territorio o alla titolarità di permesso di soggiorno[33]. Ebbene, trattandosi di ipotesi punite (nel massimo) meno gravemente rispetto allo spaccio di lieve entità, e per le quali è del pari previsto l'arresto meramente facoltativo, ad esse paiono trasferibili le considerazioni sviluppate dalla Consulta in punto di inattitudine a evidenziare in maniera univoca la pericolosità attuale del condannato, e dunque anche la conclusione in ordine all'illegittimità, per manifesta sproporzione, dell'automatismo ostativo che dalle stesse discende.

3.2. Automatismi ostativi sono previsti anche per quanto riguarda le cause di diniego dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria (artt. 12 e 16 d.lgs. 19.11.2007, n. 251, come modificato per recepire la direttiva 2011/95/UE, c.d. direttiva qualifiche, che dal 12 giugno 2026 è stata sostituita dal regolamento 2024/1347). In questi casi, infatti, la legge contempla, quali cause ostative, la sussistenza di «fondati motivi» per ritenere che il richiedente, alternativamente, si è reso responsabile di una delle gravi condotte illecite, penalmente rilevanti e non, espressamente elencate[34]; ovvero «costituisce un pericolo per la sicurezza dello Stato»[35]; ovvero ancora – e per quanto maggiormente rileva in questa sede – «costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica, essendo stato condannato con sentenza definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), Cpp», nonché per una serie di ulteriori reati ostativi aggiunti dal d.l. 4.10.2018 n. 113, conv. con modif. dalla l. 1.12.2018, n. 132 (d'ora in avanti, "decreto sicurezza 2018")[36]. Una recente pronuncia della Cassazione civile sembrerebbe avere affermato che, in presenza di tali condanne, il giudice di merito debba considerarsi sollevato dall'obbligo di valutazione in concreto della pericolosità del soggetto

[33] I reati ostativi sono quelli indicati all'art. 381 co. 2 lett. m e m-*sexies* Cpp. Nel dettaglio, la lett. m richiama i delitti di «alterazione di armi» e di «fabbricazione di esplosivi non riconosciuti» (a loro volta previsti dagli artt. 3 e 24 co. 1 l. 18.4.1975 n. 110). La lett. m-*sexies* richiama testualmente il delitto di «porto di armi per cui non è ammessa licenza, di cui all'articolo 4-*bis*, comma 1, della legge 18 aprile 1975, n. 110». Quest'ultima formulazione, interpretata alla lettera, porta a nostro avviso a escludere dal catalogo dei reati ostativi la nuova fattispecie di porto di ulteriori strumenti di offesa inserita nel secondo periodo del medesimo art. 4-*bis* co. 1 l. 110/1975 dal decreto sicurezza 2026 (si tratta, nello specifico, del porto di «strumenti con lama pieghevole di lunghezza pari o superiore a centimetri cinque, a un taglio e a punta acuta, muniti di meccanismo a scatto, indipendentemente dalla presenza del blocco della lama, nonché strumenti dotati di lama affilata o appuntita del tipo "a farfalla" oppure camuffati da altri strumenti od occultati in altri oggetti»).
[34] Ai sensi dell'art. 10 d.lgs. 251/2007, richiamato dall'art. 12 co. 1 lett. *a*, nonché ai sensi dell'art. 16 co. 1 lett. *a*, *b*, *c*, d.lgs. 251/2007, tali condotte includono: crimini contro la pace, crimini di guerra o crimini contro l'umanità; reati commessi all'estero, anche se con obiettivo politico, purché possano considerarsi "gravi" tenuto anche conto della pena prevista dalla legge italiana (non inferiore nel minimo a quattro anni o nel massimo a dieci anni); atti contrari alle finalità e ai principi delle Nazioni Unite, quali stabiliti nel preambolo e negli articoli 1 e 2 della Carta delle Nazioni Unite.
[35] Art. 12 co. 1 lett. *b* e art. 16 co. 1 lett. *d* d.lgs. 251/2007.
[36] Art. 12 co. 1 lett. *c* e art. 16 co. 1 lett. *d-bis* d.lgs. 251/2007. Si tratta dei reati di cui agli artt. 336, 583, 583-*bis*, 583-*quater*, 624 nell'ipotesi aggravata di cui all'articolo 625, primo comma, n. 3, e 624-*bis*, primo comma, del codice penale.

richiedente[37]. Tale esegesi, ancorché compatibile con il tenore testuale della disposizione, rischia di esporla a censure per violazione del canone di uguaglianza-ragionevolezza: da un lato, sul versante della ragionevolezza intrinseca, si fatica a cogliere il legame tra la realizzazione di reati quali, ad esempio, la violenza a pubblico ufficiale o il furto aggravato, e il giudizio di non meritevolezza della protezione internazionale; dall'altro lato, in base al criterio del *tertium comparationis*, appare manifestamente irragionevole la previsione di identiche conseguenze *lato sensu* sanzionatorie a fronte di illeciti portatori di livelli incomparabili di disvalore (basti pensare che i reati dotati di effetto preclusivo includono, accanto a quelli appena menzionati, anche la strage, l'omicidio volontario, i crimini contro l'umanità). Muovendo da tali premesse, appare preferibile un'interpretazione costituzionalmente orientata che consideri la condanna per i reati indicati alla stregua di un *mero indicatore di pericolosità*, del quale il giudice debba tenere conto nell'ambito di un giudizio da condurre, comunque, in concreto, rifuggendo da qualsivoglia automatismo.

3.3. Un ulteriore effetto riconducibile alla seconda direttrice della *crimmigration* è la revoca della cittadinanza italiana, misura introdotta dal decreto sicurezza 2018 dopo quasi un secolo di assenza dal nostro ordinamento[38]. Il nuovo art. 10-*bis* della legge sulla cittadinanza (l. 5.2.1992 n. 91) prevede la denazionalizzazione in caso di condanna definitiva per i reati indicati dall'art. 407 co. 2 lett. *a* n. 4 Cpp (ossia i delitti commessi con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico, nonché la partecipazione a banda armata), per il reato di assistenza ai partecipi di associazioni sovversive o con finalità di terrorismo (art. 270-*ter* Cp), per il reato di sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento del terrorismo (art. 270-*quinquies*.2 Cp). La revoca è limitata ai casi di cittadinanza acquisita (dunque non è applicabile nei confronti dei cittadini *iure sanguinis*[39]); inoltre – per effetto di una modifica introdotta dal decreto sicurezza 2025 in risposta alle critiche che avevano evidenziato l'incompatibilità della novella con la disciplina sovranazionale per il contrasto all'apolidia[40] – può essere disposta solo se l'interessato già possiede o può acquisire un'altra cittadinanza. La revoca non costituisce un effetto automatico della condanna, bensì un provvedimento amministrativo discrezionale, adottato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza[41].

---

[37] Cfr. Cass. civ. 20.2.2025 n. 5855. La Corte si riferisce, nel caso di specie, a reati ricompresi tra quelli di cui all'art. 407 co. 2 lett. *a* Cpp, e osserva che rispetto ad essi «è stata predeterminata una soglia di eccezionale gravità, sollevando il giudice da un obbligo di valutazione concreta della pericolosità del soggetto».

[38] Attenta dottrina ha evidenziato come la disciplina in esame rappresenti la prima, in epoca repubblicana, ad utilizzare lo strumento della "revoca" rispetto alla cittadinanza, il primo precedente storico risalendo a un decreto fascista del 1926, che prevedeva tale provvedimento nei casi di "indegnità politica" (E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro": interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 2019, 1, 16 ss.).

[39] Secondo L. Masera, *La crimmigration*, cit., 41, tale disparità di trattamento è da ritenersi irragionevole, in quanto generatrice di «*cittadini di prima e di seconda classe*»; nello stesso senso, E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro"*, cit., 5; M. Ruotolo, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (c.d. decreto "sicurezza e immigrazione")*, in *Rivista AIC* 2018, 3, 176; L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo*, cit., 34-36.

[40] A. Algostino, *Il decreto "Sicurezza e immigrazione"*, cit., 192; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro"*, cit., 30. Come puntualmente osservato da L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo*, cit., 37, il divieto di revoca nel caso in cui ciò determini l'apolidia del destinatario appare funzionale a mettere la disposizione al riparo da censure di sproporzione, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo che attribuisce un significativo peso a tale limite nel giudizio di bilanciamento tra le esigenze di sicurezza nazionale e quelle di tutela del diritto alla vita privata (cfr., da ultimo, C. eur., dec. 1.2.2022, *Johansen c. Danimarca*, §53).

[41] Sulla natura di provvedimento amministrativo discrezionale v. L. Viola, *La revoca della cittadinanza e il giudice*

La natura dei reati che possono portare alla denazionalizzazione consente di collocare la sanzione in esame nel catalogo degli strumenti di contrasto al terrorismo, specie internazionale e di natura jihadista, in base a una massima di esperienza – le cui basi empiriche meriterebbero, peraltro, ulteriori approfondimenti[42] – secondo cui tali condotte sarebbero statisticamente riconducibili, oltre che agli stranieri, anche a persone naturalizzate italiane. L'intento del legislatore, del resto, era proprio quello di allineare la disciplina italiana a quella dei numerosi altri Paesi, europei e non solo, che già prevedevano per fatti analoghi la perdita dello status di cittadino[43].

In aggiunta ai numerosi profili di criticità già messi in luce dai commentatori della riforma, ai cui contributi in questa sede ci limitiamo a rinviare[44], preme evidenziarne uno ulteriore, finora non emerso ma a nostro avviso di una certa rilevanza. Ci si chiede, in sintesi, se la revoca della cittadinanza possa essere considerata *idonea* al perseguimento dello scopo che la stessa si prefigge. Si tratta di una questione che non attiene soltanto al piano politico, cioè della scelta in ordine alla misura ritenuta più efficace e/o opportuna per ottenere un determinato risultato, bensì anche al piano della legittimità, nel quadro, di nuovo, del sindacato di proporzionalità sull'esercizio della discrezionalità legislativa. Come è noto, infatti, una misura può considerarsi sproporzionata non solo quando non è necessaria e/o non riflette un ragionevole contemperamento tra gli interessi in gioco (profilo quest'ultimo rispetto al quale, come abbiamo accennato poc'anzi – v. nota 40 – , la disposizione potrebbe essere stata almeno in parte "riequilibrata" dall'inserimento del limite dell'apolidia); ma anche, a monte, quando, pur perseguendo un interesse meritevole di tutela, non appare idonea a soddisfarlo, e perciò la sua implementazione comporta un sacrificio di eventuali contro-interessi *di per sé* ingiustificato[45].

Rispetto alla denazionalizzazione del cittadino italiano (acquisito), ci si potrebbe seriamente chiedere: da un lato, in che modo tale misura possa contribuire alla prevenzione di atti di terrorismo, tenuto tra l'altro conto del termine *decennale* per disporla (così esteso, rispetto all'originario termine triennale, dal decreto sicurezza 2025) e del fatto che difficilmente una persona con un radicamento sufficiente ad acquisire la cittadinanza potrà essere espulsa[46]; dall'altro lato, se la sua applicazione non rischi di produrre un effetto contrario a quello auspicato, spingendo il destinatario ancora più ai margini della società italiana e dunque favorendo la sua permeabilità psicologica alle teorie che ne predicano l'annientamento. Si tratta

---

amministrativo, in *Federalismi.it*, 18.11.2020, 272-275; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro": interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, cit., 3. Quest'ultimo contributo, peraltro, così prosegue: «Ciò che non è possibile affermare con certezza è se si tratti di un provvedimento di secondo grado, inquadrabile nella figura della revoca, soggetto dunque alle norme generali in materia di statuto giuridico dei provvedimenti amministrativi di questo genere, oppure se si tratti di una forma atipica di decadenza dal diritto di cittadinanza per punizione, sancita con un atto presidenziale su proposta ministeriale e se tale forma atipica di perdita della cittadinanza assuma la natura ed i caratteri dell'atto politico».

[42] Cfr. L. Vidino, *Home-Grown Jihadism in Italy: Birth, Development and Radicalization Dynamics*, ISPI – Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, 76 s., secondo cui gli studi sui terroristi *home-grown* selezionano le persone in quanto "socializzate" sul territorio italiano (c.d. "*Sociological Italians*"), a prescindere dalla naturalizzazione, risultato quest'ultimo reso difficoltoso dalla rigidità della normativa sulla cittadinanza.

[43] E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro"*, cit., 12-16; L. Viola, *La revoca della cittadinanza e il giudice amministrativo*, cit., 246-249.

[44] L. Viola, *La revoca della cittadinanza*, cit., p. 250 ss.; E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro"*, cit., 22 ss.; M. Ruotolo, *Brevi note*, cit., p. 176; L. Masera, *La crimmigration*, cit., 39-41; A. Algostino, *Il decreto "Sicurezza e immigrazione",* cit., 191 s.; A. Ciervo, *Le modifiche in materia di cittadinanza*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini*, cit., 186-188.

[45] Sulle verifiche che compongono il giudizio di proporzionalità, v. F. Viganò, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente*, cit., 4; nonché, *amplius*, N. Recchia, *Il principio di proporzionalità*, cit., 122-207.

[46] Sulla natura più simbolica che realmente preventiva della misura v. ancora L. Viola, *La revoca della cittadinanza*, cit., 249.

di valutazioni complesse, che meriterebbero un'attenzione ben maggiore rispetto a quella che è possibile dedicarvi in queste pagine, ma dietro le quali ci pare innegabile l'agitarsi dello spettro di una perigliosa eterogenesi dei fini.

3.4. Un importante "effetto" di diritto dell'immigrazione discendente da esigenze di prevenzione o repressione di illeciti penali è rappresentato dall'espulsione. Come è noto, l'espulsione prefettizia per ingresso o soggiorno irregolare dello straniero si ricollega, appunto, a una mera irregolarità amministrativa (art. 13 co. 2 lett. *a* e *b* TuImm). A questa funzione "originaria" dell'espulsione – la quale a sua volta non si sottrae a compiti di stampo securitario[47], come indirettamente conferma la stretta impressa del decreto sicurezza 2026 alla disciplina sul gratuito patrocinio[48] – si sono nel tempo affiancate ulteriori funzioni a carattere dichiaratamente preventivo e/o sanzionatorio, le quali assumono di volta in volta diversa natura: misura di prevenzione *ante delictum*[49], recentemente applicata – a titolo esemplificativo dei suoi poliedrici utilizzi, inclusa la repressione del dissenso – all'imam di una moschea torinese in ragione delle posizioni espresse a sostegno della resistenza palestinese, posizioni ritenute sintomo di pericolosità in quanto riflesso di radicalizzazione religiosa, fondamentalismo islamico e antisemitismo[50]; misura di sicurezza personale non detentiva (prevista dagli artt. 235 e 312 Cp[51], dall'art. 86 TuStup, nonché dall'art. 15 TuImm[52], in ogni caso da eseguirsi a pena espiata e comunque subordinata, per regola generale, all'accertamento in concreto della pericolosità sociale); pena sostitutiva (art. 16 co. 1 TuImm); misura alternativa alla detenzione (art. 16 co. 5 TuImm).
Rispetto al sistema delle espulsioni qui brevemente tratteggiato sono state formulate, nel corso degli anni, numerose critiche[53], in parte sfociate in importanti correzioni del sistema, mediante

[47] Sul tema si rinvia all'incisiva analisi di A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione*, cit., 504 ss., che riconduce l'espulsione dello straniero *in quanto irregolare* a una funzione di tutela della «sicurezza/sovranità esterna», rispetto alla "minaccia" rappresentata (*rectius*, percepita come proveniente) dalla massa dei migranti diretti verso il nostro Paese.
[48] Il riferimento è all'abrogazione dell'art. 142 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (d.P.R. 30.5.2002 n. 115), che, nel procedimento avverso il provvedimento di espulsione, consentiva allo straniero l'accesso al gratuito patrocinio indipendentemente dai limiti reddituali.
[49] Si tratta di tre ipotesi: quella di cui all'art. 13 co. 1 TuImm, secondo cui il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato; quella di cui all'art. 13 co. 2 lett. *c* TuImm, che consente al prefetto di espellere lo straniero che appartenga alle categorie richiamate dagli artt. 1, 4 e 16 del Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (d.lgs. 6.9.2011 n. 159); quella di cui all'art. 3 d.l. 27.7.2005 n. 144, conv. dalla l. 31.7.2005 n. 155, che consente al Ministro dell'interno, ovvero, su sua delega, al prefetto, di espellere lo straniero per motivi di prevenzione del terrorismo, anche internazionale.
[50] In particolare, tra quelle indicate alla nota precedente, è stata disposta l'espulsione per motivi di sicurezza dello Stato *ex* art. 13 co. 1 TuImm. Su questa vicenda v. anche *infra*, 4.1.
[51] L'art. 235 Cp prevede l'espulsione come misura di sicurezza in caso di condanna alla reclusione superiore a due anni; l'art. 312 Cp, dal canto suo, la prevede in caso di condanna per un delitto contro la personalità dello Stato.
[52] Ai sensi di tale disposizione l'espulsione è disposta in caso di condanna per uno qualsiasi dei delitti previsti dagli articoli 380 e 381 Cpp. La norma è stata oggetto di modifiche sia da parte del d.l. 5.10.2023 n. 133 conv. in l. 1.10.2023 n. 176, che ha trasformato l'espulsione da facoltativa a obbligatoria (ma sul punto v. *infra*, nt. 55); sia da parte dell'articolo 28 co. 2 del decreto sicurezza 2026, che ha precisato che «Ai fini della valutazione di pericolosità si tiene conto anche del mancato rispetto dell'obbligo di cooperare di cui all'articolo 32, sesto comma, della legge 26 luglio 1975, n. 354»; disposizione, quest'ultima, a sua volta aggiunta dal medesimo decreto sicurezza, in base alla quale internati e detenuti hanno «l'obbligo di cooperare ai fini dell'accertamento dell'identità e di esibire o produrre gli elementi in loro possesso, relativi all'età, all'identità e alla cittadinanza, nonché ai Paesi in cui hanno soggiornato o sono transitati».
[53] A proposito della fragilità costituzionale dei meccanismi espulsivi, cfr., *ex multis*, P. Bonetti, *Tra interessi dello Stato e diritti dell'individuo: nuovi istituti e vecchi problemi dell'espulsione dello straniero di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1994, 3, 2372 ss.; Id., *Espulsione, accompagnamento e*

declaratorie di illegittimità[54] o interpretazioni conformi[55]. Permangono, tuttavia, alcuni profili problematici.

Anzitutto, come è noto, si registra una consolidata resistenza giurisprudenziale, avallata dalla Consulta, a considerare le espulsioni di cui all'art. 16 TuImm alla stregua di sanzioni penali[56]. Si tratta di un orientamento che, proprio facendo leva sulla natura asseritamente amministrativa di tali misure, le ha finora messe al riparo dalle censure che le sono state rivolte, tra l'altro, per violazione della presunzione di non colpevolezza, considerata l'applicabilità dell'espulsione sostitutiva prima della condanna definitiva, e per incompatibilità con la funzione rieducativa della pena (art. 27 co. 2 e 3 Cost.)[57]. A tale orientamento, la cui principale argomentazione è l'asserita coincidenza sostanziale tra l'espulsione in esame e le tradizionali espulsioni amministrative, si possono opporre una serie di argomentazioni contrarie, che nel complesso, specie se considerate cumulativamente, appaiono meritevoli di un'attenzione ben maggiore rispetto a quella concessa finora. Schematizzando, la qualificazione in termini amministrativi presta il fianco alle seguenti critiche: (i) cozza con il dato normativo, l'art. 16 essendo inequivocabilmente rubricato «Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione»; (ii) mal si concilia con l'assegnazione del potere di disporre l'espulsione sostitutiva al giudice di cognizione e quella alternativa al magistrato di sorveglianza; (iii) ignora il carattere prevalentemente afflittivo di entrambe queste espulsioni, carattere a sua volta riconducibile: (a) alla loro funzione essenzialmente punitiva, anziché ripristinatoria di una situazione di legalità, come risulta dalla loro applicabilità anche a stranieri *regolarmente soggiornanti* sul territorio (segnatamente nelle ipotesi di cui all'art. 13 co. 2 lett. *c* TuImm); (b) alle loro peculiari *modalità esecutive*, che non contemplano, a differenza dell'espulsione (autenticamente) amministrativa, la partenza volontaria, bensì consistono esclusivamente nell'accompagnamento coattivo alla frontiera[58], così incidendo *necessariamente sulla libertà*

---

trattenimento dello straniero di fronte alla riserva di giurisdizione prevista dalla Costituzione, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2000, 4, 11-43; A. Pugiotto, *«Purché se ne vadano». La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Diritto e società* 2009, 3-4, 481 ss. Sul tema dei limiti alle espulsioni giudiziali, v. A. Natale, *Lo straniero e il processo penale*, cit., 551-555.

[54] Cfr. C. cost., 20.2.1995 n. 58, che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 86 TuStup nella parte in cui obbligava il giudice ad applicare la misura di sicurezza dell'espulsione ai reati in materia di stupefacenti a prescindere dalla pericolosità sociale del reo.

[55] Cfr. C. cost., 7.4.2025 n. 73, che, pur rigettando le censure formulate rispetto all'art. 16 co. 5 TuImm, ha colto l'occasione per ribadire, richiamando la pertinente giurisprudenza costituzionale e di legittimità, l'ampia estensione e l'applicabilità in via analogica dei divieti di espulsione per rischio di persecuzioni e condizioni di vulnerabilità di cui all'art. 19 TuImm (per un commento, v. A. Ciervo, *La quarantanovesima ora. Sulla recente giurisprudenza costituzionale in materia di trattenimento amministrativo degli stranieri*, in *Oss. AIC* 2025, 6, 236 ss.); Cass. 7.11.2024 n. 46801 Cybi, in *CEDCass*, m. 287289, la quale, a dispetto del tenore letterale dell'art. 235 Cp, secondo cui il giudice «ordina» l'espulsione a titolo di misura di sicurezza nei confronti dello straniero condannato alla reclusione superiore ai due anni, ha affermato che tale espressione non preclude un accertamento in concreto in ordine alla adeguatezza di misure meno afflittive, come ad esempio la libertà vigilata. Il principio pare estendibile all'art. 15 TuImm, che pure, come riformulato dal precitato d.l. 133/2023, prevede testualmente l'obbligatorietà della misura di sicurezza. In questo senso A. Natale, *Lo straniero e il processo penale*, cit., p. 538.

[56] Cfr., con riferimento all'art. 16 co. 1 TuImm, v. C. cost., 14.7.1999 ord. 369; Cass. 7.11.2019 n. 48950, in *CEDCass*, m. 277824; Consiglio di Stato 2.12.2014 n. 5960. Con riferimento all'art. 16 co. 5, v. C. cost., 8.7.2004 ord. 226 e C. cost., 7.4.2025 n. 73.

[57] Il tema dell'universalità della funzione rieducativa e, ciò malgrado, della sua inattuazione rispetto agli stranieri irregolari, è certamente più ampio e non può essere affrontato compiutamente in questa sede. Tra gli studi in materia si segnalano: M. Ruotolo, *Può la rieducazione assumere connotati "nazionalistici"? Appunti sulla condizione giuridica del detenuto privo di permesso di soggiorno*, in *Costituzionalismo.it* 2006, 3; E. Fiorini, *L'esecuzione penale dello straniero tra funzione rieducativa della pena e norme sull'espulsione dal territorio nazionale*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 2006, 1.

[58] In questo senso l'art. 16 co. 2 e 7 TuImm. Non si pongono profili di frizione con la direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri), che prevede l'accompagnamento coattivo come *extrema ratio*, giacché la stessa direttiva

personale[59]; (c) alla obbligatorietà dell'espulsione alternativa, la quale è pertanto destinata a prevalere sulle altre misure alternative previste dall'ordinamento penitenziario, eseguibili sul territorio italiano[60].

Un ulteriore, e a quanto ci risulta non ancora direttamente affrontato, profilo problematico riguarda la già ricordata possibilità, sussistente per tutte le forme di espulsione indicate ad accezione di quella ordinaria, di espellere anche le persone straniere *regolarmente soggiornanti* in Italia. La *ratio* di questa disciplina potrebbe a prima vista essere ricondotta al venire meno delle condizioni che rendono lo straniero meritevole di permanere sul territorio. Sennonché, questa spiegazione si scontra con il dato normativo complessivamente considerato, non essendovi piena coincidenza tra i presupposti che legittimano il rimpatrio dello straniero regolarmente soggiornante e quelli, più restrittivi, che legittimano il diniego o la revoca del permesso di soggiorno, sopra esaminati. A titolo esemplificativo, lo straniero titolare di permesso di soggiorno condannato a una pena non superiore a due anni di reclusione per un'ipotesi di furto che prevede l'arresto facoltativo in flagranza non potrà vedersi revocato il permesso, ma al contempo potrà essere espulso, anche prima della condanna definitiva, a titolo di pena sostitutiva, ovvero, una volta che la condanna sia divenuta irrevocabile, a titolo di misura alternativa. In questo ed analoghi casi, dunque, ci si deve interrogare sulle ragioni che giustificano l'espulsione, le quali potrebbero essere rinvenute o in una sorta di presunzione assoluta di pericolosità del reo *in quanto straniero* (ma ciò esporrebbe la disciplina a una censura di illegittimità costituzionale[61]); oppure in ragioni di *deflazione processuale e/o carceraria*, come del resto esplicitamente riconosciuto dalla Consulta[62]. Quest'ultima giustificazione – e qui veniamo al punto che vorremmo evidenziare – solleva a sua volta un inedito profilo di possibile illegittimità, sul piano del canone di proporzionalità: ci si potrebbe infatti chiedere se risponda a un ragionevole bilanciamento di interessi il perseguimento di finalità di tipo deflattivo mediante l'adozione di un provvedimento di forte impatto sui diritti fondamentali come l'espulsione del soggetto regolarmente soggiornante; un provvedimento, si badi, dagli effetti verosimilmente deteriori rispetto ad altre pene sostitutive o misure alternative che potrebbero essere eseguite sul territorio, oltretutto applicabile anche in assenza del consenso dell'imputato (il quale, in linea di principio, ben potrebbe preferire scontare una pena detentiva in Italia, anziché essere rimpatriato[63]) e, come già ricordato, da eseguirsi necessariamente mediante accompagnamento coattivo alla frontiera.

---

prevede che gli Stati possano non applicarla in caso di espulsioni disposte come sanzioni penali o come conseguenza di sanzioni penali (art. 2 par. 2 lett. *b*).

[59] Sull'accompagnamento alla frontiera come misura incidente sulla libertà personale e dunque rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 13 Cost., si veda la nota pronuncia C. cost., 22.3.2001 n. 105: «*l'accompagnamento inerisce alla materia regolata dall'art. 13 della Costituzione, in quanto presenta quel carattere di immediata coercizione che qualifica, per costante giurisprudenza costituzionale, le restrizioni della libertà personale e che vale a differenziarle dalle misure incidenti solo sulla libertà di circolazione*» (cons. in dir., n. 5)

[60] Mentre infatti l'art. 16 co. 1 TuImm stabilisce che il giudice «può sostituire» la pena detentiva con l'espulsione, l'art. 16 co. 5 TuImm prevede che, quando ricorrono i requisiti per la misura alternativa, nei confronti dello straniero «è disposta l'espulsione».

[61] Sulla falsariga di quanto affermato da Corte cost. n. 58/1995, cit., relativa all'art. 86 TuStup.

[62] Così, da ultimo, sent. n. 73/2025, cit. A proposito del bilanciamento tra le istanze di deflazione carceraria e la vita privata e familiare del detenuto straniero, v., con riguardo alle novità introdotte dal c.d. decreto Lamorgese (art. 1 co. 1 lett. *e*, n. 1, d.l. 21.10.2020 n. 130, conv. con modif. in l. 18.12. 2020 n. 173), L. Siracusa, *L'espulsione dello straniero tra apparenza e realtà*, in *Foro it., Gli Speciali*, 3/2021, 329 ss. Successivamente, tuttavia, il c.d. decreto Cutro, cit., ha modificato l'art. 19 co. 1.1 TuImm, eliminando i riferimenti ai vincoli famigliari e sociali di cui al terzo e al quarto periodo, modifica che dunque ha riaperto il problema relativo alla possibilità di bilanciarli con le esigenze deflattive.

[63] Per la significativa considerazione secondo cui «l'espulsione possa costituire in concreto per lo straniero, non

4. L'utilizzo, nel governo dei fenomeni migratori, di misure mutuate dal diritto penale, costituisce la terza e ultima direttrice della *crimmigration*. All'interno di questa direttrice si collocano gli strumenti in grado di incidere sulla libertà personale e su altri diritti fondamentali con modalità coattive tipiche delle misure penali. Di seguito ci occuperemo, in particolare, della detenzione amministrativa di stranieri e richiedenti asilo, nonché delle sanzioni pecuniarie e reali previste dalla recente disciplina sullo svolgimento di attività di ricerca e soccorso in mare.

4.1. Una costante delle politiche migratorie italiane degli ultimi (ormai quasi) trent'anni è rappresentata dal trattenimento amministrativo degli stranieri irregolari o il cui status è in fase di definizione. Il decreto sicurezza 2026, autorizzando la costruzione di nuovi centri di trattenimento anche in deroga alla disciplina vigente fino al 31 dicembre 2028, riflette l'intento del legislatore di coltivare questa strategia, anche con interventi a carattere straordinario[64].
Sono due le tipologie di centro nelle quali di regola si svolge l'*immigration detention* italiana: i «centri di permanenza per i rimpatri» (CPR), destinati ad ospitare i migranti irregolari oggetto di provvedimenti espulsivi, allorquando non sia possibile eseguire con immediatezza l'espulsione o il respingimento alla frontiera (art. 14 TuImm), ovvero alcune categorie di richiedenti asilo (art. 6, 6-*bis* e 6-*ter*. d.lgs. 18.9.2015 n. 142); i «punti di crisi» (e le «strutture analoghe»), destinati ad ospitare, in attuazione del c.d. approccio *hotspot* europeo[65], tanto «lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera esterna o a seguito di operazioni di salvataggio in mare» (art. 10-*ter* co. 1 TuImm), quanto, anche qui, alcune categorie di richiedenti asilo (artt. 6 e art. 6-*bis* d.lgs. 142/2015). La disciplina del trattenimento in fase di ingresso è stata peraltro oggetto di recentissime modifiche ad opera del d.l. 12.6.2026 n. 100, non ancora convertito nel momento in cui si scrive, finalizzato a dare attuazione del Patto UE sull'immigrazione e l'asilo e segnatamente alla nuova direttiva accoglienza (2024/1346), al regolamento accertamenti (2024/1356), nonché ai regolamenti sulle procedure di asilo e di rimpatrio alla frontiera (rispettivamente 2024/1348 e 2024/1349)[66].
In questa sede ci si limita a segnalare che, sul piano sostanziale, sono state ampliate le ipotesi in cui il richiedente asilo può essere privato della libertà (in particolare, introducendo un'ampia

già un beneficio, ma una sanzione alternativa dal contenuto ancor più afflittivo di quello proprio di una pena detentiva», v. C. cost., 10.2.1994 n. 62, relativa a un'ipotesi di espulsione giudiziale, sostitutiva della pena detentiva o della custodia cautelare, oggi non più in vigore (art. 7 d.l. 30.12.1989 n. 416, conv. dalla l. 28.2.1990 n. 39). Il passaggio riportato è stato testualmente richiamato, con specifico riguardo all'art. 16 co. 1 TuImm, da Cass. 1.12.2012 n. 52, *CEDCass*, m. 249435.

[64] La novella è racchiusa nell'art. 30 del decreto: «Al fine di assicurare l'efficace attuazione del Patto europeo sulla migrazione e l'asilo, adottato dal Consiglio dell'Unione europea in data 14 maggio 2024, il Ministero dell'interno è autorizzato a derogare, fino al 31 dicembre 2028, per la localizzazione, la costruzione, l'acquisizione, il completamento, l'adeguamento e la ristrutturazione delle strutture e infrastrutture destinate all'assistenza, all'accoglienza e al trattenimento dei cittadini stranieri, ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea».

[65] A proposito del c.d. approccio *hotspot*, v. G. Maccarrone, *Il trattenimento de facto all'interno ed oltre il sistema hotspot alla luce della giurisprudenza nazionale e della CEDU*, in A. Del Guercio, F. Rondine (a cura di), *Frontiere, solidarietà, diritti. Il governo delle migrazioni in Europa e in Italia*, Editoriale Scientifica 2025, 243-246; G. Campesi, *Normalising the hotspot approach. An Analysis of the Commission's Most Recent Proposals*, in S. Carrera, D. Curtis, A. Geddes (eds.), *Twenty Year Anniversary of the Tampere Programme: Europeanisation Dynamics of the EU Area of Freedom, Security and Justice*, EUI, 2020, 93 ss.

[66] Sul nuovo *iter* procedimentale alla frontiera tracciato dagli strumenti citati, v. E. Celoria, F. Rondine, *Escludere e disciplinare*, cit., 7-13. Sul nuovo Patto UE, in generale, v. *supra*, 1.

nozione di «rischio di fuga» all'art. 5-*sexies* d.lgs. 142/2015), nonché la durata massima del trattenimento, che passa da quattro a dodici settimane (art. 6-*bis* d.lgs. 142/2015); sul piano procedurale, con specifico riguardo ai trattenimenti disposti ai sensi dell'art. 10-*ter* TuImm, è stata introdotta una nuova figura di «fermo», della durata massima di 72 ore, soggetta a convalida da parte del giudice di pace e, in caso di «rischio di fuga», destinata a evolvere in un trattenimento fino a 28 giorni.

La durata del trattenimento ha oscillato, nel corso degli anni e a seconda delle categorie di stranieri coinvolti, tra i 20 *giorni* e i 18 *mesi*; quest'ultima rappresenta la durata massima attualmente consentita dalla direttiva rimpatri[67], ed è prevista per i migranti irregolari oggetto di espulsione.

Le criticità di questo strumento, da sempre oggetto di sferzanti critiche da parte della dottrina e delle organizzazioni per la tutela dei diritti dei migranti, cominciano dal piano normativo e si riversano su quello pratico-applicativo, e possono agevolmente inquadrarsi in una più ampia tendenza all'indebolimento dell'*habeas corpus* per finalità securitarie[68].

Per quanto riguarda il trattenimento negli *hotspot* dei migranti rintracciati alle frontiere o soccorsi in mare (art. 10-ter TuImm), il *vulnus* alla libertà personale è stato determinato, nel corso degli anni, dalla manifesta laconicità della disposizione in relazione ai presupposti del trattenimento, nonché dalla radicale assenza di forme di controllo giurisdizionale[69]. Le modifiche, sopra richiamate, introdotte in attuazione del nuovo Patto UE, dovrebbero quanto meno porre fine a una prassi di detenzioni *de facto*, ma generano a loro volta numerosi dubbi in ordine all'effettività della tutela giurisdizionale, tenuto conto, oltre che della natura onoraria dell'organo accertante, anche dell'estrema complessità della disciplina, frutto di intricati richiami tra fonti nazionali e fonti regolamentari UE. In relazione agli stranieri in attesa di espulsione, la disciplina risulta comunque carente sia in ragione della mancata previsione dei *modi* del trattenimento (anche qui, dunque, in violazione dell'art. 13 Cost., profilo sul quale si tornerà a breve); sia alla luce del depotenziamento della tutela giurisdizionale, affidata in fase di convalida del trattenimento a giudici non togati, i quali nella stragrande maggioranza dei casi effettuano, in tempi contingentati e nel corso di udienze prive di assistenza linguistica e legale adeguate, un controllo meramente cartolare dal quale scaturiscono sentenze "prestampate" anziché individualizzate[70].

---

[67] La direttiva rimpatri non è stata toccata dal nuovo Patto UE sull'immigrazione e l'asilo, ma è comunque destinata a essere sostituita dal regolamento sui rimpatri, sul quale l'1 giugno 2026 è stato raggiunto un accordo politico provvisorio da parte di Parlamento e Consiglio UE (cfr. Council of the EU, *Council and Parliament reach deal on returns of illegally staying third-country nationals*, 1.6.2026, in www.consilium.europa.eu). Il termine massimo di trattenimento è fissato dall'art. 15 co. 6. Per completezza si ricorda che, in Italia, il termine massimo pari a 18 mesi è stato introdotto dal d.l. 19.9.2023 n. 124, conv. con modif. in l. 13.11.2023, n. 162. In precedenza era stato fissato a 120 giorni dal d.l. 21.10.2020 n. 130, cit. (c.d. decreto Lamorgese). Per le modifiche dei termini succedutesi fino al decreto sicurezza 2018 compreso, v. A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione"*, cit., 167 ss.; F. Cancellaro, *La libertà personale dello straniero: l'estensione della durata massima del trattenimento amministrativo nei C.P.R. e disposizioni per la realizzazione dei centri*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pacini 2019, 60.

[68] Su questo tema si veda l'articolato studio di M. Daniele, Habeas Corpus. *Manipolazioni di una garanzia*, Giappichelli 2017.

[69] Cfr. S. Cassibba, *Il "trattenimento" del migrante irregolare nei «punti di crisi» ex art. 10-ter d.lgs n. 286 del 1998 nel prisma della convenzione europea*, in *QuestG*, 24.7.2017.

[70] In merito alle criticità inerenti al meccanismo della convalida e più in generale allo svuotamento di contenuto della libertà personale degli stranieri, v. A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri e le sue incostituzionali metamorfosi*, in *Quaderni Costituzionali* 2014, 3, 588; M. Pelissero, *Il vagabondo oltre confine*, cit., 63-66; G. Savio, *I trattenimenti*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 84-88.

Numerose, infine, le criticità relative alla disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo[71]. Ci limitiamo in questa sede a segnalarne due, venute di recente all'attenzione della prassi. La prima criticità, riguardante le misure alternative al trattenimento, nasce in un contesto normativo che è stato superato dalla disciplina attuativa del nuovo Patto UE; a nostro avviso, tuttavia, è destinata a ripresentarsi anche in futuro. Fino al 12 giugno 2026, l'art. 6-*bis* del d.lgs. 142/2015 prevedeva due misure alternative al trattenimento che i richiedenti asilo non potevano quasi mai soddisfare, ossia la consegna del passaporto o la prestazione di una garanzia finanziaria. Ritenendo che tale assetto frustrasse la logica della detenzione come *extrema ratio*, sancita dalla direttiva accoglienza e da un'importante sentenza della Corte di giustizia[72], un giudice italiano aveva rigettato la richiesta di convalida del trattenimento e disposto il rilascio dell'interessato[73]. Oggi, il d.l. 100/2026 ha aggiunto al d.lgs. 142/2015 l'art. 6-*quater*, che estende il ventaglio delle misure alternative al trattenimento, aggiungendone due, mutuate dalla nuova direttiva accoglienza 2024/1346 (la quale, sul punto, ha sostanzialmente riprodotto la precedente): l'obbligo di dimora e l'obbligo di presentazione presso un ufficio della forza pubblica. Tuttavia, l'applicabilità di entrambe tali misure è subordinata all'ulteriore condizione che «il richiedente abbia attivamente collaborato per la sua identificazione»: un requisito, quest'ultimo, non previsto dalla direttiva, che dunque getta un'ombra di illegittimità anche sulla nuova disciplina italiana.

La seconda criticità sulla quale si intende portare l'attenzione riguarda la formulazione dell'art. 6 co. 2 d.lgs. 142/2015, che alle lett. *b* e *c* (rimaste immutate dopo il 12 giugno 2026) prevede, quali cause alternative di trattenimento del richiedente, rispettivamente che questi si trovi nelle condizioni di cui all'art. 13, co. 1 TuImm (si tratta, come si ricorderà, della disposizione che prevede l'espulsione ministeriale per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato) ovvero che costituisca un pericolo per l'ordine o la sicurezza pubblica. Testualmente, la disposizione sembrerebbe pertanto prevedere solo in quest'ultimo caso la verifica in concreto della pericolosità, rimandando invece, nel primo caso, alla valutazione "incorporata" nel provvedimento espulsivo ministeriale. Il tema si è posto nella già ricordata vicenda relativa all'imam torinese, il quale aveva richiesto asilo in Italia, ed era stato trattenuto *ex* art. 6 co. 2 lett. *b* d.lgs. 142/2015, dopo essere stato raggiunto nel novembre 2025 da un provvedimento di

[71] Sul tema, con particolare riguardo al giro di vite impresso dal decreto sicurezza 2018, v. A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione"*, cit., 184-188; E. Valentini, L. Gennari, *Le ulteriori novità concernenti la libertà personale dello straniero: il trattenimento del richiedente protezione internazionale e le nuove disposizioni sulle modalità di esecuzione dell'espulsione*, in F. Curi (a cura di), *Il Decreto Salvini*, cit., 67 ss. Per una più recente disamina di ampio respiro, v. E. Celoria, *La detenzione del richiedente asilo alla frontiera: evoluzioni giurisprudenziali in cerca del principio di proporzionalità*, in A. Del Guercio, F. Rondine (a cura di), *Frontiere, solidarietà*, diritti, cit., 187 ss.

[72] L'art. 8, par. 4 della direttiva 2013/33/UE (oggi sostanzialmente riprodotto nell'art. 10, par. 5 della nuova direttiva accoglienza 2024/1346) imponeva agli Stati membri di prevedere «disposizioni alternative al trattenimento, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria o l'obbligo di dimorare in un luogo assegnato». Tali disposizioni sono state oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia, la quale, tra l'altro, ha sancito il principio secondo cui «Gli articoli 8 e 9 della direttiva 2013/33 devono essere interpretati nel senso che ostano, in primo luogo, a che un richiedente protezione internazionale sia trattenuto per il solo fatto che non può sovvenire alle proprie necessità, in secondo luogo, a che tale trattenimento abbia luogo senza la previa adozione di una decisione motivata che disponga il trattenimento e senza che siano state esaminate la necessità e la proporzionalità di una siffatta misura» (C.G.UE, Grande Sezione, 14.5.2020, *Országos Idegenrendeszeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19).

[73] Trib. Catania, 29.9.2023, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2023, 2. Per un commento v. C. Favilli, *Presupposti, limiti e garanzie applicabili al trattenimento del richiedente protezione internazionale soggetto a procedure di frontiera: commento al decreto del tribunale di Catania del 29 settembre 2023, in Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2023, 3.

espulsione per motivi di sicurezza dello Stato *ex* art. 13 co. 1 TuImm[74]. A dispetto del riportato dato letterale, la Corte di cassazione ha ritenuto che l'accertamento in concreto della pericolosità debba essere eseguito anche in queste ipotesi, cosicché il trattenimento risponda ai requisiti di necessità e proporzionalità in senso stretto, in conformità alla Costituzione e al diritto dell'Unione europea[75].

Passando al piano empirico, il trattenimento risulta *inefficace* rispetto al dichiarato scopo di facilitare il rimpatrio[76], profilo a sua volta suscettibile di riverberarsi sul piano della stessa *legittimità* della detenzione, in ragione del venire meno di quel nesso di *strumentalità*, imposto dalla direttiva rimpatri, tra la privazione della libertà e l'allontanamento dello straniero[77]. Al contempo, le condizioni di vita nei CPR italiani risultano scandalosamente carenti in termini igienico-sanitari, con punte di degrado che raggiungono la soglia dei trattamenti inumani e degradanti[78]. Questioni come gli spazi di permanenza, la possibilità di comunicare con l'esterno, l'accesso alle cure mediche, il trattamento delle persone vulnerabili e la gestione del disagio psichico, rimangono ad oggi prive non solo di soluzioni soddisfacenti ma anche, a monte, di un'attenzione istituzionale che lasci intravedere l'adozione di rimedi nel prossimo futuro.

Sebbene la drammaticità della *immigration detention* italiana sia oramai acclarata, relativamente pochi e ancora non del tutto risolutivi sono stati gli interventi della Corte costituzionale che hanno finora provato a porvi rimedio. Il primo in ordine cronologico è rappresentato dalla già citata sentenza n. 105/2001, la quale, se da un lato ha avuto il merito di riconoscere l'ovvio, cioè che il trattenimento amministrativo è una forma di privazione della libertà personale[79], dall'altro lato, è bene ricordarlo, ha dichiarato non fondata la questione di

---

[74] V. *supra*, 3.4.

[75] Cass. 27.2.2026 n. 8261. La Corte ha respinto il ricorso presentato dal Ministero dell'interno e dalla Questura di Torino avverso il decreto con il quale la Corte d'appello di Torino, in sede di riesame del trattenimento inizialmente disposto ed eseguito presso il CPR di Caltanissetta, aveva negato la sussistenza dei presupposti di pericolosità e aveva ordinato il rilascio dell'imam. Per una più ampia ricostruzione della vicenda, v. C. Pasini, *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*, in *Sistema penale*, 21.4.2026.

[76] I dati dimostrano, in particolare, che il prolungamento dei termini massimi di trattenimento non determina un aumento dei tassi di rimpatri eseguiti. Sul punto v. il report *Trattenuti. Una radiografia del sistema detentivo per stranieri*, a cura di ActionAid Italia e del Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università di Bari, 30.9.2024: «I dati che abbiamo raccolto suggeriscono che nel periodo 2014-2023 sia sensibilmente aumentato il periodo di tempo che le persone spendono in detenzione. All'aumento del tempo mediamente speso in detenzione non corrisponde tuttavia una maggiore efficacia della politica di rimpatrio» (p. 28).

[77] Nesso di strumentalità ribadito dalla Corte di giustizia in due importanti pronunce: C.G.UE, 30.11.2009, *Kadzoev*, C-357/09 PPU, nonché C.G.UE, 5 giugno 2014, *Mahdi*, C-146/14 PPU. A proposito dell'intrinseca sproporzione di una privazione di libertà inidonea a garantire il risultato perseguito, A. Algostino, *Il decreto "sicurezza e immigrazione"*, cit., 183.

[78] Per una recente e approfondita inchiesta, v. L. Figoni, L. Rondi, *Gorgo CPR. Tra vite perdute, psicofarmaci e appalti milionari*, Altraeconomia, 2024. Le precarie condizioni di trattenimento nei centri per stranieri sono altresì dettagliatamente descritte, e in alcuni casi esplicitamente qualificate come inumane e degradanti, nell'ultimo rapporto pubblicato dal Comitato per la Prevenzione della Tortura del Consiglio d'Europa, all'esito della visita *ad hoc* condotta dal 2 a 12 aprile 2024 (CPT/Inf (2024) 34). Da ultimo, il perdurare della situazione è stato confermato da Mario Serio, membro del Collegio del Garante dei diritti delle persone private della libertà personale, nell'intervista intitolata «*CPR come carceri, ma non c'è tutela per i diritti dei prigionieri*», pubblicata dal quotidiano *L'Unità* il 15 aprile 2026, p. 7.

[79] Si riporta il passaggio rilevante della motivazione: «se si ha riguardo al suo contenuto, il trattenimento è quantomeno da ricondurre alle 'altre restrizioni della libertà personale', di cui pure si fa menzione nell'art. 13 della Costituzione. Lo si evince dal comma 7 dell'art. 14, secondo il quale il questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede a ripristinare senza ritardo la misura ove questa venga violata. Si determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si

legittimità del meccanismo di convalida giurisdizionale *ex* art. 14 TuImm, che i rimettenti consideravano una mera ratifica dell'operato dell'autorità di pubblica sicurezza, come tale incompatibile con la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. La questione, forse, avrebbe avuto maggiori *chances* di accoglimento laddove i rimettenti avessero enfatizzato la violazione del rapporto regola/eccezione stabilito dall'art. 13 Cost., violazione insita nella previsione del decreto del questore (anziché di un atto dell'autorità giudiziaria) come unica modalità attraverso cui disporre il trattenimento dello straniero irregolare[80].
Nella successiva sentenza n. 222/2004 la Corte ha giudicato illegittima, per violazione degli artt. 13 e 24 Cost., la disposizione, successivamente oggetto di modifica legislativa, che prevedeva che il provvedimento di accompagnamento alla frontiera fosse *eseguito prima* della convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Ancora, la sentenza n. 275/2017, pur dichiarando inammissibili le questioni, ha incidentalmente riconosciuto la necessità che anche il respingimento differito con accompagnamento alla frontiera sia disciplinato in conformità all'art. 13 Cost., e dunque subordinato alla previa convalida giurisdizionale. Arriviamo, così, alla più recente sentenza n. 39/2025, la quale, con riferimento al regime delle impugnazioni contro i provvedimenti di convalida e proroga del trattenimento, come ridisegnato dal d.l. 11.10.2024 n. 145, conv. con modif. dalla l. 9.12.2024 n. 187 (d'ora in avanti "decreto flussi 2024"), ha dichiarato l'illegittimità del rinvio operato dall'art. 14 co. 6 TuImm alla procedura in materia di mandato d'arresto europeo *consensuale*, anziché a quella in materia di mandato d'arresto europeo *ordinario*, ritenendo manifestamente irragionevole l'estensione al giudizio di legittimità sulla convalida del trattenimento una disciplina caratterizzata, proprio in ragione del consenso dell'interessato, da speditezza e semplificazione, come tale strutturalmente inidonea ad assicurare alle parti del procedimento di convalida del trattenimento un momento di confronto dialettico scritto o orale[81]. Rinviando al prossimo paragrafo la trattazione della sentenza n. 96/2025, si segnala che, da ultimo, la sentenza n. 40/2026, pur dichiarando le questioni inammissibili per difetto di rilevanza, ha richiamato l'attenzione del legislatore sulla necessità di conformare uno specifico segmento della disciplina sul trattenimento dei richiedenti asilo all'art. 13 della Costituzione: si tratta, in particolare, di emendare la disciplina di cui all'art. 6 co. 2-*bis* d.lgs. 142/2015, al fine di evitare che, nelle quarantotto ore intercorrenti tra la mancata convalida di un primo provvedimento di trattenimento (disposto *ex* art. 6 co. 3 d.lgs. 142/2015, in ragione della ritenuta natura pretestuosa della domanda di asilo) e la successiva la convalida di un secondo provvedimento (adottato *ex* art. 6 co. 2 d.lgs. 142/2015, ad esempio per rischio di fuga o pericolosità per l'ordine o la sicurezza pubblica) lo straniero venga trattenuto appunto *ex lege*, in assenza di convalida giurisdizionale.

4.2. Con quasi trent'anni di ritardo rispetto all'introduzione dell'*immigration detention* in Italia, la Corte costituzionale ha di recente accertato che la disciplina sui CPR arreca un *vulnus* alla riserva assoluta di legge di cui all'art. 13 Cost., dal momento che non contiene un'adeguata definizione dei *modi* del trattenimento[82]. In particolare, l'art. 14 co. 2 TuImm, si limita ad un

verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (cons. in dir., n. 4). Il principio è stato successivamente ribadito, con riferimento al trattenimento dei richiedenti asilo, da C. cost. 25.10.2023 n. 212 (cons. in dir. n. 2.1.).

[80] Cfr., tuttavia, Cass. 29.5.2025 n. 20181, che ha ritenuto manifestamente infondata una questione sollevata proprio in questi termini, ancorché con riferimento al trattenimento di un richiedente asilo *ex* art. 6 d.lgs. 142/2015, disciplina che peraltro segue la medesima scansione dell'art. 14 TuImm (decreto del questore, seguito da convalida giurisdizionale, in questo caso da parte della Corte d'appello).

[81] Per un commento v. A. Stevanato, *Il trattenimento amministrativo delle persone straniere nella sentenza n. 39 del 2025 della Corte costituzionale. Una conclusione ancora interlocutoria*, in *Oss. AIC* 2025, 5, 65 ss.

[82] C. cost., 9.6.2025 n. 96. Tra i commenti, oltre a quelli di seguito citati, v. A. Natale, *I CPR e la Costituzione. Il rischio di una impasse. Il rischio di zone franche*, in *QuestG*, 7.7.2025.

generico riferimento alla necessità di garantire «adeguati standard igienico-sanitari e abitativi» e il rispetto della «dignità» dei ristretti, rinviando per il resto all'art. 21 co. 8 d.P.R. 31.9.1999 n. 394; disposizione quest'ultima che, tuttavia, non solo non è un atto con forza e valore di legge, ma a sua volta demanda all'autorità amministrativa[83] l'adozione delle «disposizioni occorrenti per la regolare convivenza all'interno del centro, comprese le misure strettamente indispensabili per garantire l'incolumità delle persone, nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite»[84]. Alla luce di questo quadro normativo, la Corte costituzionale ha osservato quanto segue: «Rimettendo, pertanto, pressoché l'intera disciplina della materia a norme regolamentari e a provvedimenti amministrativi discrezionali, il legislatore è venuto meno all'obbligo positivo di disciplinare con legge i "modi" di limitazione della libertà personale, eludendo la funzione di garanzia che la riserva assoluta di legge svolge in relazione alla libertà personale nell'art. 13, secondo comma, Cost.»[85].

All'accertamento del *vulnus* costituzionale non ha fatto seguito, tuttavia, l'attesa declaratoria di illegittimità. La Corte, infatti, ha ritenuto che gli strumenti di controllo di costituzionalità delle leggi non le consentissero di colmare la lacuna riscontrata, non sussistendo, a suo giudizio, soluzioni rintracciabili nel diritto vigente estendibili alla disciplina sotto scrutinio. Significativamente, la Corte ha chiarito che «Non può in tale prospettiva offrire precisi punti di riferimento nemmeno l'ordinamento penitenziario, dovendo la detenzione amministrativa presso il CPR restare estranea a ogni connotazione di carattere sanzionatorio»[86]. La conclusione è coerente con le premesse: «Ricade, perciò, necessariamente sul legislatore […] l'ineludibile dovere di introdurre una disciplina compiuta che detti, in astratto e in generale per tutti i soggetti trattenuti, contenuti e modalità delimitativi della discrezionalità dell'amministrazione, in maniera che il trattenimento degli stranieri assicuri il rispetto dei diritti fondamentali e della dignità della persona senza discriminazioni (quanto, indicativamente, alle caratteristiche degli edifici e dei locali di soggiorno e pernottamento, alla cura dell'igiene personale, all'alimentazione, alla permanenza all'aperto, all'erogazione del servizio sanitario, alle possibilità di colloquio con difensore e parenti, alle attività di socializzazione)»[87].

Sul piano dei rimedi esperibili, la Corte ha altresì ritenuto inammissibile la questione che censurava, per violazione, tra l'altro, degli artt. 24, 111 Cost. e 5 Cedu, la mancata previsione di una disciplina volta ad approntare una tutela giurisdizionale specifica delle posizioni soggettive dei soggetti trattenuti nei CPR. Anche su questo fronte la Consulta ha ritenuto indispensabile l'intervento del legislatore, specificando che, nel frattempo, i trattenuti potranno avvalersi degli ordinari rimedi civilistici *ex* art. 2043 Cc e 700 Cpc.

La pronuncia, pur costituendo una tappa fondamentale nella ricostruzione dello statuto costituzionale della libertà personale degli stranieri irregolari, da anni sotto la lente della dottrina più sensibile[88], presta il fianco a diversi ordine di critiche. Discutibile, in primo luogo,

---

[83] Segnatamente il «prefetto, sentito il questore, in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del centro e delle direttive impartite dal Ministro dell'interno».

[84] Con riferimento all'inadeguatezza delle fonti secondarie a disciplinare i modi del trattenimento nei CPR, si veda anche, sul versante amministrativo dei capitolati d'appalto, M. Ragusa, *Il Consiglio di Stato si pronuncia sui CPR*, in *Giustizia Insieme*, 18.2.2026.

[85] Cons. in dir., n. 10.2.

[86] Cons. in dir., n. 11.

[87] *Ibidem*.

[88] Cfr. A. di Martino, *La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo (Archivio 2010-2019)*, 11.5.2012; A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 580; A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 66-71; 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*, in *QuestG*,

appare l'affermazione relativa all'inesistenza di *tertia comparationis* idonei a colmare le lacune riscontrate. A tale riguardo, l'argomento relativo al carattere "non sanzionatorio" del trattenimento dei CPR, oltre che dichiarato in termini piuttosto apodittici (sul punto v. anche *infra*, 4.5.), non pare sufficiente ad escludere in radice l'applicabilità in via analogica di almeno alcune disposizioni dell'ordinamento penitenziario[89]. In ogni caso, anche a volere ritenere che l'ordinamento non offra soluzioni precostituite utilizzabili, ciò a nostro avviso non comportava, quale unico sbocco possibile, l'avallo di fatto di prassi detentive illegittime[90], accompagnato dall'incoraggiamento ad attivare i comuni strumenti civilistici in attesa dell'intervento del legislatore (strumenti la cui inadeguatezza è recentemente emersa in una vicenda giunta all'attenzione della Corte di Strasburgo)[91]. Invero, a volere fare sul serio con il principio, dalla medesima pronuncia scolpito a chiare lettere, secondo cui «Gli interessi pubblici incidenti sulla materia dell'immigrazione non possono […] scalfire il carattere universale della libertà personale»[92], la Corte ben avrebbe potuto dichiarare l'incostituzionalità *tout court* del trattenimento nei CPR, per violazione dell'art. 13 Cost.; o alternativamente porre un termine al Parlamento per legiferare, percorrendo una strada già spianata rispetto a diverse materie[93], così provando quanto meno a ridurre il lasso temporale durante il quale i giudici si troveranno ad applicare una disciplina la cui incostituzionalità è stata pienamente accertata (ancorché non dichiarata)[94].

4.3. Di recente, come è noto, la detenzione amministrativa è stata elevata a strumento di *esternalizzazione* delle frontiere nazionali, mediante l'avvio della collaborazione con uno Stato esterno all'UE, l'Albania, finalizzata alla realizzazione di centri per il trattenimento di stranieri sul suolo albanese[95].

10.5.2022.

[89] Nel senso della percorribilità della strada che la Corte invece nega v. anche F. Pallante, *L'incerta tutela della legalità costituzionale nel caso degli stranieri irregolari*, in *QuestG*, 25.7.2025.

[90] Per uno sguardo ai primi orientamenti espressi dai giudici successivamente alla sentenza, v. F. Biondi Dal Monte, *La detenzione amministrativa viola la riserva di legge (ma spetta al legislatore rimediare)*, in *Quaderni costituzionali* 2025, 3, 714.

[91] C. eur., 9.4.2026, *H.D. c. Italia*, in *Sistema penale*, 13.4.2026, con nota di G.L. Gatta, *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.* La Corte, pur richiamando adesivamente l'intervento della Consulta e dunque mostrando di ritenere astrattamente adeguato il rimedio da essa suggerito (§51), ha dovuto constatarne l'inefficacia nel caso concreto, e ha conseguentemente dichiarato la violazione, oltre che dell'art. 5 Cedu, anche dell'art. 13 Cedu (§105). Per una critica di ordine generale in merito all'efficacia dei rimedi civilistici comuni nella materia che ci occupa, cfr. P. Biavati, *Tutela d'urgenza e trattenimento amministrativo*, in *QuestG*, 25.9.2025; nonché, con toni più radicali, F. Pallante, *L'incerta tutela*, cit.

[92] Cons. in dir., n. 9.

[93] In questo senso, ancora, F. Pallante, *L'incerta tutela*, cit.; A. Ciervo, *La quarantanovesima ora*, cit., 247, che critica in maniera netta l'opzione a favore della sentenza "monito", a valle della quale continueranno verosimilmente a essere convalidati trattenimenti illegittimi; nonché A. Natale, *I CPR e la Costituzione*, cit., il quale sul punto soggiunge: «la (eventuale) rimozione della disciplina dei CPR (la cui incostituzionalità è stata accertata ma non dichiarata) non avrebbe pregiudicato in modo irrimediabile l'interesse alla ordinata gestione dei flussi migratori […]: anche laddove la Consulta avesse optato per un intervento demolitivo, infatti, sarebbe restata sempre salva la possibilità di disporre l'allontanamento immediato alla frontiera (ove ne sussistano i presupposti) o quella di imporre al cittadino straniero irregolarmente presente nel territorio dello Stato le misure alternative al trattenimento previste dall'art. 14, co. 1-bis, d. lgs. n. 286 del 1998».

[94] Su questo paradosso, v. ancora A. Natale, *I CPR e la Costituzione*, cit., anche per alcune considerazioni sulle soluzioni già percorse e possibilmente percorribili da parte dei giudici chiamati a convalidare i trattenimenti.

[95] Sul tema v. E. Celoria, A. De Leo, *Il Protocollo Italia-Albania e il Diritto dell'Unione europea: una relazione complicata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2024, 1; F. Mussi, *Il Protocollo Italia-Albania in materia migratoria: verso un inedito modello di "de-territorializzazione" delle procedure di frontiera e di rimpatrio?*, in A. Del Guercio, F. Rondine (a cura di), *Frontiere, solidarietà, diritti*, cit., 351 ss.; A. Del Guercio, *Lasciate ogni*

Giova preliminarmente ricordare che l'etichetta "esternalizzazione" viene utilizzata per indicare misure di contenuto eterogeneo, e di impatto profondamente diverso sui diritti fondamentali, quali, ad esempio, il sistema dei visti, la creazione di zone d'attesa, ovvero gli accordi con Paesi terzi finalizzati, a loro volta, a contenere le partenze o i transiti, oppure, come nel caso che ci occupa, a ospitare temporaneamente i migranti per conto dello Stato di destinazione[96]. La maggior parte di queste strategie sono accomunate dall'obiettivo di *prevenire* gli ingressi irregolari (si parla infatti di politiche *non-entrée*), in questo modo evitando che gli esuli acquisiscano la titolarità di una serie di diritti e garanzie giudicati disfunzionali – nella prospettiva statale – al loro successivo allontanamento[97]. Il nuovo Patto UE sull'immigrazione e l'asilo riflette questa logica là dove prevede, mediante diverse disposizioni disseminate tra alcuni degli strumenti che lo compongono (*in primis*, l'art. 6 del regolamento *screening*, 2024/1356 e l'art. 54 del regolamento procedure, 2024/1348), la c.d. finzione di non ingresso, ossia la regola in virtù della quale la persona straniera, pur essendo fisicamente presente in uno spazio territoriale controllato dallo Stato membro, giuridicamente non è ancora considerata autorizzata a entrare nel territorio nazionale[98].Inoltre, il nuovo regolamento sui rimpatri, non ancora in vigore nel momento in cui si scrive, dovrebbe in futuro fornire la base giuridica per la stipulazione di accordi interstatali destinati, tra l'altro, a disciplinare il trattenimento *offshore*[99].

L'intesa italo-albanese – che in tale prospettiva rappresenta un esperimento in piccola scala di politiche di esternalizzazione destinate a generalizzarsi a livello europeo – si fonda su un Protocollo, siglato nel 2023[100] e ratificato con legge ordinaria l'anno seguente[101], in base al quale l'Albania concede all'Italia il «diritto all'utilizzo» di porzioni di territorio, definite «Aree», a titolo gratuito, per la durata di cinque anni e tacitamente rinnovabile per altri cinque. Il Protocollo conferisce all'Italia la facoltà di realizzare, sulle «Aree», le «strutture» indicate nell'Allegato 1 del Protocollo stesso, ossia Shëngjin (all'interno dell'omonimo porto), «per le procedure di ingresso»; e Gjadër (ex base militare nell'entroterra), «per l'accertamento dei

speranza, o voi che… sperate di entrare. Osservazioni a margine dell'intesa Italia-Albania, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2024, 2, 548 ss.; L. Masera, *L'esternalizzazione della detenzione: i centri in Albania*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 137 ss.

[96] Per un inquadramento del tema, v., *ex multis*, J.C. Hathaway, T. Gammeltoft-Hansen, *Non-Refoulement in a World of Cooperative Deterrence*, in *Columbia Journal of Transnational Law* 2015, 2, 235 ss.; S.F. Nicolosi, *Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law*, in *Netherlands International Law Review* 2024, 1 ss.; V. Mitsilegas, *The EU external border as a site of preventive (in)justice*, in *European Law Journal* 2022, 4-6, 263 ss.

[97] In questi termini, J.C. Hathaway, T. Gammeltoft-Hansen, *Non-Refoulement*, cit., 241 s.

[98] Si è parlato, in dottrina, di «disarticolazione tra la presenza fisica del cittadino di Paese terzo sul territorio e la sua autorizzazione formale all'ingresso […] uno spazio giuridico liminale, in virtù del quale soltanto l'ammissione formale dello straniero sul territorio conferisce al soggetto uno status che lo sottopone al regime giuridico ordinario»: così E. Celoria, F. Rondine, *Escludere e disciplinare*, cit., 5, a cui si rinvia per ulteriori approfondimenti su questo istituto.

[99] La disposizione chiave, nel testo di compromesso attualmente disponibile (pubblicato congiuntamente al *press release Council and Parliament reach deal on returns of illegally staying third-country nationals*, 1.6.2026, in www.consilium.europa.eu), è l'art. 17, rubricato «*Return to a third country with which there is an agreement or arrangement*». La disposizione consente il rimpatrio di stranieri irregolari verso un Paese terzo diverso da origine/transito, quando appunto esista un accordo con quel Paese. È espressamente previsto che l'accordo possa includere le condizioni per la detenzione nel Paese terzo.

[100] Il nome completo dell'atto, allegato alla legge di ratifica (v. nota seguente), è «Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria».

[101] L. 21.2.2024 n. 14, recante «Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno».

presupposti per il riconoscimento della protezione internazionale e per il rimpatrio dei migranti non aventi diritto all'ingresso e alla permanenza nel territorio italiano». I «migranti» sono a loro volta definiti «cittadini di Paesi terzi e apolidi per i quali deve essere accertata la sussistenza o è stata accertata l'insussistenza dei requisiti per l'ingresso, il soggiorno o la residenza nel territorio della Repubblica Italiana»[102]. Il Protocollo non usa il termine "trattenimento", tanto meno "detenzione" o equivalenti, bensì espressioni più sfumate come «permanenza» e «accoglienza», ma è univoco nel prevedere che i centri costituiscano luoghi chiusi: in particolare, è previsto che le autorità italiane impediscono l'uscita dei migranti e che in caso di fuga le autorità albanesi li debbano ricondurre nel centro[103].
Uno dei pilastri sui quali si regge l'intesa italo-albanese è rappresentata dall'applicabilità della legge italiana, a sua volta in larga parte di derivazione europea, e dalla sussistenza della giurisdizione italiana[104]. Ciò significa che la natura giuridica delle aree e delle strutture, nonché lo status delle persone ivi trattenute, sono determinati in base al testo unico immigrazione e alla disciplina in materia di asilo; inoltre, significa che per le convalide dei trattenimenti e per le eventuali controversie è competente l'autorità giudiziaria italiana, e segnatamente gli uffici giudiziari di Roma. Contestualmente, viene introdotto un nuovo criterio speciale di applicabilità della legge penale italiana per i reati eventualmente commessi all'interno delle strutture, accompagnato dalla previsione della giurisdizione (penale) italiana e della realizzazione di sotto-strutture per l'esecuzione della custodia cautelare[105].
La natura giuridica delle aree dove sorgono le strutture di Shëngjin e Gjadër è precisata dalla legge di ratifica, che, all'art. 3 co. 3, le equipara alle zone di frontiera o di transito di cui all'articolo 28-*bis* co. 4 d.lgs. 28.1.2008 n. 25, a loro volta istituite ai fini dell'applicabilità della procedura accelerata di valutazione della domanda di protezione internazionale[106]. Sul punto occorre precisare che il recentissimo d.l. 100/2026, attuativo di alcuni strumenti inclusi nel Patto UE sull'immigrazione e l'asilo, è intervenuto anche sull'art. 28-*bis*, abrogando le disposizioni sulle procedure accelerate (che dal 12 giugno 2026 sono disciplinate dal regolamento 2024/1348, sostitutivo della direttiva procedure), ma lasciando in vigore il menzionato co. 4, e dunque preservando la validità del rinvio ad esso operato dalla legge di ratifica in esame. Quanto, poi, alla natura giuridica delle strutture collocate in Albania, l'art. 3 co. 4 della legge di ratifica le equipara ai c.d. *hotspot* di cui all'art. 10-*ter* TuImm ed i CPR di cui all'art. 14 TuImm.
Originariamente, in base all'art. 3 co. 2 della legge di ratifica, era previsto che le strutture potessero ospitare esclusivamente i migranti imbarcati su mezzi delle autorità italiane in acque internazionali, anche a seguito di operazioni di soccorso. Tale impostazione originaria da un lato rifletteva la previsione del Protocollo secondo cui solo le autorità italiane (e non, ad esempio, le ONG) sono legittimate a introdurre stranieri sul territorio albanese (art. 4, par. 4); dall'altro lato, era in linea con la già ricordata logica della *non-entreé* propria delle politiche di esternalizzazione, e dunque con l'obiettivo di ridurre il fascio di diritti rivendicabili dagli stranieri nei confronti dell'Italia.

[102] Art. 1 par. 1 lett. *d*.
[103] Art. 6 par. 5 e 6.
[104] Art. 4 Prot.; art. 4 co. 1 l. 14/2024. Secondo L. Masera, *L'esternalizzazione della detenzione*, cit., 144, ciò comporta che le «Aree» possano essere definite una vera e propria «enclave italiana in territorio albanese», ancorché limitatamente alle descritte funzioni di trattenimento e accertamento dello status.
[105] Art. 4 co. 6-18 l.14/2024.
[106] Le procedure accelerate, così definite proprio in virtù della ristrettezza dei termini procedurali, erano disciplinate dall'art. 28-*bis* d.lgs. 28.1.2008 n. 25, introdotto dal d.lgs. 142/2015 in attuazione della direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure). Le ipotesi di cui all'art. 28-*bis* co. 2 lett. *b* e *b-bis* erano definite procedure (accelerate) di frontiera in quanto riguardavano, rispettivamente, i richiedenti che avessero tentato di introdursi nel territorio eludendo i controlli di frontiera, ovvero che fossero risultati provenire da Paesi sicuri.

Sennonché, dopo che i primi trattenimenti di questa categoria di migranti non erano stati convalidati – avendo i giudici italiani smentito il carattere "sicuro" dei Paesi di provenienza dei ricorrenti[107], nell'esercizio di un potere di sindacato riconosciuto da due importanti sentenze della Corte di giustizia UE[108], e dunque negato, in quei casi, l'applicabilità delle procedure accelerate di frontiera realizzabili in Albania[109] – il d.l. 28.3.2025 n. 37 è intervenuto sull'art. 3 co. 2 e 4 della legge di ratifica aggiungendo la possibilità di trasferire nelle aree albanesi, senza ulteriore convalida, anche le persone già trattenute nei CPR italiani ai sensi dell'art. 14 TuImm[110]. In sede di conversione del decreto (da parte della l. 23.5.2025, n. 75), e nuovamente per aggirare un ostacolo al trattenimento emerso nella prassi (segnatamente, l'ipotesi in cui il trattenuto in Albania presentasse, lì, domanda di protezione internazionale[111]), è stato precisato che, laddove uno straniero proveniente da un CPR italiano presenti domanda di protezione nella struttura albanese, la sua permanenza in quest'ultima sede possa giustificarsi al ricorrere delle condizioni fissate da una disposizione nella quale ci siamo già imbattuti, ossia l'6 co. 3 d.lgs. 142/2015, e dunque in presenza di «fondati motivi per ritenere che la domanda di protezione internazionale sia stata ivi presentata al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione».

La *querelle* sui trattenimenti in Albania è destinata a prolungarsi negli anni a venire, in ragione della sua centralità nelle politiche migratorie italiane (ed europee), nonché della sfilza di rinvii pregiudiziali sollevati dalla Corte d'appello di Roma[112] e, in un caso, dalla Corte di cassazione[113].

Cominciando proprio da quest'ultimo (causa *Sedrata*), la Suprema corte ha anzitutto chiesto alla Corte di giustizia se la disciplina nazionale che consente di trattenere gli stranieri in Albania sia compatibile con la direttiva rimpatri[114] e in particolare: *i)* con le previsioni della

---

[107] V. in particolare Trib. Roma, sez. imm., 18.10.2024, in *QuestG*, con nota di A. Natale e F. Filice, nonché in *Sistema penale*, 23.10.2024, con nota di G. Mentasti.

[108] C.G.UE, Grande Sezione, 4.10.2024, C-406/2022; CGUE, Grande Sezione, 1.8.2025, cause riunite Alace e Canpelli, C-758/24 e C-759/24. Il tema è peraltro destinato a riproporsi, poiché l'art. 61, par. 2 del regolamento 2024/1348, applicabile dal 12 giugno 2026, adotta una nozione di Paese sicuro diversa e più ampia di quella prevista dalla direttiva del 2013, oggetto del giudizio della Corte, nozione che ammette la possibilità di definire un Paese come sicuro anche con eccezioni per determinate parti del suo territorio o categorie di persone. Per uno sguardo d'insieme sull'incidenza del nuovo Patto UE rispetto al quadro delineato dalla Corte di giustizia, v. M. Savino, *Le nuove norme sui Paesi sicuri: dal giudice saggio al modello delle regole*, in *ADiM Blog*, marzo 2026.

[109] Come già osservato, la provenienza da un Paese definito "sicuro" rappresentava, ai sensi dell'allora vigente art. 28-*bis* co. 2 lett. b-*bis* d.lgs. 25/2008, una delle ipotesi nelle quali trovava applicazione la procedura accelerata di frontiera, procedura a sua volta richiamata dalla legge di ratifica del protocollo italo-albanese.

[110] Per un commento v. R. Cherchi, *Il trattenimento dello straniero in Albania ex art. 14 d.lgs. 286/1998 alla luce delle nuove norme del decreto-legge n. 37 del 2025*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2025, 2.

[111] L'assenza di base legale per il trattenimento a Gjadër di richiedenti asilo è stata messa in luce da App. Roma 19.4.2025, in www.asgi.it, che non ha convalidato il trattenimento di un richiedente asilo di nazionalità marocchina. Tale sentenza è stata poi annullata da Cass. 8.5.2025 n. 17510. Successivamente, tuttavia, la Corte d'appello ha nuovamente negato la convalida del trattenimento di richiedente asilo nel centro albanese, disattendendo l'orientamento della Cassazione (App. Roma 19.5.2025 in www.asgi.it). Per un serrato confronto tra le contrastanti motivazioni delle pronunce citate, v. E. Valentini, *La nuova frontiera del contrasto: il trattenimento secondario a Gjadër*, in *ADiM Blog*, maggio 2025.

[112] Cause C-706/25, Comeri; C-707/25, Sidilli; C-736/25, Peordi; C-737/25, Peordi II; C-11/26, Peordi III; C-178/26, Peordi IV; C-226/26, Peordi V; C-377/26, Peordi VI. Sul tema v. M. Borraccetti, *Il Protocollo Italia-Albania e il diritto dell'Unione: note al rinvio pregiudiziale della Corte di Appello di Roma*, in *Eurojus* 2026, 1. Per costanti aggiornamenti, consultare www.eurojusitalia.eu.

[113] Causa C-414/25, Sedrata. La questione è stata sollevata da Cass., ord. 29.5.2025, n. 23105 (iscritta al registro della Corte di giustizia il 24.6.2025). Si ricorda che la già richiamata legge 187/2024, di conversione del decreto flussi 2024, ha assegnato alle sezioni penali della Cassazione la competenza funzionale sulla convalida del trattenimento dello straniero espulso o richiedente protezione internazionale.

[114] Come già osservato, la direttiva è al momento ancora in vigore, in attesa dell'approvazione del nuovo

direttiva che subordinano la legittimità del trattenimento alla sua finalizzazione al rimpatrio[115], dal momento che né nel Protocollo, né nella legge di ratifica, si rinvengono disposizioni attuative sulla base delle quali risulti possibile effettuare l'allontanamento direttamente dal territorio albanese; *ii)* con l'obbligo, parimenti sancito dalla direttiva, di liberare lo straniero «immediatamente» allorché vengano meno le condizioni che ne giustificavano il trattenimento[116], il Protocollo vietando il rilascio dei migranti sul territorio albanese[117], e dovendosi pertanto procedere al rilascio previa riconduzione sul territorio italiano. In secondo luogo, e in via subordinata, i giudici di legittimità hanno interrogato i colleghi di Lussemburgo in merito alla compatibilità tra l'art. 9, par. 1 della direttiva 2013/32/UE (c.d. direttiva procedure, dal 12 giugno 2026 sostituita dal regolamento 2024/1348), che consente al richiedente asilo di rimanere nello Stato in cui ha chiesto protezione, e la disciplina nazionale che, come visto poc'anzi, a fronte del ritenuto carattere strumentale della domanda di protezione, consente di mantenerne il trattenimento in Albania. Si segnala che, nelle conclusioni del 23 aprile 2026, l'avvocato generale Emiliou ha ritenuto la disciplina italiana in linea di principio compatibile con il diritto dell'Unione, proponendone al contempo un'interpretazione conforme ai diritti e alle garanzie fondamentali spettanti agli stranieri irregolari o richiedenti asilo[118].

Un cenno meritano anche i rinvii pregiudiziali relativi alle cause *Comeri* e *Sidilli*, formulati dalla Corte d'appello di Roma, non foss'altro perché, rispetto ad essi, l'avvocata generale Medina ha invece ravvisato profili di illegittimità tra il Protocollo e il diritto UE[119]. Secondo l'AG, pur non essendo in linea di principio vietata agli Stati membri la stipula di accordi in materie nelle quali l'UE non gode di competenza esclusiva, ciò deve comunque avvenire senza ledere le garanzie sostanziali e procedurali minime previste dal diritto dell'Unione. Rispetto al Protocollo italo-albanese e alla sua disciplina attuativa, l'AG ritiene che siffatto pregiudizio si manifesti sia sul versante del diritto di difesa (in ragione della separazione fisica tra difensore e assistito, che a sua volta compromette il rapporto di riservatezza; della regola delle udienze a distanza in modalità di collegamento audiovisivo; dei limiti ai rimborsi delle trasferte del difensore, laddove eccezionalmente consentite); sia – come già ravvisato dalla Corte di cassazione italiana – in ragione dell'impossibilità di procedere al rilascio immediato dello straniero al venire meno delle condizioni che ne avevano inizialmente legittimato il trattenimento.

Alle criticità finora evidenziate, si affiancano ulteriori dubbi di legittimità su piano costituzionale, tra cui, anche qui, la compatibilità con il diritto di difesa, in ragione degli ostacoli di ordine normativo e pratico al suo effettivo esercizio[120], con evidenti riflessi sul piano dei rimedi esperibili nel caso in cui, come già accade per i CPR italiani, le condizioni materiali di trattenimento si rivelassero carenti o addirittura incompatibili con il divieto di trattamenti inumani e degradanti.

---

regolamento sui rimpatri (v. *supra*, nt. 67).

[115] La Corte richiama, al riguardo, l'art. 15 par. 1 e il considerando n. 16.

[116] Art. 15 par. 1 ultimo periodo.

[117] La Corte richiama l'art. 6 par. 5 e 6 del Protocollo, che, come già ricordato, determinano il regime "chiuso" dei centri. Rilevante, ancorché non menzionato nell'ordinanza, anche l'art. 4 par. 3, secondo cui «Nel caso in cui venga meno, per qualsiasi causa, il titolo della permanenza nelle strutture, la Parte italiana trasferisce immediatamente i migranti fuori dal territorio albanese».

[118] Conclusioni dell'avvocato generale Nicholas Emiliou, presentate il 23 aprile 2026, Causa C-414/25, Sedrata.

[119] Conclusioni dell'avvocata generale Laila Medina, presentate l'11 giugno 2026, Cause riunite C-706/25 e C-707/25.

[120] Così L. Masera, *L'esternalizzazione della detenzione*, cit., 168-170.

Un altro profilo di incostituzionalità potrebbe essere agganciato al principio di uguaglianza-ragionevolezza, sotto due distinti profili[121]: da un lato, non risultano specificati in alcuna fonte i criteri in base ai quali distinguere i migranti da trattenere in Italia rispetto a quelli da trasferire in Albania; dall'altro lato, e in ogni caso, risulta arduo cogliere l'utilità pratica dell'operazione consistente nello svolgere in un territorio extraeuropeo procedure che soggiacciono, sul piano sostanziale e procedurale, alla disciplina italiana. Sebbene quest'ultimo profilo tenda ad avvicinarsi a insindacabili questioni di merito politico, è anche vero che lo stesso potrebbe acquisire connotati di legittimità declinando il sindacato di ragionevolezza in termini, anche qui, di proporzionalità[122]: ci si potrebbe infatti interrogare sia in ordine all'*idoneità* della misura di esternalizzazione a garantire il risultato di una più efficace gestione dei flussi migratori; sia, preso atto delle limitazioni dei diritti fondamentali che l'operazione reca con sé (libertà personale, salute, difesa, vita privata e famigliare), in ordine alla sua *necessità* (ossia se si tratti della misura meno lesiva disponibile, a parità di efficacia), e infine alla sua conformità al canone della *proporzionalità in senso stretto* (ossia se la misura sia il frutto di un ragionevole contemperamento tra tutti gli interessi in gioco, incluso quello economico, conto tenuto degli ingenti costi che comportano il suo avvio e il suo mantenimento[123]).

4.4. Secondo l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni, da inizio 2026 sono morti quasi 1000 migranti nel Mediterraneo, di cui oltre 700 nel Mediterraneo centrale, con un aumento del 150% rispetto allo stesso periodo lo scorso anno[124]. Al contempo, sono diminuiti gli arrivi di stranieri irregolari via mare (in Italia sono 6.200 a inizio aprile 2026, contro i 9.400 dell'anno passato). Ciò significa che la rotta del Mediterraneo centrale diventa sempre più pericolosa per i *sans papiers* che tentano di raggiungere l'Europa. Questi dati non fanno che confermare quanto è già da tempo noto, ossia la necessità di potenziare le attività di ricerca e soccorso, peraltro oggetto di puntuali obblighi sanciti dal diritto internazionale[125], e al contempo avviare una seria riflessione sull'apertura di vie d'accesso regolare ai cittadini di Paesi terzi. Il legislatore italiano, tuttavia, non pare intenzionato a discostarsi dalla tradizionale strategia di protezione incondizionata delle frontiere marittime, portata avanti con particolare pervicacia a partire dalla c.d. crisi dei rifugiati del 2015. In anni recenti sono state infatti introdotte misure finalizzate a disciplinare in maniera sempre più restrittiva le attività di ricerca e soccorso condotte dalle organizzazioni non governative, attività di cui, nel frattempo, la giurisdizione penale confermava in diverse occasioni non solo la legittimità bensì la *doverosità* al metro delle rilevanti fonti di diritto internazionale[126].
Procedendo con ordine, occorre anzitutto ricordare come la normativa in esame sia il frutto della stratificazione di diversi interventi succedutisi negli ultimi anni: il c.d. "decreto sicurezza-*bis*" (2019), che ha conferito forza di legge, e un corredo sanzionatorio di natura amministrativa, a previsioni fino a quel momento oggetto di un mero «Codice di condotta»*[127]*;

[121] V. ancora L. Masera, *L'esternalizzazione della detenzione*, cit., 172 s.
[122] Sulle sotto-verifiche che compongono il giudizio di proporzionalità, v. i contributi citati *supra*, nt. 45.
[123] Il Protocollo prevede che tutte le spese di costruzione e gestione delle strutture, inclusi i servizi sanitari essenziali, nonché gli alloggi per il personale albanese addetto alla sorveglianza esterna delle aree, siano a carico dell'Italia. Parimenti a carico dell'Italia sono vitto e alloggio di ospiti e personale, nonché il trasporto dei migranti da e verso l'Italia.
[124] OIM, *Over 180 Feared Dead as Mediterranean Death Toll Nears 1.000 in 2026*, www.iom.int, 7.4.2026.
[125] Sui quali v. F. De Vittor, *La migrazione via mare nel diritto internazionale. Libertà di movimento, obblighi di soccorso e rispetto dei diritti umani delle persone migranti*, Editoriale Scientifica 2023; I. Papanicolopulu, *International law and the protection of people at sea*, Oxford 2018; Id., *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2017, 3.
[126] Sul tema sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., 245-315.
[127] Art. 2 co. 1 d.l. 14.6.2019 n. 53, conv. con modif. dalla l. 8.8.2019 n. 77, che ha inserito nell'art. 11 TuImm il

il "decreto Lamorgese" (2020), che ha trasformato le sanzioni amministrative in penali, aggiungendo alcune significative limitazioni alla loro applicabilità[128]; infine, il "decreto Piantedosi" (2023)[129], ritoccato dal già richiamato decreto flussi 2024[130], dai quali è scaturita la disciplina vigente, di seguito illustrata.

In sintesi, l'art. 1 co. 2 d.l. 21.10.2020 n. 130, conv. con modif. dalla l. 18.12.2020 n. 173, nella versione attualmente vigente, conferisce al Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della difesa e dei trasporti e «previa informazione» al Presidente del Consiglio, il potere di «limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale», laddove sussistano «motivi di ordine e sicurezza pubblica». La genericità del presupposto è solo in parte compensata dall'elenco delle condizioni di legittimità dell'attività di ricerca e soccorso elencate al successivo co. 2-*bis*. Ai soccorritori si richiede, in sintesi: di comunicare immediatamente l'operazione sia al centro di coordinamento competente per il soccorso marittimo nella cui area di responsabilità ricade l'intervento, che allo Stato di bandiera; di effettuare le operazioni nel rispetto delle certificazioni e dei requisiti in materia di sicurezza della navigazione, prevenzione dell'inquinamento, addestramento del personale, condizioni di vita e di lavoro a bordo; di informare le persone prese a bordo in ordine alla possibilità di richiedere la protezione internazionale e, in caso di interesse, di raccogliere i dati rilevanti da mettere a disposizione delle autorità; di richiedere, nell'immediatezza dell'evento, l'assegnazione del porto di sbarco; di raggiungere senza ritardo il porto di sbarco assegnato; di fornire alle autorità per la ricerca e il soccorso in mare italiane e a quelle di pubblica sicurezza le informazioni richieste ai fini dell'acquisizione di elementi relativi alla ricostruzione dettagliata dell'operazione di soccorso posta in essere; di condurre l'operazione con modalità che non determinino situazioni di pericolo per l'incolumità dei migranti né impediscono di raggiungere tempestivamente il porto di sbarco.

Quanto alle sanzioni, mentre il decreto Lamorgese (2020), come accennato, aveva elevato a illecito penale l'originario illecito amministrativo introdotto dal decreto sicurezza-bis (2019), con il decreto Piantedosi (2023) si è tornati al regime delle sanzioni (almeno formalmente) amministrative, applicabili dal Prefetto territorialmente competente al comandante della nave, nonché, in via solidale, all'armatore, al proprietario e agli altri soggetti indicati dall'art. 6 della l. n. 689/1981. La depenalizzazione, tuttavia, ha prodotto effetti solo apparentemente *in bonam partem*[131]: sia perché è stata accompagnata dalla re-introduzione di sanzioni reali *ad hoc* (il fermo dell'imbarcazione e, in caso di reiterazione dell'illecito, la confisca); sia perché il ritorno

co. 1-*ter* e nell'art. 12 TuImm i co. 6-*bis*, -*ter* e-*quater*. Su questa riforma v. Natale A., *A proposito del decreto sicurezza-bis*, in *QuestG*, 20.6.2019

[128] Art. 1 co. 2 d.l. 21.10.2020 n. 130, conv. con modif. dalla l. 18.12. 2020, n. 173. A proposito di questa riforma v. A. di Martino, L. Ricci, *L'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, www.lalegislazionepenale.eu, 1.3.2021; F. Venturi, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1 co. 2 del d.l. n. 130/2020, Forum Quaderni cost.* 2021, 1, p. 87 ss.; L. Masera, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti al decreto Salvini-bis e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, *QuestG*, 15.6.2021.

[129] Art. 1 co. 1, d.l. 2.1.2023 n. 1, conv. con modif. dalla l. 24.2.2023 n. 15, che ha modificato l'art. 1 co. 2 del decreto 130/2020, cit. (c.d. decreto Lamorgese) e introdotto i commi da 2-*bis* a 2-*septies*. Cfr. L. Masera, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare: l'ennesimo tentativo di impedire ciò che il diritto internazionale impone e il problema della depenalizzazione come fuga dalla giurisdizione*, in *Sistema penale*, 2023, 2, 83 ss.

[130] Art. 11 co. 1 d.l. 11.10.2024 n. 145, conv. con modif. dalla l. 9.12.2024 n. 187, che ha modificato i commi 2-*bis*, -*quater* e-*sexies* e introdotto i commi 2-*octies* e ss., dedicati alla disciplina degli aeromobili.

[131] Il punto è ben evidenziato da L. Masera, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit., 100-103.

al regime amministrativo si riflette in una maggiore speditezza del procedimento sanzionatorio, riducendo al contempo le garanzie processuali.
In caso di trasgressione del provvedimento ministeriale che vieta il transito o la sosta nel mare territoriale è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro, nonché quella accessoria del fermo amministrativo della nave da trenta a sessanta giorni (co. 2-quater). La commisurazione deve avvenire avuto riguardo «alla gravità della violazione e all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o l'attenuazione delle conseguenze della violazione stessa». In caso di reiterazione infraquinquennale della violazione, commessa con la medesima nave, la stessa è oggetto di confisca (co. 2-quinquies).
Il successivo co. 2-sexies ricollega ulteriori sanzioni, meno gravi, alle trasgressioni elencate nella medesima disposizione, ossia: la mancata condivisione delle informazioni richieste dall'autorità SAR competente per la zona dove si è verificato l'evento, o dall'autorità nazionale che coordina la polizia di frontiera; la violazione delle istruzioni ricevute dalle medesime autorità; il mancato rispetto, accertato dopo l'assegnazione del porto di sbarco, delle condizioni di legittimità dell'operazione di ricerca e soccorso dettate dal precitato co. 2-*bis*. Queste violazioni comportano: la sanzione pecuniaria da 2.000 a 10.000 euro; il fermo amministrativo della nave da dieci a venti giorni; in caso di reiterazione, il fermo amministrativo da trenta a sessanta giorni; in caso di seconda reiterazione, la confisca di cui al comma 2-*quinquies*.
Le regole sin qui sinteticamente richiamate, spesso accompagnate dalla prassi di assegnare porti di sbarco irragionevolmente lontani rispetto alle zone degli interventi (ad esempio Marina di Carrara, Ravenna, Livorno, Genova), sono state nel complesso oggetto di aspre critiche tanto da parte delle stesse organizzazioni non governative che svolgono attività di *search and rescue*, secondo le quali il loro unico effetto è stato quello di ostacolare i soccorsi e dunque impedire il salvataggio di vite umane[132]; quanto da parte di commentatori e osservatori istituzionali, che ne hanno messi in luce i profili di incompatibilità con la Costituzione e il diritto internazionale[133]. Analoghe critiche ci paiono estendibili alle regole e alle sanzioni (anche qui, sia pecuniarie che reali), introdotte dal decreto flussi 2024 per gli aeromobili che supportano le attività di *search and rescue* attraverso la ricerca dall'alto di imbarcazioni *in distress*[134].
Di recente, questi rilievi critici sono filtrati nel tessuto motivazionale di un'importante sentenza interpretativa della Corte costituzionale[135], avente ad oggetto la disciplina di cui all'art. 1, co.

[132] Cfr., da ultimo, SOS Méditerranée, *Il decreto Piantedosi e la prassi dei porti lontani visti da vicino: quante persone avremmo potuto salvare?*, febbraio 2025. Dal par. n. 5 del rapporto si apprende che, dall'entrata in vigore del decreto Piantedosi alla fine del 2024, sono stati emessi ventisei provvedimenti di fermo di navi soccorritrici, per un totale di oltre 500 giorni di interruzione delle loro attività. Dal successivo par. 6 si apprende che tra le principali ragioni di applicazione del fermo vi è il mancato rispetto delle indicazioni provenienti dalla c.d. Guardia costiere libica.
[133] Sul versante dottrinale, v. L. Masera, *Il d.l. Piantedosi sulle operazioni di soccorso in mare*, cit.; L. Masera, *Il contrasto amministrativo alle ONG*, cit., 7 ss.; F. Forzati, *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019 n. 53 e le nuove frontiere della diseguaglianza sanzionatoria*, in www.archiviopenale.it, 2019, 3, 13 ss.; L. Gennari, *Gli strumenti normativi, le prassi amministrative e i procedimenti penali per il contrasto al soccorso civile in mare dal 2017 a oggi*, in *QuestG*, 22.10.2025; G. Cataldi, *Migrazioni nel Mediterraneo, obbligo di soccorso e criminalizzazione della solidarietà. Sviluppi recenti*, in A. Del Guercio, F. Rondine (a cura di), cit., 26-32. Sul versante istituzionale, v. Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, *Lettera al Ministro dell'interno italiano*, 26.1.2023, in www.coe.int; Consiglio d'Europa, *Expert Council on NGO Law, Opinion on the compatibility with European standards of Italian Decree Law no. 1 of 2 January 2023 on the management of migratory flows*, 30.1.2023, in www.coe.int.
[134] Cfr. l'art. 1 co. da 2-*octies* a 2-*quaterdecies* d.l. 130/2020, introdotti dal decreto flussi 2024.
[135] C. cost., 21.5.2025 n. 101. Per un commento v. I. Papanicolupulu, *Di norme astratte e problemi concreti: breve commento alla sentenza della Corte costituzionale nel caso Ocean Viking*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2025, 3.

2-sexies precitato[136]. Con l'eccezione della questione relativa al carattere fisso della durata del fermo della nave, sulla quale la Consulta ha restituito gli atti al rimettente in ragione del *jus superveniens* (il decreto flussi 2024 ha infatti nel frattempo introdotto le cornici edittali di cui si è dato conto), tutte le questioni sono state dichiarate infondate. Nondimeno, i giudici delle leggi hanno colto l'occasione per chiarire la natura giuridica e delimitare il perimetro applicativo della disposizione sotto scrutinio.

In primo luogo, la sentenza ha riconosciuto al fermo della nave *natura sostanzialmente penale*, sulla scorta della considerazione che tale misura non persegue finalità ripristinatorie e nemmeno preventive (essendo obbligatoria e dunque svincolata dalla prognosi di ulteriori utilizzi illeciti del bene), bensì presenta «l'obiettivo principale di sanzionare l'inosservanza delle indicazioni o delle richieste dell'autorità competente, esprimendo la riprovazione dell'ordinamento per la condotta del trasgressore»[137]. La Corte, inoltre, ha attribuito «valenza emblematica» alle «ripercussioni del fermo», trattandosi di misura che, pur inerendo a una *res*, impatta considerevolmente sulla «sfera giuridica» e sul «campo d'azione» degli autori dell'illecito, rivelando così una «vocazione marcatamente dissuasiva»[138].

Da tutto ciò consegue, ha osservato il collegio, l'estendibilità alla misura in esame di larga parte dello «statuto costituzionale» delle sanzioni penali, incluso il canone di determinatezza (art. 25 co. 2 Cost.), che secondo il rimettente risultava violato in ragione del rinvio in bianco operato dalla norma sanzionatoria agli ordini impartiti dalle autorità (nazionali o straniere) competenti per la zona SAR di volta in volta rilevante. Ad avviso della Consulta, tuttavia, la disposizione sotto scrutinio risulta sufficientemente chiara nello stabilire i presupposti dell'illecito e non configura una delega in bianco alle autorità straniere, le quali in ogni caso sono chiamate a emanare ordini e istruzioni conformi al diritto internazionale del mare, conformità a sua volta sindacabile del giudice dinanzi al quale la sanzione viene impugnata.

In secondo luogo, e venendo a quello che può considerarsi il cuore della pronuncia, la Corte ha respinto la censura secondo cui la minaccia della sanzione avrebbe obbligato i comandanti a rispettare anche gli ordini incompatibili con il diritto internazionale del mare e con gli obblighi assunti dall'Italia in materia di protezione dei diritti fondamentali degli stranieri. Secondo i giudici delle leggi, infatti, il co. 2-*sexies* può e deve essere interpretato tanto alla luce delle norme sovranazionali che garantiscono la salvaguardia della vita in mare e lo sbarco in un porto sicuro, senza distinzioni inerenti alla nazionalità, allo status dei naufraghi, ovvero alle circostanze del loro ritrovamento; quanto alla luce dei divieti di *refoulement* e di espulsioni collettive. All'esito di un'esaustiva ricostruzione sistematica delle rilevanti fonti pattizie e consuetudinarie, la Corte è giunta ad affermare perentoriamente che «Non è vincolante [...] un ordine che conduca a violare il primario obbligo di salvataggio della vita umana e che sia idoneo a metterla a repentaglio e non può esserne sanzionata l'inosservanza»[139].

In terzo luogo, ad ulteriore delimitazione dell'ambito di applicazione della disciplina sotto scrutinio, la Corte ha precisato che non può essere oggetto di sanzione la mera disobbedienza a ordini e istruzioni emanati da autorità straniere. Al contrario, il concreto esercizio della potestà sanzionatoria «presuppone pur sempre un collegamento della vicenda con il territorio dello Stato italiano», collegamento che a sua volta «si instaura quando l'imbarcazione faccia

[136] La questione era stata sollevata da Trib. Brindisi, ord. 10.10.2024, in *Sistema penale*, 10.12.2024.

[137] Cons. in dir., n. 11.3. Sulla tripartizione delle finalità della sanzione (preventiva, ripristinatoria, punitiva) nella giurisprudenza costituzionale, v. F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *RIDPP* 2020, 1970 s.

[138] V. ancora cons. in dir., n. 11.3.

[139] Cons. in dir., n. 26

comunque rotta verso i porti italiani e dunque anche nel territorio nazionale si ripercuotano le conseguenze della violazione [...]»[140].
Infine, la Corte ha respinto le censure fondate sugli artt. 3 e 27 Cost., basate sulla considerazione che il carattere obbligatorio del fermo costringesse l'autorità amministrativa (e il giudice) a trattare in modo uguale situazioni tra loro eterogenee, osservando che l'interpretazione restrittiva degli illeciti sopra proposta consente di ritagliare un'area di responsabilità sufficientemente omogenea. Qui si colloca un altro passaggio decisivo della motivazione, poiché (sorprendentemente) la Corte non individua lo scopo della disposizione ricorrendo alla consueta formula dell'ordinata gestione dei flussi migratori, ma si spinge ad affermare che oggetto di sanzione sono (soltanto) «quelle trasgressioni che pregiudichino la stessa finalità di salvaguardia della vita umana in mare, insita nella Convenzione SAR, e si rivelino idonee a compromettere, in carenza di motivi legittimi, il sistema di cooperazione che tale Convenzione ha istituito»[141]. La finalità di tutela delle frontiere marittime originariamente impressa dal legislatore alla disciplina in esame ne esce così completamente stravolta e riscritta in senso orientato alla tutela di beni giuridici personali.
Le cristalline indicazioni ermeneutiche della Consulta, già peraltro affiorate in precedenti sentenze di annullamento dei provvedimenti sanzionatori[142], sono state pienamente recepite dalla giurisprudenza successiva, tenuto (anche) conto della quale è oggi possibile individuare quattro punti fondamentali. In primo luogo, gli ordini e le indicazioni rivolti dagli organismi statali ai Comandanti sono legittimi solo se compatibili con le Convenzioni in materia di soccorsi in mare (SAR, SOLAS, UNCLOS)[143], incluso l'obbligo di sbarco in un *place of safety*[144]. Ciò significa che non è sanzionabile la mancata ottemperanza a ordini che ostacolino il soccorso o che comunque possano avere esiti non sicuri per i naufraghi e/o per l'equipaggio (ad esempio, quando dietro l'ordine vi sia solo un'intimazione di allontanamento o una pretesa di cooperazione con autorità libiche rimaste inerti e in ogni caso non in grado di garantire un porto sicuro)[145]. In secondo luogo, in quanto garante della vita in mare e unico soggetto con esperienza diretta e ravvicinata della situazione a bordo, il Comandante non può essere ridotto a passivo esecutore di istruzioni e ordini, tanto meno se meramente indirizzati alla protezione delle frontiere marittime, bensì è chiamato a interloquire attivamente con le autorità e all'occorrenza a compiere scelte autonome, basate su valutazioni professionali che tengano conto di tutte le circostanze oggettive e soggettive del caso concreto, perseguendo primariamente la tutela della vita e dell'integrità fisica delle persone sotto la sua responsabilità[146]. In terzo luogo, in caso di impugnazione della sanzione, grava sull'amministrazione resistente l'onere di dimostrare tutti gli elementi dell'illecito, segnatamente l'esistenza di un ordine legittimo, la sua effettiva violazione, nonché, ai sensi dell'art. 3 della legge 689/1981, l'elemento soggettivo della colpa del trasgressore[147]. In quarto

[140] Cons. in dir., n. 29.
[141] Cons. in dir., n. 34.2.
[142] Cfr., ad esempio, Trib. Crotone 26.6.2024 e App. Catanzaro 11.6.2025 (annullamento del fermo imposto alla nave Humanity 1); Trib. Roma 7.4.2025 (annullamento del fermo della Sea Watch 5); App. Ancona 9.4.2025 (annullamento del fermo della Geo Barents e della sanzione pecuniaria irrogata nei confronti della società armatrice e del comandante). Tutte le pronunce citate sono pubblicate in www.asgi.it (sezione banca dati giurisprudenza).
[143] A proposito delle quali v. ancora F. De Vittor, *La migrazione via mare nel diritto internazionale*, cit., 55-100.
[144] In questi termini, Trib. Trapani 3.4.2026 (annullamento del fermo della Mare Jonio), inedita; Trib. Salerno 23.3.2026, n. 1818 (annullamento del fermo della Geo Barents), in banca dati ASGI, cit.
[145] Trib. Trapani 3.4.2026, cit.; Trib. Salerno 23.3.2026, cit.
[146] Trib. Ragusa 9.3.2026 (annullamento del fermo della Sea-Eye 5); Trib. Trapani 1.10.2025 (sospensione cautelare del fermo di MV Mediterranea). Tutte in banca dati ASGI, cit.
[147] Trib. Ragusa 9.3.2026, cit.; Trib. Salerno 23.3.2026, cit.

e ultimo luogo, stante la natura punitiva delle sanzioni amministrative, alle stesse si estende larga parte dello statuto sostanziale e processuale delle sanzioni penali, incluso il principio di necessaria proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto, principio il cui concreto rispetto da parte dell'amministrazione è demandato al sindacato del giudice dell'impugnazione, che lo svolgerà sulla base di tutti gli elementi del caso concreto, inclusi, a titolo d'esempio, il numero di persone sbarcate e la finalità in concreto perseguita dall'autore della trasgressione[148].

4.5. Come già a più riprese evidenziato, lungi dal costituire meri criteri di classificazione, le direttrici della *crimmigration* rappresentano strumenti per l'osservazione critica dell'apparato normativo destinato al controllo delle persone in movimento. La terza direttrice, in particolare, permette di cogliere le analogie *strutturali* che sempre più spesso intercorrono tra il diritto dell'immigrazione e il diritto penale. Pertanto, tutte le misure amministrative che rientrano all'interno di tale direttrice sono da considerarsi quanto meno "indiziate" di celare una natura sostanzialmente punitiva, e per tale ragione richiedono di essere osservate più da vicino, al fine di prevenire qualsivoglia manovra elusiva delle garanzie sostanziali e procedurali che la Costituzione e le carte sovranazionali allacciano all'esercizio dello *ius puniendi*[149].
È quanto ha fatto la Corte costituzionale con la già illustrata sentenza n. 101/2025, che per la prima volta ha esplicitamente ricondotto alla sfera punitiva una misura specificamente congegnata per proteggere le frontiere e – soprattutto – *per proteggerle mediante lo strumento amministrativo*, volontà inequivocabilmente dimostrata dal legislatore allorché, nel 2023, ha depenalizzato le sanzioni introdotte nel 2020. Certo, come già osservato, nell'addivenire a tale risultato la Consulta ha operato una lettura talmente restrittiva del precetto che ha finito per mutarne la funzione assegnatagli dal legislatore, trasformandolo da presidio all'integrità delle frontiere marittime a strumento per la protezione della vita e dell'integrità psico-fisica delle persone rintracciate *in distress*. Siffatta lettura, d'altra parte, ha fornito un'ulteriore stampella alla (ri)qualificazione in chiave punitiva, arricchendo l'oggettività giuridica dell'illecito con diritti soggettivi di elevatissimo rango.
Diverso, e più complesso, è il discorso relativo alla natura giuridica di quella che probabilmente rappresenta la misura di *crimmigration* per eccellenza, ossia la detenzione amministrativa degli stranieri. Va subito detto che, sul punto, l'intervento della Corte costituzionale da ultimo citato non fornisce, a nostro avviso, spunti significativi: troppe diversità sussistono tra gli istituti in questione, nei presupposti e nei contenuti, per tentare un qualsivoglia parallelismo. Il tema è stato invece sfiorato dalla sentenza n. 96/2025, pure sopra esaminata, nella parte in cui ha escluso l'estendibilità ai CPR della disciplina sui «modi» del trattenimento dettata dall'ordinamento penitenziario, «dovendo la detenzione amministrativa presso il CPR restare estranea a ogni connotazione di carattere sanzionatorio». Senza volere attribuire alla Corte posizioni che non ha esplicitato, appare a nostro avviso significativo l'utilizzo del modale

[148] In tal senso Trib. Trapani 1.10.2025, cit., che nell'accertare il *fumus* di fondatezza delle censure avanzate dai ricorrenti, ha ritenuto eccessiva l'applicazione del fermo di 60 giorni (durata massima consentita dalla legge) alla luce del numero esiguo di stranieri sbarcati e della finalità di soccorso perseguita dal Comandante dell'imbarcazione. Significativamente, nell'affermare la sussistenza del *periculum in mora*, il Tribunale ha altresì evidenziato che l'interruzione delle attività dell'ONG avrebbe arrecato pregiudizio alla tutela della vita in mare. In quest'ultimo senso, in precedenza, Trib. Agrigento 30.7.2025 (sospensione del fermo della barca a vela Dakini), disponibile in banca dati ASGI, cit.
[149] Sui criteri che presiedono alla (ri)qualificazione in senso punitivo della sanzione formalmente amministrativa (o disciplinare, civilistica, tributaria ecc.), nonché sulle conseguenze che ne derivano in termini di estensione delle garanzie penalistiche, si vedano i lavori monografici di L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli 2018 e F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli 2018. Per una successiva disamina focalizzata sulla giurisprudenza costituzionale, v. F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit.

«dovendo», quasi a rimarcare la componente *prescrittiva*, anziché meramente descrittiva, di ciò che la Corte afferma. Fermo restando che si tratta di una mera sfumatura linguistica, sulla quale sarebbe metodologicamente scorretto fondare una tesi o anche solo un autonomo argomento, ci pare comunque significativo porne in luce la compatibilità semantica con la conclusione – da noi condivisa – secondo cui il trattenimento nei CPR, pur *non dovendo* assumere connotazioni materialmente punitive (come appunto la Corte perentoriamente afferma), *alla prova dei fatti* finisce per esserne gravato. Il punto ci pare importante perché proprio l'analogia, sul piano della concreta afflittività, tra *immigration detention* e *criminal detention*, rappresenta, secondo diversi autori, un elemento a sostegno della necessità di estendere alla prima le garanzie tipiche della seconda[150]. Con ciò non intendiamo, muovendoci sul terreno dei criteri che presiedono alla perimetrazione della *matière pénale*, sforzarci di restituire all'*argumentum libertatis* una centralità che, in effetti, non ha né nella giurisprudenza costituzionale, né in quella di Strasburgo[151]. Riteniamo però corretto rafforzare gli argomenti che attengono alle *finalità della detenzione amministrativa*[152] – le quali, contrariamente a quanto ha affermato la Corte di giustizia dell'Unione europea[153], non ci sembrano del tutto sganciate dall'obiettivo di sanzionare lo straniero irregolare, e/o di contenerne la pericolosità[154] – con argomenti che attengono alla *severità* della misura, in termini di concreto *impatto sui diritti fondamentali* del suo destinatario. Da questo punto di vista, ci pare davvero arduo negare che, fatta astrazione dalle rispettive specificità, il carcere e i CPR (nonché gli altri luoghi di trattenimento degli *undocumented migrants*) condividono un nucleo essenziale del tutto identico, rappresentato dalla privazione di libertà come *condizione esistenziale*, cioè come fattore che rimodella lo svolgimento di tutte le attività fisiologiche quotidiane per un apprezzabile lasso temporale, in ultima analisi degradando la *dignità* della persona[155]. Con

[150] Per questo approccio, con sfumature diverse, v. A. Pugiotto, *La «galera amministrativa» degli stranieri*, cit., 579-585, 597-600; A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 67-70; F. Cancellaro, *La detenzione amministrativa degli stranieri: profili di illegittimità costituzionale e una proposta abolizionista*, in *Antigone*, 2024, n. 2, 118-121.

[151] Cfr. L. Masera, *La nozione costituzionale*, cit., 217-219; F. Mazzacuva, *Le pene* nascoste, cit., 16-26.

[152] Per approfondimenti sul criterio della finalità della sanzione, nei quali si tiene opportunamente conto anche della polisemia del concetto di "prevenzione", v. ancora L. Masera, *op. cit.*, 211-217; F. Mazzacuva, *op. cit.*, 26-34. In ogni caso, come si ricorderà, la finalità della pena rappresenta il criterio esplicitamente recepito dalla sentenza costituzionale n. 101/2025, là dove ha affermato la natura punitiva dell'art. 1 co. 2-*sexies* d.l. 130/2020 avendone constatata la principale funzione di esprimere la «riprovazione dell'ordinamento per la condotta del trasgressore», e al contempo avendone esclusa tanto la funzione ripristinatoria quanto quella preventiva (rispetto a una condizione di pericolosità individuale che l'autorità amministrativa non è, ai sensi di quella disposizione, chiamata ad accertare).

[153] C.G.UE, 10.3.2022, *Landkreis Gifhorn*, C-519/20, § 38.

[154] In particolare, la direttiva 2008/115/CE prevede, all'art. 15, che il trattenimento dello straniero irregolare, oltre che necessariamente funzionale al rimpatrio, possa essere disposto in due sole ipotesi, ossia quando sussiste un rischio di fuga o quando il cittadino del paese terzo evita od ostacola la preparazione del rimpatrio. Quanto ai richiedenti asilo, l'art. 8 della direttiva 2013/33/UE consente il trattenimento in un numero limitato di ipotesi, che, in sintesi, si collegano a condotte ostruttive o che comunque rispondono a funzioni dissuasive di comportamenti abusivi. Attenta dottrina ha osservato come, in virtù di tale disciplina, il trattenimento possa al contempo considerarsi conseguenza di un comportamento illecito dello straniero e dotato di un potenziale deterrente: in questo senso, L. Bernardini, *Administrative Immigration Detention as a Punitive Measure: Is it Time for a New Standpoint?*, in A. Di Stasi et al. (eds.), *Migrations, Rule of Law and European Values*, Editoriale Scientifica 2023, 242-246. A conclusioni analoghe, benchè attraverso la riconduzione del trattenimento amministrativo tra i dispositivi di prevenzione dei reati e di difesa sociale, pervengono G. Campesi, G. Fabini, *Immigration Detention as Social Defence: Policing "Dangerous Mobility" in Italy*, in *Theoretical Criminology* 2020, 24(1), 50 ss.

[155] Le problematiche somiglianze tra carceri e CPR sono a più riprese messe in luce dal precitato rapporto del Comitato per la prevenzione della tortura (v. *supra*, nt. 78), dove si parla ripetutamente di «*carceral elements*», «*carceral aspects*», «*carceral design*», «*carceral conditions*», «*carceral environment*», raccomandandone la rimozione.

questo non si intende esprimere, almeno non in questa sede, un giudizio sulla *legittimità* della privazione della libertà personale nei CPR[156]; si intende, più semplicemente, sollevare quel velo di ipocrisia che impedisce di affermare che, osservati dall'alto, con lo sguardo puntato verso una persona che conduce la sua vita per giorni, settimane o mesi, circondata da quattro mura presidiate dalle forze dell'ordine, carcere e CPR *sono la stessa cosa*.

5. Mentre si registra, come visto, un sempre più pervasivo utilizzo del diritto penale, *rectius* della *crimmigration*, in funzione di protezione delle frontiere, viceversa si assiste all'arretramento del *ius puniendi* proprio là dove dovrebbe realizzare una delle sue missioni coessenziali, vale a dire la tutela dei diritti fondamentali[157]. Certo, in anni recenti si sono celebrati importanti procedimenti per l'accertamento delle responsabilità dei c.d. carcerieri libici, sfociati in condanne per tortura e altri reati contro la persona[158]. Tuttavia, ciò che è finora sostanzialmente mancato, nei termini che si illustreranno nel prosieguo, è il pieno accertamento delle responsabilità penali di esponenti delle istituzioni italiane, rispetto a decisioni finalizzate alla protezione delle frontiere che hanno prodotto come risultato gravi violazioni di beni giuridici personali. Nel prosieguo, concentrando l'attenzione sull'ordinamento italiano e dunque tralasciando i casi attualmente oggetto di attenzione da parte della giustizia penale internazionale[159], verranno esaminate tre situazioni a nostro avviso emblematiche dello scollamento tra quanto è accaduto ai nostri confini (segnatamente, marittimi) e la risposta che l'ordinamento penale è stato in grado di offrire.

5.1. Il trattenimento *de facto* è una prassi costante nel controllo delle frontiere italiane, specialmente marittime, ma anche aeroportuali e terrestri[160]. L'entità del problema è stata messa fuoco soltanto grazie alla sentenza resa, nel 2016, dalla Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Khlaifia e altri c. Italia*, che ha ravvisato la violazione,

---

[156] Nel senso della radicale illegittimità, argomentata alla luce della sproporzione tra lo scopo perseguito, ossia il rimpatrio, e il rango dei diritti fondamentali sacrificati, *in primis* la libertà personale, v. ancora A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 70; F. Cancellaro, *La detenzione amministrativa*, cit., 126.

[157] L'inefficacia del diritto penale in funzione di tutela dei diritti dei migranti è puntualmente messa in luce da A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, cit., 55-58.

[158] Cfr. S. Bernardi, *Una condanna della Corte d'assise di Milano svela gli orrori dei "centri di raccolta e transito" dei migranti in Libia*, in *Diritto penale contemporaneo (Archivio 2010-2019)*, 16.4.2018; G. Mentasti, *Campi di detenzione per migranti in Libia: il caso Matammud*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2020, 1; Id., *Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura (art. 613 bis Cp). Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, in *Sistema penale*, 2.10.2020; Id., *La Cassazione interviene sull'applicabilità della legge penale italiana ai reati commessi nei campi di detenzione in Libia*, *ivi*, 4.2.2020.

[159] Sui quali v. M. Crippa, *Prosecuting Crimes Against Migrants Before Domestic Courts: Challenges of Extraterritorial Justice in Italy*, in *Journal of International Criminal Justice* 2026, 1 ss.; L. Parsi, F. Vitarelli, *Attuazione delle politiche anti-migratorie e crimini contro l'umanità: emergenti parallelismi ed esigenze di coordinamento tra giustizia penale nazionale e internazionale*, in *Sistema penale*, 8.9.2023.

[160] Cfr. ASGI - Progetto In Limine, *Le zone di transito aeroportuali come luoghi di privazione arbitraria della libertà*, 2021, www.asgi.it; Id., *La privazione della libertà personale nell'hotspot di Lampedusa: il riscontro delle autorità competenti*, *loc. cit.*; Garante nazionale delle persone private della libertà personale, *De jure and de facto administrative detention of migrants in Italy: observations and challenges*, 2018, www.garantenazionaleprivatiliberta.it; G. Maccarrone, *Il trattenimento de facto all'interno ed oltre il sistema hotspot*, cit., 259-265; G. Savio, *I respingimenti*, in S. Zirulia, L. Masera, A. Natale, G. Savio, *Diritto penale dell'immigrazione*, cit., 6, 13. Tra i rapporti internazionali con uno specifico focus sull'Italia, v. ECRE, *Reception, detention and restriction of movement at EU external borders*, 2021, www.ecre.org, 31-34. Di recente, come già osservato, l'Italia ha riportato una condanna da parte della Corte di Strasburgo in relazione al trattenimento illegittimo di un minorenne in un C.A.R.A.: C. eur., 9.4.2026, H.D. c. Italia, in *Sistema penale*, 13.4.2026, con nota di G.L. Gatta.

tra l'altro, dell'art. 5 Cedu[161]. Tale vicenda ha fatto emergere la prassi di trattenere coattivamente i migranti presso il Centro di soccorso e prima accoglienza di Lampedusa, in assenza di base legale (e dunque, *a fortiori*, anche di un provvedimento giurisdizionale), nel periodo compreso tra lo sbarco e il respingimento (o il trasferimento in altro centro). Nel 2021 il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha chiuso la procedura di monitoraggio sull'esecuzione della sentenza, ritenendo che le riforme attuate dall'Italia, nel contesto del sopravvenuto c.d. approccio *hotspot*, avessero sanato il *vulnus* accertato cinque anni prima[162]. A ben vedere, tuttavia, il sistema risulta tuttora gravemente lacunoso. È stata effettivamente prevista una base legale, corredata da un meccanismo di controllo giurisdizionale, per i trattenimenti nei centri *hotspot* (uno dei quali collocato proprio a Lampedusa), ma si tratta della disciplina *riservata ai richiedenti asilo* di cui all'art. 6 d.lgs. 142/2015, come modificato dal decreto sicurezza 2018, di cui si è dato in precedenza conto. Per tutti gli altri stranieri irregolari è stato semplicemente introdotto, con il d.l. 17.2.2017 n. 13, conv. con modif. dalla l. 13.4.2017 n. 146 (c.d. decreto Minniti), l'art. 10-ter TuImm, che come pure visto si è limitato, quanto meno fino all'attuazione del Patto UE sull'immigrazione e l'asilo (v. *supra*, 4.1.), a stabilire la possibilità di condurre i migranti negli *hotspot*, senza prevedere alcun controllo giurisdizionale nel caso in cui siano privati della libertà personale, come in effetti è spesso avvenuto.
Una volta stabilito che queste tipologie di trattenimento sono prive di adeguata base legale, pare davvero arduo negarne la riconducibilità al fatto tipico di cui all'art. 605 Cp, che configura un reato a forma libera, integrato da «chiunque priva taluno della libertà personale». Certo, per la configurabilità del delitto occorrerà accertare il dolo di chi dispone e/o attua i trattenimenti, ma anche su questo versante non ci pare si profilino difficoltà di accertamento insormontabili, il trattenimento coattivo degli stranieri rappresentando la modalità attraverso la quale viene deliberatamente attuata una specifica politica di protezione delle frontiere. Ciò malgrado, a parte un caso isolato[163], non ci risulta che questo tipo di responsabilità sia mai stata oggetto di accertamento e nemmeno di apertura di indagini.
Pur non essendo venuto in rilievo rispetto al trattenimento nei centri allestiti alle frontiere, il tema della responsabilità penale per l'arbitraria privazione della libertà personale degli stranieri è venuto in rilievo nel contesto delle c.d. politiche dei porti chiusi[164], e segnatamente nei casi *Diciotti*, *Gregoretti* e *Open Arms*[165]. Queste vicende, al netto delle rispettive specificità,

[161] C. eur., GC, 15.12.2016, *Khlaifia e altri c. Italia*. Per un commento, v. F. Cancellaro, *Migranti, Italia condannata dalla CEDU per trattenimenti illegittimi*, in *QuestG*, 11.1.2017. La vicenda riguardava tre cittadini tunisini sbarcati a Lampedusa e Lampione nell'estate 2011 e poi respinti dopo essere stati trattenuti per alcuni giorni nel centro di accoglienza lampedusano, nonché a bordo di una nave occasionalmente adibita a centro di raccolta in ragione dei significativi flussi determinati dalle c.d. Primavere arabe. Nel 2016 la Grande Camera ha parzialmente confermato la sentenza resa nel 2015, condannando l'Italia per violazione del diritto alla libertà personale e del diritto a un ricorso effettivo contro i trattamenti inumani e degradanti.
[162] Cfr. G. Mentasti, *Si chiude la procedura di monitoraggio dell'esecuzione della sentenza Khlaifia c. Italia ma permangono criticità sul trattenimento dei migranti negli hotspot*, in *ADiM Blog*, giugno 2022; G. Maccarrone, *Il trattenimento de facto all'interno ed oltre il sistema hotspot*, cit., 250-253, anche per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza Cedu successiva.
[163] Si allude a un esposto presentato nel 2011 presso la Procura di Agrigento, nel quale si denunziava la prassi degli illegittimi trattenimenti nel CPSA di Lampedusa. Dopo aver proceduto all'iscrizione per il meno grave delitto di violenza privata, la Procura chiedeva e otteneva l'archiviazione del procedimento. Il testo della richiesta di archiviazione è pubblicato su *Diritto penale contemporaneo (Archivio 2010-2019)*, 21.10.2013, nell'ambito di uno scambio di opinioni scaturito dalla risposta del Procuratore Aggiunto I. Fonzo a un editoriale a firma di F. Viganò e L. Masera.
[164] Cfr. F. Cancellaro, *Dagli hotspot ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *DPenCont* 2020, 3, 428-443; L. Masera, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in www.lalegislazionepenale.eu, 22.4.2022, 2-3, 20- 22.
[165] Oltre ai contributi riportati nelle note che seguono, per un inquadramento di tali vicende sul piano del diritto

presentano come denominatore comune l'esclusione della responsabilità penale del Ministro dell'Interno *pro tempore* (soggetto titolare del potere di concedere un *place of safety* sul territorio italiano[166]), a fronte di condotte consistite nel negare lo sbarco a migranti tratti in salvo nel Mediterraneo, così determinandone il trattenimento *de facto* a bordo per un tempo apprezzabile.

Nel caso *Diciotti*[167], conclusosi in ragione della mancata autorizzazione a procedere da parte del Senato[168], il Tribunale dei ministri ha ravvisato gli estremi oggettivi e soggettivi del sequestro di persona *ex* art. 605 Cp[169]. Successivamente, la sussistenza di un'illegittima privazione della libertà personale è stata confermata dalle sezioni unite civili della Corte di cassazione, nel procedimento avviato da uno dei trattenuti per il riconoscimento del danno da ingiusta detenzione[170].

Nel caso *Gregoretti*[171], il Senato ha concesso l'autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell'interno[172], ma all'udienza preliminare è stata pronunciata sentenza di non luogo a procedere, sulla scorta della considerazione che il tempo trascorso a bordo dai migranti (circa

---

internazionale, v. E. Carli, *Trattenimento di migranti a bordo di navi, divieto di detenzione arbitraria e responsabilità internazionale dell'Italia*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2020, 3, 689 ss.

[166] L'avocazione al Ministro dell'Interno del potere di concedere il *PoS* in materia di ricerca e soccorso in mare, originariamente spettante al Dipartimento per le libertà civili e per l'immigrazione del Ministero dell'Interno, è il risultato di una modifica della direttiva *SOP* («*standard operative procedure*») 009/15, disposta attraverso un tavolo tecnico per il contrasto dell'immigrazione irregolare via mare tenutosi il 12 febbraio 2019.

[167] Il caso riguardava il divieto di sbarco opposto dal 20 al 25 agosto 2018 dal Ministro dell'Interno nei confronti dei 177 naufraghi stranieri a bordo dell'unità navale di soccorso della Guardia costiera italiana U.

[168] Secondo la Relazione della Giunta per le immunità del Senato, comunicata alla Presidenza del Senato il 21 febbraio 2019 e successivamente approvata dall'Assemblea a maggioranza assoluta il 20 marzo 2019, l'indagato aveva agito «per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo» (art. 9 co. 3 l. cost. n. 1/1989); interesse a sua volta ravvisato – in estrema sintesi – nella necessità, condivisa dal Presidente del consiglio *pro tempore* e dall'intera compagine governativa, di ridiscutere in sede europea i criteri di gestione e distribuzione dei *boat migrants* provenienti dalla Libia. Sul tema v. L. Masera, *Il parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell'Assemblea del Senato*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2019, 1; Id., *Immunità della politica e diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, 1-39; G. Guzzetta, *Il caso Diciotti: tra responsabilità giuridica e responsabilità politica*, in *Federalismi.it*, 20.2.2019; E. Santoro, *I fondamenti del costituzionalismo alla prova del caso Diciotti: il sindacato sulle decisioni parlamentari e il punto di equilibrio fra poteri*, in *QuestG*, 14.3.2019.

[169] Trib. Catania, sez. reati ministeriali, 7.12.2018. Secondo il collegio, il Ministro dell'interno aveva abusato delle funzioni amministrative attribuitegli nell'ambito dell'iter procedurale per la determinazione del *place of safety*, ponendo arbitrariamente il proprio veto all'indicazione del porto di sbarco da parte del competente Dipartimento per le Libertà Civili e per l'Immigrazione, e «così determinando la forzosa permanenza dei migranti a bordo dell'unità navale U. Diciotti, con conseguente illegittima privazione della loro libertà personale per un arco temporale giuridicamente apprezzabile ed al di fuori dei casi consentiti dalla legge». Sul piano soggettivo, il dolo generico del sequestro veniva evinto sia dalle plurime esternazioni rivolte dal Min. Salvini ai media, sia dalle dichiarazioni rilasciate allo stesso Tribunale dei Ministri dai vertici amministrativi preposti alle strutture ministeriali investite della questione. La pronuncia è pubblicata in *Diritto penale contemporaneo (Archivio 2010-2019)*, 28.1.2019, con nota di S. Zirulia e F. Cancellaro, *Caso Diciotti: il Tribunale dei ministri qualifica le condotte del ministro Salvini come sequestro di persona aggravato e trasmette al Senato la domanda ai autorizzazione a procedere*; nonché in *QuestG*, 29.1.2019, con nota di L. Masera, *La richiesta di autorizzazione a procedere nel caso Diciotti – Chi fissa e quali sono i limiti all'azione politica del Governo in uno Stato democratico?*

[170] Cass. civ. SU 18.2.2025 n. 17687, in *Sistema penale*, 17.3.2025, con nota di L. Masera, *Le Sezioni Unite civili sul caso Diciotti: una decisione di grande importanza anche in sede penale*.

[171] Il caso riguardava il divieto di sbarco imposto, dal 27 al 31 luglio 2019, alla nave militare Gregoretti, la quale chiedeva di poter sbarcare le 131 persone a bordo, recuperate nell'ambito di diverse operazioni di soccorso. Per completezza si osserva che i minorenni venivano sbarcati il 29 luglio.

[172] Il 20 gennaio 2020 la Giunta per le immunità del Senato ha accolto, a parità di voti favorevoli e contrari, la richiesta di autorizzazione a procedere, e il successivo 12 febbraio è arrivata la conferma dell'Assemblea del Senato, dove nel frattempo, rispetto al caso *Diciotti*, era cambiata la maggioranza.

quattro giorni per i maggiorenni, due per i minorenni) non potesse qualificarsi come illegittima privazione della libertà[173].

Da ultimo, il caso *Open Arms*[174] si è concluso con l'assoluzione del Ministro dell'interno per i reati di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio. Secondo il Tribunale di Palermo[175] l'imputato non era nel caso di specie gravato dall'obbligo di concedere un *place of safety*, con la diretta conseguenza dell'insussistenza di un'omissione giuridicamente rilevante, tanto *sub specie* di rifiuto di atto d'ufficio, quanto *sub specie* di mancata autorizzazione allo sbarco. Tale conclusione si colloca a valle di un percorso argomentativo costellato da approssimazioni e veri e propri errori: da un lato, la premessa secondo cui la disciplina internazionale in materia di *search and rescue* non è stata pensata per gestire i flussi migratori coglie solo in parte nel segno, poiché non tiene conto degli emendamenti introdotti alle convenzioni SAR e SOLAS nel 2004, a seguito di un incidente (il caso *Tampa*) che presentava molte delle caratteristiche dell'attuale scenario mediterraneo; dall'altro lato, e in stretta connessione, l'affermazione secondo cui la cooperazione tra gli Stati al fine di garantire lo sbarco dei naufraghi in tempi ragionevoli sarebbe oggetto di una mera *raccomandazione*, contrasta con la constatazione che proprio mediante i citati emendamenti è stato introdotto un *obbligo* in tal senso, e che nelle circostanze venutesi in concreto a determinare il suo adempimento spettava *in primis* all'Italia[176].

Malgrado tali criticità, la sentenza è stata confermata dalla Corte di cassazione, alla quale la Procura aveva fatto ricorso *per saltum*[177]. Pur non replicando gli errori commessi dai giudici di prime cure, i giudici di legittimità hanno preso le distanze da quanto avevano affermato il Tribunale dei Ministri[178] e il Garante nazionale dei detenuti[179], negando la privazione di libertà personale e dunque un elemento essenziale del reato di sequestro. Tanto sulla scorta, tra l'altro, della constatazione che la nave soccorritrice aveva ricevuto la disponibilità della Spagna a concedere un POS e che pertanto i naufraghi potevano considerarsi "liberi" in quanto, in sostanza, liberi di allontanarsi dalle coste italiane. Un'argomentazione a nostro avviso formalistica, del tutto sganciata dalle circostanze concrete, che rendevano se non impossibile

[173] Trib. Catania 14.5.2021, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2021, 3. In sintesi, il Tribunale ha negato la sussistenza di un'illegittima privazione di libertà per due ordini di ragioni: da un lato, rilevando che le convenzioni internazionali in materia di soccorsi in mare non impongono la concessione "immediata" di un *POS*; dall'altro lato, ritenendo che il tempo trascorso a bordo potesse ritenersi strettamente necessario a condurre le interlocuzioni con altri Paesi dell'UE in merito al ricollocamento dei naufraghi, fase durante la quale si era peraltro stabilito, nell'ambito del già richiamato tavolo tecnico svoltosi il 12 febbraio 2019, che la nave soccorritrice potesse all'occorrenza considerarsi alla stregua di *POS* temporaneo (v. in particolare le pp. 89-105 della motivazione).

[174] Il caso trae origine dalle operazioni di soccorso mediante le quali la nave Open Arms, al servizio della ONG Proactiva Open Arms, traeva in salvo 163 persone in alto mare tra l'1 e il 9 agosto 2019. Al netto di alcune evacuazioni urgenti per ragioni mediche, le restanti persone rimanevano trattenute a bordo dal 14 al 20 agosto, quando la Open Arms si trovava ormai in acque italiane, in ragione della mancata concessione di un *POS*. La situazione si sbloccava solo in ragione del sequestro preventivo della nave disposto dalla Procura di Agrigento nell'ambito di un procedimento a carico di ignoti per rifiuto di atti d'ufficio.

[175] Trib. Palermo 20.12.2024, in *Sistema penale*, 16.7.2025.

[176] Per un più esteso sviluppo degli argomenti qui riassunti, sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Caso Open Arms. Le motivazioni della sentenza di assoluzione dell'ex Ministro dell'Interno Salvini dall'accusa di sequestro di persona e rifiuto di atti d'ufficio*, in *Sistema penale* 2025, 7-8, 117 ss.

[177] Cass. 17.12.2025 (dep. 5.5.2026) n. 16148, in *Sistema penale*, 3.6.2026, con nota di S. Zirulia.

[178] Trib. Palermo, Collegio per i reati ministeriali, Relazione per il rilascio dell'autorizzazione a procedere, 30.1.2020, inedita, spec. p. 93 ss. Successivamente, malgrado la Giunta per le immunità del Senato avesse proposto il diniego di autorizzazione a procedere (v. la Relazione comunicata alla Presidenza del Senato il 28 maggio 2020), l'Assemblea del Senato ha concesso l'autorizzazione a procedere il 30 luglio 2020.

[179] In data 16 agosto 2019 il Garante delle persone private della libertà personale inviava al Ministro dell'Interno una lettera nella quale esprimeva preoccupazione «per la perdurante situazione di privazione de facto della libertà» a bordo della Open Arms (cfr. il Comunicato stampa).

quanto meno altamente rischioso affrontare ulteriori giorni di navigazione, in frontale contrasto con gli obblighi di tutela della vita di passeggeri ed equipaggio gravanti sul comandante[180]. Quanto al rifiuto di atti d'ufficio, la Corte non ha ravvisato alcuna delle «ragioni» impositive del tempestivo compimento dell'atto tra quelle tassativamente previste dall'art. 328 c.p. Infine, e a ben vedere in maniera assorbente, rispetto ad entrambi i reati il ricorso della Procura è stato giudicato comunque inammissibile per difetto di «specificità estrinseca», a sua volta dovuto alla mancanza di argomentazioni in ordine all'elemento soggettivo del dolo, lacuna a cui il collegio ha ricollegato il rischio di un giudizio di rinvio meramente esplorativo.
I tre richiamati casi collimano, a nostro avviso, nel perimetrare una *sacca di impunità* rispetto a condotte istituzionali riconducibili al paradigma del sequestro di persona. Che si tratti di una decisione di stampo puramente politico, come quella che ha posto fine al procedimento *Diciotti*, ovvero di fragili argomentazioni di ordine giuridico, come quelle che sostengono gli esiti dei casi *Gregoretti* e *Open Arms*, la verità è che la "ragione di Stato", declinata in funzione di protezione delle frontiere marittime, è stata ritenuta prevalente rispetto al diritto fondamentale alla libertà personale, in linea con la stessa strategia che aveva portato la Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'Uomo a condannare l'Italia nel già ricordato caso *Khlaifia*. Sono passati dieci anni, ma la libertà degli stranieri *sans papiers* continua ad essere impunemente calpestata.

5.2. Come per le detenzioni *de facto* alle frontiere, anche per le prassi di respingimento illegittimo la verità è emersa grazie a una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. La vicenda trae origine da un'operazione di *push back* eseguita nel maggio 2009 dalla Guardia costiera italiana ai danni di alcuni migranti somali ed eritrei, ricondotti in Libia dopo essere stati tratti in salvo in acque internazionali. Con la sentenza *Hirsi*[181] la Corte ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu, poiché i respinti avevano corso il concreto pericolo di subire torture e trattamenti inumani una volta consegnati alle milizie libiche, nonché per violazione del divieto di espulsioni collettive di cui all'art. 4 Prot. 4 Cedu, poiché i respinti non erano stati identificati e la loro situazione individuale non era stata oggetto d'esame.
Come nel caso *Khlaifia*, nemmeno nel caso *Hirsi* l'accertamento della responsabilità dello Stato sul piano internazionale ha avuto risvolti penalistici per i singoli autori delle condotte in questione. Il tema della rilevanza penale dei *push back*, già oggetto di autorevoli riflessioni dottrinali[182], è però emerso in una più recente vicenda giudiziaria; nella quale, come subito vedremo, i principi dettati dalla sentenza *Hirsi* hanno giocato un ruolo significativo. Procedendo con ordine, i fatti risalgono al 30 luglio 2018, quando il comandante della nave mercantile Asso28, battente bandiera italiana, soccorreva in acque internazionali un centinaio di migranti che si trovavano a bordo di un gommone. L'intervento avveniva d'accordo con il personale di una piattaforma petrolifera dell'ENI per la quale l'Asso28 svolgeva funzioni di supporto, e in particolare d'intesa con un non meglio identificato *customer officer* libico, in servizio presso la piattaforma stessa. Concluse le operazioni di recupero, il comandante della Asso28 faceva rotta verso il porto di Tripoli, dove i naufraghi erano consegnati a una motovedetta libica. I Centri di coordinamento e soccorso competenti, ossia quello libico in

[180] Sul punto sia consentito rinviare a S. Zirulia, *Caso Open Arms: la Cassazione esclude il sequestro di persona. Analisi delle motivazioni e critica alla tesi della "libertà di andarsene"*, in *Sistema penale*, 3.6.2026.
[181] C. eur., GC, 23.2.2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. Per un commento v. A. Liguori, *La Corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di diritto internazionale* 2012, 2, 415 ss.
[182] Cfr. F. Palazzo, *Scriminanti ed immigrazione clandestina (a proposito dei c.d. respingimenti in alto mare)*, in *RIDPP* 2011, 458 ss.: lo scritto, prendendo spunto da un'indagine della Procura di Siracusa, pionieristicamente rifletteva sulla configurabilità del reato di violenza privata.

quanto il soccorso si era svolto nella zona SAR dichiarata dal Governo di Tripoli, e quello italiano in ragione della bandiera della Asso28, venivano informati tardivamente, ossia quando la nave soccorritrice si stava già dirigendo verso la Libia, in violazione della Convenzione SOLAS e delle linee guida IMO.
In relazione a tali condotte, il comandante della Asso28 veniva accusato di abuso d'ufficio (all'epoca ancora in vigore), abbandono di persone minori di quattordici anni o incapaci (art. 591 Cp) e sbarco o abbandono arbitrario di persone (art. 1155 cod. nav.). Mentre per il reato *ex* art. 323 veniva assolto in primo grado (e sul punto la sentenza non era oggetto di impugnazione)[183], per le altre due fattispecie delittuose veniva condannato in via definitiva a un anno di reclusione, con pena sospesa[184]. Nel prosieguo si darà sinteticamente conto delle motivazioni alla base della condanna.
Giova ricordare che l'art. 591 Cp punisce colui che, avendo in custodia persone minori di anni quattordici, ovvero persone incapaci di provvedere a se stesse, le abbandona in una situazione di pericolo. Senza dubbio il comandante della nave può considerarsi "custode" dei passeggeri, in quanto investito di una posizione di garanzia per la tutela della loro vita e incolumità fisica. Inoltre, a bordo della Asso28 erano presenti minori di quattordici anni e donne incinte, condizione quest'ultima che, secondo i giudici, può essere considerata causa di incapacità di provvedere autonomamente a se stesse, in ragione della maggiore vulnerabilità che normalmente si associa alla gravidanza. Queste persone erano state abbandonate in una condizione di pericolo, poiché, osservano concordemente i giudici di primo e secondo grado, è noto che i migranti irregolari in Libia sono costantemente esposti al rischio di subire trattamenti inumani e degradanti, violenze fisiche, sessuali e psicologiche, e perfino al rischio di essere uccisi. Trattandosi di reato di pericolo astratto, non solo non è necessario che un danno si sia verificato, ma nemmeno è necessario dimostrare che ogni singolo individuo abbia corso un effettivo pericolo, essendo sufficiente la potenzialità dello stesso, derivante appunto dalla condizione nella quale si trova la categoria dei migranti irregolari in Libia.
Il secondo reato, ossia lo sbarco o abbandono arbitrario di persone, ha invece trovato applicazione rispetto a tutti gli altri naufraghi respinti dalla Asso28, privi cioè di una specifica condizione di vulnerabilità. Il disvalore, in questo caso, è stato ravvisato nel carattere «arbitrario» dell'abbandono nelle mani delle autorità libiche, cioè nella sua incompatibilità con

[183] GUP Napoli 13.10.2021, in *Sistema penale*, 5.9.2022, con nota di C. Pagella, *Sulla rilevanza penale dello sbarco su suolo libico di migranti soccorsi in acque internazionali*. A proposito dell'abuso d'ufficio, il giudice napoletano riteneva che non fosse stato dimostrato né l'ingiusto vantaggio patrimoniale per la petroliera, che dalla commissione del reato avrebbe tutt'al più potuto ricavare benefici indiretti; né il danno ingiusto, poiché non era noto quale fosse stato il destino dei migranti successivamente alla consegna alle autorità libiche. Sebbene il tema abbia perso una parte del suo interesse a seguito dell'abolizione del reato in questione, pare comunque opportuno evidenziare un profilo critico della sentenza, là dove trascura la possibilità di considerare il respingimento collettivo dei naufraghi come un danno ingiusto di per sé, derivante dalla perdita della *chance* di esercitare il diritto di richiedere asilo, nei termini garantiti dal divieto di espulsioni collettive *ex* art. 4 Prot. 4 Cedu. Per una più articolata critica alle statuizioni sull'abuso d'ufficio, v. L. Masera, *Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28 e il problema inedito della qualificazione penalistica dei respingimenti illegittimi*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2023, 10 ss.
[184] Oltre a GUP Napoli, cit. alla nota precedente, cfr. App. Napoli 10.11.2022, in *Sistema penale*, 8.5.2023, con nota di C. Pagella, *Caso ASSO 28: la Corte d'Appello di Napoli conferma la condanna per sbarco arbitrario e abbandono di minori o incapaci sulle coste libiche*. Per un commento a entrambe le sentenze di merito, v. L. Masera, *Le decisioni di primo e secondo grado*, cit. La condanna è stata confermata da Cass. 12.10.2023, n. 4557, commentata da C. Pagella, *Sulla responsabilità penale del Comandante che conduca in Libia i migranti soccorsi in mare: il caso ASSO 28*, in *DPenCont* 2024, 2, 112 ss., nonché da L. Masera, *La Cassazione sul caso Asso 28: respingere verso la Libia i naufraghi soccorsi in alto mare configura una condotta penalmente rilevante. Qualche considerazione sulla qualificazione penalistica delle condotte di violazione del diritto al "non refoulement"*, in *FI* 2024, 6, II, 407 ss.

i doveri gravanti sul comandante della nave, rappresentati, da un lato, dall'obbligo di avvisare senza ritardo le autorità competenti per il coordinamento dei soccorsi (previsto in particolare dalla regola 33 del capitolo V della Convenzione SOLAS e dal par. 5 dalle linee guida IMO); dall'altro lato, dal divieto di *refoulement* (sancito, come è noto, dal diritto internazionale ed europeo, e recepito dalla legislazione italiana nell'art. 19 TuImm).
Con riferimento all'elemento soggettivo, rispetto a entrambi i reati è stato ravvisato il dolo eventuale. La consapevolezza in ordine al carattere non sicuro del porto libico è stata ricollegata sia alla circostanza, notoria, che la Libia non ha sottoscritto la Convenzione di Ginevra sui rifugiati, sia alla diffusione dei rapporti di istituzioni e organizzazioni internazionali indipendenti che già la sentenza *Hirsi* aveva valorizzato a sostegno della violazione dell'art. 3 Cedu[185]. Compiendo la scelta di ricondurre i migranti in Libia, l'imputato aveva pertanto accettato la possibilità che gli stessi fossero esposti al pericolo di subire trattamenti inumani e degradanti.
La sentenza *Hirsi* viene valorizzata dalla Corte di cassazione anche con riferimento al tema della giurisdizione italiana. Si afferma, infatti, che il comandante della nave privata, quando adempie all'obbligo, sancito dal diritto internazionale e recepito dal diritto interno, di salvare persone trovate in *distress*, opera quale agente dello Stato italiano in acque internazionali, e pertanto, nella misura in cui esercita controllo e autorità sui naufraghi, estende la giurisdizione extraterritoriale dello Stato su quelle persone ai sensi dell'art. 1 Cedu, con conseguente applicabilità del diritto a non subire espulsioni collettive. Questi passaggi, pur condivisibili, si presentano a prima vista come *obiter dicta*. Ci si potrebbe infatti chiedere perché la Corte di cassazione abbia affrontato il problema della giurisdizione ai sensi dell'art. 1 Cedu, che riguarda l'eventuale responsabilità internazionale *dello Stato* per violazione o mancata tutela dei diritti fondamentali. Piuttosto, la Corte avrebbe dovuto interrogarsi sull'applicabilità della legge penale italiana a condotte *individuali*, realizzate interamente in acque internazionali. In ogni caso tale interrogativo avrebbe trovato agevole risposta affermativa in base al principio del *territoire flottant*, che considera il naviglio come estensione del territorio dello Stato di cui batte bandiera, e che è stato recepito dall'art. 4 Cp; sicché, salvo ipotesi eccezionali non ricorrenti nel caso di specie, è pacifico che il comandante della nave battente bandiera italiana risponda dei reati commessi a bordo esattamente come se li avesse compiuti sul territorio italiano. Tornando alla ragione per cui la Cassazione si è soffermata sull'applicabilità *ratione loci* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essa è da ravvisarsi, probabilmente, su un diverso piano: quello della possibilità di qualificare come «arbitrario», cioè illegittimo, appunto per violazione del divieto di espulsioni collettive sancito dal diritto di Strasburgo, l'abbandono in pericolo dei naufraghi diversi da minori di anni quattordici e donne incinte, giudizio a sua volta indispensabile per ritenere integrato il reato previsto dall'art. 1155 cod. pen.
Nel corso del processo l'imputato aveva invocato la causa di giustificazione dell'adempimento di un ordine legittimo (art. 51 Cp). Secondo la Corte di cassazione, tuttavia, le interlocuzioni con il *costumer officer* in servizio presso la piattaforma petrolifera non potevano considerarsi fonti di ordini legittimi. Solo laddove l'ordine fosse stato emesso dai competenti centri nazionali di coordinamento , conclude la Corte, il suo adempimento avrebbe potuto giustificare la condotta del comandante (salva la responsabilità dell'ufficiale superiore emanante l'ordine). Quest'ultimo inciso, tuttavia, risulta solo parzialmente condivisibile: laddove, infatti, i centri di coordinamento avessero indicato di fare rotta verso la Libia, il comandante ben avrebbe potuto opporre l'obbligo di sbarcare i naufraghi in un porto sicuro, obbligo previsto da fonti

[185] Cfr. *Hirsi Jamaa e altri*, cit., §§ 35-42.

normative ratificate dall'Italia, alla luce delle quali l'ordine sarebbe risultato illegittimo, e dunque privo di efficacia scusante[186].

L'importanza della sentenza sul caso *Asso28* non risiede tanto nell'avere ribadito ciò che, ormai, è noto a chiunque (ossia che la Libia non è un porto sicuro per i migranti irregolari tratti in salvo nel Mediterraneo e che pertanto la loro conduzione in quel Paese costituisce una violazione del divieto di *refoulement*); bensì nel valore giuridico che tale affermazione assume sul terreno della responsabilità penale individuale. Mentre infatti, fino a questa vicenda, il divieto di *refoulement* era stato invocato per *giustificare* la condotta del comandante[187], o dei migranti[188], che si erano *opposti* a condotte contrarie all'obbligo di sbarcare i naufraghi in un porto sicuro, e che per questo erano stati accusati, tra l'altro, di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare; con il caso in esame a venire in rilievo è la *violazione* del medesimo divieto, che a sua volta integra un elemento costitutivo di reati contro la persona. Un cambio di prospettiva particolarmente significativo, perché si accompagna a un mutamento di funzione del diritto penale, che da strumento di protezione delle frontiere rispetto a condotte (a torto) ritenute una minaccia per la loro integrità, torna a ergersi, in maniera più consona alla sua vocazione tradizionale, a strumento di tutela di diritti fondamentali quali la vita, l'integrità fisica e la libertà personale.

Il caso *Asso28* può essere tuttavia osservato anche in una diversa, e meno incoraggiante, prospettiva, ossia come ulteriore conferma della tendenziale *impunità* di cui beneficiano condotte gravemente lesive dei diritti fondamentali dei migranti. Non bisogna infatti dimenticare che, anche in ragione delle cornici edittali tutto sommato miti (specialmente nel minimo) previste dai reati *ex* artt. 591 Cp e 1155 cod. nav., il comandante della nave è stato condannato a una pena detentiva di entità particolarmente esigua, per la quale ha beneficiato della sospensione condizionale. Certo, i medesimi reati prevedono, entrambi al co. 3, un'ipotesi aggravata nel caso in cui, come conseguenza non voluta dell'abbandono, derivino lesioni personali (reclusione da uno a sei anni) o la morte della vittima (reclusione da tre a otto anni): ma l'accertamento di tali situazioni richiede la dimostrazione di quanto accaduto alla persona offesa successivamente all'abbandono, un risultato estremamente difficile da ottenere,

---

[186] In questo senso v. L. Masera, *La Cassazione sul caso Asso 28*, cit., par. 4.

[187] Il riferimento è, naturalmente, al caso della comandante Carola Rackete, la cui responsabilità per i reati di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e resistenza a pubblico ufficiale è stata esclusa in quanto il suo ingresso forzoso nel porto di Lampedusa, in violazione dell'alt della Guardia di finanza italiana, è stato ricondotto all'adempimento del dovere di soccorso di persone trovate in pericolo (Cass. 16.1.2020 n. 6626). Su quella vicenda v., *ex multis*, G. Mazza, *Caso "Sea Watch": la Cassazione sulla non convalida dell'arresto di Carola Rackete in relazione al dovere di soccorso in mare*, in *DPP* 2020, 1068 ss.; F. Parisi, *La decisione della Cassazione sul caso Carola Rackete: note a margine*, in *FI* 2020, 5, 290 ss.; L. Masera, *La Cassazione sul caso Rackete: la strategia dei porti chiusi è contraria alla disciplina dei soccorsi in mare*, in *QuestG*, 20.2.2020; nonché, volendo, C. Pitea, S. Zirulia, *L'obbligo di sbarcare i naufraghi in un luogo sicuro: prove di dialogo tra diritto penale e diritto internazionale a margine del caso Sea Watch*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2020, 3, 659 ss. Sulle modifiche introdotte dal decreto sicurezza 2025 allo scopo di rendere applicabili in situazioni analoghe al caso *Rackete* i reati di «rifiuto di obbedienza a nave da guerra» (art. 1099 Cn) e «resistenza o violenza contro nave da guerra» (art. 1100 Cn), v. l'analisi critica di A. Ciervo, *La criminalizzazione delle ONG che operano salvataggi in mare tra "Decreto legge sicurezza" e tutela multilivello della libertà di associazione*, in *QuestG*, 21.7.2025.

[188] Qui il riferimento è, invece, al caso *Vos-Thalassa*, all'esito del quale due migranti che si erano opposti con la forza alla decisione del comandante di ricondurli in Libia sono stati assolti dalle accuse di resistenza a pubblico ufficiale, violenza privata e favoreggiamento dell'immigrazione irregolare in ragione della ritenuta sussistenza della scriminante della legittima difesa (Cass. 16.12.2021 n. 15869 Tijani e altro). Su questa vicenda v. L. Masera, *La Cassazione riconosce la legittima difesa ai migranti che si erano opposti al respingimento verso la Libia*, in *Sistema penale*, 28.7.2022; F. Parisi, *Sul caso Vos Thalassa. La Cassazione afferma la configurabilità della legittima difesa per i migranti soccorsi in mare che si oppongono con violenza allo sbarco in Libia*, in *FI* 2022, II, 504-510.

specialmente se le vittime non sono state identificate dal reo, come nel caso di specie[189]. Il profilo di *impunità* che qui si intende sottolineare non attiene, dunque, al piano dell'*an* della responsabilità, che in effetti è stata pienamente accertata; bensì a quello del *quantum* sanzionatorio, che ci pare, in concreto, manifestamente sproporzionato al disvalore della condotta (prima ancora che dell'evento, di cui non abbiamo evidenze) realizzata dall'imputato[190]. A nostro avviso, in altre parole, il fatto stesso di consegnare persone trovate in pericolo mare, incluse donne incinte e minorenni, alle autorità di un Paese dove quelle stesse persone sarebbero state con certezza pressoché assoluta sottoposte a indicibili violenze, configura una condotta di gravità tale da meritare una pena senz'altro superiore al "buffetto" inflitto all'imputato. Si consideri, a tale riguardo, che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è da tempo consolidata nel ritenere che gli obblighi positivi di incriminazione includano anche il divieto di infliggere pene *sproporzionate per difetto* al disvalore del fatto accertato, nonché quello ancillare di non applicare istituti, come la sospensione condizionale, che sterilizzino gli effetti deterrenti della pena[191]. Queste brevi considerazioni suggeriscono che, rispetto a eventuali future situazioni analoghe, un ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione dell'art. 3 Cedu avrebbe buone *chances* di trovare accoglimento. Al fine di prevenire nuove violazioni, occorrerebbe, alternativamente, commisurare la pena in maniera più aderente al disvalore del fatto (entro i margini, beninteso, consentiti dalla cornice edittale dei reati accertati); individuare ulteriori fattispecie potenzialmente applicabili (a titolo esemplificativo, la violenza privata e il sequestro di persona); o ancora riflettere, in ottica *de jure condendo*, sulla possibilità di criminalizzare autonomamente la violazione del divieto di *refoulement*[192].

5.3. Le strategie di riduzione dei flussi migratori indesiderati non si limitano ai trattenimenti illegali e ai respingimenti in violazione del divieto di *refoulement*, ma arrivano, in maniera sconcertante, fino al punto di cagionare o non impedire la morte dei migranti per annegamento. Ancora una volta, è grazie al contenzioso sovranazionale che disponiamo di accertamenti giurisdizionali di queste vicende, una delle quali – sulla quale torneremo nell'immediato prosieguo – relativa proprio alla responsabilità dell'Italia[193]. Si tratta, beninteso, di accertamenti in ordine alla responsabilità internazionale degli Stati; d'altra parte, sarebbe grottesco decretarne per ciò solo l'irrilevanza agli occhi del penalista. E del resto non mancano, ancorché per ora isolate, vicende giudiziarie anche su quest'ultimo terreno.
Il riferimento è, anzitutto, a una vicenda forse poco nota, nella quale la violazione degli obblighi di salvaguardia della vita da parte delle autorità italiane ha comportato la morte di oltre ottanta persone. Si tratta del naufragio causato il 28 maggio 1997 nel Canale d'Otranto dalla collisione

[189] *A fortiori*, sarebbe stata difficilmente percorribile, quanto meno nel caso di specie, la strada della responsabilità del comandante per concorso nei reati subìti dai migranti respinti in Libia, come evidenzia C. Pagella, *Sulla responsabilità penale del Comandante che conduca in Libia i migranti soccorsi in mare*, cit., 124-126.
[190] Nello stesso senso C. Pagella, *Sulla responsabilità penale del Comandante*, cit., 123-126; L. Masera, *La Cassazione sul caso Asso 28*, cit., par. 5-7.
[191] Cfr. C. eur., GC, 1.6.2010, *Gäfgen c. Germania*, § 124, dove la Corte ha censurato l'applicazione di una mera pena pecuniaria, sospesa, agli agenti di polizia che avevano minacciato un sospettato di sequestro di persona di usare tecniche di tortura per costringerlo a rivelare il luogo dove aveva nascosto la vittima.
[192] Per quest'ultima prospettiva, v. L. Masera, *Le decisioni di primo e secondo grado nel caso Asso 28*, cit., 16 ss.
[193] Oltre alla decisione del Comitato dei diritti dell'uomo del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite (sulla quale v. *infra*, nel testo e alla nt. 200), cfr. C. eur., 7.7.2022, *Safi e altri c. Grecia* e 14.10.2025, *F.M. e altri c. Grecia*, le quali, rispetto a due diversi naufragi, hanno ravvisato la violazione dell'art. 2 Cedu tanto sotto il profilo sostanziale, in ragione dell'inadeguatezza delle operazioni di soccorso, quanto sotto il profilo procedurale, in ragione dell'inefficacia delle indagini condotte per accertare eventuali responsabilità per omissione di soccorso.

della corvetta Sibilla della marina militare italiana con la nave Kater I Rades, priva di bandiera e sovraccarica di cittadini albanesi in fuga dalla guerra civile. Nel quadro di un accordo all'epoca stipulato tra l'Italia e l'Albania per il contrasto all'immigrazione irregolare, la Sibilla tentava di interrompere il tragitto della Kater I Rades, dapprima mediante intimazioni verbali, quindi, constatata la loro inefficacia, con manovre dissuasive sempre più pericolose, che ne provocavano, infine, l'affondamento. Il processo si concludeva con la condanna definitiva del comandante della Sibilla a due anni di reclusione e del timoniere della nave albanese a tre anni e sei mesi di reclusione, entrambi per il solo delitto di naufragio colposo, essendosi estinti per prescrizione gli omicidi[194].

Il caso giudiziario finora più eclatante è senz'altro quello relativo al c.d. "naufragio dei bambini", soprattutto siriani, verificatosi l'11 ottobre 2013, nel quale persero la vita oltre duecento persone. A quasi dieci anni di distanza dall'accaduto, la sentenza del Tribunale di Roma[195], pur dichiarando la prescrizione dei reati di omicidio colposo (art. 589 Cp) e rifiuto di atti d'ufficio (art. 328 Cp) contestati a due ufficiali della Marina italiana[196], ha illustrato dettagliatamente le ragioni a sostegno della fondatezza, nel merito, delle accuse rivolte agli imputati. In particolare, a fronte delle numerose richieste di aiuto formulate telefonicamente da un medico siriano a bordo di un barcone salpato dalla Libia, richieste nelle quali si evidenziava l'avaria dei motori, la circostanza che la nave stesse imbarcando acqua e la presenza di bambini, due dei quali feriti, gli imputati non solo omettevano di fornire alle autorità maltesi (responsabili per l'area SAR dove si stava verificando il naufragio) un quadro informativo completo sulla situazione di pericolo e sulla prossimità della nave militare italiana Libra; ma financo ordinavano a quest'ultima di mantenersi a debita distanza, onde evitare che Malta ne chiedesse l'intervento, fino al momento del capovolgimento del barcone, quando ormai era troppo tardi per soccorrere efficacemente i naufraghi. Le statuizioni del Tribunale sono state confermate dalla Corte d'appello[197]; infine, la Corte di cassazione ha escluso la responsabilità per omissione d'atti d'ufficio e ha confermato la prescrizione per gli omicidi colposi[198]. Un esito censurato dal Comitato dei diritti dell'uomo del Patto internazionale sui diritti civili e politici[199], che ha ravvisato la violazione del diritto alla vita (sancito dall'art. 6 del Patto) non solo in ragione dell'omesso soccorso delle persone in pericolo, ma anche, sul versante processuale, della prescrizione dei reati Difficile non ricollegare queste statuizioni alle modalità con cui si è svolto il procedimento, tenuto conto che le indagini si sono concluse nel 2017, quattro anni dopo l'evento, e che in questo frangente temporale si sono registrate ben tre richieste di archiviazione da parte delle Procure intervenute (la prima da parte della Procura di Agrigento, le altre due da parte della Procura di Roma).

Da ultimo, con le cautele dovute alla circostanza che il procedimento nei confronti di alcuni esponenti delle autorità italiane è attualmente pendente in primo grado, non si può non

[194] Cass. 9.5.2014 n. 24527 Namik e altri.

[195] Trib. Roma 2.12.2022 n. 14998, in www.asgi.it. Sulla vicenda v. G. Mentasti, *Ritardi nei soccorsi in mare e possibili responsabilità delle autorità italiane: la "condanna" per il "naufragio dei bambini", nonostante la prescrizione dei reati. Nota a Tribunale di Roma, sent. 2.12.2022 (dep. 15.12.2022), n. 14998*, in *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza* 2023, 3; E. Rolfi, *Il Tribunale di Roma, nove anni dopo, sul "naufragio dei bambini": un problematico caso di prescrizione dei reati e di "responsabilità" delle autorità italiane*, in *Sistema penale*, 21.4.2023.

[196] Segnatamente, il responsabile della centrale operativa del Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di Porto e il capo sezione della sala operativa di CIN- CNAV, Comando in capo della squadra navale della Marina Militare.

[197] App. Roma 25.6.2024.

[198] Cass. 3.4.2026, non ancora depositata.

[199] Comitato dei diritti dell'uomo del Patto internazionale sui diritti civili e politici delle Nazioni Unite, 4.11.2020, *A.S., D.I., O.I. and G.D. v. Italy*, par. 8.7. .

menzionare il naufragio verificatosi il 26 febbraio 2023 davanti alla spiaggia di Steccato di Cutro, nel crotonese. Secondo la ricostruzione offerta dalla Procura, il caicco Summer Love, partito dalla Turchia con circa 180 persone a bordo, era stato avvistato il 25 febbraio da un velivolo di Frontex, che aveva trasmesso un'informativa alle autorità italiane. Queste ultime avevano classificato l'evento come operazione di polizia di frontiera, dunque di competenza della Guardia di finanza, e non come operazione di ricerca e soccorso, che invece sarebbe stata coordinata dalla Guardia costiera. La GdF sarebbe dovuta intervenire una volta che il *target* fosse entrato in acque territoriali, ma il peggioramento delle condizioni meteo-marine aveva costretto l'unità navale impiegata al rientro in porto. Tale circostanza era stata celata, insieme ad altre rilevanti informazioni, alla Guardia costiera, che invece avrebbe avuto a disposizione assetti navali idonei alla navigazione in quelle condizioni. Anche nelle ore successive, malgrado il protrarsi della burrasca, la GdF non aveva tenuto informata la Guardia costiera e aveva omesso il monitoraggio del *target*, ignorando il rischio, poi effettivamente concretizzatosi, che lo stesso potesse avvicinarsi eccessivamente alla spiaggia ed entrare in collisione con il fondale. Allo stesso tempo, la Guardia costiera, pur avendo ricevuto il medesimo report di Frontex e pur essendo al corrente delle condizioni meteo-marine avverse, aveva omesso di effettuare gli approfondimenti conoscitivi che avrebbero comportato la classificazione dell'evento come SAR e, di conseguenza, le avrebbero imposto di intervenire. All'alba del 26 febbraio, a poche centinaia di metri dalla riva, lo scafo del Summer love aveva urtato contro una secca e si era spezzato, con conseguente affondamento dell'imbarcazione e morte per annegamento di almeno 94 persone, tra cui 35 minori. I primi soccorsi erano stati prestati soprattutto da pescatori, residenti, carabinieri e volontari sulla spiaggia.
Nel filone processuale contro i presunti scafisti, cinque persone sono state condannate a pene comprese tra 16 e 20 anni (in un caso, 11 anni) per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e morte come conseguenza di altro delitto. Pene considerate troppo basse dal Governo italiano, che all'indomani del naufragio ha ritenuto opportuno introdurre, mediante il già ricordato decreto Cutro, il nuovo reato di morte o lesioni come conseguenza del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (art. 12-*bis* TuImm), dotato di pene fino a trent'anni di reclusione[200].
Il secondo filone processuale – avviato a seguito di un esposto siglato da oltre quaranta ONG e associazioni italiane ed europee impegnate nella tutela dei diritti umani – riguarda i presunti ritardi o omissioni nei soccorsi. Nel luglio 2025 sono stati rinviati a giudizio quattro ufficiali della Guardia di finanza e due della Guardia costiera, con l'accusa di naufragio colposo e omicidio colposo plurimo. Il dibattimento davanti al Tribunale di Crotone, iniziato nel gennaio 2026, è attualmente in corso. In attesa di conoscere gli sviluppi processuali, quel che fin d'ora appare certo è che le autorità fossero al corrente della presenza del caicco molte ore prima dell'evento e che le misure che avrebbero con alta probabilità impedito il naufragio non sono state poste in essere. A ciò si aggiunge che la classificazione degli eventi che coinvolgono *boat migrants* come *law enforcement* anziché come SAR non rappresenta un'eccezione o un isolato errore di valutazione, bensì una prassi costante dello Stato italiano documentata dal 2019[201]. Una prassi particolarmente discutibile se si considera che le imbarcazioni sovraffollate e prive dei più elementari dispositivi di sicurezza (come i salvagente) sono per definizione *in distress* o quanto meno in una situazione di *incertezza*; situazione quest'ultima che in base al diritto internazionale, impone di effettuare tutti gli accertamenti prodromici all'eventuale

[200] V. *supra*, 2.1., 2.2.
[201] Cfr. D. Facchini, *Soccorsi in mare classificati come operazioni di polizia: i dati 2019-2023 certificano la prassi*, Altraeconomia, 14.4.2023.

classificazione dell'evento come SAR[202]. L'adempimento degli obblighi di soccorso risulta così subordinato allo svolgimento di operazioni di polizia finalizzate alla sorveglianza delle frontiere e al contrasto all'immigrazione irregolare; un azzardo i cui effetti collaterali parrebbero essersi manifestati proprio nel caso appena esaminato.

6. La contaminazione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione, messa puntualmente in luce vent'anni orsono attraverso la categoria concettuale della *crimmigration*, rivela oggi una più profonda torsione funzionale del sistema punitivo: il diritto penale viene sempre più spesso adoperato come dispositivo di difesa dei confini, mediante un complesso di norme formalmente amministrative ma sostanzialmente punitive, mentre tende ad arretrare proprio là dove sarebbe chiamato a tutelare i diritti fondamentali delle persone in movimento, quali la vita, la libertà personale, l'integrità fisica e il diritto a non essere sottoposti a tortura o trattamenti inumani o degradanti.
La prima parte del lavoro ha mostrato come le disposizioni rientranti nelle tre direttrici classiche della *crimmigration* concorrano oggi a edificare un apparato normativo segnato da evidenti profili di sproporzione e irragionevolezza; profili destinati nel complesso ad acuirsi per effetto della progressiva implementazione del nuovo Patto UE sull'immigrazione e l'asilo. La criminalizzazione dell'ingresso e del soggiorno irregolare, dell'agevolazione dell'immigrazione irregolare e di ulteriori condotte dove il perno del disvalore è la violazione di regole che disciplinano lo status degli stranieri in Italia, produce un diritto penale di stampo artificiale, destinato a generare irrisolvibili tensioni con i canoni di offensività e proporzionalità. Parallelamente, le conseguenze sullo status degli stranieri – in termini di automatismi ostativi, espulsioni, revoca della cittadinanza – discendenti dalla commissione di reati o da condotte etichettate come antisociali, sovversive o anche solo sospette, convergono nell'affiancare all'apparato repressivo di diritto comune un *surplus* di misure afflittive i cui costi in termini di esclusione e marginalizzazione non sono controbilanciati da alcun misurabile vantaggio. La massima intensità della commistione tra politica criminale e governo amministrativo dei flussi si manifesta sui versanti della detenzione amministrativa (nei CPR, negli *hotspot* e nei centri dislocati in Albania) e dell'apparato sanzionatorio predisposto a tutela delle frontiere marittime nei confronti di coloro che svolgono stabilmente attività di *search and rescue*. Qui la sproporzione tra obiettivo perseguito e tipologia di misura adottata raggiunge il suo apice, non solo sul piano dell'eccessiva afflittività, ma anche su quello dell'(in)efficacia, grossolanamente soppiantata dalla mera simbologia. Iniziano, inoltre, a intravedersi i germi di quelle che abbiamo definito politiche *criminali*, dove il progressivo svuotamento dei diritti delle persone in movimento fa da premessa, anche sul piano culturale, all'accettazione consapevole della loro sacrificabilità in nome della ragione di Stato.
Tutto ciò che per "noi" è un patrimonio acquisito, al punto tale che fatichiamo anche solo a immaginare che possa essere rimesso in discussione – il diritto alla vita, il diritto alla libertà personale, il divieto di torture e trattamenti inumani e degradanti – diventa invece precario,

[202] Per la puntuale ricostruzione della disciplina nazionale e internazionale in materia, v. F. De Vittor, *Controllo dell'immigrazione irregolare o soccorso a naufraghi? Sulla compatibilità con gli obblighi in materia di soccorso della classificazione di eventi SAR come operazioni polizia*, in *ADiM Blog*, aprile 2023. A proposito della cornice securitaria che ormai circonda le operazioni di *search and rescue* nel Mediterraneo, v. A. Papachristodoulou, *The Exercise of State Power over Migrants at Sea through Technologies of Remote Control: Reconceptualizing Human Rights Jurisdiction*, in *International & Comparative Law Quarterly* 2024, 4, 931 ss., dove il naufragio di Cutro è citato proprio come esempio paradigmatico dell'approccio oggetto di critica; nonché, con sguardo esteso anche oltre l'Europa, D. Ghezelbash, V. Moreno-Lax, N. Klein, B. Opeskin, *Securitization of Search and Rescue at Sea: The Response to Boat Migration in the Mediterranean and Offshore Australia*, in *International & Comparative Law Quarterly* 2018, 2, 315 ss.

improvvisamente bilanciabile, o comunque questione di "numeri", allorché l'interessato sia uno di "loro". Il fatto che vengano commessi gravissimi reati nei confronti dei migranti, per mano delle stesse istituzioni italiane o di soggetti terzi nel quadro di strategie concordate, diventa *una delle opzioni possibili*. E questa è solo una faccia della medaglia.

L'altra faccia sono le persistenti difficoltà che, a diversi livelli, l'ordinamento incontra nell'accertare e sanzionare tali responsabilità penali. L'impunità per i trattenimenti *de facto* a bordo di navi, per i respingimenti verso la Libia e per i naufragi cagionati o non impediti da omissioni nei soccorsi, mostrano come la ragione di Stato rischi, anche, di neutralizzare le più elementari funzioni di tutela del diritto penale.

Ci troviamo così al cospetto di una situazione *prima facie* paradossale, ma ad un più attento sguardo perfettamente coerente: le medesime politiche pubbliche che irrigidiscono il trattamento punitivo dello straniero irregolare tendono a schermare, o comunque a rendere difficilmente perseguibili, le condotte istituzionali che incidono sui suoi diritti fondamentali. È in questa asimmetria che si coglie il tratto più problematico della *crimmigration* italiana: un diritto punitivo espansivo e feroce, quando si tratta di proteggere interessi amministrativi intermedi, quali l'ordinata gestione dei flussi migratori; e al contempo timido e debole, quando si tratta di proteggere beni giuridici finali, come i diritti fondamentali poc'anzi richiamati. Breve: un diritto punitivo che anticipa e amplifica la tutela dei confini e al contempo arretra dinanzi alle violazioni commesse in nome dei confini stessi. La questione non è soltanto politico-criminale, ma investe il fondamento costituzionale dello *ius puniendi*: in uno Stato di diritto non dovrebbe esserci spazio alcuno per un diritto penale severo con i vulnerabili e indulgente con l'esercizio illegittimo del potere pubblico.

È su queste premesse che poggia la necessità di ripensare il diritto penale dell'immigrazione sin dalle sue fondamenta. In primo luogo, occorrerebbe ridurre drasticamente l'area della punibilità fondata sulla mera irregolarità amministrativa, riservando la sanzione penale alle condotte effettivamente offensive di beni giuridici personali, preferibilmente di rango costituzionale. Un esempio molto concreto può formularsi rispetto all'art. 12 TuImm, che dovrebbe essere riscritto in modo tale da differenziare con nettezza, nell'*an* e nel *quantum*, il traffico organizzato di migranti dalle condotte di agevolazione occasionali, solidaristiche o comunque prive di finalità di sfruttamento. In secondo luogo, la disciplina degli effetti amministrativi connessi alla repressione e alla prevenzione di reati dovrebbe essere, oltre che riordinata, rimodulata sulla base di considerazioni attinenti alla sua efficacia, limitando l'applicabilità di misure fortemente impattanti sulla vita privata a quelle ristrette ipotesi in cui risultino davvero indispensabili per proteggere contro-interessi di alto rango. In terzo luogo, la detenzione amministrativa, in tutte le sue molteplici forme, dovrebbe essere come minimo riallineata alle garanzie previste dagli artt. 13 Cost. e 5 Cedu. Nel mentre si potrebbe avviare un serio dibattito in ordine alla sua possibile abolizione; soluzione, quest'ultima, che invece senza alcun dubbio o esitazione dovrebbe investire il vergognoso apparato di misure sanzionatorie messo in piedi per colpire coloro che quotidianamente adempiono all'obbligo morale e giuridico di salvare vite in mare.

Sul versante opposto, è necessario rafforzare la capacità dell'ordinamento penale di reagire alle violazioni dei diritti fondamentali commesse nell'attuazione delle politiche migratorie. Ciò richiede, anzitutto, un'applicazione non selettiva delle fattispecie comuni — sequestro di persona, omissione di atti d'ufficio, abbandono di persone incapaci, violenza privata, omicidio e naufragio colposi — ogniqualvolta decisioni od omissioni delle autorità determinino privazioni arbitrarie della libertà, respingimenti vietati o mancati soccorsi. In prospettiva *de iure condendo*, potrebbe inoltre valutarsi l'introduzione di una fattispecie autonoma volta a sanzionare le violazioni gravi del divieto di *refoulement*. Decisivo, per non incorrere nuovamente nelle forme di impunità che abbiamo esaminato, è il rispetto degli obblighi positivi

di tutela penale sul versante procedurale, che includono l'avvio d'ufficio delle indagini a fronte di fatti riconducibili alla violazione degli artt. 2 e 3 Cedu, la tempestività e l'efficacia delle indagini stesse, l'effettività dei diritti partecipativi delle vittime, la pubblicità e la trasparenza del processo, la coerenza tra i fatti emersi e le statuizioni processuali, l'applicazione di sanzioni proporzionate al disvalore del fatto e l'effettiva esecuzione delle stesse.
Rifondare il diritto penale dell'immigrazione significa, in definitiva, sottrarlo alla funzione impropria di presidio delle frontiere che gli è stata assegnata e restituirlo alla sua vocazione costituzionale; significa porre termine alla repressione della mobilità in quanto tale, resa irregolare dalle stesse leggi che poi la puniscono, e al contempo proteggere le persone in movimento dalle più gravi offese arrecate ai loro diritti fondamentali, anche quando tali offese siano prodotte o tollerate dalle istituzioni chiamate a presidiare i confini.